

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 III



JULIO - SEPTBRE.
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.

La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible.*

Juan VALLET de GOYTISOLO
Notario

Hay una evidente concordancia —con algunas diferencias— entre los artículos 917 del Código civil francés (1), 810 del italiano de 1865 (2) —desarrollado en el 550 vigente (3)— y 820, núm. 3 (4), del español, que conceden a los legitimarios una facultad de elegir entre cumplir el legado de usufructo o renta vitalicia excedente de la parte disponible o bien entregar el pleno dominio de la parte disponible

(*) El presente trabajo recoge y amplía la conferencia titulada "LA COSIDETTA CAUTELA SOCINIANA FACITA O LEGALE", que su autor leyó el 14 de mayo de 1962 en el Instituto di Diritto Comparato Italo-Ibero-Americano, de Bolonia.

(1) *Art. 917 C. c. francés*: "Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède le quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible."

(2) *Art. 810 § 1.º C. c. italiano de 1865*: "Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile."

(3) *Art. 550 C. c. italiano de 1942*: "Lascito eccedente la porzione disponibile.—Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari, ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile. Nel secondo caso, il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede."

"La stessa scelta spetta ai legittimari quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile."

"Se i legittimari sono più, occorre l'accordo di tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione."

"Le stesse norme si applicano anche se dell'usufrutto, della rendita o della nuda proprietà è stato disposto con donazione."

(4) *Art. 820 C. c. español*: "Pijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: ... 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador."

a dicho legatario de usufructo o renta vitalicia. El Código italiano concede igual facultad en caso de que lo legado sea una nuda propiedad que también sobrepase la de la parte disponible, opción esta segunda que no aparece en los Códigos francés y español.

Con el criterio de estos Códigos, concretamente con el francés, coinciden los artículos 965 neerlandés y el 1.788 portugués, y no digamos el 917 belga.

En cambio, difiere algo el sistema del § 2.306 del B. G. B. (5) y el del artículo 530 del Código suizo (6). Aquél —más ampliamente— considera como no ordenada la disposición de un heredero sucesivo, el nombramiento de un ejecutor testamentario, la ordenación de división, el gravamen de un legado, modo o limitación, cuando la porción hereditaria dejada al legitimario no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria legítima (o sea no excede de su cuota legitimaria), pero si la porción hereditaria dejada al legitimario es mayor, éste sólo puede exigir su legítima sin cargas si repudia la porción hereditaria o, de lo contrario, debe someterse a sufrir tales cargas. El precepto suizo concede al reservatario la facultad de hacer reducir el valor capitalizado del usufructo o de la renta o bien de liberarse de la carga abandonando la porción disponible. Roguin (7), pese a observar que se han exagerado las dificultades de la reducción, manifiesta sus preferencias por el sistema francés por razón de su simplicidad y por el hecho de que conduce al mantenimiento de los usufructos, la atribución de los cuales le parece una cosa excelente cuando se trata de personas de edad.

¿Cuál es el origen de los paralelos preceptos de los Códigos francés, italiano y español?

Algún autor italiano (8) señala que la elección concedida al legitimario está inspirada en el Derecho francés anterior a la codificación

(5) § 2.300 del B. G. B.: "Si un titular de legítima llamado como heredero está limitado —en sus derechos— por la institución de un heredero sucesivo, el nombramiento de un ejecutor testamentario o una ordenación de división, o si está gravado con un legado o un modo, la limitación o el gravamen vale como no ordenado si la porción hereditaria a él dejada no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria legítima. Si la porción hereditaria dejada es mayor, el titular de legítima puede exigir la legítima si repudia la porción hereditaria; el plazo de repudiación sólo empieza cuando el titular de legítima obtiene conocimiento de la limitación o del gravamen."

"A una limitación de la institución de herencia se equipara la circunstancia de que el titular de legítima esté instituido como heredero sucesivo."

(6) Art. 530 C. c. suizo: "Les héritiers de celui qui a grevé sa succession d'usufruits ou de rentes au point que, selon la durée présumable de ces droits, leur valeur capitalisée excéderait la quotité disponible, ont le choix de les faire réduire jusqu'à dite concurrence ou de se libérer par l'abandon du disponible."

(7) ERNEST ROGUIN, "Traité de Droit Civil Comparé", vol. IV (París 1912), n. 2.429, p. 630.

(8) J. P. CHIRONI, "Studi e Questioni di Diritto Civile", vol. IV (Torino 1915), "Pensione vitalizia. Eccedenza della disponibile", p. 196; G. VENEZIAN: "Usufructo, uso y habitación" (vers. española anotada por Castán Tobeñas) (Madrid 1928), n. 144, p. 380.

y a la equidad, observando que contrariamente al Código francés, pero conforme al Derecho francés anterior al Código de Napoleón, el italiano concede igual opción al legitimario en el caso de que el testador haya dispuesto de la nuda propiedad de una parte excedente de la disponible.

Otros autores italianos (9) observan que el precepto de su Código transforma en opción legal la antigua *cautela sociniana*, que, como algunos destacan, mejor debiera ser llamada *cautela gualdense*.

El Anteproyecto español de Código civil de 1881, en su artículo 805, núm. 3, y el artículo 649 del Proyecto de 1851 son los precedentes legislativos del número 3.º del artículo 820 del Código civil. El texto del Proyecto de 1851 era una traducción casi literal del artículo 917 del Código de Napoleón. El segundo término de la elección, "ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible", fué traducido por "o abandonar la porción disponible", corregido en el artículo 805 del Anteproyecto por "o abandonar la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador", y, finalmente, en el texto definitivo del artículo 820 del Código la palabra "abandonar" ha sido sustituida por la expresión "entregar al legatario".

García Goyena (10), alma y motor del Proyecto español de 1851, glosó al texto que comentamos: Es el artículo 917 francés, 965 holandés, 1.486 de Louisiana.

El Código de Napoleón, según los autores franceses (11), inspiró su artículo 917 en una solución de *l'ancien droit*, si bien ésta se refería a supuestos más extensos y no había sido unánimemente aceptada, como luego veremos, ni siquiera en el *Droit coutumier*.

* * *

Sin embargo, la cuestión tiene raíces mucho más profundas.

Un texto del Digesto de Scaevola, recogido en el de Justiniano (XXXIII-II, 37), conocido por ley *Uxori meae*, interpreta la siguiente cláusula testamentaria: "Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim". La respuesta

(9) CESARE LOSANA, "Successione testamentaria", en "Il Digesto Italiano", vol. XXII, Parte 4.ª, n. 358, ps. 154 y s.; VITTORIO POLACCO, "Delle Successioni" (2.ª ed., Milano 1937), vol. I, p. 264; NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI, "Il nuovo Codice civile Commentato, libro II Delle Successioni e Donazioni" (Napoli 1941), art. 96, p. 145; LUDOVICO BARASSI, "Le successioni per causa di morte" (3.ª ed., Milano 1947), 97 bis, ps. 274 y ss.; P. S. AZZARETI, G. MARTÍNEZ, G. AZZARETI, "Successioni per causa di morte" 2.ª ed., Padova 1948), n. 123, p. 197; CARLO GIANNASTASIO, "Delle successioni", I, II, t. I (Torino 1961), art. 550, n. 13, p. 297.

(10) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", t. III (Madrid 1852), p. 99.

(11) V. gr.: C DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", t. XIX, "Traité des donations entre vifs et des testaments", t. II (París 1876), n. 432, ps. 427 y ss.; PLANTOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, "Traité Pratique de Droit Civil Français", t. V (2.ª ed., París 1957), n. 128, p. 168.

fué que a la mujer le correspondía el usufructo de todas las cosas: "Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertiere".

Accursius (12), en el siglo XIII, glosó que le pertenecería "nisi exedat dodrantis aestimationem", conforme la ley *Omnium* del título de *Usufructu* del Digesto (VII-I, 29 [36]), en la cual Ulpiano expuso la opinión de Celso y de Juliano de que "*Omnium bonorum usufructum posse legari, nisi exedat dodrantis aestimatione*". Texto que para la deducción de la cuarta Falcidia tenía en cuenta la valoración o capitalización del usufructo, de modo que se estimaba válido el usufructo universal legado con tal de que su estimación no excediese de los tres cuartos de la herencia, atendida la edad del usufructuario para efectuar su valoración.

Pero el mismo Accursius opinó que la ley *Uxori meae* había sido derogada por la ley *Quoniam in prioribus* y por la *Authentica Novissima*.

En la primera el Emperador Justiniano, en una Constitución del año 529 (Cod. III-XXVIII, 32), agregó a los supuestos de *actio ad supplementum*, que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición que produjese demora, modo, u otro gravamen, se considerase que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se suprimiere dicha condición, plazo o disposición que causase la demora o produjera cualquier gravamen, "*tollatur, et ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset*".

Cierto que esta ley pudo interpretarse en el sentido de que se refería a un hijo instituido sólo en la legítima y gravado en ella, es decir, fuera de la hipótesis de posible compensación del gravamen con el exceso recibido además de la legítima. Compensación aceptada en la ley *Si pater puellae* (Cod. III-CCVIII, 12), para un supuesto de sustitución fideicomisaria recíproca entre madre y dos hijos gravados de restitución para el caso de fallecer antes de cumplir los veinticinco años, de la que Azzon (13) deduce "qua non magis quemlibet filiorum gravant quem cuilibet providit". Interpretación de la ley *Quoniam in prioribus* que recogió Juan de Imola (14) al comentar la ley final del Título De conditionibus institutionum (Dig. XXVIII-VI, 28).

Sin embargo, la Constitución de Justiniano del año 536, *De Triente et Semisse*, Capítulo *Prohibemus* (Novela 18, cap. III), fué más rotunda. He ahí su planteamiento: "Porque sabemos de algunos testamentos, según los que no hicieron paternalmente las instituciones

(12) ACCURSIVS, "Glosas a las leyes: "*Omnium bonorum*" (Dig. VII-I, XXXV), "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, XXXVII), *Authentica "Novissima"*, "*Quoniam in prioribus*" (Cód. III-XVIII, XXXII) y Novella 18, cap. III, "*De triente et semisse*", § "*Prohibemus*". (Hemos consultado la edición de Venetia 1574 y 1575, t. I, p. 589 d; t. II, p. 769, c; t. III, col. 533 b, y 570 i, y t. V, p. 94, n).

(13) AZZÓN o AZZO DE PORCI, "Aurea Summa", "In tertium librum Codicis" tit. De Inoff. test., n. 22 (ed. Lugduni 1550, fol. 48).

(14) JOHANNES DE IMOLA, "Lectura super prima parte Infortiati" (ed. Venetiis 13 sept. 1475), XXVIII-VII, l. *Si filius* [28], col. 10, vers. "*Fecit optime*".

los que morían, ni como convenía a hombres, sino con demasiada debilidad y falta de entereza, pues dejaron a sus mujeres todo el usufructo de sus propios bienes, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que la intención de tales testamentos es que las mujeres adquieran también la propiedad, cuando los hijos hayan perecido acaso de hambre. Porque, ¿cómo se manejarán en el intermedio, y tendrán el cotidiano sustento, no habiéndoseles dejado nada, mediando por parte de la mujer ira, acaso hasta irracional, que les quite aun la diaria manutención?”. Sin duda el clima moral había disminuído desde la Roma de Scaevola a la Corte de Bizancio. Por ello la Novela ordenaba: “No le será, pues, lícito en lo sucesivo absolutamente a ninguno, que tenga hijos, hacer en modo alguno tal cosa, sino que de todos modos les dejará así el usufructo de esta parte legítima, que ahora hemos señalado, como también la propiedad”. Sintetizándolo, concluyó la Authentica Novissima: “eius portionibus nec usufructo defraudari liberi a parentibus possunt”.

Fué, por eso, evidente para Bartolo (15) “quia filius non debet habere legitimam suam in proprietate tantum, sed in proprietate cum usufructo”, y para Baldo (16) que si el causante dejaba a su esposa el usufructo “omnium honorum” y a los hijos nombraba herederos, “tunc habebit uxor usufructum omnium honorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt”.

Paulus Castrensis (17), en su comentario n. 13 a la Authentica Novissima, después de llegar a igual conclusión, añade que no es posible compensar el usufructo correspondiente a la legítima con la propiedad de la parte libre, según la opinión común de la glosa nota en la ley *omnium* del título *De usufructo*, “que debet limitari nisi testator intruxerit filium”. Coletilla esta última que, si a la palabra *instruxerit* se le da el sentido de *instruyere* (y no el de *proveyere*), podría dársele la interpretación de que es posible la compensación si así el padre lo proveyó, de modo que si el hijo no la aceptare tendría que contentarse con la legítima.

* * *

Lo hasta aquí expuesto nos permite observar las distintas posiciones que puede adoptar el Derecho ante el choque de la voluntad del testador, que quiere dejar a su cónyuge viudo el usufructo universal frente a la norma legal, que le impone el respeto de las legítimas. Son éstas:

(15) BARTOLO DE SAXOFERRATO, “In secundam infortiati partem Comentariorum”, ad Lij XXXIII, Dig. Tit. II, “*De usufructo legato*”, lex XXXVII, “*Uxor uxor*”, n. 3 (ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 89).

(16) BALDO DE UBALDIS, “Comentariorum in Sextum Codicis Libris”, lib. VI, tit. XI, “De indicta viudetate et de lege Iulia Miscella tol.”, lex 3, “Legem Iulian”, n. 9 (ed. Lugduni 1585, fol. 147 vto.).

(17) PAULUS CASTRENSIS, “Comentariorum in Codicem Iustinianum. Pars prima” (ed. 1531, fol. 142 vto.).

a) El usufructo no puede alcanzar nunca bienes de la cuota legitimaria, pues los hijos han de recibirla en pleno dominio y libres de toda carga, condición o término, sin perjuicio de recibir además el exceso que el testador les hubiese atribuido.

b) El usufructo puede ser universal si su valor, fijado al capitalizarlo atendida la edad del usufructuario, cabe en la parte de libre disposición.

Posiciones extremas, entre las que caben otras intermedias, como son:

c) El legitimario, en esa circunstancia, deberá optar entre someterse a sufrir el gravamen del usufructo o bien renunciar a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición, que deberá entregar a la legataria del usufructo, ya sea en cuerpos hereditarios o bien en su equivalente en metálico, según los posibles subcriterios.

d) Tal alternativa —según otra posición— sólo se planteará al legitimario si el testador expresamente la hubiese previsto, pues en otro caso el único criterio posible sería el primeramente señalado (con la letra a).

Así planteada panorámicamente la cuestión podemos descender bien orientados al examen detallado de su ulterior desarrollo.

* * *

En el siglo XIV aparece la llamada *cautela Angelí* o angélica. Angelo degli Ubaldi (18), hermano menor de Baldo, en su Comentario a las *Authenticas* afirmó que cuando un padre quisiera privar a un hijo del usufructo de todos los bienes hereditarios, no tenía más que instituirle simplemente heredero universal y legar a otra persona el usufructo de todos sus bienes, supuesto en el cual valía este legado y el hijo no podía estimarse gravado en su legítima si la nuda propiedad del exceso de la legítima valiera tanto como el usufructo de ésta.

En el XV, Bartolomé Caepolla (19) publicaba su *Tractatus Cautelarum*, que en la núm. XXI recoge la de Angelo y afirma “et ista est vere Cautela, quando nuda propietas a legitima filii sibi tantum valeat quantum valet usufructus sive legitima”.

Llegamos a la época de las cautelas de compensación legitimaria: la Cumaní —en el siglo XV—, debida a Raphael de Raymundis (20), conocido por Cumanus, o Comensén, y en el siglo XVI, la Durantis o

(18) ANGELO DEGLI UBALDI, O DE PERUSAE, “In Authenticorum Volumen aurea ac peregrina Commentaria”, Colla. III, tít. V, “De triente et semisse” verb. “Prohibemus”, n. 5 (ed. Venezia 1580, fol. 14). Siguió a Angelo, AMBROSIO DE OPIZÓN, “Repetitio super § Divi”, l. filius familiae, n. 29 (Venezia 1533), fol. 121.

(19) BARTHOLOMEUS CAEPOLLA, “Tractatus Cautelarum”, caut. XXI, n. 2 (en “Omnia quae quidem nunc extant Opera”, ed. Lugduni 1578, p. 754).

(20) RAPHAEL DE RAYMUNDIS, CUMANIS, “Consilia” (ed. Brisciae 1490), Cons. XXV (fol. 153 y Cons. LII (fol. 25), y “Commentatione in primam Infortiam partem”, tít. De vulg. et pupill., l. Coheredi, § Cum filio, n. 2 (ed. Lugduni 1544, fol. 111 vto.).

Gualdense (21), que luego ha sido llamada Socini (22). Ciertamente que estas cautelas —acercas de las cuales tenemos en elaboración un trabajo— se referían a la hipótesis de gravarse la herencia, incluida la legítima, con restitución fideicomisaria. No obstante, si bien la cautela de Cumaní no es aplicable al supuesto de gravarse la legítima con un usufructo, aunque sí inversamente al caso de quererla satisfacer sólo con usufructo sin propiedad, en cambio, la Gualdense *mutatis mutandis* es aplicable perfectamente a nuestro caso. Se trata de que el testador conceda al legitimario la elección entre su legítima estricta libre de toda carga o una mayor porción sujeta a un gravamen. Esta cautela, salvo raras excepciones, fué admitida como válida y eficaz por los autores de Derecho común.

La tesis de Angelo y de Caepolla, en cambio fué, en general, rechazada. Así, v. gr., Felipe Decio (23), que dictaminó favorablemente antes que Mario Socino junior, que Francischini Curtius junior (24) y que Petrus Paulus Parisius (25), acerca del famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, y antes de que el Gualdense Durantes escribiera su arte testandi, en cambio, insistió en que legado el usufructo universal, sin cláusula alguna de opción alternativa de éste, “debet detrahi legitima filiorum que debetur filiis cum proprietate et usufructo”.

Posición intermedia —precursora de los actuales textos— fué la de Marcus Antonius Cucchus (26), para quien si bien era cierto que la legítima debía deferirse en plena propiedad, podía el hijo gravado preferir, “*excessum in proprietate, cum ususfructus diminutione compensandum*”. Es decir, debía optar entre aquello que le era dejado en testamento o su legítima estricta.

Pero predominó el criterio de que el hijo podía exigir su legítima en pleno dominio sin tener que abdicar de la nuda propiedad del exceso, salvo si el testador expresamente le puso en la alternativa de optar entre una y otra cosa. Así nos lo expresa Voet (27): “*Nisi testamento nominatim electio concessa fuerit, intra certum temporis, spatium declaranda, utrum solo omnium rerum proprietate vel etiam solo omnium honorum usufructu contenti esse velint, an plenam legitimam proprietatis ac usufructus jure ex haereditatae defuncti sibi arrogare*”.

(21) DURANTES GUALENSE, “De arte testandi et cautelis ultimarum voluntatum tractatus”, tit. V, caut. XXXI, n. 6 (ed. Romae 1540, fol. LXVI, vto.).

(22) MARIANO SOCINO, JUNIOR, “Prima Pars Consiliorum”, Cons. CXXII, (ed. Lugduni 1550, fol. 234 y s.).

(23) FELIPE DECIO, “Volumen Quintum Consiliorum”, Cons. 687, n. 2 (ed. 1536, fol. 41).

(24) FRANCISCHINUS CURTIUS, JUNIORIS, “Consiliorum”, Pars I, Cons. CLIX (ed. Venezia 1575, fol. 105 vto.).

(25) PETRUS PAULUS PARISIUS, “Consiliorum”, Pars III, Consil. IX, n. 4 (ed. Venezia 1592, fol. 17).

(26) MARCUS ANTONIUS CUCCHIUS, “Commenta seu repetitio in Auth. Novissima C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima” (ed. Papiae 1574, cap. “Legitima pleno iure relinquenda”, n. 7 (fol. 104 vto.)).

(27) JOANNIS VOET, “Commentariorum ad Pandectas”, lib. V, tit. II, n. 63 (ed. Quarta-Veneta-Bassani 1804, t. I, p. 115).

Todavía la "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia" de Richieri (28) repetía este criterio: Instituído el hijo heredero universal y legado a otra persona, a saber, la esposa, el usufructo de todos los bienes, el hijo heredero debía recibir, además de la propiedad nuda de todos los bienes, el usufructo de la legítima. Fundábase en que la ley *Quoniam in prioribus* no sólo prohíbe imponer gravamen alguno a la legítima, sino que ordena que el gravamen puesto, por no escrito se tenga. Pero Richieri exceptuaba el supuesto de que el padre, habiendo instituído al hijo en mayor porción de la que por sus derechos legitimarios le correspondía, expresamente estatuyera que el hijo, en determinado plazo, debía decidir entre recibir sólo su legítima libre de toda carga o bien aceptar la mayor porción con el gravamen del usufructo, con lo cual no se violaba la ley *Quoniam*, pues el hijo que optaba por esta segunda atribución la había por su elección y mejor utilidad por él calculada y no por imposición del padre.

* * *

Entre los autores españoles de los siglos xv y xvi, vemos a Diego Segura (29), Alfonso Díaz de Montalvo (30), Antonio Quesada (31). Alfonso Azevedo (32), entre otros, afirmar que instituídos herederos los hijos y nombrada la mujer usufructuaria de todos los bienes, ésta sólo resultaba usufructuaria del quinto, única parte de que el padre podía disponer libremente conforme al Derecho castellano.

Por el contrario, Palacios Ruvios (33) y Fernando Gómez Arias (34) opinaban que para saber si el legado del usufructo o de alimentos dispuesto a favor de la esposa o de un extraño excedía de la quinta parte de los bienes del testador, que según el Fuero Juzgo podía dejarse a cualquier persona capaz, debía valorarse con arreglo a la ley *Hereditatem* del tít. *Ad legem Falcidiam* (Dig. XXXV. II, 68), que para capitalizarlo atendía a la edad del usufructuario.

(28) RICHERI, "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia", 274, 275 y 276 (ed. 2.ª Torinense, Torin 1827, t. VII, p. 72).

(29) DOCTOR DIEGO DE SEGURA, "Repetitionem decem in diversis materiis" Repet. § *Sed si fundum*, lex *Unum ex familia*, ff. delega. II, vers. "Sexto inferitur ex dicta l. Cum patronus", Salamanca 1520, fol. LXI.

(30) ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, "El Fuero Real de España Glosado" lib. III, tít. VI, ley 6.ª gl. I, vers. "Item ad l. supra proximam" (ed. Salamanca 1569, fol. 135 vto.).

(31) ANTONIO QUESADA, "Diversarum Quaestionum Iuris", cap. 24, n. 19 (Salamanca 1573, fol. 92 vto.).

(32) ALFONSO DE AZEVEDO, "Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones", lib. V, tít. VI, l. 11.—Tauri 21— (ed. Lugduni 1737, t. II, p. 194)

(33) JUAN LÓPEZ DE BIVERO O DE PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras*, de donationibus inter virum et uxorem, Rubr. § 25, n. 4 (Lyon 1537, fol. 22 vto.).

(34) FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, "Subtilissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri" Lex XLVIII, n. 17 (ed. Complutensis 1542, fol. 234).

Jerónimo de Cevallos (35) afirmó que sólo respecto al quinto tenía efecto el legado del usufructo universal, pero añadió que "in proprietatem et non in usufructo debet praestare uxori, virtutis illus legati", con lo cual parece que admitió su commutación automática.

A su vez, Antonio Ayerve de Ayora en su "Tractatus de Partitionibus honorum" (36) opinó que si el usufructo universal legado, estimado según la edad del usufructuario conforme a la ley *Cum Titio* o la ley *Haereditatem* del título *Ad legem Falcidiam* del Digesto, no excediese del valor del quinto disponible, debía estimarse válido, si bien los hijos, si no querían soportar el gravamen usufructuario, podían cumplir entregando al usufructuario, en bienes o en dinero, la estimación del usufructo en cuanto no excediese del quinto.

Pero la posibilidad de esa compensación fue negada por la mayor parte de los autores, que no aceptaron pudiera exigirla el nombrado usufructuario *omnium honorum*. Ya, antes de exponer su tesis Ayerve de Ayora, la habían desechado Pedro de Peralta (37), Rodrigo Suárez (38) y Antonio Gómez (39). El primero de éstos al comentar el § *Titia cum nuberet* de la ley *Titiam cum testamento*, afirmó que no puede decirse en general que la intención del testador, que legó a su mujer el usufructo universal, sea la de dejarle la propiedad del quinto; si bien admitió que para alimentarla pudiese atribuírséle el residuo del quinto, si fuese necesario a ese fin.

Insistiendo en que no podía presumirse que en la voluntad ni en la mente del testador estuviera esa posibilidad de compensación, Juan Gutiérrez (40), Ayllón Laínez (41), Sanz Morquecho (42), Del Castillo Sotomayor (43) y Gaspar Rodríguez (44) admitieron, en cambio, que

(35) JERÓNIMO DE CEVALLOS, "Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes", Quaest. 68, n. 2 (ed. Toledo 1599, p. 146)

(36) ANTONIO AYERVE DE AYORA, "Tractatus de Partitionibus honorum communium inter maritum et uxorem et filius ac haeredes eorum", Pars II, Quaest. XXI, n. 60 y ss. (ed. Granada 1586, fol. 56 vto. y ed. Valencia 1766, n. 70 y ss., ps. 178 y ss.).

(37) PEDRO DE PERALTA, "Commentaria in titul. ff. de legatis secundo" "L. titia cum testamento", § "Titia cum nuberet", n. 23 (ed. Salamanca 1563, de su Opera Iuridice, vol. I, p. 471).

(38) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis legis Quoniam in Prioribus, Cód. de inoff. testamento", Ampliatio tertia, n. 6 (en Opera Omnia, ed. Duaci 1614, p. 385).

(39) ANTONIO GÓMEZ, "Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii" (nueva ed. de la 1.ª, Salamanca 1579—adic. y anot.—Lugduni 1701), lib. I, cap. XI, n. 26 (ps. 147 y ss.).

(40) JUAN GUTIÉRREZ, "Practicarum Questionum Civilium", lib. V, Quaestione XVIII, núms. 1 y ss. (ed. novísima, Lugduni 1730, vol. II, ps. 46 y ss.).

(41) JUAN DE AYLLÓN LAÍNEZ, "Adiciones eruditissimae ad Variae resolutionis Antonii Gomecii", ad. I. I, cap. XI, n. 26, vers. "Sibi his non obstantibus" (ed. Venezia 1747, p. 71).

(42) PEDRO SANZ MORQUECHO, "Tractatus de honorum divisione", lib. IV, cap. II, n. 56 (ed. Madrid 1601, p. 347).

(43) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianarum Controversiarum Iuris", l. I, *De usufructu*, cap. XLV, n. 11 (ed. Lugduni 1667), t. I, p. 176).

(44) GASPAR RODRÍGUEZ, "Tractatus de annuis et menstruis redditibus", lib. I, Quaest. V, n. 23 (ed. Medina del Campo 1604, fol. 23 vto.).

expresamente pudiera ordenarla de tal modo que la nombrada usufructuaria *omnium bonorum* pudiese exigir a los hijos herederos que, de no aceptar esta disposición la compensaran con la propiedad del quinto. Este último criterio lo vemos mantenido en el siglo XVIII por Febrero en su "Librería de Escribanos" (45), obra de muy amplia difusión práctica, en la que reitera la necesidad de que claramente conste que el testador quiso esa compensación, pues, en otro caso, ante la duda—a su juicio—no debía admitirse.

* * *

En *l'ancien Droit* francés se discutió especialmente la posibilidad de legar *acquets* en lugar de la reserva de *propes*, con un planteamiento parecido al expuesto.

La discusión alcanzó tanto al *Droit écrit* como al *coutumier*.

El heredero, en caso de exigir totalmente su reserva, ¿podía además quedarse los demás bienes, o bien debía abandonar éstos al legatario? Este era el problema.

Parece que quedó fuera de duda la posibilidad de que expresamente el testador impusiera esa alternativa al reservatario.

Dumoulin (46), al comentar el artículo 92 de las *Viejas Coutumes de Paris* de 1510, se inclinó por la opción tácita al glosar: "*Puto quod valet legatum ususfructus omnium propiorum si est minus quam sit legatum proprietatis quintae partis, nisi forte haeredes dare malint quintam partem proprietatis, et ita debet hic articulis restringi*". Y en una nota a las *Coutumes de Montargis*, concluye cautamente: "*Saltem debebat addi clausula nisi haeres mallet quintam in feudis vel quartam in censu in proprietate dare...*".

Las nuevas *Coutumes de Paris* de 1580, en su artículo 295, admitieron que: "*Si l'heritier se veut contenter de prendre les quatre quintes des propes, et abandonner les meubles acquets et conquets in meubles avec le quint desdits propes a tous les legataires, faire le peut, en quoy faisant il demeurera saisi desdits quatre quintes, et les dits legataires prendront le surplus, les debtes toutes fois precabablement pèyées sur tous les biens de l'hererité*".

Lebrun (47), entre otros autores, defendió para el *Droit écrit* la sujeción del hijo gravado con usufructo universal a tal alternativa, tan sólo si era expresamente impuesta por su padre.

(45) JOSEF FEBRERO, "Librería de escribanos e instrucción jurídico-teórico-práctica de principiantes", parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid 1781, p. 411).

(46) CHARLES DUMOULIN o CAROLUS MOLINOEUUS, Comentario al art. 92 de las "Coutumes de la Prevoté et Vicompté de Paris" de 1510 (cfr. en el texto de Lalande que citaremos en la nota 50 y Comentario al art. II, cap. XIII de las "Coutumes de Montargis" (cfr. "Nouveau Coutumier Général", t. III, París 1724, p. 847).

(47) DENIS LE BRUN, "Traité des Successions" (París 1775), lib. II, cap. III, sect. IV, ns. 8 y 12 (ps. 284 y 287).

Y más tarde, en el siglo XVIII, Pothier (48) al examinar las *Coutumes d'Orleans* recomendó que, para caso de que el heredero quisiera retener toda su reserva, se previniere por el testador la siguiente alternativa: "*Je lègue à en tel, un tel héritage, ou tous les biens dont je puis disposer, au cas que mon héritier voulit le retenir*".

A falta de tal oferta formal, del testador al heredero, para que éste eligiera, la solución fué muy discutida.

Se dijo que el heredero no tenía que renunciar a nada para reclamar su íntegra reserva, pues al gravarla el testador "*voluit quod non potuit*" y que no por eso debía dejar al legatario la parte disponible, porque el testador no se la legó a éste, aunque pudo hacerlo, "*voluit quod potuit*".

Incluso para las *nuevas Coutumes de Paris*, Duplessis (49) afirmó que la compensación no tenía lugar en caso de gravamen de usufructo o de fideicomiso.

En cambio, la citada opinión de Dumoulin fué recogida por Lalande (50), y también Pothier (51) entendió que el heredero, aunque el testador no se lo exigiese, estaba sujeto a tener que optar entre abandonar la parte libre o aceptar el gravamen de su reserva. Como fundamento de su criterio señaló la perfecta paridad existente entre este supuesto y el de los legados de cosa del heredero, que nadie dudaba de que debían ser acatados si el heredero no renunciaba a los bienes disponibles de la sucesión y a los legados de la herencia propia del testador.

Ricard (52) aportó a este principio el temperamento de que no era necesario que el heredero renunciara a todos los bienes disponibles, sino sólo hasta la concurrencia del valor de la parte de la reserva retenida contra la voluntad del testador. Dufresne (53), en cambio, opinó que, en caso de tal retención de la reserva, el abandono de los bienes disponibles debía ser siempre total.

El *Code de Napoleon* resolvió la cuestión para el solo supuesto de gravarse la reserva con usufructo o renta vitalicia, mas no para el caso inverso.

El artículo 917 parte —según dice Demolombe (54)— de presuponer la voluntad del testador. Presuposición que él cree conforme, a la

(48) POTHIER, "Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orleans". Introduction au tit. XVI, sec. IV, § 2.^o, n. 55, en "Oeuvres de Pothier (ed. París 1825), t. XVI, p. 317.

(49) DUPLESSIS, "Traité sur la Coutume de Paris" (t. I, París 1574, p. 206); "Traité des Successions", lib. I, sec. I.

(50) LALANDE, "Coutumes d'Orleans Commentée" (2.^a ed. París 1722, tit. XVI, art. CCXCII, n. 51, p. 641).

(51) POTHIER, op. y loc. cit., y "Traité des donations testamentaires", cap. IV, art. 4, § V, en "Oeuvres...", vol. XII, p. 127.

(52) JEAN MARIE RICARD, "Traité des Donations entre viés et testamentaires", III Parte, cap. X, sec. 3.^a, n.^o 1.450 (cfr. ed. París 1754, p. 766).

(53) DUFRESNE, "Journal des Audiences", t. 2, ch. 42 (cita de Ricard).

(54) C. DEMOLOMBE, op. y vol. cits., n. 437, ps. 433 y ss.

vez, a la verdad de los hechos, a los principios generales del Derecho y a los principios particulares de la materia en cuestión, pues:

1.º Debe presumirse sin duda que el difunto quiso efectuar una disposición válida y eficaz, mejor que una disposición nula; por tanto, la disposición quedaría desnaturalizada y tergiversada en su unidad, en su indivisibilidad, si el heredero reservatario pudiese, a la vez, conservar la nuda propiedad de la parte disponible y hacer reducir el usufructo o la renta vitalicia.

Es cierto—reconoce el mismo Demolombe—que el testador pudo imponer expresamente al heredero reservatario la opción entre respetar ambas disposiciones o renunciar la parte disponible si prefería exigir la reducción del usufructo o la renta vitalicia. Pero—replica—pudo estimar innecesario expresarlo, por resultar implícito, dado el carácter indivisible de su disposición.

2.º Todo inclina a estimar demostrado que el testador le dejó la nuda propiedad de la parte disponible precisamente para compensarle y remunerarle por el gravamen de usufructo o renta vitalicia que le impuso en su reserva. De modo semejante había dictaminado Papiniano en la ley *Si libertus patronus*, del tít. *De bonis libertorum* (Dig. XXXVIII-II, 41).

3.º El heredero reservatario, como resultado de la reducción, recibiría una cuota mayor que su reserva, en virtud de menospreciar las disposiciones del testador, y se violaría la regla, también esencial, de que el heredero debe imputar a su reserva todo cuanto obtenga del caudal hereditario, de la cual no hay por qué excluir la nuda propiedad de la parte disponible.

Sin embargo, la argumentación de Demolombe no nos parece una prueba suficiente, porque prueba demasiado, ya que todas sus razones podrían aplicarse igualmente, no sólo al supuesto de haberse legado la nuda propiedad de la legítima a un tercero y dejado el usufructo de la parte libre al legitimario—al cual no aplica igual criterio el Código francés, a diferencia del Código italiano—, sino que también serían alegables a favor de los demás supuestos de condición, término o gravamen no incluidos en los expresados.

Por otra parte, la invocación de la voluntad presunta del testador no es siempre válida. Tal vez convendrá recordar que, en el Derecho común anterior, en los supuestos de cláusula expresa que obligaba al legitimario a optar entre su legítima sin gravamen alguno y la herencia universal con la carga y el gravamen impuestos a la legítima, no faltaron autores que se inclinaron por considerar la compatibilidad de conservar la herencia universal y reclamar la reducción del gravamen afectante a la legítima, siempre que el testador no hubiese señalado expresamente un sustituto o destinatario de la porción no forzosa para el caso de que el legitimario reclamara su legítima libre de cargas (55). De faltar esta designación, entendían que la verdadera in-

(55) Cfr. CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianorum...", lib. V, "De coniect. et interpr. ultim. vount.", cap. LXIV, n. 58 (ed. Coloniae Allobrogium 1752,

tención del testador fué sólo la de presionar al legitimario, pero sin pretender llegar al resultado de limitarle su llamamiento a la legítima estricta si no aceptaba el gravamen.

Además, ¿por qué presumir que el testador quería que la parte libre, en el caso planteado en los artículos que comentamos, fuera para el usufructuario, y no, v. gr., para aquel de los herederos legitimarios que estuviere dispuesto a cargar personalmente con el pago de la totalidad de la renta vitalicia dispuesta? No olvidemos que en las cláusulas de compensación legitimaria fué y es aún corriente dejar la parte disponible al heredero o herederos forzosos que estén dispuestos a soportar la carga impuesta.

No olvidemos tampoco la posibilidad de ciertos supuestos en los cuales lo más alejado a la voluntad del testador será la realización de esta commutación. Supongamos una hija soltera a la que el testador deja el usufructo del fundo rústico que constituye su caudal, teniendo otro hijo casado y con descendencia al que deja la nuda propiedad. Pensemos en otro padre con varios hijos, todos perfectamente situados en la vida, excepto uno, soltero, sin descendencia e incapaz, o por lo menos débil mental o falto de voluntad, al que deja una renta vitalicia que afecta a las legítimas de los demás. ¿Puede, en estos casos, complacer al testador la solución legal, que a voluntad de los demás legitimarios atribuiría una cuota dominical a la hija soltera o al hijo débil mental?

Claro está que, resuelto esto así, para el testador no existe más cuestión que la de partir del planteamiento opuesto a aquel que tendría a falta de la norma legal. En este caso, habría de prevenir la necesidad de la opción, si la quisiere; en la situación vigente debe prevenir lo contrario, si no quisiere la opción.

Porque no dudamos —conforme ha entendido la mayor parte de la doctrina (56)— que los preceptos que examinamos no son de derecho imperativo, sino únicamente dispositivo, por lo cual cabe al testador excluir la facultad de elección y también le es posible ordenarla en otra forma o señalar otro destinatario de la parte disponible, dejada por el legitimario que opte por exigir su legítima estricta libre de todo gravamen y limitación.

* * *

Analizados los antecedentes y las razones de los preceptos de que tratamos, y antes de ocuparnos de las interpretaciones de que, respectivamente, han sido objeto, procede que hagamos el examen comparativo de sus textos.

Entre el artículo 917 del Código francés y el 820, núm. 3.º, del español, literalmente no se observan más que dos diferencias. Una,

p. 48), y MERCURIAL MERLINOS, "De legitima tractatus absolutissimus". lib. III, tit. II, Quaest. VII, n. 23 (ed. Geneve 1562, p. 355).

(56) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 431, p. 427; L. JOSSEMAND, "Cours de Droit Civil Positif Français", t. III (Paris 1930), n. 1708, p. 883, y los autores que citaremos en la nota (64).

que aquél, a sus primeras palabras, "*Si la disposition*", añade, "*par acte entre vifs ou par testament*", palabras que faltan en el número 3 del artículo 820 español, pero que están implícitas en él, pues el artículo 820 trata de la reducción de donaciones y legados. Otra, que el Código de Napoleón, al expresar la opción del legitimario que no acepte el gravamen, señala la "*de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible*", mientras el Código español indica la "*de entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*". Es decir, éste invita a *entregar al legatario* donde aquél propone *abandonar*.

Entre el texto francés y el artículo 810 del Código italiano de 1865, las únicas diferencias importantes eran: 1.ª, la sustitución de las palabras "*dont la valeur*" por "*il cui reddito*" con referencia al usufructo o renta vitalicia, variación que ya había sido establecida en el *Codice Albertino*; 2.ª, la atribución al legitimario en el Código italiano de "*la stessee scelta*", "*quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile*".

El vigente artículo 550 italiano, como es bien sabido, aparte de algunas correcciones de redacción, contiene dos adiciones que aclaran algunos extremos que habían sido discutidos por la doctrina con respecto al precepto anterior. Así: El inciso final del § 1.º añade: "*Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di crede*". Y un tercer párrafo dice que: "*Se i legittimari sono piu, occorre l'accordo di tutti, perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione*".

¿Corresponden también estas aclaraciones del nuevo texto a la interpretación predominante en Francia y España, o más bien se alejan y apartan de ellas?

Esto y la concordancia o discordancia de la respectiva interpretación de los otros puntos discutidos es lo que vamos a examinar seguidamente.

* * *

Comencemos por preguntar si lo dispuesto para los casos de ser afectada la legítima por el legado de un usufructo o de una renta vitalicia, cabe aplicarlo también a otros supuestos de gravamen y si lo reglamentado para aquéllos puede ser excluido o modificado por disposición expresa del causante.

Parece evidente que la aplicación del precepto al usufructo debe comprender, por identidad de ratio, la de los derechos de uso y de habitación, caracterizados igualmente por su temporalidad vitalicia y por tanto incierta, así como por las mismas dificultades de valoración. En ninguno de los tres países a que nos referimos se ha dudado en este extremo (57).

(57) Cfr. ZACHARIE, "Cours de Droit Civil Français", t. V (ed. Strasbourg 1846), § 684 bis, p. 158; DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 439, p. 436; PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, p. 170; WALTER

También creemos que por interpretación *de maius ad minus* parece correcto proyectarla de la renta vitalicia a las rentas temporales, que también son inciertas, por cuanto su terminación puede anticiparse a un momento incierto si el pensionista fallece antes, hecho que daría lugar de su extinción (art. 880 C. c.) y a las rentas alimenticias, inciertas además en su cuantía y, por tanto, más difíciles de valorar (58).

En cambio, mientras en Italia la norma comprende la nuda propiedad excedente de la correspondiente porción disponible, el silencio de los Códigos francés y español impiden su extensión a la misma. No obstante, en Francia, Demmolombe (59) defendió que subsistía la duda de *l'Ancien Droit* sobre este punto, y que debía resolverse de igual modo como había sido solucionada en el Código la cuestión inversa, siendo tan aleatorio el valor legado en el uno como en el otro supuesto.

Pero la jurisprudencia francesa (Cas. 7 julio 1857) ha resuelto negativamente tal equiparación, contra la cual —según han observado Laurent (60), Aubry et Rau (61) y Planiol, Ripert, Trasbot y Laussouarn (62)— militan estos argumentos: 1.º No siendo la nuda propiedad un derecho vitalicio —como el usufructo o la renta vitalicia—, sino perpetuo, los supuestos no son asimilables. 2.º Puesto que el legitimario tiene derecho a su cuota "*in natura*" y "*en propriété*", aplicarle una disminución perpetua de su derecho, aunque sea en parte, va contra el principio legal. Pero cabe replicar a este segundo argumento que tal disminución perpetua no se impone a la legítima, puesto que se da opción a los legitimarios para recibirla libre a cambio de ceder su usufructo de la parte disponible.

La fundamental razón para negar en este caso la aplicación del precepto, creemos que estriba en el carácter excepcional que debe darse a una norma que coloca al legitimario en una alternativa a la cual pudo someterle el testador y, sin embargo, no lo hizo. Como hicieron notar Aubry et Rau (63), el legislador puede, sin duda, añadir a disposiciones de naturaleza particular ciertas determinaciones o condiciones, como resultantes de la voluntad presunta del disponente, pero para esto hace falta un texto formal. Se trata de una excepción a las reglas de Derecho común que no admite interpretación extensiva.

Este mismo criterio negativo parece aplicable, en los tres regímenes

D'AVANZO, "L'abbandono del legitimario nelle "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se ha per oggetto beni immobili", Comentario a la S. 3-XII-1937, 1 Sez. de la Corte Suprema Cassazione civile", en "Jurisprudenza Italiana" vol. XC (1938), col. 141 (1); GULLÓN BALLESTEROS (Antonio), "El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil", en A. D. C., XIV, IV (octubre-diciembre 1961), p. 880, nota 11 bis.

(58) GULLÓN, op. cit., ps. 887 y ss.

(59) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., núms. 435 y s., ps. 431 y ss.

(60) LAURENT, "Principes de Droit Civil Français", t. XII (4.ª ed., París 1875), núm. 148, ps. 196 y ss.

(61) AUBRY ET RAU, "Cours de Droit Civil Français". T. VII (4.ª ed. París, 1.875). § 684, p. 198.

(62) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 134, p. 178

(63) AUBRY ET RAU, loc. cit., p. 198, nota (7).

nes que examinamos, en los casos de ser impuestos a la legítima otro tipo de gravámenes —sean fideicomisos, condiciones, términos o *modus*—, aunque a los legitimarios gravados se les deje, además, toda o una parte de la porción disponible. La necesidad de optar entre aceptar la carga o renunciar la porción disponible, fuera de los casos especialmente previstos por la ley, sólo puede ser impuesta por el testador. Posibilidad de imponerla, generalmente admitida (64) y que en Italia sólo ha negado Losana (65), aparte de las vacilaciones de Cicu (66), que nos recuerdan los argumentos de algunos viejos juristas basados en la ley *Seius et Augerius* (Dig. XXXV-II, 27) (67).

Los preceptos en cuestión, como antes hemos dicho, no pueden estimarse ni se estiman de derecho necesario, por lo cual parece fuera de duda que el causante puede eliminar la necesidad de que el legitimario opte por uno u otro término, o bien regular de modo diverso el destino de la parte disponible para el caso de que el legitimario pida la reducción del usufructo o de la renta vitalicia legados.

* * *

(†9) Cfr. v. gr.: ZACHARIE op. cit., § 679, p. 135, nota (4); DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 430, p. 426; LAURENT, op. y vol. cit., n. 149, p. 198; STOLFI, op. y vol. cit., n. 680, ps. 315 y ss.; L. COVELLO, "Successione legittima e necessaria", cap. XXIX, § 4.º (2.ª ed., Milán 1938, p. 322); POLACCO, op. y vol. cit., p. 262; R. DE RUGGIERO, "Instituciones de Derecho Civil" (trad. española de R. SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJERRO (Madrid 1931), vol. II, § 142, p. 1124; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 123, p. 197; ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU y GRAN, "Extensión a la legislación castellana del usufructo universal aragonés". Primera Semana de Derecho Aragonés (Jaca, 1942), p. 38, ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en R. D. P. XXVIII (marzo 1944), p. 185 y ss., y "Estudios de Derecho Privado", vol. II (Madrid 1948), ps. 174 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "El llamado heredero forzoso no es heredero" R. C. D. I. XVIII (julio-agosto 1945), p. 493; GREGORIO ORTEGA PARDO, "Naturaleza Jurídica del llamado "legado en lugar de legítima" (Madrid 1945), III, sec. II, § 3.º b), ps. 160 y ss.; ANTONIO BELLVER CANO, "La viudedad universal en los territorios de Derecho común", R. G. I. y J. 176 (diciembre 1944), ps. 476 a 478; FLORENCIO PORETA, "Naturaleza Jurídica de la Legítima en Estudios de Derecho Sucesorio", Conf. de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona (Barcelona 1946), p. 195; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, "Intangibilidad de la legítima", IV, Cautela Sociniana o Gualdense, A. D. C. I-I (febrero-marzo 1948), ps. 65 a 72; MANUEL GITRAMA, "La administración de herencia en el Derecho español" (Madrid 1950), cap. III, n. 14, p. 72, nota 126 bis; ALVARO D'ORS y J. BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en A. D. C. V-I, ps. 105 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Notas al "Derecho de Sucesiones" de Binder (Barcelona 1953), § 32, p. 301. Para una visión comparatista, ver E. ROGUIN, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les Successions", IV (París 1912), §§ 2424 y 2425, ps. 626 y ss.

(65) CESARE LOSANA, "Successione testamentaria", n. 358, p. 155 del vol. XXI, Parte cuarta de "Il Digesto Italiano" (Turín 1921).

(66) ANTONIO CICU, "Le successioni" (Milán 1947), Parte segunda, II, cap. III, n. 3, sec. VI, p. 231.

(67) Cfr. CAROLUS RUTINUS, "Responsorum sive consiliorum", t. III (Venezia 1571), lib. II, Cons. CXLIIX, n. 13, fol. 235, e HIPOLYTUS RIMINALDUS, "Consiliorum sive Responsorum", lib. V (Venezia 1885). Cons. DX, ns. 20 y ss., fol. 101.

Un problema suscitado en la doctrina de los tres países a que referimos esta labor comparatista es el referente a la aplicación del precepto a los supuestos de haberse dispuesto varios legados conjuntos o sucesivos de usufructo o renta vitalicia, o uno de cada una de ambas especies, y muy especialmente en el caso de haberse dispuesto, además del usufructo o renta vitalicia, otro u otros legados afectantes a la porción disponible.

En Francia, como en Italia, no existe acuerdo.

Zacharie (68) entendió que de concurrir el legado de usufructo o renta vitalicia con otros u otros de nuda propiedad deberían reducirse todos. Duranton (69) y Aubry et Rau (70) afirmaron que la evaluación es necesaria para su reducción, la cual debe tener lugar si concurren con legados de diversa clase, o hay rentas vitalicias o usufructos sucesivos. Planiol, Ripert, Trasbot y Laussouarn (71) creyeron que el artículo 917 únicamente era aplicable cuando hubiera un solo legado de usufructo o renta vitalicia, y dieron por supuesto que no lo era si los legados dispuestos eran varios. Savatier (72) tampoco lo ha creído aplicable en caso de coincidir liberalidades del tipo previsto en el mismo y otras de otro tipo, pues en ese supuesto, observa que ya no se trata sólo de una relación entre reservatarios y legatarios o donatarios de usufructo o renta vitalicia.

En cambio, Marcadé (73) —creemos que más certeramente— observó que la reducción no es nunca necesaria en la relación entre herederos y legatarios de usufructo o renta vitalicia, sino sólo en la relación entre éstos y los demás legatarios. En igual sentido, explicó Demolombe (74) que el heredero cumplirá con abandonar el excedente de la parte disponible y la reducción sólo jugará entre los legatarios, valorándose sólo a este efecto la renta vitalicia o el usufructo. Y que, tratándose de usufructos o rentas vitalicias sucesivas, la propiedad de la parte disponible, abandonada por el reservatario, pertenecerá al llamado en segundo término, quedando el primero como usufructuario o pensionista.

En Italia, vemos a Ascoli (75) y Coviello (76) defender que el precepto del cual tratamos se refiere nada más a los supuestos en que úni-

(68) ZACHARIE, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 159, nota 4.

(69) M. DURANTON, "Cours de Droit Civil suivant le Code Français" (4.^a ed. Bruxelles 1841), t. IV, p. 389, lib. III, tit. II n. 347.

(70) AUBRY ET RAU, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 200.

(71) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT Y LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 4.^a p. 172.

(72) RENÉ SAVATIER, "Cours de Droit Civil", t. III (2.^a ed. París 1951), n. 630, p. 322.

(73) V. MARCADÉ, "Spiegazione Teorico-Pratica del Codice Napoleone" (3.^a vers. italiana de la 6.^a ed. de París-Nápoles 1874).

(74) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., ns. 444 y ss., ps. 444 y ss.

(75) A. ASCOLI, "Legato alternativo-Legitima-Eleccione", Comentario a la Sent. de la Corte d'Apello de Catania de 28 agosto 89, en Foro Italiano, XV (1890) I, col. 88.

(76) L. COVIELLO, op. cit., cap. XXXIV, § 12, ps. 388 y ss.

camente se haya dispuesto un solo legado de usufructo, renta vitalicia o nuda propiedad; y, en cambio, leemos a Chironi (77), Gangi (78), D'Avanzo (79) y los Azzariti y Martínez (80), entre otros, opinar que el abandono de la parte disponible es posible aunque dichos legados sean varios o concurren con otros de distinta clase.

En España, que nosotros sepamos, sólo se ha ocupado de este problema Gullón Ballesteros (81), en un trabajo muy reciente. A su juicio, el artículo 820, núm. 3.º, sólo es aplicable si tan sólo existe un único legatario que precisamente lo sea de usufructo o de renta vitalicia, si bien extiende su aplicación al caso en que este mismo único legatario, además y a la vez, resulte beneficiado con otro legado de tipo diverso. Pero, en cambio, afirma que de concurrir aquel legatario con otro de clase diferente, ya no cabe aplicar ese precepto: *a)* por razón de su carácter excepcional, que impide su interpretación extensiva; y *b)* porque de seguirse la opinión contraria se llegaría prácticamente a la anulación de la regla general del artículo 820, núm. 2.º, que dispone la reducción de los legados a prorrata. Ya que: o se da la parte libre al legatario de usufructo o renta vitalicia, desapareciendo los demás (por el juego del precepto que estudiamos), o se cede la parte de libre disposición a todos los legatarios, “en contraposición total no sólo con la voluntad del legatario, que no es de usufructo ni de renta vitalicia, sino con la del mismo testador, si el objeto de aquél es de los enumerados en el artículo 887” [que señala cierto orden de prelación en caso de ser la herencia insuficiente para pagarlos todos]; y: “Si no lo es [de los enumerados en este artículo] estaríamos ante una vulneración de la regla que impone la prorrata y en presencia de un cambio del objeto legado, que no tiene facultad el heredero forzoso para imponérselo”.

Pero Gullón olvida: 1.º Que el artículo 820, núm. 3.º, sólo regula la relación entre legitimarios y usufrutuuario o pensionista, quedando fuera de su texto el ulterior problema de la reducción, que pueda ser necesario hacer entre estos legados y los demás de otro tipo. 2.º Que el legitimario sólo entrega al legatario de usufructo o renta, en el caso previsto en el artículo 820, núm. 3: la propiedad de la parte de libre disposición que a él le correspondería, pero no aquella parte especialmente legada a otras personas. Todo —repetimos— sin perjuicio del ulterior juego de la reducción a efectuar entre los legatarios de una y otra clase, cuando la parte disponible no bastase para satisfacer a todos.

* * *

(77) G. P. CHIRONI, “Studi e Questioni de Diritto Civile”, vol. IV (Torino 1915); “Pensione vitalizia-Eccedenza della disponibile”, en Foro Italiano 1886, I, 1012, Coment. a la Sent. de la Corte d'App. Milano 14 sept. 1886, p. 196.

(78) CALOGERO GANGI, “Il legati nel Diritto civile italiano”, vol. II (Padova 1932), n. 370, ps. 345 y ss.

(79) D'AVANZO, loc. cit., col. 147.

(80) AZZARITI Y MARTÍNEZ, op. cit., n. 125, p. 199.

(81) GULLÓN BALLESTEROS, loc. cit., págs. 880 y ss.

“*Le Code français*” y “*el Código español*”, con referencia al usufructo y a la renta vitalicia cuestionados, respectivamente, precisan “*dont la valeur excède la quantité disponible*” y “*cuyo valor se tenga por superior a la cuota disponible*”. Incisos que han dado lugar a los mismos problemas. A diferencia de ellos, el *Código Italiano*, ya en su edición de 1865, siguiendo al *Código Albertino*, dejó decidida la cuestión al decir “*il cui reddito eccede quello della porzione disponibile*”.

La interpretación de estas expresiones ha dado lugar a las siguientes posiciones:

Primera opinión: Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en caso de que dicho valor exceda del de la cuota disponible los herederos podrán cumplir abandonando la propiedad de la porción disponible con que el testador les había beneficiado.

En Francia esta opinión había sido defendida por Levasseur (82), basándose en la letra del artículo 917. Laurent (83) también opinó que debe estarse al texto de este precepto; que la objeción de que con este criterio será necesario hacer la estimación de dichos legados no debe afectarnos, pues hay que atenerse a la ley, y que los trabajos preparatorios no tienen la significación que se les pretende atribuir. No obstante, reconoció que debía prescindirse de su opinión, porque era rechazada por todo el mundo.

En España, entre los primeros comentaristas del Código civil, Mucius Scaevola (84) opinó que es necesario capitalizar el usufructo al interés legal (notemos que no atiende a ninguna otra circunstancia, ni siquiera a la edad del usufructuario) para ver si excede de la parte disponible. (Pese lo cual nos parece que, en realidad, Scaevola no buscaba el valor del usufructo, sino que sólo comprobaba —parejamente a la última opinión que expondremos— si sus rentas afectaban al capital de la porción legitimaria.)

Pero el autor que con gran brillantez ha defendido la tesis de que debe hallarse el valor del usufructo ha sido nuestro admirado compañero José González Palomino (85), a quien han secundado después Alvaro D'Ors y José Bonet Correa (86).

González Palomino resucitaba —sin advertirlo— la posición de glosa de Accursio al interpretar la ley *Uxori meae*, la vieja opinión de Angelo y Caepolla y los olvidados precedentes castellanos de Palacios

(82) LEVASSEUR, “De la portion disponible”, n. 88. Hemos consultado su versión italiana “Porzione disponible o sia Trattato della porzione de Beni” (trad. de Mangiarotti-Milán 1808), ns. 86 y ss., ps. 83 y ss.

(83) LAURENT, op. y vol. cit., n. 152, p. 202.

(84) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, “Código civil comentado y concordado extensamente”, t. XIV (4.ª ed., Madrid 1944), arts. 818 a 822, D. c. p. 467.

(85) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos” (Derecho Civil Común), Rev. Dr. Priv. XXIII (mayo 1936), ps. 160 a 165; “Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio”, en An Ac. Matr. del Notariado, II (Madrid 1946), II, “El acrecimiento en la mejora”, ps. 546 y ss.

(86) D'ORS Y BONET CORREA, loc. cit., p. 117.

Ruvios y Gómez-Arias. Su argumentación se sintetiza en las consideraciones de la legítima como una cuota parte del valor de los bienes de la herencia, de que el usufructo es un derecho perfectamente valorable y de que la nuda propiedad también tiene su valor, por lo que se pueden pagar los derechos de los legitimarios con adjudicaciones en nuda propiedad.

Pero esta opinión fué acogida con viva reacción. Por Roca Sastre (87), Porpeta (88) y otros autores (89) se alegó en seguida el artículo 813, § 2.º, del Código civil, que dice: "Tampoco podrá imponer sobre ella [*la legítima*] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". González Palomino replicó: "Lo que no veo claro es cómo se grava una legítima si se adjudica al legitimario, por su justo valor, con deducción del valor de la carga, una finca hipotecada o la nuda propiedad de una finca. Y la cosa sigue inalterable —concluye— si en vez de una finca decimos una herencia". Sin embargo, si se entiende según la interpretación usual del artículo 813, que su inciso final "*salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*" sólo se refiere al usufructo legal de éste (arts. 834 y ss. C. c.), implícitamente se excluye cualquier otro usufructo. Además, la legítima, en principio, "es porción de bienes" (art. 806), *in natura*, y no desintegración de éstos en derechos creados por el testador al efecto. Crear un usufructo sobre los bienes que en nuda propiedad se atribuyen en pago de la legítima es aplazar el disfrute de ésta.

No olvidemos que el Código recoge en fórmulas abstractas —a la moda moderna— el Derecho anterior, y que en éste la opinión dominante fué la opuesta a la de Angelo, Caepolla, Palacios Ruvios y Gómez Arias. El 820, núm. 3, no resucita la opinión de estos autores, sino más bien su solución es parecida a la, también minoritaria en Castilla, de Ayerve de Ayora o a la que, en Francia, predominó en la jurisprudencia y doctrina de "Droit coutumier".

Volviendo a Francia, contra la opinión de que la expresión "*dont la valeur*" se refiere a la valoración del usufructo o la renta vitalicia, Demolombe (90) ha argumentado que la *mens legislatoris* del artícu-

(87) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, "Naturaleza Jurídica de la Legítima", en R. D. P. XXVIII (marzo 1944), ps. 203 y ss.

(88) PORPETA, loc. cit., ps. 194 y ss.

(89) PEDRO SOLS GARCÍA, "El heredero - Ideas para su estudio", en R. C. D. I. XVII (sept. 1944), p. 586; LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La cuota viudal y su regla fija", R. G. L. y J. 180 (octubre 1946), ps. 394 y ss.; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ, "El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español", en R. C. D. I. XX (jul-ago. 1947), p. 485; AMADRO DE FUENMAYOR CHAMPIN, loc. cit., p. 63; GÓMEZ MORÁN, "El usufructo viudal en el Código civil", en R. G. L. y J. 185 (marzo 1949), ps. 317 y ss.; JUAN MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, "Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo", R. G. L. y J. 188 (sept. 1950), p. 273; J. B. FUENTES TORRE-IZUNZA, "El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)", en R. G. L. y J. 189 (junio 1951), ps. 649 a 706.

(90) DEMOLOMBE, op. y loc. cit., n. 440, p. 437.

lo 917 es: 1.º, evitar la estimación del usufructo o de la renta vitalicia; y 2.º, permitir que el heredero pueda tener siempre el goce libre e inmediato de la reserva: finalidades ambas que con tal interpretación se conculcarían.

Segunda opinión: Lo que precisamente trata de evitar el precepto es que el usufructo o la renta vitalicia tengan que ser valorados, dadas las dificultades de su valoración, y deja a la libre determinación del heredero la elección de lo que mejor le convenga, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea mayor o menor objetivamente apreciado que la parte disponible.

Entre los sustentadores de esta tesis vemos, en Francia, a Duranton (91), Zacharie (92), Troplong (93), Aubry et Rau (94), Josserand (95) y Savatier (96).

En España la sostuvo ya García Goyena (97) respecto al núm. 3.º del artículo 649 del Proyecto de 1851, al razonar: "Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que *son libres* de ejecutar la disposición, *si creen que no es inoficiosa o excesiva*, o en reemplazarla, cediendo la parte disponible *si creen lo contrario*".

Mauresa (98) y Sánchez Román (99) fueron de este mismo criterio. Aquél destacó que el usufructo, las pensiones y rentas vitalicias no pueden sujetarse para su evaluación a una regla general, por ser la época de la muerte del usufructuario o pensionista un hecho incierto, sin que su edad y estado de salud permitan más que un cálculo probable aproximado, sobre el cual es difícil haya conformidad entre herederos y legatarios, y que por eso se arbitró el precepto del artículo 820, número 3.º, que deja la opción a la libre elección de los herederos.

Tercera opinión: 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.

Este criterio ha sido seguido en Francia por A. Colin y H. Capitant (100), y en España por Lacruz Berdejo (101). Dice éste que: "la

(91) DURANTON, op. y vol. cits., n. 345, pág. 348.

(92) ZACHARIE, op. y vol. cits., § 684 bis, art. 917, nota 4, p. 159.

(93) M. TROPLONG, "Droit Civil Expliqué", "Des donations entre vifs et des testaments" (2.ª ed. París 1862), t. II, n. 836, p. 236.

(94) AUBRY ET RAU, op. y vol. cits., § 684 bis, p. 196.

(95) JOSSERAND, op. y vol. cits., n. 1706, p. 882.

(96) RENÉ SAVATIER, op. y vol. cits., 630, 3.º, p. 322.

(97) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 649, p. 199.

(98) JOSÉ M.ª MAURESA Y NAVARRO, "Comentarios al Código civil español", t. VI (6.ª ed. Madrid 1932), arts. 820 a 832, p. 386.

(99) FÉLIX SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", VI-2.º (Madrid 1910), cap. XV, n. 114, 3.º, 5.º, p. 967.

(100) A. COLIN Y H. CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", traducción española anotada por Demófilo de Buen (Madrid 1927), t. VII, tít. II, Apéndice, p. 544.

(101) JOSÉ LUIS VERDEJO, Notas a la traducción española de la 2.ª ed. ale-

palabra *valor* está referida a los bienes gravados, y no al valor de capitalización del gravamen: de otra manera el artículo sería inútil, pues si lo superior a la parte disponible es el valor de capitalización del usufructo o la renta, resulta claro que tales disposiciones lesionan la legítima, y no es preciso dar opción alguna al legitimario”.

Cuarta opinión: La opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legados exceden del goce o de la renta de la cuota disponible.

Es el criterio que recoge el Código italiano, y que en Francia han defendido, entre otros, Demolombe (102), Marcadé (103), Planiol, Ripert, Trasbot, Laussouarn (104), y, en España, Gullón Ballesteros (105).

Este objeta a la opinión de Lacruz que la referencia al valor de los bienes gravados sería inaplicable al legado de renta vitalicia, pues en ésta, a diferencia del usufructo, no hay gravamen de ningún bien—lo cual, no obstante, no siempre es cierto—.

Quinta opinión: Debe distinguirse entre el usufructo, para el cual debe atenderse a si el valor de los bienes usufructuados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, respecto de la cual deberá atenderse a si su pensión excede de las rentas de la porción disponible.

Este parece ser el criterio de Bonnecasse (106), respecto al artículo 917 francés.

Sexta opinión: En principio debe atenderse al valor de los bienes gravados con relación al valor total computable a efectos de fijar las legítimas, pero: *a)* si el gravamen no absorbe totalmente las rentas de los bienes especialmente gravados deberá fijarse proporcionalmente la porción gravada y la libre, de estos bienes, para realizar la comparación sólo con aquella parte; y *b)* si se trata de una renta deberá capitalizarse ésta al interés legal sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio y compararse, la capitalización obtenida, con el valor total computable para calcular la legítima; a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no de la porción disponible.

Creemos que esta solución es la que responde mejor al modo cómo se hace el cómputo de la legítima para saber la parte de ella que debe estimarse libre de gravamen o la parte que efectivamente se halla gravada. En el caso de que en la herencia haya capitales inactivos pero fácilmente enajenables (lingotes de metal, cuadros de valor, joyas, dinero depositado o guardado, solares, etc.), nos parece lo más

mana del “Derecho de Sucesiones” de JULIÁN BINDER (Barcelona 1953), § 32, p. 301.

(102) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 442, p. 440.

(103) MARCADÉ, op. y vol. cit., n. 558, ps. 550 y ss.

(104) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 2.ª, p. 171.

(105) GULLÓN BALLESTEROS, loc. cit., ps. 884 y ss.

(106) JULIEN BONNECASSÉ, “Elementos de Derecho Civil”, t. III (trad. de José M. Cajica jr. Puebla, México 1946), n. 726, p. 534.

justo hallar su valor venal para compararlo con el necesario para producir al interés legal la pensión legada. En estos casos, el diverso resultado que arroja este criterio respecto al de comparar sólo los réditos, es muy notable (107).

* * *

El texto de la última versión del *Codice civile italiano*, en su artículo 550, resuelve las discusiones que se habían planteado en torno al artículo 810 del *Codice* de 1865, acerca de si la opción de los legitimarios debía ser ejercitada conjuntamente, o bien si podían actuarla individualmente unos sí y otros no. Según el 3.º del artículo 550, "se i legitimari non più occorre l'accordo di tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione". En cambio, el problema sigue en pie en las legislaciones francesa y española, si bien en ésta la cuestión ha sido muy poco discutida y en aquélla el criterio de la doctrina es casi unánimemente contrario al de la actual solución italiana.

Anteriormente, bajo el *Codice* de 1865, es sabido que se propusieron las siguientes soluciones:

- a) La elección podía ejercitarse individualmente (108).
- b) Sólo podía aceptarse el gravamen del usufructo o renta vitalicia sobre la legítima—por acuerdo unánime, a falta del cual, por lo tanto, debía entregarse la parte disponible al legatario (109).
- c) Si faltaba acuerdo unánime debería decidir la autoridad judicial (110).
- d) A falta de acuerdo unánime, sólo se debía resolver, caso por caso, interpretando la voluntad del testador (111).

En Francia, Duranton (112) es posiblemente el único autor que se ha inclinado por la necesidad del acuerdo unánime de los herederos, por estimar que no puede obligarse al legatario a dividir su derecho, recibiendo parte en usufructo o renta vitalicia y parte en propiedad. Fundó su criterio en la indivisibilidad de la acción de retracto ejercitable por los herederos del vendedor.

La opinión contraria es la común, que vemos sustentada por Za-

(107) Cfr. GULLÓN, loc. cit., p. 885.

(108) Cfr. PACCIFICI-MAZZONI, "Codice Civile Italiano Commentato-Trattato delle Successioni", Parte prima, vol. IV (3.ª ed. Firenze 1906), P. I, t. II, cap. VII, Sec. I, § 26, p. 79; FRANCESCO DEGNI, "Lezioni di diritto civile - La successione a causa di morte", II, "La successione testamentaria", vol. 2.º (Padova 1934), Lec. XII, ps. 236 y ss.; VENEZIAN, "Usufructo, uso y habitación", t. I (traducción castellana, anotada por José Castán Tobeñas, Madrid 1928), n. 144, ps. 378 y ss.

(109) Cfr. CÉSARE LOSANA, voz "Successione testamentaria", en "Il Digesto Italiano", vol. XXII, Parte cuarta (Turín 1921), ps. 154 y ss.; NICOLA STOLFI, "Diritto Civile", vol. VI (Torino 1934), n. 680, ps. 315 y ss.

(110) Cfr. CALOGERO GANGI, "Il legatari nel Diritto civile italiano", vol. II (Padova 1932), n. 375, ps. 354 y ss.

(111) Cfr. L. COVIELLO, op. cit., cap. XXIX, § 5, ps. 322 y s.

(112) DURANTON, op. y vol. cit., n. 346, ps. 384 y s.

charie (113), Marcadé (114), Troplong (115), Demolombe (116), Aubry et Rau (117), Planiol, Ripert, Trasbot y Lausouarn (118). Las razones expuestas en favor de ésta, las concreta Demolombe en el principio general de que los derechos se entienden divididos entre los herederos y en el carácter excepcional que, en Derecho, tienen los supuestos de indivisibilidad. Contra el argumento de Durantou, niega la analogía entre la situación del comprador sujeto a retracto, que *certat de damno vitando*, y la del legatario, que *certat de lucro captando*.

Sólo en caso de tratarse de un derecho indivisible, como el usufructo de un cuerpo o un derecho de uso o habitación, estimó Demolombe la necesidad de acuerdo entre los herederos. Criterio seguido también por Planiol, Ripert, Trasbot y Lausouarn, que, en este caso, a falta de acuerdo, aceptan que puedan decidir los Tribunales, siguiendo en principio, pero no necesariamente, la voluntad de la mayoría.

En España, José González Palomino (119) cree que a falta de unanimidad "el legado será directamente ejecutivo en los términos dispuestos por el testador". Notemos que su posición es completamente la contraria de la aceptada por el artículo 550 italiano. La unanimidad la requiere González Palomino no para aceptar el gravamen del usufructo o renta vitalicia sobre la legítima, sino para ceder la propiedad de la parte disponible. Criterio que nos parece difícil de compaginar con la intangibilidad de la legítima, según comúnmente es entendida y nos parece resultar del artículo 813 C. c. español.

En cambio, Iglesias López de Vivigo (120) y Gullón (121) se inclinan por la posibilidad del ejercicio individual de la opción por cada uno de los legitimarios. El primero, no obstante, admite que de la voluntad del testador pueda resultar la imposibilidad de dejar al legatario sólo en parte el legado de renta vitalicia, de tal modo que de no satisfacerse íntegramente habrá que entregarle la parte disponible. El segundo examina la posibilidad de aplicar analógicamente la doctrina del artículo 839 C. c., que para la commutación de la cuota legal usufructuaria del viudo exige *mutuo acuerdo* o, en su defecto, mandato judicial. Pero, prescindiendo de cuál deba ser la interpretación de esa expresión (122), no creemos posible tal analogía, pues en la hipótesis

(113) ZACHARIE, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 159, nota 4.

(114) MARCADÉ, op. y vol. cit., n. 559, p. 551.

(115) TROPLONG, op. y vol. cit., n. 840, p. 238.

(116) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 454, ps. 449 y s.

(117) AUBRY ET RAU, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 200.

(118) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT Y LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 5.ª p. 173.

(119) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio", en An. de la Ac. Matritense del Notariado, vol. II, p. 554, nota 1.

(120) JUAN MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, "Una cláusula de estílo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo", en R. G. L. y J. 188 (sept. 1950), p. 279.

(121) GULLÓN, loc. cit., ps. 886 y ss.

(122) En contra de MEZQUITA DEL CACHO ("Commutacion del usufructo

del 839 se trata de conmutar una cuota usufructuaria legitimaria, o sea, legal, y en el caso del 820, núm. 3.º, la conmutación se refiere a un usufructo voluntario que grava las legítimas y que éstas no tienen por qué soportar. Por eso, nos parece decisivo el argumento que ambos aducen, de que si el legado constituye un gravamen de legítima, no se debe dejar al arbitrio o autojo de otro coheredero la elección de la forma en que cada cual habrá de disfrutarla.

¿*Quid* si la parte disponible ha sido atribuída sólo a alguno de los legitimarios, o a todos, pero desigualmente?

Es sabido que, en el régimen del Código italiano de 1865, Gangi (123) y Degni (124), v. gr., no veían inconveniente en aplicar el artículo 810, aunque la parte disponible hubiese sido atribuída desigualmente a los legitimarios.

Pero en los regímenes en que se admita el ejercicio individual de la facultad de elección por cada legitimario, el beneficiado con mayor porción que los demás en la parte disponible, ¿deberá dejarla también íntegramente si no acepta que el usufructo o renta legados graven su porción legítima? Nos parece indudable que así ha de ser, si del testamento no resulta que fué otra la voluntad del testador. La coacción de la norma recae en quién puede recaer—los legitimarios beneficiados con la parte libre— y en la medida en que puede recaer, es decir, en la de su beneficio respectivo.

* * *

El artículo 917 francés señala como uno de los términos de la opción el “*de faire l'abandon*”, y paralelamente el 550 italiano, el de “*abbandonare*”, refiriéndose a la porción disponible. En cambio, el artículo 823, 3.º, español concreta este último término de la elección en “*entregar al legatario*” dicha parte disponible.

Sin embargo, pese a la mayor indeterminación de la expresión de *abandonar*, en Francia y en Italia no se ha dudado de que ese abandono se verificaba precisamente a favor del legatario del usufructo de la renta vitalicia.

Barassi (125) cree que el legatario adquiere por *acrecimiento*, querido por la ley. Si el legado era de nuda propiedad la consolidación es cosa natural, pero de serlo de usufructo resultaría una rara consolidación a la inversa, y de tratarse de una renta vitalicia técnicamente no puede hablarse de acrecimiento ni de consolidación.

Por lo demás, no ofrece duda, tratándose de un precepto meramente *vidual común*, en Rev. Der. Notarial—enero-marzo 1957—, ps. 237 y ss.) y de conformidad con GULLÓN (loc. cit., ps. 888 y s.), creemos que el “*mutuo acuerdo*” entre los herederos y el cónyuge viudo, que exige el art. 839 C. c. español, no se refiere al hecho de la conmutación (que entendemos forzoso para éste), sino a las valoraciones consiguientes para su efectucción.

(123) GANGI, op. y vol. cit., n. 372, p. 350.

(124) DEGNI, op. y vol. cit., p. 239.

(125) BARASSI, “*La successione per causa di morte*” (3.ª ed. Milano 1947), n. 97 bis, p. 275.

mente declarativo, por lo que se refiere a la necesidad de abandonar la parte disponible, que el testador puede señalar para ésta otro destinatario en cualquiera de los tres regímenes.

Más discutida ha sido la naturaleza de ese abandono o de esa entrega al legatario.

Se ha dicho que supone la renuncia de un legado condicional (126) o de la herencia testamentaria, optándose por aceptar sólo la legítima (127); que significa una cesión o dación en pago (128), una novación (129); el ejercicio de la elección en una obligación alternativa (130), el ejercicio de una "facultatis solutionis" (131), una commutación del objeto legado (132) o un modo especial de satisfacerlo (133).

De la solución de este problema conceptual se ha dicho que depende la solución de cuestiones de interés práctico, como son la de los requisitos formales de la declaración de los legitimarios optando por el abandono, y la determinación del título de la atribución al legatario de la cuota disponible, importante a efectos de determinar su responsabilidad por el pasivo hereditario.

No creemos en el método dogmático-conceptualista de inversión. Para nosotros el valor del conceptualismo se concreta a la exacta determinación del valor de la terminología con la que debemos entendernos, y a lograr clasificaciones que sirvan para ordenar nuestras ideas. Pero no para deducir consecuencias prácticas.

La naturaleza de una institución debe resultar de su ordenación justa, adecuada a las cosas. No viceversa ésta de aquélla.

En cambio, la forma sí que —creemos— puede derivar tanto directamente de su adecuación a la cosa, como mediatamente a través de la calificación jurídica de la relación, que es como normalmente es establecida por las normas la necesidad de forma solemne.

Estimamos acertado el juicio de Barbero (134), al observar que la legítima, para no ser violada, debe ser respetada en su *quale* y en su *quantum*; pero que puede ocurrir que al legítimo le convenga sufrir cierta lesión en el *quale* si como compensación se le atribuye un *quantum* superior a aquel al que tendría derecho. Al aceptarlo admite la determinación propuesta por el testador. Al optar por sus de-

(126) Cfr. ASCOLI, loc. cit., col. 87.

(127) Cfr. FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956), n. 175, p. 396 (por lo menos con referencia a la cautela expresada testamentariamente, que es la que expresamente trata).

(128) Cfr. V. POLACCO, op. y vol. cit., p. 587.

(129) Cfr. DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 459, p. 456; GANGI, op. y vol. cit., n. 378, p. 359.

(130) Cfr. AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 123, p. 198; ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. cit., p. 177.

(131) Cfr. L. COYBELLO, op. cit., § 4.º, p. 322.

(132) Cfr. GULLÓN, loc. cit., pág. 894.

(133) Cfr. LAURENT, op. y vol. cit., n. 155, ps. 205 y s.; LOSANA, loc. cit.; GULLÓN, loc. cit., p. 895.

(134) DOMENICO BARBERO, "L'Usufructo e i diritti affini" (Milán 1952), n. 98, ps. 394 y ss.

rechos legitimarios estrictos en cuanto *quale* y *quantum*, sólo renuncia a la compensación de la merma del *quale* por el mayor *quantum*. Es decir, respectivamente, en cada caso opta por una diferente solución de sus derechos, a los que en ningún caso renuncia (135).

Igualmente, el legatario, en este segundo caso, percibe su legado con una solución distinta. Se conmuta su objeto, pero no varía su título (136).

Es cierto que para quienes—en virtud del llamado criterio objetivo—conceptúan heredero, cualquiera que sea el nombre que se le dé, al llamado a una cuota y no a bienes y derechos determinados, se plantea si: el legatario de usufructo satisfecho con la entrega de la totalidad de la cuota disponible, deberá por ese resultado ser reputado heredero (137). Pero creemos que el verdadero criterio objetivo debe distinguir la *quota hereditatis* y la *quota bonorum*, que sólo se refiere de una cuota de *activo líquido*, clave de la distinción entre el heredero llamado a una cuota y el legatario de parte alícuota (138). Este carácter, en virtud de la *commutación*—del objeto pero no del título—producida por el abandono del legitimario, lo asumiría el legatario del usufructo o de la renta vitalicia (139) a quien ni el testador ni la ley pretenden convertir en heredero, sino tan sólo que le sea satisfecho su interés del mejor modo posible. Al no ser titular de una *pars hereditatis*, sino de una *pars bonorum*, no responderá personalmente de las deudas hereditarias, sino que éstas sólo le afectarán indirectamente en cuanto disminuyan el activo líquido relicto (140).

(135) Cfr. LAURENT, loc. últ. cit.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 124, p. 199.

(136) Cfr. CHIRONI, loc. cit., p. 195; GANGI, op. y vol. cit., n. 378, p. 359; D'AVANZO, loc. cit., col. 149.

(137) Cfr. la explicación de este criterio y su crítica en LAURENT, op. y vol. cit., n. 155, p. 206.

(138) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (Madrid 1955), II, § 4.º, ps. 227 y ss.

(139) Cfr. GULLÓN, loc. cit., p. 895.

(140) La distinción es clara: *pars hereditatis* es tanto como participación en el *universus ius relictum*, es decir, en su activo y su pasivo, y *pars bonorum*, es tanto como cuota parte de los bienes líquidos, o sea, del activo después de deducido el pasivo.

Los derechos sucesorios del hijo adoptivo

FRANCISCO CASTRO LUCINI

SUMARIO: I. *Importancia del tema.* 1. *Histórica.* 2. *Actual.*—II. *Derechos sucesorios que el adoptado adquiere en virtud de la adopción.* 1. *Fundamento.* 2. *Derecho comparado.* 3. *Derecho español.* A) *Precedentes históricos.* B) *Régimen vigente.* a) *Normas generales: sucesión contractual del adoptado.* a') *Naturaleza jurídica del acto contenido en la escritura de adopción instituyendo sucesor al adoptado.* b') *La irrevocabilidad del pacto sucesorio: su alcance.* c') *Revocación del pacto sucesorio: sus causas.* d') *Ineficacia del pacto sucesorio.* e') *Sentido irretroactivo de la extinción.* f') *Concurrencia de legitimarios.* g') *Pluralidad de adoptados.* h') *Derecho transitorio.* b) *Normas especiales relativas a la adopción plena.* 1. *Sentido de la expresión «por ministerio de la ley».* 2. *Derecho de representación.* c) *Normas especiales aplicables a la adopción menos plena.* d) *Sucesión testamentaria: estudio crítico del párrafo final del artículo 772 del Código civil.* e) *Examen especial del secreto de la adopción en relación con estas cuestiones.*—III. *Derechos sucesorios que conserva el adoptado.*

1. IMPORTANCIA DEL TEMA

Resulta casi innecesario resaltar la importancia que los efectos sucesorios han tenido y tienen actualmente en la adopción.

En los comienzos de esta institución puede afirmarse, sin temor a incurrir en exageraciones, que los efectos sucesorios constituyeron la finalidad primordial, pues la adopción nació como medio de procurarse un heredero quien carecía de ellos: «Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres», manifiesta ya el antiguo legislador de los indos (1). De aquí la prohibición de adoptar impuesta a la persona que ya tenía hijos legítimos, puesto que contaba con sucesor, que más que tal prohibición fué, en principio, ausencia del presupuesto o de la situación de hecho que permitía su aplicación, conocida ya por las leyes de Manú y la legislación ateniense (2) e

(1) Leyes de Manú, XI, 10. Vid. sobre esta cuestión FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua (estudio sobre el culto, el Derecho, las instituciones de Grecia y Roma)*, trad. de M. Ciges Aparicio. Madrid. Daniel Jorro, edit., 1931, págs. 67-70.

(2) Leyes de Manú, IX, 168, 174. DATTACA-SANDRICA, trad. de Orienne, pág. 260, y el *Discurso de Demóstenes contra Leochares*, cit. por F. DE COULANGES en la obra anterior.

inspiradora de que se pregunte Cicerón en uno de sus discursos: «¿Cuál es el Derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos?» (3).

En el Derecho romano encontramos la *adoptio testamentaria*, cuyo nombre indica su finalidad especial. En líneas generales cabe afirmar que en defecto de descendencia, la adopción era el medio por excelencia de crear un *heres suus et necessarius*, llenando en muchas familias romanas, principalmente entre las pertenecientes a la *nobilitas*, la función que habría podido cumplir el testamento y aún con ventaja respecto a éste, pues el heredero testamentario era libre de repudiar la herencia, y en el supuesto de que la aceptase, tal aceptación no producía las consecuencias sociales y políticas que llevaba consigo la adopción (v. gr.: derechos respecto a los libertos), lo que era digno de ser tenido en cuenta debido al importante papel desempeñado por la *clientela* en Roma; de suerte que la regla de la intransmisibilidad de los derechos de patronato y clientela por testamento podía suplirse o evitarse por medio de la adopción, la cual se utilizó más tarde por los emperadores para vincular la sucesión en el adoptado (4).

Los testimonios en punto a la importancia de los efectos sucesorios que producía la adopción en sus orígenes, son irrecusables: «Los datos... del Derecho comparado, parecen llevar a la conclusión de que la forma contractual —especialmente a través de una especie de adopción *sui generis*— fue la que primitivamente sirvió de expresión a la institución hereditaria y sólo posteriormente apareció la disposición unilateral o testamento» (5).

En el Derecho germánico se conoció la *adoptio in hereditatem* (*affiliatio* o *affratio*) por la que el adoptado era introducido en la comunidad doméstica del padre adoptivo, originándose entre ambos un derecho hereditario que constituía su principal efecto (6).

Al redactarse el Código civil francés, el Primer Cónsul —quien

(3) Adoptar, concluye, es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha obtenido de la naturaleza (*Pro domo*, 13, 14, combatiendo la adopción de un tal Clodio porque el adoptante tiene ya un hijo).

(4) Vid. M. H. PRÉVOST, *L'adoption d'Octavie*, en «Rev. Int. de Droit antique», III année, t. V, 1950.

(5) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 5.^a edic. Madrid, edit. Reus, 1942, pág. 670, el cual cita la opinión de Sohm, según la cual «la adopción para caso de muerte, como forma primitiva y precedente de la institución de heredero, se presenta en el antiguo Derecho griego y germánico —*affratia*, *adoptio in hereditatem*— y en el primitivo babilónico». En sentido terminante, manifiesta Enrique GARCÍA HERREROS (*La sucesión contractual*, prólogo de Rafael Ureña: Madrid, Imp. Hijos de M. G. Hernández, 1902, pág. 105) que «la adopción es la primera forma de disposición de los bienes por causa de muerte».

(6) Vid. BRUNNER y von SCHWERING, *Historia del Derecho privado germánico*, edit. Labor, 1936, pág. 233, y HANS PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de Melón, edit. Bosch, 1957, págs. 333 y 363.

al parecer quería utilizar la institución para sus fines personales, pues en ausencia de herederos tenía intención de adoptar al hijo de Joefina, Eugène de Beauharnais, o al hijo de la Reina Hortensia— se mostró partidario de conceder los máximos efectos a la adopción, sosteniendo la tesis de que «l'adoption doit être une imitation parfaite de la nature ; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès lors, l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes» (7). No obstante, después de las sesiones del Consejo de Estado de 16 de frimario y 4 de nívoso del año X, varió el criterio de Napoleón, quien cedió ante el parecer de sus legistas, y así pudo declarar Berlier en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo Legislativo el 21 de ventoso del año XI, que «les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines les-queles ne pouvaient convenir à nos moeurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien» (8). Pero es de destacar que el artículo 350 reconocía al adoptado en la sucesión del adoptante los mismos derechos que al hijo nacido del matrimonio, incluso aunque existieran hijos de esta última clase nacidos con posterioridad a la adopción (9).

Actualmente se puede encontrar alguna legislación de origen latino que, como la rumana, considera tradicionalmente la adopción como una simple institución de heredero (10), fórmula aplicada también por ciertos juristas de la provincia canadiense de Quebec, como M. Peland, quien afirma que la adopción se presenta como «una institución de heredero fuera del marco de la sucesión natural» (11).

En nuestro Derecho, aparte de los efectos sucesorios que la ley deriva de la adopción, bien directamente o por la voluntad de las partes, hay casos en los que los móviles de la adopción, que equivale a decir el fin perseguido con ella, son de tipo sucesorio: obte-

(7) THIBAUDEAU, *Memoires*, pág. 420.

(8) Cfr. *Loché*, VI, pág. 598. El mismo BERLIER había presentado un proyecto de ley sobre la adopción en la sesión del Consejo de Estado de 6 de frimario del año (Loché, VI, pág. 393). El Código prusiano que sirvió de modelo fué el de 1794, preparado en 1751, y del mismo se recogió la tutela inoficiosa, institución que debía servir para facilitar la adopción (vid. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, vol. IV, *Des Personnes*, París 1905, pág. 9; la parte dedicada a la adopción está redactada por G. CHÉNEAUX).

(9) Art. 350: «L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant ; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption».

(10) Código civil de 1864; actualmente rige el Código de la familia publicado el 4 de junio de 1954 (arts. 66-85).

(11) *Le Droit civil français : livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal en 1934*, pág. 176.

ner bonificación en el pago del impuesto de derechos reales (12)-subrogación en el arrendamiento de vivienda (13) o de local de negocio (14), etc.

De las consideraciones anteriores interesa destacar una consecuencia práctica: la de que si sólo se permite adoptar a quienes carecen de descendencia legítima, el adoptado deberá gozar de los mismos derechos hereditarios que corresponderían a los hijos legítimos, sin perjuicio de respetar la porción legítima de aquellos que naciesen con posterioridad o caso de supervivencia del hijo legítimo declarado fallecido; si, por el contrario, no se concede tal equiparación, no existe razón suficiente para mantener la expresada prohibición.

En las líneas que siguen vamos a tratar los derechos sucesorios del adoptado en su doble manifestación de:

A) Derechos que el adoptado *adquiere* en virtud de la adopción, y

B) Derechos que el adoptado *conserva* a pesar de la adopción

Y ambas cuestiones se tratarán en relación con las dos clases de adopción introducidas en nuestro Derecho por la Ley de 24 de abril de 1958, examinando los principales problemas que pueden plantearse. Mas para abordar el tema desde el principio, bueno será que comencemos por examinar, siquiera sea someramente, el fundamento de los derechos sucesorios que adquiere el adoptado en virtud de la adopción.

(12) Reglamento de 15 de enero de 1959, artículo 54, apartado 3) y número 32 de la Tarifa, según texto refundido de 21 de marzo de 1958.

Tal fué el caso que motivó la sentencia de 30 de mayo de 1951. Los demandantes, sobrinos de la Duquesa de S., pretendían que ésta había adoptado primero e instituido heredero después, a P. G., con la única finalidad de que éste les transmitiese acto seguido los bienes, pagando de este modo menos derechos reales, y solicitaban se declarase la nulidad de tales actos —adopción y testamento— habida cuenta que el adoptado no se mostró, ni mucho menos, conforme con despojarse de los bienes heredados, «por comprender una simulación absoluta de actos jurídicos, encaminados a defraudar a la Hacienda pública, para no abonar en la testamentaría de la Duquesa de S. los derechos reales correspondientes a herederos y legatarios, colaterales distantes y extraños, creando la figura del hijo adoptivo con encargo de distribuir la herencia». Pretendían asimismo la inexistencia o nulidad de tales actos por «causa torpe e ilícita que había servido para su celebración». El Tribunal Supremo desestima estas pretensiones y, de acuerdo con la doctrina sentada ya en la sentencia de 15 de enero de 1915, manifiesta que «la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos, en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la ley».

(13) Artículos 58 y 59 de la Ley de Arrendamientos urbanos, según texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956.

(14) Artículo 60 del Decreto citado en la nota anterior.

II. DERECHOS SUCESORIOS QUE EL ADOPTADO ADQUIERE EN VIRTUD DE LA ADOPCIÓN

1. *Fundamento*

Los autores han esgrimido abundantes argumentos en pro y en contra del derecho sucesorio del adoptado en la herencia del adoptante. Los principales de entre los favorables son:

1.º Se favorece a las clases desheredadas, a las que suelen pertenecer los adoptados. Mediante ella se remedian injusticias sociales, se asegura una más equitativa distribución de la riqueza, etc. Estas consideraciones influyeron en el carácter filantrópico atribuido a la adopción por los revolucionarios franceses, quienes la estimaron como un medio propicio para favorecer sus ideales de igualdad y fraternidad, hasta el extremo de que hubo quienes, llevados del entusiasmo del momento —Oudot, en su Discurso a la Asamblea Legislativa el 25 de junio de 1792 y un tal ciudadano Henry, elector del distrito de Montmédy, en «requête» presentada al Comité de Legislación— llegaron a propugnar su establecimiento como un deber sagrado indispensable para todo ciudadano que careciese de hijos y declarando que el célibe es un asesino de la prosperidad, obligar a aquellos cuya edad estuviese comprendida entre los 35 a los 55 años a adoptar a un niño de tres años, designado por el respectivo municipio de entre los huérfanos más pobres de la localidad, bajo pena, caso contrario, de privación de la ciudadanía francesa: y, a la inversa, el artículo 4.º de la Constitución de 24 de junio de 1793 concedió los derechos de ciudadanía al extranjero que adoptase a un muchacho francés.

2.º Se reparan consecuencias de actos de generación ilegítima, por cuanto se puede adoptar a los hijos naturales no reconocidos y aun a los adúlterinos.

3.º Si la sucesión se basa en una presunción de afecto, es lógico suponerla entre el adoptante y la persona que voluntaria y libremente ha sido adoptada por él.

4.º Si se impone al adoptante el deber de alimentar al adoptado, lógico es también que se reconozcan a este derechos para el caso de fallecer aquél.

5.º Históricamente puede afirmarse que ha sido el principal efecto producido por la adopción. Al discutirse el Código civil francés, sostenía Napoleón que la adopción era inútil si no se daba un hijo al padre adoptivo: «Elle n'est plus, en effet, qu'une simple institution d'héritier (15 bis).»

6.º Si se suprimiese este derecho sucesorio resultaría desnaturalizada la institución: El único resultado serio de la adopción, sostiene Planiol, es dar un heredero con todos los derechos de un hijo

(15) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 5.ª ed., Bruxelles-Paris, 1893, t. IV, págs. 274-275.

(15 bis) *Loc. cit.*, nota 7.

a las personas que carecen de descendientes (16). Entre nosotros, Sánchez Román (17), Burón (18), Mucius Scaevola (19), etc., se muestran unánimes en defender este derecho del adoptado. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de abril de 1915, declara que excluir de la sucesión intestada al hijo adoptivo es olvidar el concepto jurídico de la adopción y desviarse en absoluto de las reglas del derecho general de sucesión.

Las razones aducidas en contra del derecho sucesorio que corresponde al adoptado y en cuya virtud se pretende privarle del mismo, son tan débiles como las siguientes:

1.^a Que se acumulan los derechos y deberes correspondientes al adoptante a los que el adoptado conserva respecto a sus padres o familiares por naturaleza (20), a lo que puede preguntarse: —¿Y si el adoptado carece de familia por naturaleza o ésta es pobre, como es lo más frecuente?

2.^a Que de conceder estos derechos al adoptado, ¿cómo negarlos al adoptante en contra de la regla general de la reciprocidad en las sucesiones? Pero, aparte de que no hay regla sin excepción, debe tenerse en cuenta que es el adoptante quien busca al adoptado, no éste a aquél; que la adopción está concebida —o debe estarlo— en beneficio del adoptado y que, por otra parte y en definitiva, no existen argumentos concluyentes para negar el mismo derecho al adoptante.

3.^a Es más moral, se dice, dejar los derechos de sucesión al mérito. Mas cabe preguntarse quién premiará los méritos del adoptado si el adoptante fallece sin testar. Además, en principio debe partirse del punto de vista más favorable al adoptado y presumir los méritos en éste, sin perjuicio de reconocer al adoptante la facultad de presumir el derecho a sucederle si el adoptado incurre en causas de indignidad o desheredación y aun autorizar la revocación de la adopción por ingratitud del adoptado (21).

4.^a El temor de conceder *a priori* derechos sucesorios de carácter irrevocable disminuiría el número de adopciones. Sin embargo, las estadísticas demuestran precisamente lo contrario (22), aparte

(16) PLANIOL ET RIPERT, *Traité de Droit civil*, t. II, *La famille*. París, 1926, pág. 493 (con la colaboración de A. ROUAST).

(17) *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1912, t. V, vol. II, 2.^a edic., pág. 1087.

(18) *Derecho civil español*, Valladolid, 1898, t. I, pág. 580.

(19) *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. III, 3.^a edic. Madrid, Imp. Ricardo Rojas, 1893, pág. 436.

(20) D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del Derecho civil*, trad. Dorado, Madrid, pág. 354.

(21) Así lo proponía LAURENT en el *Avant-Projet du Révision du Code civil*, Bruxelles, 1883, t. II, pág. 176.

(22) En Francia, a partir del Decreto-Ley de 29 de julio de 1939 que introduciendo la legitimación adoptiva, equipara de modo absoluto al adoptado y al hijo legítimo, no ha cesado de aumentar el número de legitimaciones adoptivas, cuya estadística puede verse en VISMARD (*Traité théo-*

de que tales derechos siempre pueden quedar supeditados a los supuestos de indignidad o desheredación.

En suma, es posible afirmar que el derecho del adoptado a suceder al adoptante tiene un triple fundamento: de estricta justicia, de fomento de la institución y desde el punto de vista histórico.

2. Derecho comparado

El Derecho comparado nos suministra otro argumento favorable a la existencia de semejante derecho, pues es lógico suponer que los pueblos, al modificar sus instituciones jurídicas, buscan una mayor perfección de las mismas; el *video meliora proboque, deteriora sequor*, parece quedar relegado a norma de conducta particular de ciertos hombres. Pues bien, la casi totalidad de las legislaciones conceden al adoptado el derecho de suceder al adoptante y, la mayor parte de esa casi totalidad, confieren al adoptado los mismos derechos que a los hijos legítimos del adoptante. A lo sumo, las legislaciones que admiten en este punto la libertad de las partes manifestada en la escritura de adopción, se limitan a autorizar la exclusión del adoptado en la herencia del adoptante a la que en otro caso sería llamado (23); punto de vista, como se observará, diametralmente opuesto al que rige en nuestro Derecho para la adopción menos plena.

El Derecho sucesorio del adoptado se encuentra así reconocido con algunos matices de detalle, pero con la persistencia de una verdadera constante jurídica en Alemania (23), Argentina (24), Bélgica (25), Brasil (26), Chile (27), Colombia (28), Costa Rica (29),

rique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive, Recueil Sirey, París, 1951, pág. 3), siendo significativo que mientras en 1940 se celebraron ante el Tribunal civil del Sena 138 adopciones y 31 legitimaciones adoptivas, a partir de 1946 el número de éstas sobrepasa al de aquéllas: 263 y 280 en 1946; 367 y 412 en 1947; 337 y 341 en 1948; etc.

(23) Código civil suizo, art. 268, párr. 1.º: «El adoptado tomará el apellido del adoptante y será su heredero, conservando sus derechos de sucesión en la familia natural». Id. art. 269, párr. 2.º: «La revocación —de la adopción— se dictará por el juez... a petición del adoptante si éste tuviera derecho a desheredar al adoptado.»

B. G. B., parágrafo 1.767, párr. 1.º: «En el contrato de adopción puede excluirse el aprovechamiento del adoptante sobre el patrimonio del adoptado, así como el derecho hereditario de este frente a aquél.»

(24) Ley núm. 13.252 de 23 de setiembre de 1948, artículo 16.

(25) Art. 352 del Código civil, reformado por Ley de 22 de marzo de 1940.

(26) Código civil de 1916, modificado por Ley núm. 3.133 de 8 de mayo de 1957, artículo 1.605.

(27) Artículo 24 de la Ley de 21 de octubre de 1943, modificada por la de 2 de abril de 1952.

(28) Artículo 281 del Código civil.

(29) Artículo 17 de la Ley de 1 de agosto de 1934.

Dinamarca (30), Francia (31), Islandia (32), Italia (33), Japón (34), Hungría (35), Luxemburgo (36), Chacoslovaquia (37), Noruega (38), Perú (39), Polonia (40), Suecia (41), Suiza (23), El Salvador (42), Uruguay (43) y Venezuela (44). Claro está que algunas de estas legislaciones limitan este derecho cuando el adoptado concurre con hijos legítimos del adoptante, estableciendo, v. gr.: que aquél sólo recibirá la mitad de lo que corresponda a cada uno de éstos (Código civil brasileño, Código civil chino de 1930) o que la parte del adoptado será igual a la del heredero forzoso menos favorecido, sin que en ningún caso pueda exceder de la quinta parte del total (Código civil venezolano), de tal modo que sin perjuicio de ampliar los derechos sucesorios del adoptado cuando no concurre con hijos legítimos del adoptante, las legislaciones tratan de mantener un cierto equilibrio y proporción en los respectivos derechos cuando se da tal concurrencia.

3. DERECHO ESPAÑOL.

A) *Precedentes históricos*

El reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos adoptivos se encuentra ya en el Fuero Real, según el cual el adoptado hereda abintestato al adoptante en la cuarta parte de sus bienes y si sobrevienen hijos legítimos que concurren con él, en el quinto (45).

Las Partidas disponen que los hijos adoptivos heredarán abintestato no sólo por la adopción, sino por razón de parentesco, cuando se trata de adopción plena; y si se trata de adopción menos

-
- (30) Artículo 13, párr. 1.º de la Ley de 25 de mayo de 1956.
 (31) Artículos 356 y 370 del Código civil, según Ley de 8 de agosto de 1941.
 (32) Artículo 18 de la Ley núm. 42 de 1940.
 (33) Artículos 304 y 367 del Código civil.
 (34) Artículo 809 del Código civil.
 (35) Artículo 14 del Código de la familia de 6 de junio de 1952.
 (36) Artículo 360 del Código civil reformado por Ley de 13 de julio de 1959. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *La nueva ley luxemburguesa de adopción*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XIII, fascículo III, julio-septiembre 1959, págs. 952-957.
 (37) Artículo 63 del Código de la familia de 1.º de enero de 1950.
 (38) Artículo 14 de la Ley de 2 de abril de 1917, modificada en 1918, 1921, 1923, 1935, 1948 y últimamente en 21 de diciembre de 1950.
 (39) Artículo 338 del Código civil de 1936.
 (40) Artículo 64 del Código de la familia de 27 de junio de 1950.
 (41) Artículo 1.º del cap. IV de la Ley de 10 de junio de 1949.
 (42) Artículo 23 del Decreto número 1.973 de 3 de noviembre 1955.
 (43) Artículo 167 del Código de 1934 y Ley núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por Ley núm. 12.489 de 26 de diciembre de 1957.
 (44) Artículo 828 del Código civil de 1942.
 (45) Libro IV, título XXII, ley 5.ª.

plena, también tendrán derecho a heredarle al morir sin testamento (46).

Las Leyes de Toro establecieron que los adoptados plenamente heredaban a sus adoptantes cuando éstos carecían de descendientes de grado más inmediato (47) y la Novísima Recopilación, que el adoptado heredaba a falta de descendientes del adoptante y con preferencia a los colaterales (48).

El Código civil *aludió* —no puede decirse que reguló— a los derechos sucesorios del hijo adoptivo en el artículo 177, cuya oscuridad motivó la célebre sentencia de 19 de abril de 1915 y estimables trabajos doctrinales (49).

B) Régimen vigente

La Ley de 24 de abril de 1958 ha regulado los derechos sucesorios de los hijos adoptivos estableciendo unas normas generales (artículo 174, párrafos 3.º y 4.º) y otras especiales para la adopción plena (art. 179) y menos plena (art. 180).

a. Normas generales

Establecen los párrafos 3.º y 4.º del artículo 174 del Código civil: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.»

«El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.»

Los párrafos transcritos conforme a la redacción aparecida en el B. O. del E. núm. 99, de 25 de abril de 1958, solucionan muchos de los problemas planteados por la deficiente construcción anterior.

Parece que comienza por distinguir dos clases de derechos: 1) los que corresponden al adoptado en la herencia del adoptante en cuanto tal y 2) los derechos establecidos a favor del adoptado en la escritura de adopción.

1) Estos derechos los disfrutará tan sólo el adoptado plenamente, puesto que el párrafo final del artículo 180, relativo a la adopción menos plena, manifiesta que «el adoptado, *como tal*, sólo ten-

(46) Partida 4.ª, tít. XIV, ley X; Part. 4.ª, tít. IV, ley IX.

(47) Ley 6.ª.

(48) Libro X, título XX, ley 1.ª Nov. Rec.

(49) CASTÁN TOBEÑAS, *La sucesión abintestato del hijo adoptivo*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 1916, págs. 39 y ss.; CABELLO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Madrid, 1917; ROBLES, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en RCDI, 1942, págs. 464 y sigs.; CÁMARA, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en «Rev. D. Priv.», 1951, págs. 89 y sigs.

drá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción», mientras que el artículo 179, párrafo 1.º, confiere «por ministerio de la ley» derechos al adoptado en la herencia del adoptante, los cuales, por medio de la representación, pasan a sus descendientes legítimos. Si algún derecho corresponde al adoptado menos pleno en la sucesión del adoptante con independencia del pacto, no le corresponderán como tal adoptado, sino en virtud de la posible relación de parentesco que entre ellos pueda existir (v. gr.: tío que adopta al sobrino, adopción entre hermanos). Por ello, habida cuenta que el ámbito de los derechos correspondientes al adoptado en cuanto tal respecto a la sucesión del adoptante se circunscribe a la adopción plena, aplazamos su estudio para cuando tratemos de las normas especiales dedicadas a esta clase de adopción, esto es, para el comentario del artículo 179.

2) La segunda clase de derechos, aquellos que adquiere el adoptado al establecerse así en la escritura de adopción, tanto pueden referirse a la adopción plena como a la menos plena.

Respecto a la adopción plena vendrán a atribuirle una porción en la herencia del adoptante, además de la porción legítima que le corresponde en virtud del artículo 179, de modo que teniendo en cuenta su equiparación al hijo natural reconocido y la circunstancia de que el pacto no podrá exceder de las dos terceras partes de la herencia del adoptante, si se admite que esta limitación responde a dejar en todo caso al adoptante una parte de libre disposición, pueden darse las siguientes situaciones:

1ª *Adoptado plenamente cuyo adoptante no tenga descendientes ni ascendientes legítimos, o éstos no concurren a la sucesión.*— Tiene derecho a la tercera parte de la herencia en concepto de legítima; otro tercio no podrá ser objeto del pacto sucesorio; el tercio restante será sobre el que propiamente recaiga dicho pacto (artículos 179, 842, 174 del C. c.). Se dirá que, de todos modos, el adoptado plenamente hubiera sucedido al adoptante abintestato, por virtud del artículo 939 en relación con el 179; pero esta circunstancia no hace perder su utilidad al pacto sucesorio, puesto que los derechos adquiridos por el adoptado mediante el mismo son irrevocables, de tal modo que el adoptado no puede verse privado de ellos por ulterior disposición testamentaria del adoptante, mientras que el artículo 939 es para el caso de que el adoptante no haya dispuesto de dicho tercio.

Ahora bien, si se entendiese que puede concurrir el derecho conferido por el artículo 179 con el pacto sucesorio, interpretando a la letra el párrafo 4.º del artículo 174, puede resultar agotada la parte de libre disposición, lo que sucederá necesariamente caso de extenderse el pacto sucesorio a los dos tercios de la herencia del adoptante, pues el tercio restante le corresponderá al adoptado plenamente como legitimario si se interpreta así, lo cual veremos más adelante, el artículo 179.

2.^a *Adoptado plenamente que concorra a la sucesión del adoptante con ascendientes legítimos de éste.*—Una cuarta parte de los bienes del adoptante le corresponden como legítima (art. 841); la mitad de la herencia queda absorbida por la legítima de los ascendientes (art. 809), de tal modo que sólo queda libre una cuarta parte de la herencia y de esto resulta, si se interpreta la limitación del artículo 174 en el sentido expuesto primeramente, que no queda el remanente de un tercio que exige dicho artículo y, por tanto, no podrá tener lugar el pacto sucesorio.

3.^a Con mayor motivo no podrá tener efecto dicho pacto cuando el adoptado plenamente concorra con hijos o descendientes legítimos de su adoptante (cfr. art. 840), lo cual es perfectamente posible caso de superveniencia de tales hijos o que resultara vivo el declarado fallecido.

4.^a En cambio, si el adoptado plenamente concurre a la sucesión del adoptante con el cónyuge y ascendiente de éste, como el Código rebaja la legítima de los ascendientes a la tercera parte (art. 809) y la del adoptado es la cuarta parte de la herencia del adoptante, siendo en usufructo la del cónyuge, queda una doceava parte de la herencia como posible objeto del pacto sucesorio, una vez deducido el tercio que debe quedar a salvo, conforme a la referida interpretación del artículo 174, párrafo 4.^o.

Referido a la adopción menos plena, el pacto sucesorio adquiere la mayor importancia, porque constituye la base o *conditio sine qua non* en cuya virtud el adoptado —en cuanto tal— sucede el adoptante.

Cabe aplicar aquí consideraciones análogas a las expuestas anteriormente para el adoptado pleno, y así cuando el adoptado menos pleno concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, como la legítima de éstos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario, no quedará margen para el pacto sucesorio a favor del adoptado si insistimos en la interpretación según la cual la limitación del pacto sucesorio a los dos tercios tiene por finalidad dejar en todo caso el tercio restante como de libre disposición; caso contrario, el máximo a que puede extenderse aquel pacto es un tercio, con cuyo montante se agota el patrimonio del adoptante privándole de la parte de libre disposición.

En tesis general, siempre que concorra el adoptado con algún legitimario del adoptante cuya cuota resulte imposible de armonizar con el pacto sucesorio (descendiente, ascendiente, hijo natural reconocido, adoptado plenamente) y en la medida en que se dé tal incompatibilidad entre sus respectivas porciones (legítima y paccionada), habrá de pagarse primero la del legitimario y después la que corresponda al adoptado en virtud del pacto, aunque para ello tenga que dejarse sin efecto, en todo o en parte, el testamento anterior o posterior del adoptante en el que éste disponía de la parte libre en principio.

Puestos a adoptar una solución en la interpretación del límite impuesto al pacto sucesorio y a la vista de las consecuencias que entraña la consideración del mismo como una legítima a favor del propio adoptante —porción reservada necesariamente a éste para que disponga libremente de ella— y aunque la idea del respeto a la libertad de testar sea, en la época actual, mucho más sugerente que la opuesta (precisamente por las trabas, a menudo injustificadas, que restringen la gloriosa autonomía del hombre como ser libre y, por tanto, responsable de sus actos), no parece, sin embargo, que haya sido ésta la intención del legislador. Mas bien hay que inclinarse a la solución según la cual es suficiente con que el pacto sucesorio no exceda de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin necesidad de respetar el tercio restante como de libre disposición; y así, aunque en algunos casos se llegue a privar de esta facultad de libre disposición al adoptante, no por ello habrá de reducirse el pacto sucesorio en cuanto no exceda de los referidos dos tercios. Si excede y en cuanto exceda, no será nulo, sino reducible al límite indicado, debiendo hacerse notar que en el proyecto de ley no figuraba tal limitación.

Los dos tercios, en el caso de pluralidad de adoptados, parece que deben estimarse como límite al conjunto de los posibles pactos sucesorios establecidos a favor de todos los adoptados, no con relación a cada uno de ellos, cosa que sería innecesaria y carecería de sentido pues en un todo no caben varias dos terceras partes de ese todo; además, el artículo 174 se refiere a los dos tercios de la herencia del adoptante y ésta, según la concepción universalmente admitida, es única (universalidad): no hay varias herencias a las que sucesivamente pudiera imputarse tal limitación respecto a cada adoptado. Así, si el primer adoptado ha sido instituido en los dos tercios, con ello se ha agotado el máximo permitido y el adoptado posteriormente no podrá obtener nada en virtud del pacto sucesorio, sino sólo a través de disposición testamentaria (en todo caso y respecto al tercio restante) o «por ministerio de la ley (si es adoptado plenamente).

La redacción del artículo 179 en el extremo que nos ocupa parece dar a entender que el adoptado sólo sucede al adoptante en virtud del pacto sucesorio en la medida en que haya sido instituido en éste; es decir, que instituido en cierta porción, no tendrá por el mismo llamamiento contractual derecho a heredar al adoptante abintestato en toda la herencia o porción restante. Respecto a ésta se abrirá la sucesión legítima del adoptante, a la cual podrá acudir el adoptado pleno (art. 179) y también el menos pleno cuando le corresponda en razón, a su parentesco dentro del cuarto grado en la línea colateral con el adoptante. Criterio opuesto al mantenido por las sentencias de 19 de abril de 1915 y 30 de mayo de 1951, pero que resulta de la interpretación lógica y sistemática de los artículos 174, 179 y 180 del Código civil.

C. *Naturaleza jurídica del acto contenido en la escritura de adopción instituyendo heredero al adoptado*

De antiguo ha venido ocupándose la doctrina de este tema, habiéndose mantenido, con referencia al anterior artículo 177 del Código civil, las siguientes opiniones, sintetizadas por Cámara (50):

1.^a No equivale a verdadera disposición *mortis causa*, no es ni testamento ni contrato sucesorio (Comas, Sánchez Román, Mucius Scaevola, Cabello).

2.^a Es un pacto sucesorio por medio del cual se equipara al adoptado con el hijo natural (Valverde, De Buen) o con el legítimo (Castán, Puig Peña).

3.^a Es un verdadero contrato sucesorio o delación hereditaria contractual (Ortega Lorca, Blas Piñar, Vallet, Cámara), porque:

1) tiene naturaleza bilateral o contractual, reuniendo los dos requisitos de oferta y aceptación del favorecido, cuya consecuencia normal es su irrevocabilidad, y

2) implica una verdadera disposición *mortis causa*: el favorecido no adquiere ningún derecho, ni siquiera condicional, sobre los bienes del disponente en el momento de la disposición, sino que ostenta tan sólo una expectativa sucesoria.

García Herreros (51) participa de esta opinión, que estimamos debe ser mantenida actualmente, pues si bien el *establecidos* del artículo 174, párrafo 3.^o, pudiera entenderse en el sentido de permitir una disposición unilateral por el adoptante, el párrafo siguiente del propio artículo y el párrafo final del artículo 180 cierran el paso a toda duda al hablar de *pacto sucesorio* y de *derechos pactados expresamente en la escritura de adopción*; aparte de ello, debiendo establecerse la disposición en la misma escritura de adopción —no es posible establecerla en escritura posterior a la adopción ni, mucho menos, en otra anterior, como es lógico—

(50) CÁMARA, Manuel de la: *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en R. D. P., núm. 407, pág. 92.

(51) GARCÍA HERREROS, Enrique, *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, pág. 134, nos dice: «Queda, por último, otra forma de sucesión contractual: la que puede pactarse entre el adoptante y adoptado, reconocida como válida por el artículo 177 del Código civil. En él se establece que el adoptante puede obligarse en la escritura de adopción a instituir heredero al adoptado. Esta institución, que parece asimilar el hijo adoptivo al natural, tiene una esencial diferencia con la sucesión legítima que le da el carácter de donación *mortis causa* irrevocable, y es la no existencia del derecho de representación, puesto que, muerto el adoptado antes que el adoptante, no se transmiten los derechos sucesorios de aquél, sino que se deja sin efecto lo estipulado en el contrato. No creo, pues, dudoso el carácter de pacto sucesorio de esta institución.» Lo curioso es que este autor no incluye al artículo 177 en el Proyecto de reforma al Código civil español, que se contiene en el Apéndice de su obra —págs. 139 a 150— y en el que regula la sucesión contractual en todos sus desenvolvimientos.

como en dicha escritura habrán de prestar su consentimiento el adoptante y el adoptado o persona que corresponda por imperativo del artículo 176, párrafo 1.º, existirá necesariamente el encuentro de voluntades preciso y suficiente para dar al acto carácter contractual. Para nosotros este carácter no ofrece, pues, dudas, así como tampoco que sólo es posible en la misma escritura de adopción —extremo que no resulta desvirtuado por la posible aplicación del artículo 178 del Reglamento notarial. Mas como en la escritura han de expresarse «las condiciones con que se haya hecho» la adopción (art. 117 C. c.) una vez aprobada *definitivamente* por el juez, puede preguntarse si el pacto sucesorio es preciso que haya sido aprobado por el juez o basta con que se haga constar en la escritura. El supuesto puede darse, v. gr.: si antes de la comparecencia ante el notario el adoptante no se ha informado de esta posibilidad que la ley le brinda, o en el intervalo ha aumentado su patrimonio —herencia, lotería, negocio próspero, etcétera— de tal modo que puede ofrecer al adoptado un beneficio real. Volver otra vez, en tal caso, sobre el expediente judicial ya concluido origina molestias, retrasos, gastos seguramente, y siendo así que se trata de un beneficio para el adoptado sin la contrapartida de una carga que lo desvirtúe, puede muy bien admitirse la no necesidad de la aprobación judicial y la suficiencia de que tal pacto conste en la escritura de adopción, máxime si se estima que la adopción se perfecciona no en el momento de la aprobación judicial, sino en el de otorgarse la escritura.

No ofrece ninguna duda la posibilidad de que el pacto sucesorio beneficie al adoptado en concepto de legatario, ya que, a diferencia del anterior artículo 177, el artículo 174 del Código no habla de *instituir heredero* al adoptado. Nada obsta tampoco a que se condicionen o se sujeten a modo o a plazo los derechos sucesorios pactados en la escritura que, por lo demás, son irrevocables. En cambio, la misma adopción no puede ser sometida a condición ni a término.

El pacto sucesorio puede ofrecer dos modalidades, según que se celebre entre adoptante y adoptado o entre aquél y las personas deberán dar el consentimiento para el matrimonio del adoptado.

La irrevocabilidad del pacto sucesorio: su alcance.

Esta cuestión daba lugar a serios problemas bajo la vigencia del precedente artículo 177, pues dada la dicción del mismo (52)

(52) «El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad.» (art. 177 antiguo, del C. c.)

no estaba claro el alcance de la irrevocabilidad —que, por otra parte, no se establecía expresamente—, habida cuenta, además, de que no se trataba de derechos sucesorios establecidos en la escritura de adopción, sino de que el adoptante se hubiese obligado a instituir heredero al adoptado, lo cual es muy distinto. Las hipótesis eran:

1.^a *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, no cumpla tal obligación y fallezca sin otorgar testamento, no existiendo tampoco testamento anterior a favor de otra persona.*

Este es el supuesto que dió lugar a la célebre sentencia de 19 de abril de 1915, originada en torno a una escritura de adopción, cuya cláusula 3.^a establecía que cada uno de los padres adoptantes, en atención al mucho cariño que profesaban a la adoptada, contraían la obligación de instituir la heredera en su testamento en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, con las restricciones que las mismas determinan en cuanto a la validez y eficacia de la institución.

Fallecido el padre adoptante intestado, la adoptada insta expediente de declaración de herederos solicitando del juez la declaración de ser hija única y universal heredera de su padre adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios de la viuda. El Ministerio Público se opuso a la tramitación como acto de jurisdicción voluntaria, pues siendo a su juicio un derecho controvertible, debía oírse a quienes se creyesen con opción a contrariar dicha declaración, resolviendo el juez de conformidad con la tesis fiscal y manteniéndose en el caso debatido tres posiciones diferentes:

1) Representada por el Juzgado, que negó todo derecho hereditario a la adoptada, pues si bien en principio le concedía el derecho a suceder en la cuota legitimaria (dos tercios de la herencia) dejando a salvo el derecho del cónyuge, entendiéndolo que el derecho de la adoptada tenía su entronque en la escritura de adopción, como lo que había pedido era el todo, desestimó la demanda.

2) La Audiencia, tras sentar el principio de que cuando en la escritura de adopción se obliga el adoptante a instituir heredero al adoptado, esa declaración es por sí sola bastante para atribuir derechos hereditarios abintestato, revocó la sentencia del Juzgado y estableció que la adoptada tenía derecho a suceder a su adoptante, pero sólo en aquella porción hereditaria que le fué reconocida en la estipulación 3.^a de la escritura otorgada el 1.^o de julio de 1890, pues tal derecho tenía que ceñirse a los términos en que se había establecido la cláusula de la institución y la obligación contraída por el padre (53).

(53) Vid. Alfonso CABELLO y GULLÉN DE TOLEDO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil* (conferencia pronunciada el 20

3) El Tribunal Supremo falló que la adoptada, en concepto de heredera abintestato, era llamada a la *totalidad* de la herencia, señalando de paso que los adoptados suceden abintestato después de los descendientes y ascendientes legítimos e hijos naturales reconocidos (54). Doctrina que se vió confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1915 y 30 de mayo de 1951.

Por su parte los autores mantenían las opiniones siguientes:

Comas era del parecer que, fuera de testamento, el adoptado no heredaba (55); Sánchez Román (56) y Mucius Scaevola (57) estimaban que sólo heredaría a falta de ascendientes y descendientes legítimos e hijos naturales reconocidos, apoyándose en la preferencia que el artículo 176, a propósito de los alimentos, concede a los ascendientes y a los hijos naturales reconocidos por no hablar de los descendientes, a lo que se les objetaba que eran dos instituciones diferentes y, por lo mismo, inaplicable el principio *ubi eadem est ratio...*; Castán (58) defendía que incluso

de abril de 1917 en la sesión pública de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, Tip. Jaime Ratés, 1917, págs. 8-11.

(54) La doctrina jurisprudencial es la siguiente: «Que para excluir de la herencia intestada a un hijo adoptivo no existiendo ninguno de las líneas preferentes, descendientes, ascendientes legítimos o naturales reconocidos, sería inevitable, no sólo olvidar el concepto jurídico de la adopción, sino desviarse en absoluto de las reglas del derecho general de sucesión, efecto este contrario al orden moral y público de nuestro país, que la jurisprudencia contemporánea, si no ha de prestarse a consagrar un quebrantamiento de lesa razón, no debe consentir, siendo como es, intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido incurrir. La solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el artículo 177 del Código civil única y exclusivamente en su rigurosa desnudez al decir que en ningún caso perciba el adoptado fuera de testamento la herencia del adoptante, a menos que en la escritura de adopción se obligue a instituirle heredero, con esta inesperada transformación de espíritu mucho más restrictivo que el de la vieja legislación y mayor número de las extranjeras, desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es preciso salvar, y, como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personales que al igual casi de los legítimos adquieren por ella los hijos adoptivos, de donde se infiere que las personas prohijadas, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición.»

Abundando en el mismo criterio, la sentencia de 21 de mayo de 1915 establece: «Cuando el hijo adoptivo a quien se prometió instituir heredero, no es instituido y mueren sin testar los que le adoptaron, aquél tiene derecho a heredar abintestato a falta de descendientes y ascendientes legítimos e hijos naturales reconocidos; el hijo adoptivo puede casi equipararse al legítimo.»

(55) La revisión del Código civil, parte especial, Madrid 1895, páginas 417-18.

(56) *Estudios de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1898, págs. 1088 y 1089, nota.

(57) *Comentarios cit.*, págs. 443 y sigs.

(58) *La sucesión abintestato del hijo adoptivo*, en «R. G. L. J.», 1916, t. 128, págs. 39-60.

cuando hubiese descendientes o ascendiente y el adoptante dejase heredero a un extraño, el adoptado tendría la cuota de los hijos legítimos o, al menos, de los naturales reconocidos; también ofrecía como posibles soluciones llamar al adoptado como heredero abintestato (no testamentario) considerándolo como hijo legítimo a los efectos de los artículos 931 y siguientes, de tal modo que partiera con los de legítimo matrimonio y excluiría, caso de haber descendientes legítimos, a los ascendientes e hijos naturales reconocidos, invocando a favor de esta solución las sentencias anencionadas al hablar de las prerrogativas personales que, *al igual casi de los legítimos*, adquieren los adoptados; o bien considerar la promesa hecha en la escritura —mejor la obligación contraída en ésta— como una institución de heredero y llamar al adoptado a la parte que quede libre deducidas las porciones legítimas.

Se contraponían también las posiciones de quienes, como Cabello, sostenían que el derecho hereditario del hijo adoptivo no arranca de la escritura, sino de la ley (59) y la de aquellos que, como Cámara, entendían que el hijo adoptivo no sucede como heredero abintestato, sino en virtud del mismo pacto, que vale como título sucesorio, siendo improcedente, por tanto, la apertura de la sucesión legítima en la proporción en que esté instituido el adoptado, pues éste excluye en la misma a todos los sucesores abintestato, quedando a salvo el derecho de los legitimarios y recayendo el del adoptado sobre la parte de libre disposición (60).

Esta primera hipótesis actualmente no puede darse literalmente, ya que no es posible hablar de «obligación de instituir heredero» al adoptado, sino de «derechos establecidos en la escritura de adopción» y, en este caso, la solución viene dada claramente por el mismo legislador: los derechos del adoptado en la herencia del adoptante establecidos en la escritura de adopción —y en la medida o extensión en que lo hayan sido dentro del límite legal— surten efecto aunque el adoptante muera intestado; es decir, el adoptado sucede en virtud del mismo pacto sucesorio en la medida que éste comprenda con exclusión, en cuanto al mismo, de los sucesores abintestato, los cuales concurrirán respecto a la porción no comprendida en el pacto incluso con el propio adoptado pleno o con el menos pleno que sea pariente dentro del cuarto grado en la línea colateral del adoptante, quedando siempre a salvo, naturalmente, el derecho de los legitimarios. De aquí se desprende que la posición más ajustada al régimen actual fué la mantenida por la Audiencia en el asunto que motivó la sentencia de 1915 citada.

(59) Vid. CABELLO, *Op. cit.* en nota 53, págs. 11 y 12.

(60) *Op. cit.*, nota 50, págs. 94 y sigs.

2.^a *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, fallezca bajo un testamento anterior en el que instituye heredero a un extraño, sin haber cumplido tal obligación.*

El problema, con relación al anterior artículo 177, se reducía a determinar si los testamentos del adoptante quedaban revocados por la posterior obligación, contraída por el mismo en la escritura de adopción, de instituir heredero al adoptado.

Mucius Scaevola entendía que en este caso el adoptado no tiene derecho a pedir la nulidad de la institución hereditaria anterior en cuanto le perjudique, porque no es heredero forzoso (61), mientras que Cámara afirmaba la revocación por aplicación analógica de los artículos 739 y 740 del C. c., previa admisión de que tal obligación equivale al otorgamiento de un nuevo testamento y que el artículo 738 se refiere sólo a la revocación expresa, pues caso contrario no tendría lugar la revocación. Por todo ello, y ante la posible duda, en la práctica creía aconsejable que el adoptante expresase si su voluntad era dejar o no subsistente el testamento anterior o si deseaba su revocación total o parcial, formalizando su voluntad en este punto por medio de un testamento, que bien puede ser inmediatamente anterior a la escritura y cuyo contenido limitarse a la pura y simple revocación del primero (62).

Actualmente creemos que esta cautela no es necesaria y que el adoptado sucede en la cuantía establecida por el pacto a pesar de la existencia de un testamento anterior, el cual queda revocado por virtud de tal pacto en la medida a que éste se extienda —como máximo dos tercios de la herencia del adoptante—, quedando el tercio restante o la diferencia a favor del instituido en el testamento anterior: en suma, éste queda revocado en la medida en que perjudique al adoptado instituido contractualmente. A esta solución se llega interpretando la frase «aunque éste —el adoptante— muera intestado», pues sólo cabe la alternativa de que muera con testamento y la adversativa *aunque* obliga a considerar también este supuesto como de plena eficacia de la institución hereditaria contractual.

3.^a *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, no cumpla tal obligación y fallezca bajo un testamento otorgado con posterioridad al pacto sucesorio en el que instituye heredero a otra persona.*

La generalidad de la doctrina entendía ya, con referencia a la legislación precedente, que tal testamento posterior debía reputarse ineficaz en la medida en que perjudicase al adoptado, sin que fuese preciso para ello considerar al adoptado como cuasi-

(61) *Comentarios cit.*, 1803, t. III, pág. 446.

(62) *Los derechos hereditarios...*, cit., págs. 107-108.

legitimario, pues el carácter irrevocable del pacto sucesorio entraña una limitación del *ius disponendi* del adoptante. Condomines Valls aducía la posible analogía entre este caso y el previsto en el párrafo segundo del artículo 826, que decreta la nulidad de la disposición testamentaria contraria a la promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (63). Pero la analogía no es absoluta, pues en la promesa de mejorar se trata de un heredero forzoso, carácter que no concurría en el adoptado conforme a la primitiva redacción del Código civil.

El nuevo artículo 174, al declarar expresamente la irrevocabilidad y la eficacia del pacto, salvo casos de indignidad, desheredación o extinción de la adopción o concurrencia de legitimarios, viene a establecer, sin género de duda, la ineficacia del testamento posterior en cuanto perjudique al adoptado. Solución que guarda armonía con la naturaleza de los pactos sucesorios en general, de la que no tiene por qué ser una excepción el que estamos estudiando.

4.^a *Que el adoptante, después de cumplir su obligación de instituir heredero al adoptado en testamento, revoque éste por otro testamento posterior.*

Entendía Mucius Scaevola que aunque la promesa del adoptante constituía una cuasi-institución de heredero, el adoptado no podía pedir la nulidad del testamento por ser éste un acto esencialmente revocable, pero Castán (64) estimaba poco serios sus argumentos y opinaba que el espíritu del artículo 177 antiguo conducía a la solución contraria; pues, ¿qué utilidad tendría ni qué obligación constituiría esa promesa si el que la hizo pudiera revocarla en cualquier momento?

A partir de la reforma de 1958, como ya hemos dicho, no es necesario que el adoptante instituya heredero al adoptado en un testamento posterior, sino que el pacto sucesorio recogido en la escritura de adopción despliega por sí todos los efectos, sin que los derechos establecidos en él a favor del adoptado puedan verse disminuídos por un testamento posterior. La ley, cortando toda clase de discusiones, establece la irrevocabilidad de tales derechos.

5.^a *Que el adoptante, una vez instituido heredero el adoptado—o establecido el pacto sucesorio actualmente—, tienda a dejar semejante disposición sin efecto, realizando negocios jurídicos con esa finalidad (v. gr.: donaciones).*

Ya una parte de la doctrina se inclinaba por la posibilidad concedida al adoptado de poder impugnar tales donaciones y con

(63) *La adopción. El Código civil y proyectos de reforma.* Barcelona, 1957, pág. 16.

(64) *La sucesión...*, cit., pág. 56.

mayor motivo hay que concedérsela actualmente, ya que, aunque no se estime al adoptado como legitimario o cuasi-legitimario en virtud del pacto sucesorio, siempre resultará que tiene derecho a una parte alicuota de la herencia —con el montante máximo de los dos tercios— por lo que podrá pedir la reducción de las donaciones conforme al párrafo primero del artículo 655. En cambio, las donaciones anteriores al pacto sucesorio hay motivos para suponer que no podrán ser impugnadas si se estima que los derechos establecidos en dicho pacto deben ser referidos a los bienes existentes en poder del adoptante en el momento de convenirse éste.

Tratándose de negocios jurídicos a título oneroso, podrá el adoptado probar la simulación y, una vez demostrada ésta y supuesto que el acto disimulado fuese una donación u otro título lucrativo reuniendo los requisitos necesarios para su validez, nos encontraríamos en el supuesto anterior.

6.^o *Que el adoptado renuncie a sus derechos hereditarios en escritura posterior a la adopción.*

Entendemos que tal renuncia anticipada es nula, ya que si bien el adoptado puede dejar de ejercitar sus derechos hereditarios no puede obligarse a ello válidamente (65); si se considera aplicable el párrafo segundo del artículo 655, con mayor motivo no será posible la renuncia de todos los derechos sucesorios. Tampoco podrán convenir adoptante y adoptado en escritura posterior dejar sin efecto los referidos derechos, pues la irrevocabilidad extiende también sus consecuencias a este supuesto. Aunque la acepción estricta del término entienda éste como retractación unilateral autorizada por la ley, obliga a esa solución la redacción del artículo 174, párrafo tercero, así como el principio general prohibitivo de los pactos sucesorios (artículo 1.271, párrafo 2.^o) en sus diversas variedades (de suceder, de no suceder, dispositivos). Semejante renuncia bilateral o impropia sería un pacto de no suceder y, como tal, estaría prohibido.

7.^o Anteriormente a la reforma y debido a la redacción del artículo 177, no existía obstáculo legal para que el adoptante se reservase en el mismo contrato sucesorio la facultad de revocar lo convenido, si bien tal facultad ofrecía escaso interés práctico para el adoptante, ya que le era más cómodo obtener el mismo resultado por medio del testamento instituyendo o no heredero al adoptado; en cambio, éste veía asegurado en mayor grado su derecho mediante el pacto aún revocable, pues si el adoptante no lo revocaba, tenía lugar la sucesión; en cambio, en el segundo caso era preciso que el adoptante testase para que pudiese su-

(65) Cfr. en el mismo sentido ROSFL. y MENTHA, *Manuel du Code civil suisse*, Laussanne, t. I, pág. 345.

cederle, y sabida es la desidia o pereza de muchas personas para otorgar testamento.

No parece posible, después de la reforma, establecer en la escritura de adopción la revocación del pacto, por consideraciones semejantes a las anteriormente apuntadas; pero, en cambio, será lícito y permitido sujetar el derecho sucesorio a una condición, un plazo o un modo, puesto que no se trata de una legítima que forzosamente haya de atribuirse al adoptado.

Revocación del pacto sucesorio: sus causas.

El pacto sucesorio establecido a favor del adoptado en la escritura de adopción es, en principio, irrevocable. No obstante, la propia ley establece diversas causas determinantes de que el aludido pacto deje de surtir efectos, de entre los cuales corresponde examinar aquí aquellas que más se aproximan a la idea de revocación, a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 174, cuando manifiesta: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante... son irrevocables... salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación».

1.º *Las causas por las que el adoptado incurre en indignidad para suceder al adoptante*, por lo que será inaplicable la causa primera del artículo 756; la privación de la legítima establecida en la segunda sólo alcanza, como veremos, al adoptado plenamente, pues el menos pleno no es legitimario. Se aplicará, en su caso, el artículo 757.

2.º *Las causas de desheredación del adoptado*. Puede preguntarse si, como las causas de desheredación sólo son aplicables a los herederos forzosos, al aplicarlas el artículo 174 a los adoptados instituidos contractualmente equivale a otorgar al adoptado tal cualidad respecto a los derechos sucesorios pactados. A mi juicio no debe darse tal alcance a la remisión efectuada por el legislador y, en consecuencia, el adoptado no se convierte en heredero forzoso por la circunstancia de ser instituido contractualmente y aplicársele las normas relativas a la desheredación (sólo es heredero forzoso el adoptado plenamente por su equiparación a los hijos naturales) y ello por las siguientes razones:

1.ª Que la cualidad de heredero forzoso la atribuye directamente la ley sin que pueda dejarse a la voluntad de los particulares, como sucedería en el presente caso, pues siendo potestativo del adoptante —en relación también con la voluntad del adoptado o de las personas concurrentes a la adopción— instituir heredero al adoptado, resultaría que éste sería o no heredero forzoso, según convinieran o no las partes interesadas en la adopción.

2.ª Que si el adoptado fuese heredero forzoso por el mero hecho de la institución hereditaria contractual, su legítima sólo

estaría limitada en cuanto al máximo, dependiendo en lo demás de la voluntad de los particulares, que podría actuar libremente dentro de ese máximo; por otra parte, al ser tal porción legítima, no podría darse preferencia sobre ella a «los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas» (arts. 174, párrafo 4.º y 180, párrafo final) de modo absoluto, sino que habría necesidad de arbitrar fórmulas de compromiso, criterio que la ley rechaza.

3.ª El propio Código aplica las causas de desheredación para privar de alimentos a personas que no son herederos forzosos (artículo 152, n.º 4.º) y las refiere asimismo al adoptante (art. 175, número 2.º), el cual, si es menos pleno, no es heredero forzoso del adoptado.

4.ª El preámbulo de la Ley reformadora manifiesta que la adopción menos plena «se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida» y, en ésta, el adoptado no era heredero forzoso del adoptante; si la Ley hubiera querido variar su condición, no hubiera dejado de referirse a modificación de tal importancia.

La irrevocabilidad, en principio, de los derechos hereditarios del adoptado dimanantes del pacto contractual escriturado y la remisión hecha a las causas de desheredación para autorizar la revocación no significan, por tanto, que la porción hereditaria contractual del adoptado sea una legítima ni autorizan a considerar a éste cómo legitimario o heredero forzoso (66).

Las causas de desheredación del artículo 853 no ofrecen especialidades de relieve referidas al adoptado o a la adoptada. Los hijos de éstos no ocuparán su lugar, pues los derechos hereditarios se circunscriben sólo al adoptado, no pudiendo aplicarse los artículos 761 y 857.

Ineficacia del pacto sucesorio

Además de los supuestos de revocación, el pacto sucesorio puede quedar ineficaz en todos aquellos casos en los que la adopción —causa determinante del pacto— se extingue, conforme dispone el párrafo 3.º del artículo 174: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante... surtirán efecto... salvo que... se declare extinguida la adopción».

La adopción se extingue en los casos previstos por el artículo 175, cuyo análisis no corresponde hacer aquí, mediante el ejercicio de las acciones de impugnación que en el mismo se establecen. Únicamente interesa hacer constar que nuestro Derecho no

(66) Sobre la diferencia entre legitimario y heredero forzoso y la imprecisión terminológica del Código civil, vid. VALLET DE Goytisolo Juan, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1955, págs. 25 y sigs.

admite la revocación de la adopción por acuerdo de adoptante y adoptado (67): sino que ha de ser declarada por el juez, y que el párrafo final del artículo 175 debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento o la legitimación a que se refiere son los realizados por otra persona distinta del adoptante, pues los realizados por éste extinguen, desde luego, la adopción.

En cambio la adopción no se extingue por la muerte del adoptado ni la del adoptante, así como tampoco por la emancipación de aquél, ni, en general, por determinadas causas que producen la pérdida de la patria potestad del adoptante (68). Pero la muerte

(67) Esto es, la llamada revocación contractual, admitida por las legislaciones de Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Bulgaria, Chile, Dinamarca, El Salvador, Finlandia, Islandia, Japón, Méjico, Suiza, Venezuela y Yugoslavia, si bien el tipo contractual puro sólo se encuentra en Austria y Brasil, la cual opera por mutuo disenso de adoptante y adoptado y que no presenta dificultades cuando ambos poseen la plena capacidad civil. Mas cuando esto no sucede, es preciso sujetar la revocación al cumplimiento de ciertos requisitos que actúan a manera de garantías. Lo más frecuente es exigir el consentimiento de las personas que concurrieron a la adopción (artículos 14, párr. 3.º de la ley finlandesa de 5 de junio de 1925; 69, párr. 2.º de la checoslovaca núm. 256; 810 del Código civil japonés; 405 del Código civil mejicano, 183 del panameño, 169, párr. 1.º del Código civil suizo). Algunas legislaciones exigen la autorización judicial o la del tribunal de tutelados (art. 7.º de la ley checoslovaca de 1928) o la confirmación, en todo caso, del tribunal o autoridad judicial (arts. 1.768, 1.769 y 1.770 del B. G. B.), si bien el control se limita a investigar si se han cumplido las condiciones legalmente previstas para la revocación.

En todos estos casos la revocación contractual no supone derogación del principio según el cual la adopción no puede someterse a término ni condición (parágrafo 1.742 del B. G. B., artículos 1.575 del Código civil griego, 267 C. c. venezolano de 1922, 168 del Cód. letón de 1937, etc.), sino que deriva, pura y simplemente, del acuerdo de las personas a quienes la ley concede tal facultad posterior a la adopción. Esta clase de revocación goza de gran predicamento en la doctrina alemana, que admite unánimemente la revocación de la adopción por medio de contrato confirmado judicialmente (Vid. ENNEKERUS, *Tratado*, t. IV, vol. 2.º, págs. 178 y sigs.).

(68) En contra del parecer de PUIG PEÑA. Cfr.: *Las situaciones finales en la adopción*, en «Rev. D.º Priv.», 1948, núm. 381, diciembre, págs. 1.045 y sigs., el cual agrupa bajo la rúbrica de «destrucción o desvalorización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria potestad del adoptante», las siguientes causas de *extinción* —según él— de la adopción:

1) Extinción propiamente dicha (sin culpabilidad del adoptante): a), muerte del adoptado; b), muerte del adoptante; c), emancipación del adoptado.

2) Privación de la patria potestad por culpa del adoptante:

a) Privación extrajudicial de la patria potestad: artículo 168, que debe aplicarse restrictivamente.

b) Privación de la patria potestad por declaración judicial:

a) Por los tribunales de lo criminal, bien por procedimiento directo en los delitos contra la honestidad (Ley de 21 de julio de 1904 y Código penal), la familia (Ley de 14 de marzo de 1942 y art. 487 del Código penal) o por otros delitos, o bien en virtud de consecuencia derivada de la aplicación de otras penas, como la reclusión mayor, que lleva anejá la interdicción civil;

b) por los tribunales civiles, en virtud del artículo 171 del Código (Sentencias de 14 de octubre de 1935, 25 de junio de 1923, 9 de noviembre

del adoptado deja automáticamente sin efecto el pacto sucesorio, puesto que los derechos en él reconocidos se refieren exclusivamente al adoptado, no a sus descendientes legítimos, ni siquiera en el caso de la adopción plena, si bien los descendientes legítimos del adoptado plenamente fallecido tendrán, por representación, los derechos atribuidos por el artículo 179 a los efectos que en el mismo se señalan; por tanto, esta disposición no autoriza para suponer que los descendientes legítimos del adoptado pleno podrán representar en la sucesión hereditaria contractual.

A pesar de que el párrafo tercero del artículo 174 da igual consideración a todas las causas de extinción de la adopción, estimamos que cuando ésta sea debida a culpa del adoptante —supuestos de los «motivos graves que afecten al cuidado del adoptado» en que la acción corresponde al Ministerio Fiscal y de la solicitud del adoptado fundada «en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes»— debería conservar el adoptado sus derechos en la herencia del adoptante.

Sentido irretroactivo de la extinción

La irretroactividad de los efectos derivados de la extinción de la adopción está consagrada por el párrafo penúltimo del artículo 175: «En los casos en que se declare extinguida la adopción, quedará sin otros efectos que los ya consumados.» La extinción de la adopción carece de efectos retroactivos, es decir, se conservan los derechos adquiridos y las situaciones establecidas, pero no se adquieren otros nuevos ni se consolidan otras situaciones: el efecto consumado se respeta; el no consumado decae.

El principio establecido por nuestro Código está de acuerdo con la generalidad de las legislaciones, si bien éstas suelen ser más explícitas que la nuestra sobre el particular. Así, el artículo 309 del Código civil italiano manifiesta que «gli effetti dell'adozione cessano quando passa in giudicato la sentenza di revoca. Si tuttavia la revoca è pronunziata dopo la morte dell'adottante per fatto imputabile all'adottato i suoi discendenti sono esclusi dalla successione dell'adottante», y el párrafo tercero del artículo 367 del Código Napoleón determina que «la révocation fait cesser, pour l'avenir, tous les effets de l'adoption. L'adoptant ou ses descendants gardent toutefois, sur les choses données, le droit de retour prescrit par l'article 375 du présent Code».

No faltan, sin embargo, algunos casos en que la extinción opera retroactivamente. Según el artículo 409 del Código civil mejicano de 1928 la revocación de la adopción declarada por ingratitud del adoptado respecto al adoptante retrotrae sus efectos hasta el día en que se cometió el acto de ingratitud y conforme a los térmi-

de 1928, 24 de junio de 1931, 30 de septiembre de 1930, 14 de marzo de 1889, etc.) o del artículo 169 del mismo Cuerpo legal.

nos del artículo 360, párrafo octavo, del Código civil belga, los efectos de la revocación se producen, en principio, a partir de la fecha de la interposición de la demanda.

En nuestro Derecho y a los efectos sucesorios que ahora nos ocupan, conviene distinguir:

a) Si el adoptado ha sucedido ya al adoptante, de modo que la extinción de la adopción es posterior a la adquisición de la herencia, el adoptado conservará los bienes y derechos adquiridos, pues se trata de efectos consumados.

b) Si, a pesar de tratarse de sucesión contractual se estima necesaria la aceptación del adoptado —bien para todos los casos, bien sólo para aquellos en que el propio adoptado no haya prestado su consentimiento en la escritura de adopción— y la extinción de la adopción tiene lugar después del fallecimiento del adoptante y antes de que el adoptado haya aceptado la herencia deferida a su favor, si se acepta la solución más generalizada en nuestra doctrina según la cual la adquisición de la herencia tiene lugar a virtud de la aceptación, según el sistema romano —siquiera se retrotraigan sus efectos a la muerte de la persona a quien se hereda— el adoptado no podrá ya aceptarla y, por ende, no sucederá al adoptante; mas si se acoge la tesis defendida principalmente por García Valdecasas (69) conforme a la cual la aceptación se presume en tanto que no se destruya por la repudiación, siendo ésta la que opera retroactivamente (sistema germánico) estaremos ante un efecto consumado y, por consiguiente, el adoptado sucederá al adoptante.

c) Si la extinción de la adopción se produce antes del fallecimiento del adoptante, esto es, antes de abrirse la sucesión hereditaria, el adoptado no podrá ya sucederle.

d) Si al deferirse la herencia del adoptante se encuentra en período de tramitación la solicitud de extinción de la adopción, se podrá argumentar que al no haberse extinguido todavía la adopción, el adoptado puede aceptar la herencia deferida y que, una vez aceptada, como la aceptación es irrevocable y no puede hacerse bajo condición, el adoptado sucederá al adoptante aunque posteriormente se estime la solicitud y se declare extinguida la adopción. Mas si se tiene en cuenta que «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto... de su derecho a la herencia» (art. 991) y se aplica analógicamente el párrafo primero del artículo 835, habrá de concluirse que el adoptado no podrá heredar, sino que deberá esperar el resultado de la impugnación y sólo siendo desestimatoria podrá, a partir de ese momento, aceptar o adquirir la herencia del adoptante. En cambio, si se sostiene que el adoptado no necesita, en ningún caso, aceptar la herencia del adoptante, puesto que se trata de una sucesión contractual en la que hay que distinguir los efectos

(69) Vid. *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en «Rev. D.^o Priv.», 1944, págs. 90 y sigs., y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en la misma Revista, 1951, págs. 991 y sigs.

propios de la institución de heredero y los específicos del testamento, que se sustituyen por los derivados del contrato, en el que, al haber existido ya oferta y aceptación huelga hablar de una aceptación posterior, resultará que en tanto no se haya declarado extinguida la adopción por resolución judicial —y aunque la fecha de interposición de la demanda sea anterior a la de la muerte del adoptante— el adoptado sucederá al adoptante, sin perjuicio de que declarándose extinguida la adopción con fecha anterior al fallecimiento del adoptante, tenga el adoptado que restituir los bienes y derechos. Siendo el propio adoptado quien solicita la extinción de la adopción será aplicable, además, la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Dentro de la ineficacia cabe incluir también los casos de *nulidad o de inexistencia de la adopción*, como son 1) los de nulidad formal o por incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 176, conforme prescribe el párrafo final del mismo artículo, y 2) los de falta de los requisitos de fondo de la adopción o haberse realizado ésta contraviniendo alguna prohibición legal. En estos casos como la adopción, de cuya existencia y validez depende la existencia y validez del pacto sucesorio, no ha llegado a nacer, tampoco puede decirse que el adoptado tendrá derecho alguno a suceder al adoptante.

El pacto sucesorio no quedará sin efecto por causa de preterición, sin perjuicio de que los herederos legitimarios puedan reclamar su legítima (art. 147, párrafo 4.º) (70).

Concurrencia de legitimarios

Habiéndonos referido ya al modo de computarse la parte dejada al adoptado, tanto al que lo sea plenamente como al adoptado menos pleno, cuando concorra con otras personas cuyos derechos legitimarios deja la ley a salvo, partiendo de la base de que el legislador desea que no se agote el patrimonio del adoptante, sino que en todo caso quede libre un remanente de un tercio al menos (págs. 9 a 11), parece conveniente ver lo que sucede en el caso de no partir de semejante punto de vista.

A) Adoptado plenamente:

a) No concurriendo con ningún otro legitimario, le corresponde una tercera parte de la herencia del adoptante como legítima; las dos terceras partes restantes podrán ser objeto del pacto hereditario, con lo que se privará al adoptante de la parte de libre disposición si el pacto alcanza el máximo permitido.

b) Si concurre con ascendientes legítimos del adoptante, el pacto sucesorio queda limitado a la cuarta parte de los bienes del

(70) Es un supuesto parecido al contemplado por el artículo 72, párrafo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, aprobada por Ley núm. 5/61 de 19 de abril.

adoptante, que es la porción libre una vez deducidas las legítimas.

c) En la porción correspondiente y limitada a la parte libre quedará reducido el pacto sucesorio si el adoptado plenamente concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, la cual no puede determinarse *a priori* por ser variable en tal caso la legítima del adoptado (arts. 179 y 840).

d) Si concurre con ascendientes legítimos y cónyuge del adoptante, el máximo del pacto sucesorio alcanzará a las cinco doceavas partes de la herencia.

e) Si concurre con hijos naturales reconocidos y en virtud de su equiparación a los mismos, ¿vendrá considerado el adoptado como uno más de ellos dividiéndose la legítima entre todos, o se estimará que le corresponde una parte igual a la que por legítima tienen los hijos naturales? Nos inclinamos a considerar al adoptado como a un hijo natural más y, por lo tanto, comprender su parte entre la legítima de aquellos, no aparte de la misma. Esta solución hace menos violenta la cualidad de legitimario atribuida al adoptado pleno por el artículo 179 y su falta de expresión en el artículo 807, pues considerándosele como hijo natural más está virtualmente comprendido entre los hijos naturales que menciona el número tercero de este artículo, y coincide, *mutatis mutandis*, con la aplicada por la doctrina francesa sobre el texto del artículo 356 del Código Napoleón, a cuyo tenor el adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos o descendientes legítimos (71). Y es lógica esta solución, pues la contraria equivaldría a romper, en favor de los adoptados, la equiparación establecida por el legislador.

f) Siempre que no alcance la parte libre para satisfacer las legítimas se reducirá lo dejado al adoptado en el contrato sucesorio.

B) Adoptado menos pleno:

a) Si concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, la parte que puede recibir en virtud del pacto sucesorio queda reducida a un tercio.

b) Si concurre con algún otro legitimario se reducirá primero la parte de libre disposición y sólo en el caso de que ésta no bastase para satisfacer la legítima se reducirá lo dejado al adoptado menos pleno en el contrato sucesorio.

Pluralidad de adoptados

Conviene examinar la manera de proceder cuando haya que reducir la porción (dos tercios como máximo) correspondiente al adoptado en los casos que éste no sea único. En este punto todos

(71) VISMARD, Marcel, *Traité...*, cit., pág. 67, núm. 140.

los adoptados, sean plenos o menos plenos, están en la misma situación y gozarán de los mismos derechos, pues la preferencia atribuída a aquellos afecta solamente a su parte legítima. Los criterios a seguir pueden ser:

1.º *De prioridad*: se reduce en lo que sea necesario la parte correspondiente al que haya sido adoptado más recientemente, fundándose en que el pacto a su favor no puede perjudicar a los derechos reconocidos en otro pacto anterior en virtud del principio de irrevocabilidad tantas veces citado.

2.º *De igualdad*: se reducen en la misma medida las porciones correspondientes a cada uno de los adoptados, basándose en que teniendo todos éstos la misma condición no es lícito perjudicar a uno en beneficio de otro.

3.º *Proporcional*: se reduce la parte atribuída a cada adoptado, pero no en igual cantidad, sino en proporción a la cuantía en que haya sido instituído contractualmente, pues es justo conservar, en la medida de lo posible, la situación creada al verificarse la adopción.

Adopción conjunta.—En el caso de adopción conjunta, que en nuestro Derecho sólo puede realizar marido y mujer, bien facultativa (art. 173, n.º 4.º; adopción menos plena), bien necesariamente (art. 178, párrafo 1.º: adopción plena), resulta evidente que ambos cónyuges podrán instituir heredero contractualmente al adoptado *en un mismo instrumento* (la escritura de adopción) y aunque una cosa sea el testamento y otra distinta el contrato sucesorio, en cuanto ambos se encaminan a una finalidad análoga, puede estimarse el presente caso como una excepción al artículo 669 del Código civil. Supuesto que utilicen esta facultad y no se determine en la escritura la parte en que cada adoptante establece heredero al adoptado (como, por ejemplo, si la cláusula es del siguiente tenor: «Los cónyuges adoptantes N. y P. instituyen heredero a su hijo adoptivo Y., en la cuantía máxima que permite la Ley», u otro parecido) una interpretación racional inclina a pensar que el adoptado sucederá a cada adoptante en la parte que se haya señalado (en el ejemplo, Y. adquirirá dos tercios de la herencia de N. y dos tercios de la herencia de P.). Dudosa es la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1409, conforme al cual «será de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes... por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo o en parte».

Derecho transitorio

Si adoptada una persona e instituída heredera conforme a la legislación anterior a la reforma de 24 de abril de 1958, el adoptante otorga testamento posterior a favor de persona distinta y fallece

bajo la vigencia del nuevo artículo 174, parece aplicable la disposición transitoria 12.^a en relación con la 13.^a, así como el inciso segundo de la disposición transitoria 1.^a del Código civil y, en consecuencia el testamento posterior será ineficaz en cuanto perjudique al adoptado. Claro es que un sector de la doctrina mantenía ya la opinión que permitía conseguir el mismo resultado bajo la legislación precedente. Pero sus argumentos y la solución a que llegaba, al contrario de la que ofrece la legislación en vigor actualmente, no se admitían con unanimidad.

Cuando una persona ha sido adoptada en la única forma conocida antes de la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, y el adoptante no se ha obligado a instituir la heredera, ¿podrá establecerse a su favor el pacto sucesorio autorizado por el nuevo artículo 174?

A primera vista parece que la respuesta ha de ser negativa, ya que el artículo 174 exige que tales derechos sucesorios sean establecidos en la escritura de adopción y una vez que ésta se ha otorgado sin hacer uso de la facultad análoga reconocida por la legislador anterior, no se tratará de un derecho declarado por primera vez en la nueva ley, ni de un derecho nacido de un hecho, pues precisamente éste es el que falta; adoptante y adoptado tuvieron ocasión de convenir que el primero «se obligase» a instituir heredero al segundo y, si no lo hicieron, la oportunidad no puede serles concedida nuevamente.

No obstante, si tenemos en cuenta la diferencia esencial entre las regulaciones del antiguo artículo 177 y el actual artículo 174, de cuya diferencia se derivan las diversas consecuencias jurídicas que hemos examinado, con una interpretación benévola y amplia de las disposiciones transitorias 1.^a y 12.^a del Código civil en armonía con la disposición 13.^a e inspirada en el fundamental principio de favorecer al adoptado, podría admitirse la apuntada posibilidad, siempre que no existan derechos adquiridos de igual origen que puedan resultar perjudicados.

En realidad, la trascendencia práctica del problema es escasa cuando el adoptante se decide a utilizar el medio más fácil de otorgar testamento a favor del adoptado, si bien los intereses de éste no quedan tan perfectamente salvaguardados como lo estarían por el pacto sucesorio, cuya irrevocabilidad es la regla general frente a la revocabilidad de las disposiciones testamentarias.

Existe también la posibilidad —digna de tenerse en cuenta porque confiere al adoptado derechos superiores a los derivados del simple pacto sucesorio— de que el adoptado bajo la antigua legislación en la única forma por ella conocida lo sea en forma plena con arreglo a la nueva. Ciertamente es que el adoptado según la anterior legislación no tiene ya a partir de la adopción la consideración de abandonado o expósito, pero no es menos cierto que si cuando fue adoptado se encontraba en alguna de esas situaciones no fue culpa suya ni del adoptante que no se conociese la

adopción plena y, por tanto, ésta debe serle permitida; y si el adoptado es mayor de catorce años, autorizándose la adopción plena de los que fueron prohijados por los adoptantes antes de dicha edad, mayor motivo habrá para no impedir su práctica en favor de quienes no fueron simples prohijados, sino adoptados.

Semejante criterio fué seguido en Francia por el artículo 103 del Decreto-ley de 29 de julio de 1939 al establecer que «durante el plazo de un año a partir de la publicación del presente Decreto-Ley, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva pueden ser extendidas a los adoptados con anterioridad, si los requisitos exigidos por el nuevo artículo 368 del Código civil se encuentran cumplidos a la vez en el momento de la adopción y en el de la interposición de la solicitud de legitimación. No obstante, por derogación del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido dieciséis años el día de la publicación del presente Decreto-Ley. La legitimación así acordada no tiene efecto retroactivo». Y la jurisprudencia francesa ha establecido que, fuera de este caso, quienes reúnan a la vez los requisitos exigidos para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre estas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (Sentencia de 3 de enero de 1947), de donde se deduce, *a sensu contrario*, que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al adoptado anteriormente por uno de ellos si en el momento de la adopción no reunían todos los requisitos exigidos por los artículos 368 y concordantes del Código civil, sentido en el que se ha manifestado constantemente el Tribunal civil del Sena. El proyecto legislativo número 6.456 va más allá, pues permite transformar la adopción en legitimación adoptiva siempre que los requisitos exigidos para ésta existan desde la fecha de la presentación de la solicitud de legitimación.

Es semejante supuesto, al otorgarse la nueva escritura pública de adopción plena, es claro que podrán establecerse en ella derechos del adoptado a la herencia del adoptante conforme al nuevo artículo 174, sin perjuicio de los restantes derechos que correspondan a aquél.

Si el adoptante se obligó a instituir heredero al adoptado según la legislación anterior, en cuantía superior a la que el nuevo artículo 174 permite o en porción indeterminada, creemos que no puede aplicarse la limitación establecida al pacto sucesorio por la nueva Ley, consistente en no poder exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante.

b. Normas especiales relativas a la adopción plena

El Código civil no establecía ningún derecho de sucesión abintestato a favor del adoptado respecto al adoptante. Solamente cuando en la escritura de adopción se hubiese obligado éste a ins-

tuir heredero a aquél y falleciese sin haber cumplido dicha obligación, la construcción jurisprudencial montada sobre la endeble base suministrada por el artículo 177 consideró con tal derecho al adoptado en los términos y en la extensión que ya hemos examinado.

Más reformada la adopción por Ley de 24 de abril de 1958 «para mejorar la situación jurídica del adoptado», según reza la Exposición de Motivos, resultaba evidente que la mejora debía tener repercusión en los derechos sucesorios, máxime teniendo en cuenta que éstos constituyen uno de los principales efectos de la adopción y que ésta «por sus requisitos y efectos, puede ser plena o menos plena (art. 172). A este orden de ideas responde el párrafo primero del artículo 179: «Por ministerio de la ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquellos que la Ley concede al padre natural.»

1. Sentido de la expresión «por ministerio de la ley»

Comienza el artículo transcrito en su primer párrafo sentando la afirmación de que los derechos sucesorios que el mismo menciona se conceden «por ministerio de la ley». Esta expresión, utilizada también por el Código en otros casos —v. gr.: artículo 811— no plantea aquí dificultades y su sentido aparece claro: con ella quiere indicarse que tales derechos le corresponden al adoptado —y, por representación, a sus descendientes legítimos— en virtud del precepto legal, sin tener en cuenta la voluntad del adoptante e independientemente del pacto sucesorio que pueda existir. En realidad, podría haberse prescindido de la frase, por cuanto al equipararse a los hijos naturales reconocidos resulta ya evidente que tales derechos no se derivan de pacto sucesorio alguno, sino, que corresponden al adoptado pleno por su mera condición de tal, del mismo modo que se le atribuyen al hijo natural reconocido por el solo hecho de serlo. Pero aunque suprimida la frase el sentido del artículo sería el mismo, resulta no obstante útil en cuanto viene a dar a entender, de una manera clara e inducible, que el legislador considera al adoptado como legitimario o heredero forzoso del adoptante (72) sin que se trate de una equiparación a los efectos únicamente de que el adoptado pleno goce de unos beneficios que en justicia le son debidos.

Estas consideraciones se refuerzan porque, según la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, «en la adopción plena adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres

(72) Prescindimos de la cuestión acerca de si el hijo natural reconocido es necesariamente heredero, heredero forzoso o legitimario, sobre la que puede consultarse VALLET, *Op. cit.*, págs. 33 y sigs.

que los reconocieron. Parece que los derechos y obligaciones que engendra la adopción plena, debieran asemejarse a los que dimanarían de la filiación legítima y no de la natural, pues tanto más perfecta es la copia cuanto más lo sea el modelo. Pero tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural. Por eso, al regular los efectos de la adopción sobre el derecho sucesorio, la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa».

Se habla de «ocupar el mismo lugar», de «posición del adoptado», de que ésta se equipara a la del hijo natural reconocido «tanto en la sucesión legítima como en la forzosa». Precisamente en esta equiparación se basa la doctrina para atribuir a la adopción plena el carácter de estado civil (73). Ya hace tiempo se había mostrado partidaria de conceder al adoptado la cualidad de legitimario (74), siendo de destacar que la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, la cual permite adoptar a quien tenga hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos, considera a los adoptados, sin distinción entre adopción plena y menos plena, como legitimarios, incluso en concurrencia con los hijos legítimos y los equipara a éstos en la sucesión intestada del padre o madre adoptante en todo caso (arts. 6, 124, 125, 249).

¿Es lógica la equiparación del adoptado pleno a los hijos naturales reconocidos? Rotunda y tajantemente hemos de contestar que no. Están en contra de ella tanto nuestra tradición jurídica como la regulación de la institución en el Derecho extranjero y, lo que es más importante, la misma reglamentación legal, pues prohibida la adopción a quienes tienen descendientes legítimos y aun legitimados o hijos naturales reconocidos, ningún peligro habría en conceder a los adoptados idénticos derechos que a los primeros, y si alguno hubiese podría evitarse fácilmente sin más que

(73) Así el profesor DE CASTRO: «La adopción plena parece indiscutible que origina un cambio de estado, tanto respecto al adoptado como al adoptante. El adoptado... y el adoptante o adoptantes «por ministerio de la ley» adquieren, respectivamente, la condición de herederos forzosos, al concedérseles en sus respectivas herencias los mismos derechos que la ley otorga al hijo natural reconocido y al padre natural (arts. 178, 807, número 3.º del Código civil). Cfr.: *Compendio de Derecho civil* (Apéndice), Madrid, 1958, Instituto de Estudios Políticos, pág. 25.

(74) En este sentido Augusto COMAS, *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1895, parte especial, págs. 405-428, relativas a la reforma de los artículos 173-180, especialmente págs. 417-422, quien configura en el artículo 831 de su Proyecto el derecho sucesorio recíproco entre adoptante y adoptado en forma de legítima «para poder utilizarlo en la sucesión testamentaria». También Francisco de A. CONDOMINES VALLS, en su discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, estima tesis ajustada a un tiempo al Derecho natural, a la tradición española y al sentir predominante, que el hijo adoptivo en materia sucesoria se convierta en legitimario con arreglo a las normas de Derecho civil común o especial que rijan (*La adopción. El Código civil y proyectos de reforma*, Barcelona, 1957, págs. 28-29).

declarar preferentes los derechos de los hijos legítimos caso de concurrencia. La disculpa de que tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural no es convincente, porque en otros lugares el legislador reconoce a los adoptados plenamente una situación análoga a la de los hijos legítimos (v. gr.: en el artículo 166, *a contrario sensu*, se observa cómo el adoptante pleno adquiere el usufructo de los bienes que tenga el adoptado). Esperemos que, en la práctica, tal diferencia no tenga gran importancia —aparte de la derivada de la menor cuantía de la legítima— pues siempre puede ser instituido heredero en testamento el adoptado y, aun a falta de éste y de contrato sucesorio, sucederá al adoptante pleno en toda la herencia cuando, como será lo más corriente, no existan otros herederos con preferentes o iguales derechos.

2. Representación

La ley permite que todos los descendientes legítimos del adoptado pleno le representen en la sucesión del adoptante. En Francia la doctrina había llegado a la misma conclusión sobre la base del artículo 356 (el adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos o descendientes legítimos) y, con mayor motivo, en la legitimación adoptiva, pues conforme al artículo 370 del Código civil el legitimado ostenta los mismos derechos e idénticas obligaciones que si hubiese nacido de matrimonio. El Código civil italiano equipara también los hijos adoptivos a los legítimos a estos efectos (art. 567) y establece que la representación tiene lugar en la línea recta a favor de los descendientes de los hijos adoptivos (art. 468).

Los derechos reconocidos al adoptado pleno tienen como excepción los casos en que incurra en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción, y esto tanto si se considera aplicable el párrafo tercero del artículo 174 como si no, pues la doctrina general impone en este punto tal solución. Existe aquí la diferencia, con respecto a los derechos concedidos al adoptado pleno en el pacto sucesorio, de que los descendientes legítimos del adoptado podrán suceder al adoptante conforme a los artículos 761 y 857, los cuales no eran aplicables, como hemos visto, al contrato sucesorio.

c. Normas especiales a la adopción menos plena

A los derechos sucesorios del adoptado en la herencia de su adoptante menos pleno se refiere el párrafo final del artículo 180 del Código, que dice así: «El adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los

hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudieran tener el adoptante.»

Este artículo decide las dudas planteadas bajo la anterior legislación y su criterio es diametralmente opuesto al sustentado por la sentencia de 19 de abril de 1915, pues conforme al mismo, al contrario que mantenía esta sentencia, el adoptado menos pleno no sucederá a su adoptante en la porción a que no alcance el pacto sucesorio, si dicho adoptante fallece abintestato.

Pero este artículo se refiere sólo al adoptado como tal adoptado, es decir, en atención exclusivamente a esta condición, pues es posible que el adoptado tenga derecho a suceder al adoptante abintestato por razón del parentesco existente entre ambos.

Este artículo deja a salvo la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pueda tener el adoptante. El hecho de que entre estos legitimarios no se mencione al adoptado plenamente pudiera aducirse como argumento de que el Código no lo considera tal. Pero, dada su equiparación a los hijos naturales reconocidos, estará incluido en el espíritu, ya que no en la letra, de este artículo, beneficiándole la misma excepción. Con mayor amplitud se manifiesta el artículo 174, párrafo cuarto: «El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, *sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.*» Con lo cual resulta superflua la excepción establecida en el artículo 180, pues el artículo 174 la comprende; y no cabe duda que en la estatuida por éste cabe comprender a los adoptados plenamente.

d) *Sucesión testamentaria: análisis del párrafo final del artículo 772*

Todos los hijos adoptivos pueden heredar a sus adoptantes si éstos los instituyen en testamento, sea a título universal o particular. Para este caso y para salvaguardar en la medida de lo posible el secreto de la adopción, establece el artículo 772, en su párrafo final: «En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos.»

Entendemos que esta disposición es aplicable tanto al caso de que el adoptado concorra con otros hijos por la sangre del adoptante como al de que aquél sea único heredero, y que no se trata de una regla interpretativa contra la cual pueda prevalecer la intención del testador deducida del tenor del mismo testamento (artículo 675), sino que para excluir al adoptado debe el adoptante-testador, cuando emplea dicha expresión genérica, especificarlo claramente, de tal modo que la exclusión tácita no cabe: sólo es posible la exclusión expresa.

El alcance del precepto es, por una parte, más limitado que el del artículo correspondiente en el Proyecto de la Comisión, pues se restringe al testamento del adoptante, y, por otra, más extenso

al aplicarse a cualquier adoptado, sea pleno o menos pleno (75). ¿Quiere decirse con ello que en los testamentos de cualquier otra persona distinta del adoptante el llamamiento genérico hijo o hijos (referido naturalmente a los del adoptante) no comprende a los adoptivos? Aventurado sería sostener la exclusión de los hijos adoptivos como tesis general, pues ello podría conducir al resultado de dejar ineficaz la disposición testamentaria. Igualmente expuesto a error sería el criterio contrario, entendiendo que en todos los casos se comprenden en la referida expresión los hijos adoptivos de persona distinta del testador, a falta de un precepto claro en este sentido, tan claro al menos como el del artículo 772. Por eso opinamos que en este caso sí que estaremos ante un supuesto de interpretación de las disposiciones testamentarias. Y como la primera regla en esta materia es atender a la voluntad del testador si está claramente expresada, a esa habrá de estarse. Mas si la voluntad del causante no puede deducirse claramente, habrá que atender al sentido literal de las palabras empleadas (interpretación objetiva) y, en este caso, creemos de importancia determinar previamente si la relación adoptado-adoptante es equivalente a la paterno-filial, pues si la respuesta es afirmativa habrá de reconocerse que la expresión «hijo» o «hijos» comprende a los adoptivos, mientras que si se estima que las relaciones expresadas no guardan la debida analogía, la solución deberá ser la contraria.

Sin entrar a fondo en el análisis de la cuestión, que nos desviaría de nuestro propósito, sí vamos a señalar algunos argumentos favorables a favor de la tesis según la cual la adopción crea entre adoptante y adoptado una relación paterno-filial.

1. El profesor Cicu comprende entre los estados de filiación la legítima, la natural y la adoptiva (76), y el resto de la doctrina puede afirmarse que sigue, con gran mayoría, la misma dirección. Así, entre nosotros el profesor Castán Toboñas nos dice que «la relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Está, pues, fundada en el vínculo de la generación real o supuesta. Puede, en efecto, derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción)» (77). Y más adelante añade: «... resultan, en definitiva, cuatro especies de filiación, que se conocen con los nombres de legítima, ilegítima, legitimada y adop-

(75) El artículo 772 del Proyecto disponía: «(A los dos párrafos de que consta se le añadirá uno nuevo con la siguiente redacción): «El adoptado plenamente podrá, respecto de su adoptante, ser designado en testamento con la expresión «hijo» sin necesidad de que la disposición testamentaria haga referencia a la adopción.» De donde cualquier persona podía referirse al adoptado pleno en su testamento empleando la expresión «hijo».

(76) *La filiazione*, Milano, 1928, núm. 5, pág. 10.

(77) *Derecho civil español, común y foral (Registros)*, 3.^a edic., t. III, 1942, pág. 193.

tiva) (78), definiendo a los hijos adoptivos como aquellos que «no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales a virtud de un especial acto jurídico» (79). Puig Peña se manifiesta en sentido idéntico (80) y el substrato común de las definiciones que los autores dan de la institución lo constituye precisamente el considerar que crea un vínculo legal de filiación (81).

2. Los Códigos que definen la institución lo hacen también en este sentido: «Adopción es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante» (artículos 179 del Código civil boliviano de 1831, 267 del Código civil guatemalteco y 269 del Código civil colombiano), «el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como propio al hijo que no lo es verdaderamente» (Decreto número 375 de 5 de mayo de 1945 en Guatemala, art. 1.º).

3. La misma terminología viene en apoyo de la indicada solución, al emplear las legislaciones expresiones como *enfant adoptif* (art. 354, núm. 3.º del Código Napoleón), *figli adottivi* (artículos 294, 310, 468 y 567 del Código civil italiano), *angenommene Kind* (arts. 1.743 y 1.749 del B. G. B.), equivalentes a la nuestra de «hijo adoptivo» (arts. 47, párrafo 2.º; 84, núm. 5.º; 154 y 166 del Código civil) y aún es clásica la palabra *prohijamiento* que algún autor considera más adecuada que la de adopción (82).

4. Si, según hemos dicho antes, la adopción plena origina

(78) *Ibid.*, nota anterior.

(79) *Ibid.*, pág. 194.

(80) FEDERICO PUIG PEÑA, *La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco*, en «Rev. D.º priv.», abril 1948, número 373, págs. 304-307.

(81) VALVERDE: *Acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítimas* (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 4.ª edic. Valladolid, 1938, pág. 473). SÁNCHEZ ROMÁN: Es la adopción uno de los medios de constituirse la relación paterno-filial, por el cual y mediante ciertos requisitos establecidos por las leyes, una persona toma como hijos los que no lo son por naturaleza (*Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª edic., Madrid, 1912, páginas 1.077). En el mismo sentido: DUSI (*Della filiazione e dell'adozione*, 2.ª edic. 1924, págs. 875 y ss.), BAUDRY-LACANTINIERE (*Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Personnes*, vol. IV, París, 1905, pág. 6), COLIN et CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, trad. de la «Revista Gral. Leg. y Jur. con notas de DE BUEN, edit. Reus, Madrid, 1922, tomo I, pág. 611), PLANIOL (*Traité élémentaire de Droit civil*, 9.ª edic., tomo I, París, 1922, pág. 490), JOSSERAND (*Derecho civil revisado y completado por André Brun*, t. I, vol. 2.º *La familia*, trad. de S. CUNCHILLOS y MANTEROLA, Buenos Aires, 1950, título III, parágrafo 1.297), VISMARD (*Traité...*, cit., pág. 1), PUIG PEÑA (*Las situaciones finales...*, cit., página 1045), etc.

(82) CONDOMINES VALLS, *ob. cit.*, pág. 28: «La palabra española que debería procurar conservarse —prohijamiento— dice mucho más que adopción y, cual ocurre tantas veces en la vida jurídica, marca una primera línea de la cual, si no queremos correr grave riesgo, solo podremos apartarnos en casos excepcionales. Ahora, tener como hijo al que no lo es, equivale a remedar o imitar a la naturaleza; y esa imitación ha de ser lo más fiel posible.»

un cambio de estado civil, el estado que se adquiriera no será otro que el de filiación y paternidad legales. Pero incluso en la adopción menos plena, que no origina cambio de estado, hay que llegar a la conclusión de que existe la indicada relación, por cuanto se produce el efecto típico de ella: adquisición por el adoptante de la patria potestad sobre el adoptado, cuya situación personal se identifica con la del hijo legítimo (arts. 154, párrafo 2.º, y 180, párrafo 1.º, del Código civil).

5. La Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 manifiesta que «el adoptante, respecto al adoptado y éste respecto de aquél, tienen los deberes y derechos que recíprocamente tienen los padres y los hijos, con lo cual, en un punto más, queda establecida la debida analogía entre la *relación de filiación adoptiva* y la establecida por la naturaleza». Por otra parte, la relación de parentesco que la adopción produce entre adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra, según el párrafo final del artículo 174, sólo a una relación paterno-filial puede referirse y, abundando en el mismo criterio, en la estadística notarial se incluye la adopción bajo la rúbrica «Instrumentos relativos al *estado civil*».

6. Nuestro Derecho histórico confirma este punto de vista: «Adopción tanto quiere decir como porfijamiento, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, maguer no lo sean naturalmente» Partida IV, título XVI, ley 1.ª).

7. La jurisprudencia parece orientarse en el mismo sentido. La sentencia de 5 de marzo de 1934 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debida a la ponencia de su actual Presidente, manifiesta que «cabe hoy destacar estas tres categorías o matices de la relación familiar o cuasi-familiar que se constituye por el hecho de recibir como hijos, o cuando menos como conviventes y protegidos, a quienes no lo son por naturaleza: la adopción..., el prohijamiento... y, en fin, el acogimiento».

Resulta, en conclusión, que la adopción entraña una relación de filiación, por lo que empleada por un extraño en su testamento la expresión «hijo» o «hijos» y, según el sentido literal, deberá comprender también a los adoptivos, sin que esto suponga hacer tabla rasa del artículo 675 del Código civil, pues contra ese sentido literal podrá y deberá prevalecer la voluntad claramente manifestada del testador, su intención, en caso de duda, según el tenor del mismo testamento y, especialmente, el hecho de si el testador ignoraba la adopción suponiendo al adoptado verdadero hijo por naturaleza del adoptante, lo que es fácil que suceda, tratándose de personas ajenas al restringido círculo familiar del adoptante o a su intimidad y al sigilo con que suelen llevarse a cabo las adopciones para lograr lo que más apetece todo adoptante: que el adoptado le considere como su verdadero padre, profesándole el cariño de un verdadero hijo; así como también

debe tenerse en cuenta la circunstancia de no tener el adoptante más hijos que el adoptado, casos en los que parece no cabe discusión sobre el particular (83).

Examen especial del secreto de la adopción en relación con estas cuestiones.

El secreto de la adopción que el legislador quiere facilitar e incluso diríamos asegurar de modo especial en la adopción plena, como se comprueba leyendo el párrafo cuarto del artículo 178 del Código, tiene su desarrollo en diversos preceptos de la Ley y del Reglamento del Registro civil (84). Pero este secreto que se quiere salvaguardar, «con profundo respeto a la delicadeza con que la generalidad de los adoptantes de expósitos llegan a los mayores sacrificios para que el adoptado viva como hijo legítimo» y del que se encuentran manifestaciones extremas en legislaciones extranjeras (85), cede no sólo cuando «razones graves» lo aconsejen —en que se permite la investigación y demostración de la realidad de la situación adoptiva—, sino también en el momento de morir el adoptante y sucederle el adoptado. El celoso Fisco se encargará de ello, desde el punto y hora en que para la sucesión del hijo adoptivo —que, por otra parte, goza de un trato de favor respecto a los extraños y parientes lejanos del causante, siempre que reúna determinadas condiciones— rigen tipos superiores en la escala de herencias del impuesto de derechos reales que los correspondientes a los hijos legítimos (86). Si el legis-

(83) En análogo sentido que nuestro artículo 772, el artículo 21 del Estatuto de Quebec y el 26 de la Ley islandesa de 13 de diciembre de 1952 establecen que cuando por la ley o por los particulares en un acto jurídico se empleen las palabras «hijo» o «hijos» comprenderán a los adoptivos, salvo disposición expresa en contrario. En cambio, según la citada ley islandesa «hijo» o «hijos» empleadas por el padre o la madre por naturaleza del adoptado no comprenderá, en principio, a éste.

(84) Vid. especialmente artículos 6.º y 59 de la Ley y 21, 22, 28, 29, 30, 33 y 36 de su Reglamento, que responden a la idea de restringir la manifestación del folio del nacimiento y hacer posibles las certificaciones sin constancia de filiación.

(85) Así la ley uruguaya núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la núm. 12.486 de 26 de diciembre de 1957, atribuye carácter secreto a la legitimación adoptiva y, en su virtud, ni los extraños ni aun el propio legitimado pueden averiguar normalmente que la filiación —que en el Registro aparece como legítima— no es de origen. La Ley autoriza, en efecto, una verdadera falsificación de las actas del estado civil, gracias a la cual el menor legitimado es inscrito en el Registro como verdadero hijo legítimo de sus nuevos padres. (Cfr. *L'adoption dans les législations modernes*, 2ème. édit., Sirey, 1958, pág. 307.)

(86) GONZÁLEZ PALOMINO, enjuiciando esta actitud del Fisco, manifiesta: «El Fisco se ha creado una legislación propia, con técnica propia y con órganos propios, que la interpretan con el rigor máximo; no siempre acorde, ni en sus principios ni en sus aplicaciones, con la ética más latitudinaria. Cualquier particular que procediera en su vida social, en sus relaciones con sus semejantes, ateniéndose a los principios fiscales,

lador civil no quiere ver fracasar sus precauciones y buenos deseos, debería persuadir al legislador fiscal —que, por lo visto, es el Júpiter del Olimpo legislativo— para que, con toda urgencia, rectifique un tanto sus disposiciones y conceda igual trato a los adoptados plenamente que a los hijos legítimos, extremo que ya debió de haberse tenido en cuenta, si existiese unidad y concierto en la tarea legislativa, en la vigente Ley sobre el Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes, cuyo texto refundido fué aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1958 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril siguiente, con posterioridad, por tanto, a la Ley reformadora del Código civil de 24 de abril de 1958, publicada en el *Boletín Oficial* del 25 de abril siguiente, por no hablar del Reglamento del mismo Impuesto de 15 de enero de 1959, el cual no se hubiera extralimitado con ello en más de lo que corrientemente suelen hacerlo semejante clase de disposiciones.

III. DERECHOS SUCESORIOS QUE CONSERVA EL ADOPTADO.

Estos derechos se refieren, como no podía menos de ser, a la familia por naturaleza del adoptado. Nótese que decimos familia y no padres por naturaleza, pues, en efecto, dispone el artículo 174, párrafo quinto, con carácter general, que «el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza», prescripción aplicable tanto a la adopción plena como a la menos plena; por formar parte de las «disposiciones generales» contenidas en la sección primera. Y por si hubiera alguna duda, aún lo reitera para aquélla el párrafo segundo del artículo 179: *El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios...*

Sin embargo, creemos que en contadas ocasiones tendrá lugar la efectividad de semejantes derechos, en primer término, porque los adoptados plenamente no suelen pertenecer a familias conocidas y ricas, y luego porque aun siendo esa la condición de la familia por naturaleza —supuesto raro— el secreto de la adopción, en cuyo mantenimiento estará interesado de un modo especial el adoptante, impedirá al adoptado ejercitar sus derechos, pues ponerle en situación de hacerlo equivaldría a descubrirle su verdadero origen. Lo mismo puede decirse cuando en la adop-

sería considerado como persona de trato no deseable, ni de mucho fiar. Nuestro Tribunal Supremo le ha advertido ya al Fisco en varias ocasiones (18 de mayo de 1927 y 21 de enero de 1929) que no considera delitos los medios defensivos que los particulares utilicen para librar la piel, o algún trozo de ella, de entre sus zarpas, y que allá se las entienda él sólo con sus procedimientos, organismos y sanciones.» (*Instituciones de Derecho notarial*, t. I, Madrid, edit. Reus, 1948, pág. 56.)

ción menos plena los adoptantes tengan interés en ser considerados como verdaderos padres por el adoptado.

Estos derechos actúan con independencia de los anteriormente examinados, pues son perfectamente compatibles, al contrario de lo que ocurre con otros derechos y deberes (v. gr.: patria potestad), en cuyo ejercicio el adoptante excluye a la familia por naturaleza (art. 180, párrafo segundo).

La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones

FERNANDO LAGUNA IBÁÑEZ

SUMARIO.—I. *Reglas generales*: 1) Dimensión del problema.—2) Posibilidad de transmitir las deudas de la empresa.—3) Mecanismo de la operación.—4) La empresa, objeto de compraventa.—5) La S. de 25 de febrero de 1960.—6) El pago por el nuevo empresario.—7) La extinción de deudas como base para el saneamiento.—II. *Especialidades de la legislación*: 8) Contrato de trabajo.—9) Arrendamiento de local de negocio.—10) Fusión de S. A.—III. *Empresas con régimen especial*: 11) Empresa marítima.—12) Empresa de seguros.—13) Empresa bancaria.—IV. *Examen de algunas obligaciones que gozan de caracteres propios*: 14) Derecho cambiario.—15) Créditos bancarios.—16) Compraventa de mercancías: razón de su estudio.—17) Hipoteca mobiliaria.—18) Responsabilidad extracontractual.—V. 19) *Gravámenes fiscales*.

I. REGLAS GENERALES

1) *Dimensión del problema*.—La transmisión de deudas ofrece particularidades en el campo mercantil dignas de consideración. Aparte de los casos específicos en que se puede hablar de una identidad más o menos perfecta con la delegación, destaca el supuesto de transmisión de empresa mercantil por su titular a una persona que ocupará su situación en el seno de aquélla. No cabe duda de la vigencia del problema, como tampoco es difícil presumir el deseo de las partes del negocio de que el nuevo empresario se haga cargo de las obligaciones del antiguo, salvo en supuestos auténticamente excepcionales.

La problemática de nuestro tema se desarrolla casi exclusivamente en el campo del Derecho de obligaciones. Existen supuestos en los que cabe defender la ampliación de responsabilidad a personas diferentes del empresario, pero con muy poca relación con la delegación de deuda.

Consideremos el usufructo de empresa mercantil, cuya admisibilidad como objeto del expresado derecho real ya es bastante discutible, en el cual se plantea inmediatamente la suerte de las deudas que la gravan. De los modos enumerados en el artículo 468 C. c. como aptos para constituir el usufructo parece la voluntad de las partes manifestada en acto entre vivos la menos dificultosa o, por lo menos, aquella

de más fácil interpretación de la voluntad de las partes. Por el contrario, pensemos en el padre o la madre a quienes corresponde el usufructo de los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiere con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo (artículo 160 C. c.); en el derecho a usufructuar el tercio de mejora de que gozará el cónyuge al morir su consorte, mediando algunas circunstancias (art. 834); todavía más en el marido administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada.

Mientras cuando el usufructo se haya constituido libremente, pueden las partes decidir que el usufructuario se hará cargo de las deudas que graven el objeto—previo consentimiento de los acreedores—, ¿qué alcance será lícito conceder a la voluntad de la ley cuando sea precisamente una empresa mercantil el bien disfrutado? Al no prever esta eventualidad los artículos 467 y siguientes del Código civil, su aplicación adolecerá siempre de insuficiencia.

La solución parece poco menos que imposible de encontrar cuando los padres usufructúan una empresa mercantil adquirida por su hijo en las condiciones del artículo 160. Si difícil es fijar el alcance del mismo, aún lo es más precisar la suerte de las deudas que gravan la empresa usufructuada, porque el especial destino de la misma hacia el futuro y la importancia que tiene sea una u otra persona responsable de una obligación mercantil son factores de primerísima importancia.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, nos parece más atinado defender en tal caso una especial interpretación del usufructo y sus normas reguladoras. En verdad, no parece muy probable que un menor de edad haya adquirido con su trabajo o industria una empresa mercantil; habrá que limitar entonces el problema al supuesto de adquisición a título lucrativo. No es posible intentar una construcción analógica a la del menor de edad que continúa el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes por medio de guardadores (artículo 5 C. c), pues la hipótesis es diferente. Aquí se trata no ya de averiguar el derecho a la gestión de los bienes del descendiente, sino la afeción del propio patrimonio a las responsabilidades que graven el bien usufructuado. Parece en tal caso que el usufructo debe limitarse a los resultados de la actividad empresarial mejor que defender su extensión a los bienes que en su conjunto componen la empresa. Notemos sobre todo la transmisión de la empresa al menor y la inevitable responsabilidad a que quedarían sujetos sus bienes como resultado de semejante operación. El empresario será el menor de edad y sus acreedores perseguirán exclusivamente su patrimonio, sin perjuicio de las acciones que en su día puedan originarse entre aquél y los usufructuarios.

Los mismos argumentos serán aplicables al caso del cónyuge que disfruta el tercio de mejora, si precisamente constituye una empresa mercantil. Más enojoso es el problema del marido que recibe la explotación mercantil como dote inestimada, sobre todo a la vista de las

medidas de seguridad del artículo 1.358, muy poco expresivas de la importancia de la empresa como conjunto de bienes y, por el contrario, disgregados de los elementos que la componen. Además—siguiendo la observación de LACRUZ BERDEJO (1)—, la desconfianza y oposición de intereses propios del usufructo ordinario están sustituidas por el espíritu de cooperación entre los cónyuges y, mediando el régimen de comunidad de gananciales, la mujer participa de los frutos producidos por la dote. El mismo carácter permanente del matrimonio aconseja un tratamiento distinto del usufructo ordinario y por ende un régimen distinto de responsabilidad. Ya no puede decirse que exista una tajante separación entre los bienes de propietario y usufructuario; por el contrario, tendrán la consideración de gananciales los productos de la empresa —artículo 1.401 C. c.—, debiendo ser de su cargo las deudas y obligaciones contraídas por el marido —1.408, 1.—, todo lo cual provoca una vinculación de determinados bienes a las resultas de la actividad empresarial muy distinta de los otros supuestos que hemos comentado.

Pero no sería justo mencionar una última posibilidad que —con la excepción del problema suscitado por el artículo 1.357— parece la más frecuente: la expresa mención por la persona que constituye el usufructo de la suerte que deberán correr las deudas; un dato de tanta importancia difícilmente pasará inadvertido, pero cuando así suceda los obstáculos se manifestarán en el sentido que quedó señalado.

Un ligero repaso al articulado del C. c. en materia de usufructo nos confirma la sospecha que antes indicábamos: su escasa aplicación al caso de que tal Derecho real grave una empresa mercantil. El artículo 473 sólo roza el problema mencionando el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, que tendrán la consideración de productos o frutos. Nada importante, en realidad, para la cuestión que analizamos. Y el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideren gravámenes de los frutos, a cargo del usufructuario, así como el de las contribuciones que se impongan directamente sobre el capital, que pesan sobre el propietario (arts. 504 y 505, respectivamente), pese a su trascendencia incuestionable en el orden fiscal tampoco arrojan luces definitivas sobre la transmisión de las obligaciones. Por fin, la remisión a los artículos 642 y 645 que efectúa el artículo 506 sólo decide la obligación de pagar las deudas del propietario anteriores a la constitución del usufructo y la responsabilidad del usufructuario cuando le proceda en fraude de acreedores. No obstante, el precepto últimamente citado proporciona dos elementos de notoria utilidad: la necesidad de una imposición expresa de pagar las deudas del propietario y la posibilidad de gravar con usufructo un *patrimonio* en su totalidad, que bien puede ser una empresa mercantil. Sin que lo último

(1) LACRUZ BERDEJO: voz *Dote*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", VII, Barcelona, 1955, pág. 870.

signifique, sin embargo, adhesión a la teoría que identifica los conceptos de empresa y patrimonio.

2) *Posibilidad de transmitir las deudas de la empresa.*—Es preciso que la responsabilidad se adquiera en rango primero, no que se garanticen de alguna forma operaciones ajenas, pues el análisis de una eventualidad semejante correspondería al estudio de los contratos de garantía. Se trata, como solución ideal, a la vista de las dificultades de construcción en nuestro Derecho, de que tras la delegación de deuda subentre un nuevo deudor en la posición del antiguo —que queda liberado—, permaneciendo invariada la obligación (2). Este será uno de los primeros efectos que las partes contratantes deberán regular cuando una de ellas enajena a la otra una empresa mercantil: la suerte que correrán las deudas de la empresa en lo sucesivo y cuál será la posición de vendedor y adquirente en relación a ellas. De lo contrario, si el transmitente pasa a afianzar al comprador podrán complicarse las relaciones en gran manera. Sabemos, por ejemplo, el respeto que tienen el C. c. a la identidad de la cosa debida en el momento de extinguir la obligación y en relación con el contrato de fianza: el artículo 1.849 C. c. libera al fiador cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble o cualesquiera otros efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción. Si hubiere que aplicar esta regla a nuestro caso —y así sucedería cuando se estipulase la garantía del antiguo empresario— la reducción de la responsabilidad del fiador podría irse operando paulatinamente, según se fuesen entregando *aliud pro alio*.

Señalaba hace algunos años CALVO ALFAGENE (3) la necesidad del consentimiento por el acreedor, sin que sea vinculante la simple circular anunciando el traspaso íntegro de la empresa. A su parecer, el anuncio del traspaso íntegro de la empresa sólo indica una notificación de un contrato que contiene una estipulación en favor de tercero, consecuencia del cual es una *invitatio ad offerendum* para realizar el traspaso de la deuda. La solución es sugestiva, pero, a nuestro juicio, hay que matizarla más. Sin negar la indudable afinidad que media entre la transmisión de deuda y el contrato a favor de tercero existe un pequeño inconveniente en la tesis expuesta.

El contrato es exactamente uno de compraventa y la estipulación a favor de tercero la cláusula previsoras de que el pago se verificará a una persona determinada. Lo que no puede hacerse, en nuestra opinión, es resolver el problema afirmando que la aceptación del acreedor produce sin más la validez de la operación. Esto será cierto, sin que quepa oponerle la más pequeña objeción, para explicar el traspaso de las deudas una por una y consideradas individualmente, por lo tanto su ámbito es muy reducido. Precisamente la imposibilidad de considerar a la masa de acreedores en bloque —en la que, a semejanza de

(2) La asunción privativa o liberatoria del Derecho alemán. Vid. STATINGER: *Kommentar Zum BGB*, Leipzig, 1929, II-3, pág. 1469.

(3) CALVO ALFAGENE: *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos*, A A M N, I, 1945, pág. 552.

lo que sucede en Derecho de quiebras obligase a una determinada proporción mayoritaria impide identificar la cuestión con un sencillo contrato a favor de tercero. De acuerdo con el fundamental artículo 1.205 C. c., la sustitución del deudor precisará el consentimiento del acreedor, de todos los de la empresa, uno a uno, y esto determinará que mientras unas veces la delegación de deudas se habrá consumado, en otros habrá sido denegada la admisión del nuevo deudor—pese a lo cual el contrato de compraventa básico será perfectamente eficaz, respetando siempre la posición deudora del primitivamente obligado—mientras que finalmente, en algunas ocasiones, el acreedor habrá consentido en el cambio siempre que el primitivamente obligado garantice el pago. La aparición de un contrato accesorio de fianza—cuyos inconvenientes en el campo de la venta de empresa mercantil acabamos de considerar—provoca una nueva modalidad en el cumplimiento de la obligación. Las posibilidades, como puede verse, son bastante amplias, sin que quepa estructurarlas precisamente por el procedimiento del artículo 1.257, 2, C. c.

No hay que extrañarse, a la vista de lo expuesto, de que la opinión más extendida en nuestra Patria sea, como luego se ha de ver, la que niega la posibilidad de construir unitariamente la venta de la empresa mercantil. A nuestro modo de ver, es precisamente la existencia de varios acreedores la que dificulta la elaboración, pues—en principio—nada obsta para que en las relaciones transmitente-adquirente se considere la empresa como un todo por medio de un pacto en tal sentido que evite las reclamaciones de posibles vicios partida por partida.

Concretando ahora el ámbito de nuestro examen podemos declarar que generalmente se limitarán las delegaciones de deudas de la empresa mercantil a las hipótesis siguientes: usufructo, venta y delegación individualizada de una deuda (4). El último caso es el mismo que el de Derecho civil. Examinado el primero, nos detendremos ahora en la venta de la empresa y sus resultados sobre las deudas que la gravan.

3) *Mecanismo de la operación*.—Al analizar el artículo 1.445 C. c. apercibimos que uno de los contratantes se obliga a entregar una empresa—cosa determinada—y la otra a pagar por ella un precio cierto. La complejidad del concepto de empresa mercantil provoca abundantes dificultades respecto a la primera parte del precepto; en cuanto a la forma de pago podrán estipular los contratantes la forma que prefieran: contado, plazos, etc. Por fin, alcanzará cierta importancia el artículo 1.449, impidiendo la determinación unilateral del precio por uno de los contratantes.

Señalaba HEINSHEIMER (5) cómo en los supuestos de transmisión la empresa forma el objeto unitario del contrato obligacional de enaje-

(4) Salvo también el caso de fusión de sociedades y el de donación, de cuyo régimen destacan los ya examinados arts. 642 y sig. C. c.

(5) HEINSHEIMER: *Derecho mercantil*, por Geiler. Traducción y anotación por Vicente y Gella. Editorial Labor, 1933, pág. 46.

nación, mientras que la cesión real al adquirente sólo puede realizarse por medio de la tradición de los distintos valores que deban entrar en la enajenación a tenor del contrato y de acuerdo con los usos de comercio. Aunque parece flotar en torno a esta afirmación la sombra de los §§ 929 y 925 BGB (6), tan diferentes del sistema de la compraventa en nuestros Códigos, es lo cierto que su utilidad para nuestro estudio es bastante grande. Según el artículo 1.451 C. c., es suficiente la conformidad en la cosa y en el precio para la existencia de la compraventa, ratificando el artículo 1.445, que parece poner el acento en las promesas de distinto signo que verifican las partes. Pero ante la ausencia de regulación de la venta de la empresa mercantil será cierta la necesidad de efectuar una cesión real al adquirente para estimar verificada la entrega. En verdad, el artículo 1.462, 2. C. c. parece facilitar el problema cuando asimile el otorgamiento de escritura pública a la entrega de la cosa objeto del contrato, salvo pacto en contrario; pero notemos la existencia de diversas partidas de la empresa, cuyo régimen no se integra en la transmisión de la empresa como un bloque: piénsese en la existencia de inmuebles y en el problema de la doble venta del artículo 1.473.

Perfilando todavía más la opinión de HEINSHEIMER que hace poco transcribíamos, conviene precisar que la expresión por él usada de que la cesión al adquirente se *realiza* por medio de la tradición habrá que entenderla en nuestro Derecho --a la vista del artículo 609 C. c. -- como que se *completa*. Nos parece más adecuado el uso de esta expresión, sin entrar en el análisis detenido del problema.

Toda esta materia se relaciona con el saneamiento de la operación, que luego examinaremos. Este es, sin embargo, el momento de declarar que un dato preponderante debiera ser la existencia previa de la empresa como actividad económica que será continuada por el adquirente. Sólo se trata de una sustitución de empresario y una inalteración de las restantes circunstancias. En este punto la regulación del Registro mercantil alcanza insospechada trascendencia.

Supongamos una venta de empresa mercantil por su titular, comerciante inscrito en el Registro. De acuerdo con el artículo 26 del C. c., sólo un documento inscrito puede perjudicar a tercero y precisamente desde la fecha de su inscripción. Un repaso a los artículos 69 y siguientes del Reglamento del Registro mercantil nos revela que no es obligatoria la inscripción de la transmisión de la empresa, ni siquiera la de cesación de la industria. Aunque las partes del negocio decidan voluntariamente cumplir con la formalidad de inscribir en el Registro mercantil la operación que han llevado a cabo lo cierto es que servirá para muy poco una conducta semejante. Pues, en primer lugar, no se operará la transferencia de la empresa por el

(6) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, II, traducción y notas por Díez Pastor y González Enríquez, Madrid, 1955, págs. 162 y sigs.; LARENZ: *Derecho de obligaciones*, II, traducción y notas por Santos Briz, Madrid, 1959, páginas 19 y sigs.

simple hecho de especificarse el nombre del adquirente, que deberá solicitar su inscripción en el Registro, de acuerdo con el artículo 70 y siguientes del Reglamento, si desea disfrutar de la eficacia protectora de la institución. Además, y como GARRIGUES (7) ha puesto de manifiesto, aunque se verifiquen inscripciones extralegales, el Tribunal Supremo les niega los efectos positivos de la publicidad.

Encontramos entonces que la empresa es un factor externo al Registro mercantil. Este no se preocupa más que de la inscripción de personas, naturales o jurídicas, sin importarle nada la suerte de su actividad. El Registro mercantil es de comerciantes y no de empresas (8).

Descubrimos por fin la importancia que tendría la concepción opuesta en el problema que intentamos resolver. Si pudiese ser inscrita la empresa y sus eventuales transmisiones se facilitarían en gran forma las inevitables disidencias que nacen entre el Registro mercantil y el de la propiedad. Pues cuando la empresa es transmitida puede suceder que el nuevo titular se inscriba en el Registro, que exista una escritura pública regulando minuciosamente todos los elementos que la componen, y que, sin embargo, se produzcan algunas consecuencias dañosas para el legítimo adquirente. Por ejemplo, cuando algún inmueble es doblemente enajenado y el comerciante no inscribe en el Registro de la propiedad. O incluso cuando es la empresa misma el objeto de la doble venta, hipótesis que se nos antoja más correcta ante las dificultades que suscitaría el reconocimiento de efectos inmobiliarios registrales a las inscripciones del Registro mercantil, aun cuando se diese cabida en éste a la escritura de transmisión.

En el caso últimamente mencionado observamos que la voluntaria inscripción en el Registro de la transmisión de la empresa, e incluso la de uno de los adquirentes, complica más que aclara la situación.

Pues la necesidad ineludible de verificar la entrega de los bienes uno a uno y no en bloque podrá acarrear como resultado que los elementos componentes de la empresa pasen a diferentes manos sin que pueda hacerse nada para evitarlo. Aparte de la escritura que parece ser existirá para cada una de las enajenaciones, los adquirentes deberán observar una conducta activa si quieren evitar que alguien entre con la posesión de los bienes. Se percibe así la escasa utilidad del Registro mercantil para dar seguridad a una operación del tipo expuesto. Imagínense, por el contrario, las ventajas que produciría la existencia de un registro de empresas permitiendo seguir la vida de las inscritas paso a paso, sin dar ocasión a maniobras fraudulentas.

En cuanto a las deudas que gravan la empresa la situación es la siguiente: supongamos que se ha llegado a un acuerdo con los acreedores en diferentes sentidos. Mientras unos han admitido el cambio de

(7) GARRIGUES: *El Registro mercantil en Derecho español*, RCDI, 1930, págs. 667 y 741.

(8) La frase es de OLIVENCIA: *La inscripción del comerciante individual en el Registro mercantil*, RDM, 71, 1959, pág. 80.

deudor, otros no lo han hecho, mientras que los pertenecientes a un tercer grupo han acordado pasar por la sustitución en la deuda siempre que responda subsidiariamente el primitivamente obligado. Lo propio puede suceder si media una segunda enajenación de la empresa, observando siempre que deberán concurrir una serie de circunstancias especiales que disimulen la anterior transmisión, como la falsedad de los libros de contabilidad, pues un examen somero de los auténticos permitirían identificar velozmente el verdadero estado de la empresa con la lógica sospecha ante el silencio de algunos acreedores.

Así, mientras los acreedores que consintieron en el cambio de deudor contarán con la garantía del nuevo, los que se negaron se encontrarán en una situación más difícil, pues las primitivas deudas se unirá la acción de la persona defraudada. Ciertamente también la que se encuentre como responsable directa de las obligaciones intentará recobrar la cantidad que pagó, pero esto no influirá en nada sobre los créditos que serán satisfechos, pues en nada puede viciarles la regularidad de la operación que motivó el cambio de deudor, en la que ellos no fueron parte. Debe recomendarse aquí la máxima abstracción, so pena de inutilizar la utilidad de la transmisión de deuda. Si se concibiera como un negocio causal correría peligro la institución misma en cuanto difícilmente transigirían los acreedores en la sustitución, al correr el riesgo de la menor solvencia del nuevo obligado unido a las excepciones de la antigua relación (9), y cuando el transmitente asuma la posición de un fiador, tampoco se modificará la relación principal que medie entre el nuevo deudor y el acreedor originario.

Generalmente, las legislaciones más caracterizadas contienen alguna regla sobre este punto. Destacan por su importancia los párrafos 25 y 26 HGB, por los cuales responde el adquirente ilimitadamente de las deudas del anterior propietario si se sirve de la firma de éste, sin que la responsabilidad se reduzca al importe de los valores que recibió; asimismo, es responsable el antiguo empresario de las deudas del negocio. Con todo, es posible por medio de la inscripción en el Registro y la publicación de que el pasivo no ha sido transmitido, o incluso mediante la advertencia a los acreedores de tal evento, evitar la res-

(9) Quizá sea difícil llegar a una conclusión válida para todas las hipótesis, pero supóngase tan sólo que el nuevo deudor haya aceptado diversas letras de cambio escalonadas para abocar el débito. En tal caso, la abstracción cambiaria será la defensa más eficaz de que dispondrá el acreedor, pues—incluso cuando no haya sido negociado el título—parece demasiado osado entender que no existiendo vicio en la relación librador-librado puede esgrimirse la causa remota de la creación de la letra. Sobre estos problemas Cfr. la S. de 22 febrero 1960.

(10) Guarda relación con este punto el art. 15 HGB referente a la publicidad material del Registro de comercio. Recalca la doctrina que sólo se está dispensado de conocer las inscripciones en los casos de fuerza mayor, cuando vaguen los Tribunales o al interrumpirse la publicación de los periódicos. Cfr. HILDEBRANDT, nota 19 al § 15 en el *Handelsgesetzbuch* de Scheffegelberger (comentado también por Gessler, Heferment y Schöder), 3.^a ed.,

ponsabilidad del nuevo propietario (10). Como puede observarse, la diferencia no puede ser más profunda con nuestro Derecho al ser precisamente el primer efecto la transmisión de las deudas. El sistema del H G B es el mismo en el Código suizo de las obligaciones, artículo 181, que tras precisar la responsabilidad solidaria del antiguo y el nuevo, establece un plazo de duración de dos años, contra cinco en el sistema alemán (11).

Esta última característica del Derecho germánico aún nos revela una especialidad del Derecho español, consistente en la imposibilidad de precisar los plazos de responsabilidad. En defecto de pacto expreso, será aplicable el artículo 1.843 que faculta al fiador para solicitar la liberación de la fianza al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene plazo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor del indicado. Pero notemos que tratándose de obligaciones mercantiles difícilmente carecerán de plazo de vencimiento, lo que producirá una excepcional aplicación del precepto. Además, la responsabilidad sólo tendrá el carácter de solidaria cuando así se pacte expresamente, por la conocida característica de estar ausente de nuestro C. de c. una norma que determine la solidariedad en las obligaciones mercantiles. Puede concluirse que el sistema español no se distingue precisamente por su elasticidad, requiriendo un pacto expreso de responsabilidad, que además no será forzosamente solidario y con un plazo de duración a todas luces excesivo.

En el Derecho italiano—por proporcionar un elemental panorama de Derecho comparado—aparecen en el artículo 1.560 del Código civil los derechos relativos a la *azienda* cedida: el alienante no se libera de las obligaciones inherentes al ejercicio de la misma y anteriores a la enajenación más que cuando los acreedores han consentido. Responderá de dichos débitos el adquirente si están expresados en los libros contables obligatorios.

Observa AULETTA (12) que aunque la norma hable de liberación total del alienante y de consentimiento unánime de los acreedores es imposible desconocer el derecho a disponer del propio crédito, por lo que ante la presencia de un conjunto de causas y efectos y no de un

1955, Berlín y Frankfurt, con ejemplos un poco pintorescos: el tercero no podía conocer la inscripción por encontrarse cerrado el tribunal donde se halla el Registro; o la revista en la que se publican las inscripciones ha sido robada del buzón del tercero... Pero como principio general indica el autor que hay que *einen strengen Masstab anlegen* y hay que exigir un *weitgehende Erkundigungspflicht*.

(11) Pueden consultarse GÜHL: *Das schweizerische obligationenrecht*, 5.ª ed., Zürich, pág. 227 y sigs; y OSER-SCHÖNENFELDER: *Das Obligationenrecht*, V, 1, 2.ª ed., Zürich 1929, págs. 771 a 774 (sobre todo pág. 773 con detalles sobre la cuestión de la responsabilidad del viejo y nuevo empresario).

(12) AULETTA, en el *Comentario del Codice civile* de Scialoja y Branca, Libro V, Bologna-Roma 1959, pág. 66. Vid. también pág. 69, nota 2, donde se recoge la opinión de MOSSA relativa a las condiciones que deben reunir los libros de comercio a los fines señalados en el artículo.

efecto y una causa inescindibles es posible que sólo consientan la operación algunos acreedores, respecto de los cuales cesa la responsabilidad del alienante. Aparte de la mayor proximidad que existe con nuestro sistema merece destacarse que el objeto de la enajenación no es la empresa, lo cual es indudablemente exacto en cuanto no es posible transmitir una actividad económica (art. 2.082 C. c.), sino únicamente el complejo de bienes que la componen. Sin que por ello quede desasistido el nuevo titular, pues su empresa es objeto de una especial protección, por el cauce del artículo 2.557. Pero estimamos que, sin dudar sobre su exactitud técnica, resulta más expresivo para el Derecho español hablar de la enajenación de la empresa, a la vista del escaso material legislativo y jurisprudencial de que se puede disponer.

En Derecho francés la venta de un *fonds de commerce* se rige por la ley de 17 de marzo de 1909 y por algunos artículos de la ley del 29 de junio de 1935, distinguiéndose entre los acreedores protegidos por un privilegio, a quienes la conducta del deudor no puede perjudicar, y los acreedores quirografarios que —por el contrario— necesitan una protección especial lograda por medio de un especial sistema de publicidad (13). Señalemos también que el fondo de comercio es instrumento de trabajo del comerciante objeto de la enajenación; tesis admitida incluso por el autor que más ha defendido la idea de empresa en el Derecho francés —y nos estamos refiriendo a ESCARRA— porque, en verdad, si la empresa es la repetición profesional de actos de comercio, descansando sobre una organización preestablecida (14), difícilmente se puede admitir la transferencia de aquélla si se estima como un acto puramente material de insistencia en una actividad comercial.

Pero en nuestro Derecho, aparte de la imposibilidad ya conocida de construir la transmisión de la empresa como un negocio jurídico unitario, existen pocos factores que ayuden a la elaboración. Vimos ya la garantía que podría ofrecer el acceso al Registro mercantil de la operación estudiada (15) y nos queda ahora por considerar la validez que tendrán para los acreedores y terceros en general los avisos en que se les comunique la realización de la venta.

Si en algún caso —como sucede en la práctica con frecuencia— se anuncia en la prensa el cambio de propietario de una empresa mercantil (que generalmente se manifiesta con el equívoco denominador “nueva dirección”), ¿implicará esta publicidad extrarregistral cierto conocimiento para los acreedores? Es imposible defender una afirmación semejante, sobre todo ante la manifiesta inexistencia de un uso mercantil al respecto. Y aunque pudiera hallarse, encontraría un

(13) Cfr. ESCARRA: *Cours de Droit commercial*, París 1952, pág. 187 y sigs.

(14) ESCARRA, ob. cit., pág. 168.

(15) Ya propugnaba ESTASEN la inscripción en el Registro de “Las cesiones y traspasos de los establecimientos mercantiles, casas de comercio, etc..., y los contratos en que se impusieran gravámenes sobre dichos establecimientos, sucursales y dependencias”, *Reforma del Registro mercantil*, R. G. L. J., 113 (1908), pág. 205.

obstáculo formidable en el artículo 1.205 C. c. No sería oportuno entrar en el examen del uso *contra legem*, pero opinamos que en el caso indicado es de muy difícil implantación en nuestro Derecho: no parece muy probable que un deudor pueda utilizar la enajenación de su empresa mercantil—en el ejercicio de cuyo tráfico contrajo la obligación—y la publicidad que se hizo para ampararse en la responsabilidad del adquirente. Indiquemos además que cuando aparecen en la prensa diaria declaraciones en el sentido más arriba expuesto, tratan, quizá, solamente de orientar al público hacia un establecimiento desacreditado en mayor o menor grado, intentando hacer cundir la confianza si se indica además el nombre del nuevo responsable. La trascendencia mercantil del acto es, como puede verse, muy poca.

Tampoco puede darse valor alguno a las cartas que dirija el antiguo empresario a sus acreedores comunicándoles la operación que ya ha llevado a cabo o que se propone realizar en un momento inmediato. Sólo podrá significar la conclusión de una gestión previa que desembocará en el consentimiento del acreedor en alguna ocasión. Conviene precisar también que alguna vez, habiéndose enterado el acreedor del cambio de titular de la empresa, se pondrá en contacto con el enajenante para precisar la situación. Por el contrario, el acreedor privilegiado—con una garantía específica—no necesitará un cambio de impresiones con el obligado para tomar precaución de ningún tipo.

Hay, sin embargo, un punto que no queda suficientemente explicado y en el cual pensamos puede hacerse alguna observación interesante. Los acreedores del empresario transmitente no pueden oponerse a la enajenación que su deudor pretende llevar a cabo, aunque consideren que su crédito puede peligrar. Deberán esperar al vencimiento de sus créditos, y si no encuentran bienes suficientes para resarcirse en el patrimonio agredido no les cabrá otra solución que ejercitar las acciones del artículo 1.111 y concordantes del C. c. Pero aunque empleen tales remedios, su situación puede ser bastante más insegura que antes de realizarse el negocio traslativo. Porque cuando el deudor carezca de suficientes bienes o no posea derechos y acciones ejercitables, la impugnación de los actos fraudulentos exige ciertas circunstancias, recogidas en los artículos 1.297 y 1.298 C. c., que no se encontrarán forzosamente en la transmisión del negocio.

Podría objetarse que las condiciones personales del deudor son las mismas si se vende la empresa que si no se concluye un negocio de tal naturaleza. Así debiera ser, pero es imposible desconocer que la rentabilidad del establecimiento habrá sido factor importante para la realización del negocio. Incluso cuando la venta se haya hecho por bajo precio y no resulte una cantidad suficiente para cubrir todos los pagos, podría protegerse el adquirente de buena fe con evidente perjuicio de los acreedores que prefirieron seguir disfrutando de su crédito en la misma forma y frente al mismo deudor; bien es cierto que

en este último caso el artículo 878 C. de c. facilitará bastante la solución, pese a su torpe actuación en otros casos. Aún puede suscitar una última duda la posibilidad de declarar en quiebra a quien de presente no tiene la condición de comerciante. A nuestro parecer, es plenamente lícito el hacerlo, habida cuenta de que las obligaciones que determinan el procedimiento concursal tienen un probable origen en la época empresarial y en definitiva deben estar sometidas al procedimiento adecuado para el incumplimiento de las obligaciones del comerciante. Más dificultades suscitan las deudas de nacimiento anterior a la época en que comenzó la actividad empresarial: podría pensarse que no quedarían sujetas a los resultados de la profesión de su titular en cuanto la abandonase.

No es correcto llegar a una conclusión tan formalista, con muy pocas probabilidades de prosperar en la realidad. El dato, a nuestro parecer insoslayable, es la cualidad de comerciante en el momento de la enajenación; si los acreedores no han tolerado la transmisión de deuda hay que entender que prefieren conservar su crédito en la misma forma y con las mismas notas características que poseían cuando el contrato traslativo de la propiedad de la empresa fué llevado a cabo.

Pero volviendo a un punto anterior, y sin recurrir a ejemplos extremos de incumplimiento de las obligaciones con derivaciones de Derecho de quiebras, insistamos en el peligro que corren los créditos de los acreedores si la conducta del transmitente es desarreglada con posterioridad a la enajenación. Nada autoriza a pensar que se produce un vencimiento anticipado, y todavía menos a defender el derecho del acreedor a solicitar un pago también anticipado. Quizá pudiera encontrar un pequeño resquicio a favor de esta última posibilidad, aunque el artículo 1.127 C. c. asegure que el término se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor. Notemos que según el artículo 1.129, 1, del mismo cuerpo legal, pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda (16); así, y sobre la base de este artículo es posible sustentar la tesis del vencimiento anticipado cuando sobrevengan los acontecimientos señalados. Mas aunque esta dirección prosperase, siempre persistiría el riesgo para los acreedores, al no necesitarse su consentimiento para la venta de la empresa y al requerir el precepto del Código civil últimamente transcrito que el deudor *resulte* insolvente: la mera sospecha no es suficiente para la producción del efecto reseñado.

Por fin, cuando se comunique a los acreedores mediante circulares o en la forma que se considere oportuna la venta de la empresa, con la invitación de aceptar el nuevo deudor, si no responde deberá considerarse que deniega la posibilidad de la admisión. Y, naturalmen-

(16) Este artículo se refiere sólo al plazo favorable al deudor. Cfr. SANTA-MARÍA, siguiendo a DE BUEN, *Comentarios al Código civil*, II, Madrid 1958, página 63.

te, será nula toda cláusula redactada en el sentido de vincular al acreedor si no se pronuncia en un sentido y otro en el plazo que se le conceda.

Y para finalizar con este apartado mencionemos sucintamente el valor de la contabilidad de la empresa a efectos de conocimiento por el adquirente de las obligaciones que la gravan. El vendedor permitirá lógicamente el examen minucioso de los libros para decidir la situación de la empresa. No hay que entender en este punto que se lleva a cabo un examen de la contabilidad con el alcance de los artículos 46 y siguientes del C. de c. (17), antes bien, será muy profundo y con amplia información sobre los pormenores de las anotaciones. ¿Qué sucederá cuando algún dato expresado en los libros contables no corresponda a la realidad, por ejemplo cuando una deuda esté contabilizada por un importe inferior al real habiendo consentido el acreedor en la delegación sin mencionar aquél? Indudablemente, no podrá perjudicar al titular del crédito siempre que pruebe su cuantía. Pero en las relaciones entre transmitente y adquirente puede dar lugar a ciertas colisiones, cuyo examen nos reservamos para el momento oportuno.

Lo que no ofrece dudas es la aplicación del artículo 48 a las cuestiones que se susciten entre el nuevo empresario y las contrapartes en los negocios pendientes de realización. Como tampoco cabe oponer argumentos muy sólidos a la profunda revisión de que necesitará ser objeto la contabilidad, especialmente cuando haya habido consentimiento por algún acreedor en el cambio de obligado. Entonces, se reducirá el pasivo de la empresa por el importe de los créditos que continúan pesando sobre el deudor originario. La continuidad en los asientos contables recomienda más que la apertura de nuevos libros, la anotación de un contraasiento anulando la partida sin trascendencia, ya, para el patrimonio de la empresa. No será incorrecto este proceder: piénsese tan sólo en las anotaciones que se llevan a cabo para acreditar la extinción de una deuda, cuando prescribe el derecho de reclamarla.

4) *La empresa, objeto de compraventa.*—El artículo 1.532 del Código civil, que declara responsable al que vende alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos de la legitimidad del todo en general, sin quedar obligado al saneamiento de cada una de las partes componentes, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte, ha tenido un eco considerable en la moderna legislación mercantil española. El artículo 31 de la L. S. A. lo declara aplicable a la aportación social consistente en una empresa o establecimiento mercantil o industrial. El mismo pensamiento informa el último párrafo del artículo 8, L. S. R. L.

Puede deducirse que el pensamiento de nuestra legislación es favorable a identificar la empresa con la transmisión de créditos y de-

(17) No escapaba a BLANCO CONSTANS la existencia de casos de comunicación absoluta distintos de los mencionados en el Código. Vid. *Reformas en el Código de comercio vigente*, R G L J, 93, 1898, pág. 343.

más cosas incorporales, lo que es totalmente incorrecto, pues la remisión sólo se efectúa—como indica GARRIGUES (18)—a efectos de saneamiento. Más bien se trata de transmitir la empresa como un bloque patrimonial que de adherirse a una teoría sobre cuál es su naturaleza.

El citado artículo de la ley de anónimas provoca la duda de si se refiere a dos casos distintos o por el contrario se limita a emplear dos expresiones sinónimas cuando menciona a la empresa o establecimiento mercantil o industria. No carece de valor la observación si se piensa en las situaciones análogas de Derecho comparado que no hace mucho expusimos sucintamente. Comprobamos la tendencia existente de considerar objeto del negocio jurídico la hacienda, el *fonds de commerce*, salvo algún caso concreto—como el Código suizo— que prefiere estimar a la empresa como objeto. Es muy dudoso que el legislador español pretendiera discriminar dos supuestos distintos: uno de transmisión de la empresa (con la casi segura cláusula de prohibición de concurrencia y con precio quizá superior a la suma de las partidas que la integran), y otro de los elementos considerados separadamente. Además, la utilidad de la diferencia sería muy corta: el concepto de *fonds de commerce* envuelve la acción personal de su titular, que acaba provocando un supervalor en relación a la suma de los elementos particulares (19), la *azienda* supone la organización como premisa para su existencia (20).

Nos parece conveniente intentar una rápida revisión de las más autorizadas opiniones de la doctrina española sobre la materia con el propósito de detectar el núcleo de validez en relación con el punto concreto que nos ocupa.

Precisando URÍA su adhesión a la dirección que considera al Derecho mercantil como ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa, concluye que en definitiva es el Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios. Así, no tiene nada de extraño que empresa sea un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada y que se diferencie con gran rigor la idea de empresa—centrada en el aspecto subjetivo—de la de “establecimiento”, “negocio”, “hacienda”... el conjunto de medios organizados (reales o personales) para el ejercicio de su actividad. En esta última zona, la organización es el vínculo económico que liga y coordina entre sí a la serie de elementos dispares y de naturaleza varía y distinta que la integran (21). En nuestra opinión, la teoría transcrita

(18) *Comentarios a la L. S. A.* (en colaboración con Uría) I, 2. ed., Madrid 1953, pág. 322. Pone de relieve GIRÓN TENA por su parte que el art. 31 no exige un especial grado de disponibilidad sobre los bienes, *Derecho de Sociedades anónimas*, Valladolid 1952 pág. 478 y sig.

(19) RETAIL: *L'évaluation des fonds de commerce, des fonds d'industrie et des grands ensembles économiques*, 4.ª ed. París 1950, pág. 8.

(20) LA LUMIA: *Corso di Diritto commerciale*, Milano 1950, pág. 117 y sigs. con referencia a la evolución del concepto en la legislación italiana.

(21) URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid 1958, *Passim*, pero sobre todo páginas 6, 24 y sigs. 32 y sigs.

guarda cierto parentesco con la de GIESEKE, quien concibiendo la empresa dinámica y estáticamente diferencia en el primer sector la función de la misma en el proceso económico o de actividad económica del empresario, mientras que en el segundo se designa a la organización externa y real con la cual se realiza la función y sobre la cual actúa el empresario (22).

Haremos en este punto una observación que completa la teoría de GIESEKE. Según este autor la hacienda consiste en un patrimonio separado, de tipo particular, cuya separación de los bienes particulares del empresario se produce en formas muy distintas: en el caso del empresario individual, hacienda y patrimonio garantizan en la misma forma las obligaciones empresariales y las civiles (23). Este dato nos será muy útil más adelante.

Comenta GARRIGÜES elogiosamente la S. de 13 marzo 1943, por formular el concepto de empresa en forma muy parecida a la sostenida por él: la empresa es un conjunto, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la condición de cada uno de ellos puede ser, en bloque, objeto de tráfico jurídico; el mismo C. de c. ampara esta concepción admitiendo en el artículo 928 la posibilidad de que la empresa sea traspasada. Pese a esta afirmación, y desde el punto de vista de la transmisión, es imposible considerarla como un objeto único, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia está sometida a reglas peculiares (24). ROBLES sigue muy de cerca la opinión transcrita aportando los artículos 1.056 y 1.532 como supuestos que ayudan, aunque insuficientemente, a la constitución unitaria de la empresa en nuestro Derecho (25).

Considera POLO los esfuerzos de los autores dirigidos a alcanzar una construcción unitaria de la empresa, considerada como un *todo*, especialmente para intentar construir después un completo sistema de transmisiones negociales de la misma, por diferentes títulos, así como la constitución de derechos reales sobre ella. En una extraordinaria clasificación de las SS. del T. S., que en alguna forma han incidido en la materia, se detiene especialmente en el grupo que presidido por la ya citada de 13 de marzo de 1943 señala la organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variable condición, añadiendo el artículo 291 C. de c. a la lista de los que ayudan a la construcción.

(22) Citado por POLO en *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, en "Leyes mercantiles y económicas", I, Madrid 1956, pág. XXIX.

(23) GIESEKE: *Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen* en "Deutsche Landesreferate zum III Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London", 1950, pág. 610.

(24) GARRIGÜES: *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid 1947, I-1., páginas 234 y sig. y 256 y sig.

(25) ROBLES, voz *Empresa*, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", VIII, Barcelona 1956, pág. 413. Remite a su propio trabajo *El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria*, R C G I, octubre 1947.

A su parecer, es el elemento *organización* el que vincula y da vida a los demás elementos materiales de la empresa (26).

Por fin, dentro del grupo de autores que defienden la teoría de la empresa es interesante la postura de GERÓN TENA: es aquélla una realidad orgánica, una cosa estructural que originó el tráfico. El empresario importa como pieza económica, por su función o servicio fundamental en la economía: asunción de la incertidumbre de la demanda del mercado orientando y organizando los elementos de la producción a su propio riesgo (27).

En el segundo grupo —autores que niegan la validez a la teoría expuesta— destaca la rotunda opinión de BOLIX RASPALL, muy importante para lo que en estas páginas interesa. Tras negar su adhesión a la misma, asegura que la discriminación efectuada por el Código italiano entre empresa y hacienda es tan fundamental que atenta contra la unidad y la consistencia conceptual de la primera (28). Otros autores entienden por empresa un objeto de derecho, negándole en consecuencia la personalidad jurídica (29), incluso como cuando son sinónimas las expresiones *empresa* y *hacienda* (30); por fin, algunos niegan totalmente la personalidad jurídica de la empresa mercantil —sobre lo que no cabe ninguna duda, a la vista de nuestro C. de c.—, aunque reconociendo la presencia en nuestra legislación de preceptos que no pueden explicarse sin una cierta personalidad jurídica, concedida al establecimiento o a la casa de comercio y continuada a través de los cambios de las personas (31).

De todo lo que antecede resulta una serie de conclusiones trascendentales. Se desprende de la teoría de URÍA que en el negocio de transmisión de la propiedad el bien enajenado será la hacienda; si empresa es solamente un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada, podemos deducir la imposibilidad de enajenar un dato puramente espiritual y que atañe a la persona misma del empresario. A nuestro parecer, la conclusión que se deduce de sus palabras es plenamente acertada y delimita con exactitud las dos esferas de que se compone la actuación del comerciante.

Notemos también que si nos inspiramos en la indicación de GIESEKE, antes transcrita, queda explicado el fenómeno de la responsabi-

(26) POLO, ob. cit., págs. XXI y LXXVII y sig. especialmente.

(27) GERÓN TENA: *Concepto del Derecho mercantil en Derecho español*, A D C, 1954, pág. 988.

(28) BOLIX RASPALL, voz *Derecho mercantil*, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", I, Barcelona 1950, pág. 701.

(29) L'ANGLE: *Manuel de Derecho mercantil español*, II, Barcelona 1954, pág. 33 y sig.

(30) VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, 2.^a ed., Zaragoza 1948 quien no obstante diferenciar la empresa del fondo de comercio, parece inclinarse por la equivalencia señalada en el texto en la pág. 338.

(31) MARÍN LÁZARO, a quien más bien cabe considerar como ecléctico a la vista de los sólidos argumentos con que ataca la concepción y los no menos fuertes con que la defiende. Cfr. *Comentarios del Código de comercio español*, I, Madrid 1952, especialmente págs. 698 y sig., 716 y sig.

lidad del empresario en la transmisión. Los acreedores del enajenante deben, en Derecho español, dar su consentimiento para que se produzca la liberación del vendedor. Si no lo hacen, el patrimonio particular con que ya contaban como garantía se verá aumentado por la cantidad que reciba en concepto de precio de la venta, sin perjuicio de que la garantía disminuya, como antes se dijo, en virtud de la menor productividad de la suma percibida. Aunque en el caso de que la empresa no fuese muy afortunada, puede suceder que las garantías de pago aumenten en forma muy considerable.

La consideración de la empresa como un todo presenta grandes ventajas e incluso el apoyo de nuestra legislación, aunque limitado a un supuesto de derecho de quiebras en el cual está facilitada la cuestión más engorrosa relativa a la transmisión de créditos. La ley de la mayoría que impera en el procedimiento concursal, y la remisión que el artículo 929 C. de c. efectúa al 935 del mismo cuerpo legal, son factores determinantes imposibles de desconocer, como tampoco es lícito extender analógicamente la aplicación de la regla a supuestos distintos de los concursales. Además, ya no se trata de cambio de deudor, sino de un clarísimo supuesto de confusión de derechos por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor: el artículo 928 no ofrece dudas en este punto, el traspaso de la empresa se verifica a favor de los acreedores; que luego sean éstos quienes continúen explotándola o decidan a su vez transmitir las acciones que les correspondan ya es otra cuestión.

No cabe duda que la teoría citada está favorecida por una gran expresividad, por una apariencia casi física. Pues no parece muy correcto que conseguida la organización y transmitida como tal, sea preciso desmembrarla para estudiar la situación de terceros en relación con el negocio llevado a cabo. Este es el punto débil de toda construcción que se intente en nuestro Derecho y con independencia de la posición que se adopte sobre la materia mercantil: la ausencia de normas reguladoras de la transmisión de la empresa (en el sentido más vago de la expresión) producen siempre el resquebrajamiento del ente comercial.

Pero —sin embargo— no podemos compartir la postura crítica de Boix sobre la discriminación de la legislación italiana entre empresa y hacienda. No creemos que atente contra el primer concepto la existencia del segundo si se atiende a que empresa es actividad económica que no guarda más relación con el complejo de bienes organizados para ello que la cualidad de utensilios que éstos tendrán de valor puramente material, para la obtención del fin propuesto.

Además, todos los autores están de acuerdo en la posibilidad de enajenar lo que denominan ya empresa, ya hacienda. Los encuadrados en la dirección negativa defienden la posibilidad de la venta de la empresa en su conjunto de elementos, como contrato unitario (32).

(32) Vid. LANGLE, *ob. cit.*, pág. 47 y sig. VICENTE Y GELLA, *ob. cit.*, página 346, donde aporta un valioso dato: la alusión del art. 1.419 LEC a las demandas en que se reivindique la *propiedad* de establecimientos industriales o fabriles.

Nos queda por resolver una cuestión de algún valor, sobre todo si si se admite, como aquí se ha hecho, la teoría de Úrfa en cuanto a la diferenciación entre empresa y hacienda. Puede parecer un poco sospechoso que se consideren como elementos de la transmisión solamente los que componen la hacienda, sin considerar el elemento inmaterial que les ha dado vida, el resultado de la actividad del empresario anterior que concede en algunos casos un valor muy superior al de los elementos contabilizados uno a uno. Todo se puede resolver incluyendo entre los elementos transmitidos no solamente a los corporales, sino también los inmateriales: tales como la organización interna de los bienes, los informes sobre clientes y proveedores, las *Chancen* o *goodwill*, sobre todo, consideradas como partes integrantes del conjunto como los restantes derechos o cosas (33).

Aún existe algún dato sobre la imposibilidad de considerar la transmisión del establecimiento como un bloque unitario: el artículo 31 del Estatuto vigente de la Propiedad Industrial declara transferibles las diversas modalidades en él recogidas por todos los medios que el Derecho reconoce, no surtiendo efecto dichas transmisiones respecto a tercero mientras no se acrediten en el Registro de la Propiedad Industrial mediante un documento fehaciente. Nuevamente encontramos aquí cierta colisión entre las normas que rigen el Derecho mercantil, y que debieran poderse solucionar en alguna forma, pues aunque el empresario adquirente se inscriba en el Registro mercantil y de acuerdo con el artículo 76, 9.º del Reglamento se tome nota de los títulos de propiedad industrial, patentes de invención, marcas de fábrica y nombre comercial no quedará en absoluto protegido si antes no ha tomado la precaución de inscribir su derecho en el Registro correspondiente. Por lo cual se deduce que de nuevo aparece un sector en el que la venta de la "empresa" en bloque no tiene efecto traslativo de dominio si no se cumple con ciertas formalidades complementarias. Y aún puede entenderse el comentario a las dañosas consecuencias que se derivan para quien confiado en el Registro mercantil y la ausencia de cancelación en el mismo de los títulos de propiedad industrial e ignorando su anterior enajenación haya adquirido la hacienda comercial en consideración principalmente a la existencia de bienes de la especie indicada.

Los contratantes, por lo demás, podrán establecer los pactos que consideren necesarios para proteger la actividad del empresario adquirente. No es el de menos importancia el de no ejercer idéntica empresa el transmitente durante algún tiempo. Aunque es indispensable señalar que este pacto tendrá más importancia en unos casos que en otros: por ejemplo, cuando se produzcan industrialmente bienes materiales la cláusula reguladora deberá ser muy minuciosa y extenderse a una rama del comercio en general mejor que a un producto concreto. Como señala algún moderno economista, la competencia en los tiempos actuales se proyecta mejor en la aparición de nuevos pro-

(33) GILSEKE, *ob. cit.*, pág. 609.

ductos—en el sentido de nuevas invenciones—que en el de presencia de bienes análogos (34). Sin duda, sería válida la cláusula que impidiera la dedicación al mismo ramo de la industria a que pertenecía la transmitida por el enajenante, y durante un plazo de tiempo determinado (35).

Asimismo conviene tomar nota de una reciente disposición. La Ley de 23 de diciembre de 1961 sobre regularización de balances (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de diciembre) declara en el segundo apartado del artículo 5.º que no podrá ser objeto de regularización “el fondo de comercio, derechos de traspaso o arrendamiento, marcas de fábrica, gastos de constitución y análogos”.

Es un poco pintoresca semejante afirmación, que separa del concepto de fondo de comercio partidas que lo componen tradicionalmente. Por ejemplo, VICENTE Y CELLA, siguiendo a LYON CAEN, asegura que el fondo es un conjunto de cosas en relación con el ejercicio de un comercio, principalmente la instalación, la enseña, las mercancías... con lo que se incluye bienes pertenecientes a la propiedad industrial. Y si acudimos a ESCARRA—y nos parece indispensable la confrontación del concepto con la doctrina francesa por razones obvias—descubrimos que integran el expresado concepto, entre otros elementos, precisamente el derecho de arrendamiento y las marcas de fábrica (36).

(34) Vid por ejemplo HANSEN: *Economic Issues of the 1960's*, Editorial Mc Graw-Hill, 1960, pág. 73 y sigs.

(35) El art. 131 de la ley de 16 de mayo de 1902 prohíbe “aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro”. En el pensamiento de GIRÓN TENA—*Competencia ilícita y derecho a la empresa*, R. D. P., XXVIII (1944), pág. 707—la ley protege los resultados del esfuerzo materializado en el negocio y sus elementos y expresa la aptitud para producir beneficios con el término “ventajas”. La interpretación es justa y, en nuestra opinión con la venta del establecimiento se transmiten los resultados del esfuerzo aludido. Por lo cual el nuevo empresario puede atacar al vendedor sobre la base del artículo citado, porque existe el aprovechamiento indebido y la renuncia, mediante precio, a utilizar las ventajas de la propia reputación.

No entraremos en el examen de algunos conceptos, por demás confusos. Por ejemplo, en *L'entreprise et le fonds de commerce* (edición a multicopista, Facultad Internacional de Luxemburgo 1959) ROTONDI identifica —II, pág. 3— “fonds de commerce”, Hacienda y “goodwill”, pero poco más adelante —pág. 13, nota 1— asimila el “goodwill” al “avviamento”, que *n'est pas la clientèle*.

Mas por su parte los autores ingleses remiten al concepto de Lord MACNAGHTEN: *The goodwill which has been the subject of sale is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place*. Cfr. STEVENS: *Elements of Mercantile Law*, 13 ed., London 1960, págs. 202 y sig. Coincide este concepto con el de Lord ELTON citado por CHARLES WORTH, quien sin embargo estima incompleta la definición y recoge la de WOOD, V. C.: “Goodwill must mean every advantage—every positive advantage, it I may so express it, as contrasted with negative advantage of the late partner not carrying on the business himself—that has been acquired by the old firm or with any other matter carrying with it the benefit of the business”. En *Mercantile Law*, 9.ª edición, reimpresión, London 1961, por Schmitthoff y Godwin Sarre, pág. 260.

(36) VICENTE Y CELLA, *cit.*, pág. 341; ESCARRA, *ob. cit.*, pág. 162 y sigs., 165 y sigs.

Quizá pretenda la citada norma impedir se consigne un valor superior al real a los bienes incorporeales, pues dentro de los corporales se excluye tradicionalmente a los inmuebles—cuya regularización se admite además en el artículo 4.º, C)—, y respecto de los muebles tampoco hay problema, por ser posible contabilizarlos correctamente, de acuerdo con el apartado j) del artículo últimamente citado. Pero aún resulta más enigmático el precepto si se considera la posibilidad de regular las patentes, debidamente registradas y no caducadas (art. 4.º, C), cuya incorporalidad no da lugar a dudas. De esta forma, el concepto de fondo de comercio queda bastante reducido y,—mientras en la práctica no surja alguna aplicación— no se sabe a ciencia cierta qué debe comprender desde el punto de vista jurídico-mercantil.

Sólo queda a nuestro parecer un último reducto: la contabilización del posible supervalor que alcanzaría en caso de enajenación, de esa cualidad, virtual, del fondo de comercio que permite cotizarlo en una cifra superior a la suma de sus elementos. Aun así, no supone un gran avance sobre las deudas manifestadas, pues lo que no permite la ley es *regularizar* el valor del fondo, lo que supone la previa contabilización. Y nos parece un poco difícil que en alguna contabilidad se anote como partida del activo el elemento considerado.

Como resumen de lo hasta ahora expuesto podemos declarar que a la vista de la legislación española más caracterizada el objeto de la enajenación es la hacienda, cuyo concepto ya hemos precisado. Dentro de la misma tendrá una trascendencia decisiva un elemento, consistente en tal resultado de la actividad del empresario anterior, que al facilitar el ejercicio del comercio al que le sucede será estimado al establecer el precio globalmente. También cuando la gestión del anterior empresario no ha sido muy afortunada, puede asegurarse que se toma en consideración el elemento indicado: piénsese tan sólo en las ventajas que supondrá para el sucesor la organización interna ya existente—aunque luego la reforme—, la facilitación de listas de acreedores y proveedores, etc.

Y dentro de esta concepción existen tres momentos que impiden la consideración de la venta del *bloque* como de un objeto unitario. Tales son: los supuestos de doble venta de inmuebles, las transmisiones de elementos de la propiedad industrial y la aprobación de los acreedores a una eventual sustitución en la persona del deudor.

Esta última afirmación tiene validez en un ámbito diríamos puramente externo. En las relaciones entre adquirente y transmitente no hay nada que impida la consideración de todos los bienes transmitidos en su conjunto, evaluados globalmente y percibiéndose un precio por ellos como tal bloque. Pero ya vimos cómo es preciso solventar de alguna forma el inconveniente de la aprobación de los acreedores. Así hacen los Derechos alemán e italiano y también el suizo, bien estableciendo una responsabilidad solidaria, bien precisando el consentimiento unánime de los acreedores.

Aún cabe observar una última dificultad: la aplicación del artículo 1.532, alguna vez, a la transmisión de la empresa mercantil, no es

base suficiente para defender la extensión por analogía a todos los casos que surjan. Si una ley lo declara aplicable no queda más remedio que acatar su contenido. Mas éste ya es más dudoso cuando se trata de saber si la "empresa" es un derecho, una renta, o un producto, como es preciso para que la renta hecha alzadamente quede sujeta, en caso de evicción, al citado precepto.

5) *La S. de 25 de febrero de 1960.*— La S. de 25 de febrero de 1960 representa un momento trascendental dentro de la jurisprudencia mercantil de nuestro T. S. Sigue fiel a la tendencia de las de 13 de marzo de 1943 y 13 de enero de 1944 al considerar a la empresa como una entidad dotada de vida con un complejo de elementos de trabajo y de actividad personal, recalcándose la importancia de la organización para que pueda existir como ente.

A nuestro parecer, la importancia de la citada decisión radica en la consideración de que no es posible constituir las sin otras garantías en sujeto de derechos y obligaciones al punto de que le puedan ser imputados al sucesor las contraídas por su antecesor sin pacto expreso que así lo imponga.

Es imposible no asentir a la teoría del más alto Tribunal de la nación, pues sólo supone la recta aplicación al caso concreto de las normas que rigen la contratación. A nuestro juicio, y aunque la sentencia comentada no los cite, en los supuestos de venta de la "empresa" (advirtamos que cuando en lo sucesivo empleemos esta palabra se hará en el sentido de hacienda; nos parece quizá más adecuado usar la terminología del T. S., por su misma divulgación) habrá que acudir principalmente a los artículos 1.281 y siguientes del C. c.: si los términos del contrato son claros sin que produzcan dudas sobre la intención de los contratantes hay que respetar el sentido literal de sus cláusulas; averiguándose la intención de los contratantes por sus actos coetáneos y posteriores al contrato. Y en este punto hallaremos que difícilmente escapará a las partes —sobre todo, al transmitente— la cláusula que le desvincule de las obligaciones contraídas.

Empero, no es éste el cauce normal en que se producirán los problemas. La sentencia que estudiamos pone el acento en la ausencia de imputación de deudas al sucesor de un empresario respecto del anterior. En este caso, los acreedores deberán manifestar su consentimiento, como venimos repitiendo, a tenor del artículo 1.205 C. c. Pero aún así, quedará por demostrar si —efectivamente— se ha descuido una sucesión en la deuda por parte del adquirente y del transmitente. Este es el verdadero eje de la sentencia: la necesidad de que exista en el contrato una cláusula según la cual se intentará llevar a cabo la delegación. Si no aparece, lógicamente debe presumirse que no existe y, por lo tanto que el comprador adquiere la empresa sin ningún gravamen o sólo con los específicamente mencionados.

La cuestión gana en profundidad si se considera que no es difícil que el pacto mencionado se refiera tan sólo a la obligación de proponer la transmisión de la deuda a los acreedores. Pero, ¿y si éstos no accé-

den a la pretensión, cómo se restablecerá el equilibrio? El vendedor puede escudarse en la circunstancia de ser obligatoria tan sólo la tentativa, pero que --frustrada ésta-- su responsabilidad ha desaparecido. Posiblemente, una defensa en tal sentido tendría muy pocas posibilidades de éxito, pues al no haber podido consumarse la operación deseada la situación debe ser la misma que con anterioridad existía.

No terminan las combinaciones posibles con la señalada: no parece improbable que accedan a la pretensión la mayor parte de los acreedores o lo que es más importante, los que representan la mayor parte de los créditos. Puede verse cómo, en tal caso, el vendedor encontraría un arma que esgrimir en pro de su liberación si se pudiese aplicar el repetido artículo 1.532 C. c.; con él no sería demasiado sorprendente quedase exento de sanear las partidas no satisfechas el transmitente. Resulta entonces con evidencia la conclusión que antes sosteníamos, contraria a la aplicación analógica del precepto civil indicado.

Y tampoco es improbable que este trámite con los acreedores tenga un resultado no previsto: por ejemplo, el consentimiento a la delegación de deuda, siempre que el primitivo deudor afiance la obligación, bien en forma mancomunada o solidaria. ¿Podrá negarse el transmitente a seguir respondiendo? La cuestión es complicada, sobre todo si se estima que la venta ya puede estar consumada, habiéndose puesto en posesión del complejo de bienes al adquirente, quien a su vez abonó el precio acordado al transmitente. Todo protege al antiguo empresario en un evento semejante, salvo cuando el nuevo se haya reservado un derecho de repetición.

Recalca el fallo estudiando la necesidad de imputar al menos las deudas del antecesor en casos especiales y con fines de carácter social, tales como las leyes de arrendamientos y la legislación laboral. La misma excepcionalidad del supuesto impide su generalización.

Padría anparar la transmisión *ipso iure* de las deudas la existencia de un uso mercantil que considerando a la empresa como titular de créditos y responsable de deudas, implicase un mero cambio de gastos del hecho de la sustitución del empresario. La doctrina sentada en nuestra sentencia reconoce, con acierto, la inexistencia de una costumbre mercantil semejante. Y, en verdad, es difícil llegar a una conclusión satisfactoria: por una parte, parece que quien paga un precio por una cosa desea recibirla libre de gravámenes, sin trabas de ninguna clase que reduzcan su valor y hagan el disfrute de la misma menos productivo de lo que se esperaba. Tendrá en este punto extraordinaria repercusión la existencia de algún pacto regulador del saneamiento, que examinaremos en el apartado sucesivo. Pero por otra, y en efecto de convención, debe entenderse que el establecimiento se transmite en su integridad, sin considerar sólo su activo.

Es indispensable hacer notar que en caso de autos existía un pacto expreso por el cual se transmitía el negocio libre de todo impuesto, responsabilidad y gravamen; con lo cual no ofrecía demasiados inconvenientes la interpretación de la voluntad de las partes. Pero donde se ma-

nifiesta la verdadera dificultad es en el supuesto de ausencia de pacto. ¿Cabe presumir que, en el futuro, si proliferasen operaciones de esta categoría acabaría creándose un uso mercantil favorable a la transmisión con las cargas, del establecimiento? Es difícil preverlo porque la examinada dirección del T. S. más que favorecer tal nacimiento, lógicamente debe impedirlo, impulsando a las partes a estipular minuciosamente todas las condiciones en que se verifica el contrato.

La fragmentaria situación que se consigue de la figura estudiada, recogiendo de diferentes cuerpos legales algún precepto que ayude a la construcción, se manifiesta sobre todo en la libertad de forma que existe para concluir el contrato. Sobre el carácter mercantil de la compraventa de empresa no se pueden oponer demasiadas objeciones (37), por lo cual únicamente le será aplicable el artículo 51, 2, del C. de c. Encontraremos entonces forzosamente una documentación separada de cada partida de la hacienda: por ejemplo, los inmuebles quedarán sujetos al artículo 1.280, 1, del C. c. y disposiciones concordantes de la L. H., la transmisión de patentes y demás elementos de la propiedad industrial a los requisitos establecidos en el Estatuto, la cesión del contrato de arrendamiento a los pormenores del artículo 32 de la vigente LAU... Sin duda alguna, ayudaría mucho a facilitar la interpretación la exigencia de cierta forma, o por lo menos la previsión del acceso de la compraventa al Registro mercantil, pues —posiblemente— en el esquema de la inscripción se reservaría un apartado a la suerte que corrían las deudas. Si no se llenaba, ya era más factible presumir que las partes estaban de acuerdo en que el adquirente no asumía las deudas del transmitente, pudiendo evitarse los posibles engaños en este punto.

Aunque exceda del puro terreno de la contratación, merece la pena detenerse en un caso en el cual la transmisión de la hacienda se hace, precisamente, con las deudas que la gravan, salvo pacto en contrario. Nos referimos al caso de que el empresario transmita su explotación a un heredero, mediante testamento. Entonces, parece lo más seguro entender que la transmisión se realiza en bloque, sin que pese sobre los restantes coherederos parte alícuota de las deudas de la explotación. Naturalmente, el oportuno beneficio de inventario facilitará al nuevo empresario datos suficientes para decidir sobre la conveniencia de la aceptación.

Acabamos de hablar de transmisión en bloque; aquí sí es posible sustentar tal opinión; señalemos que los acreedores no tienen que prestar ningún consentimiento al cambio de deudor y que la aceptación de la herencia —artículos 988 y siguientes del C. c.— se hace en conjunto y no para cada uno de los bienes separadamente. Consignemos por fin la peculiaridad del artículo 1.000, 3: renuncia, por precio, de la herencia a favor de los coherederos indistintamente. Aquí, la venta

(37) Valgan los argumentos de LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona 1958, pág. 150 y sigs.

del negocio como un todo es posible; pero más bien por su condición de herencia que por la circunstancia de ser, precisamente, una explotación mercantil. Además, el considerar una transmisión similar como venta del negocio, parece técnicamente incorrecto. El vendedor enajena sus derechos hereditarios mejor que una cosa concreta, como lo demuestra el artículo últimamente citado hablando de "heredero que renuncia la herencia". Parece un poco contradictorio referirse en un caso semejante a la "aceptación", pero sin entrar en el análisis de la cuestión observemos que como ni por un instante la persona favorecida por la cláusula testamentaria ha sido titular del establecimiento. Es acertado entonces calificar el negocio de "renuncia onerosa" (38), y a todas luces más expresivo que recurrir a la noción de compraventa.

6) *El pago por nuevo empresario.*—Dentro de lo que cabría llamar doctrina general de la operación que examinamos, nos queda por considerar la trascendencia que tendrá la aparición de acreedores reclamando el cumplimiento de determinadas operaciones, a efectos de solicitar el saneamiento de la compraventa.

El artículo 1.205 C. c. hace creer imposible la aplicación práctica del supuesto que a continuación exponemos: se consuma la compraventa de un establecimiento mercantil y con posterioridad se presentaran una serie de créditos desconocidos por el adquirente, que merman en gran manera el valor de la explotación. Si se piensa que el comprador puede oponer una eventual falta de consentimiento a la sustitución de la persona del deudor, a tenor del 1.205, no se comete ninguna incorrección, pero tampoco se ha llegado a una conclusión definitiva.

Si un acreedor a quien se ha propuesto el cambio de deudor se niega a la sustitución y más tarde—por la causa que sea—una disminución en el patrimonio de su deudor y una indudable garantía patrimonial en el nuevo empresario, por ejemplo, pretende la satisfacción por el titular actual de la empresa, éste opondrá la ineficacia de semejante pretensión o, todavía mejor, podrá no llevar a cabo ninguna declaración contradictoria, ante la carencia total de fundamento jurídico de la reclamación. Cabe afirmar, incluso, que es un poco difícil se intente una operación semejante por ningún acreedor.

Puede acaecer, empero, que no se comunique al titular de algún crédito el negocio que se pretende llevar a cabo y que llegado el vencimiento de la obligación se presente en el establecimiento para ejercitar su derecho. Distingamos dos casos, según conociese o no la realización de la compraventa, pues en nuestro Derecho este dato puede tener algún valor.

Si repasamos los artículos 286 y 287 C. de c., descubrimos la

(38) Así, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, parte general, Barcelona 1961, pág. 295. Asegura ALBADALEJO que en los casos del art. 1.000 C. c., la adquisición de la herencia produce "ex lege". *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, ADC, VIII, 1955, pág. 8 y sig.

existencia de contratos que obligan al comerciante por el simple hecho de haber sido concluidos por un factor. Y si acudimos al 447 en relación con el 283, comprobamos la validez de las declaraciones cambiarias emitidas por ciertas personas, ajenas a la responsabilidad directa del pago. Soslayando las sugerencias que la legitimación de dichas personas plantea, notemos que el tercer contratante queda totalmente protegido por la cualidad de las personas que contrajeron la obligación. No obstante, cuando se le comunicó la venta de la hacienda y no aprobó la consiguiente delegación de deuda, su derecho permanece inalterado, respondiendo del cumplimiento el antiguo empresario.

Mas si, por el contrario, no le fué comunicado —por improbable que parezca si se trata de un crédito importante— y continuó funcionando el establecimiento bajo idéntico nombre comercial (supuesto plenamente lícito a tenor del art. 71, 3, Reg. Reg. merc.), es perfectamente normal que solicite el pago en la empresa que —a su parecer— es deudora suya. En tal caso, no parece muy correcto que el nuevo titular se oponga a la satisfacción alegando el contrato de compraventa que ha mediado. Aun así, y partiendo de la ausencia total de un precepto regulador de la materia, pagará, lógicamente, cuando la obligación esté firmada, o contraída, por uno de los factores que antes mencionábamos, pues concurriendo el doble requisito de identidad de nombre comercial y firma por persona autorizada, incluso puede suceder que siga prestando sus servicios a la empresa, por continuar en el ejercicio de sus poderes tras la enajenación del establecimiento mercantil a que se refiere el artículo 291 C. de c. De lo contrario, el perjudicado sería el portador del derecho de crédito; pongamos como ejemplo que su crédito es cambiario y tras denegado el pago se intenta levantar el correspondiente protesto, quizá el mismo Notario se opusiera a practicarlo objetando la falta de personalidad del demandado. Si en semejante estado de cosas pretende el portador de la cambial acudir al antiguo empresario puede suceder que la letra haya salido de plazo, porque girada a uno desde la vista, la presentación para el pago ha de hacerse en el día del vencimiento, y aunque se conceda la prórroga del artículo 506 la búsqueda del obligado puede ser, en más de una ocasión, dificultosa.

Cuando, por el contrario, conozca la transmisión del negocio aunque no se le haya comunicado, la situación es bastante diferente. El conocimiento debe tener fuerza suficiente como para proteger al adquirente contra la pretensión. Si, supongamos, se ha inscrito en el Registro mercantil la venta del establecimiento y puede acreditarse de alguna forma que al amparo del principio de publicidad formal el acreedor solicitó noticia referente al contenido de la hoja de inscripción —que le fué suministrada—, no podrá entonces ampararse en la ignorancia para solicitar el pago del nuevo empresario, aun concurriendo la doble circunstancia de que antes hablábamos. Pero —forzoso es confesarlo— las dificultades de prueba entorpecerán en la práctica la vigencia de la conclusión.

Ahora se capta mejor la adecuación a la realidad del mecanismo previsto en los §§ 25, 26 HGB. Como asegura WÜRDINGER, la condición más importante para que sea aplicable el § 15 es que exista continuación de la empresa sin alterar la firma, sin perjuicio de que por regular el § 25 el lado externo del negocio exista una eventual estipulación diversa entre el viejo y el nuevo empresario. Al quedar obligados solidariamente antiguo y nuevo empresario (*Kumulative Schuldübernahme*), los acreedores no quedan perjudicados, antes bien, las garantías son mayores por razones fácilmente comprensibles (39). Por el contrario, en el Derecho patrio, las dificultades son manifiestas, sin que puedan enmendarse con la rígida aplicación del artículo 1.205 del Código civil.

Demuestran ROCA y PUIG BRUTAU cómo cambiando el patrimonio que garantiza el derecho de crédito, también varía la identidad del mismo crédito (40). La observación es acertada, aunque suscita la duda de su exactitud en nuestro supuesto concreto: si —como hace poco defendíamos— es posible en algún caso solicitar el pago del nuevo empresario, aun sin haberse producido una delegación de deuda, parece que la identidad del crédito es la misma, pero ha existido variación de patrimonio garante. A nuestro parecer, merece tener en consideración el momento físico del pago, la materialidad de verificarlo. Si notamos que la sustitución sólo se refiere a este instante, y además que es llevado a cabo por razones de orden externo de apariencia jurídica, que nada tienen que ver con la negociación de la deuda, podemos concluir que no ha existido sustitución alguna de patrimonio obligado. Sólo determinadas circunstancias han compelido al pago a persona que no debía hacerlo. Y las acciones que podrá ejercitar contra la verdaderamente obligada vamos a estudiarlas seguidamente.

7) *La extinción de deudas como base para el saneamiento.*—El destino de los créditos a favor de la empresa es objeto de especial atención en los Derechos que regulan la venta del establecimiento mercantil (41). En el Derecho español ni siquiera en este caso se aplicará en su integridad el artículo 1.532 C. c., sino que será precisa la cesión de los créditos uno a uno. Ya puso de manifiesto MANRESA que el espíritu del citado artículo es aludir a una sola cosa, a un solo objeto de derecho, y no a una reunión de distintos objetos, pues el Código fija, como requisito del acto que reglamenta, el que la venta se haga *alzadamente y en globo*, y que ésta tenga por objeto una to-

(39) WÜRDINGER: *Kommentar zum H G B früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts*, 2.^a ed., Berlín 1953, notas 11, 2 y 12 al § 25. Vid. También HILDEBRANDT, nota 9 al § 25 en el comentario de Schelegelberger ya citado.

(40) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular* en "Estudios de Derecho privado", I, Madrid 1948, pág. 299.

(41) Vid. WÜRDINGER, *ob. cit.*, nota 17 al § 25; AULETA, *ob. cit.*, pág. 61. Por el contrario el art. 181 del Código suizo trata exclusivamente de la transmisión de deudas: BECKER: *Kommentar zum Schweizerischen Z G B*, VI, *Obligationenrecht*, Ber 1941, pág. 832 y sigs.

alidad de derechos, rentas o productos (42). Por ello, cada uno de los créditos quedará sujeto a los requisitos de los artículos 1.526 y siguientes, individualmente; la consideración de los créditos como el todo regulado en el artículo 1.532 parece bastante contraria a la realidad.

Excede a nuestro propósito estudiar la cuestión indicada, aunque su cita es conveniente para aportar un nuevo dato a la lentitud del desarrollo de las diversas fases en la compraventa del establecimiento mercantil.

Y veamos, por fin, cómo procederá el adquirente contra el transmitente cuando por cualquier circunstancia satisfaga un crédito anterior a la operación.

Si no ha existido ningún pacto sobre transmisión de obligaciones, ya sabemos que corresponde el pago de las mismas al primitivo empresario. Por lo cual, si lo realiza el nuevo titular del establecimiento, dispondrá de una acción de reclamación de cantidad por el importe de la deuda extinguida. Pero la pretensión podrá suscitar, aun así, alguna dificultad, idéntica a las que ya nos son conocidas sobre indagación de la voluntad de las partes.

Supongamos ahora que ha existido un acuerdo dirigido a exonerar de responsabilidad al antiguo empresario. En tal caso, es obvio que no cabrá reclamación alguna, exceptuando el caso del crédito de cuantía superior a la que se declaró, cuya derivación penal es manifiesta.

Aún puede suceder que pensando el nuevo empresario debería pagar la deuda, en la creencia también de poder reclamar al vendedor, la extinguiera. Semejante supuesto, que derivaría de un incorrecto conocimiento de las normas aplicables, puede calificarse aparentemente de pago de lo indebido. Se ha dicho que las consecuencias jurídicas de este fenómeno se derivan del hecho del pago por error, siendo indiferente el correlativo error en el cobro, solamente trascendente en la calificación de la mala o buena fe del cobrador, que restringe o amplía su obligación de restituir. También, que el efecto jurídico fundamental producido por el pago indebido es la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse el mismo, para lo que se concede el *solvens* la acción de repetición o *conditio indebiti* y se impone al *accipiens* la correlativa obligación de devolución (43).

Mas si, efectivamente, el pago de lo indebido se desenvuelve por el cauce transcrito, también es muy dudosa la identidad. Basta para destruir el intento de aplicación considerar la posición del acreedor, que efectivamente percibe lo que se le debe y frente a quien tendrá muy pocas probabilidades de prosperar la acción de repetición. Aunque exista mala fe, será de alcance muy reducido —sólo afecta a la

(42) MANRRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, X, 3.^a ed., Madrid 1919, pág. 422 y sigs.

(43) Las notas apuntadas las recogemos de RODRÍGUEZ DEL BARCO. *El pago de lo indebido sin error*, R D P, 1961, págs. 809 y 815. Vid. también sobre la legalidad y legitimidad de los desplazamientos patrimoniales NÚÑEZ LAGOS: *El pago de lo indebido sin error*, separata de R G L J, 1946, pág. 2 y sigs.

persona que paga, si sabe que efectivamente debiera dirigirse a otra— y muy difícil de demostrar, protegido como está por la auténtica cualidad de titular del crédito.

Incluso puede sospecharse que existe alguna analogía entre la situación del empresario que realizó el pago con la del cuasi-contrato de *litis contestatio*. Posiblemente exista cierto parentesco, pero estimamos que es un poco peligrosa la defensa, sobre todo considerando las escasas simpatías que la institución merece al T. S. (44).

En definitiva, el expediente para reclamar la cantidad abonada será la gestión de negocios ajenos: los artículos 1.888 y 1.892 C. c. son especialmente aplicables a la situación que estudiamos. Es cierto —como observa GARCÍA VALDECASAS— que son numerosas las instituciones jurídicas a cuyo través se manifiesta la gestión de negocios ajenos, constituyendo en algunas el contenido propio y peculiar de la institución, como sucede en el mandato y en la gestión de negocios sin mandato (45). En el fenómeno que estamos analizando no se trata, opinamos, de un caso más en el que existe la citada gestión, sino una aplicación muy clara del cuasi-contrato regulado en el Código civil. Además, se manifiesta diáfananamente el triple requisito de la gestión: la actividad emprendida por el gestor pudo —en principio— haber sido emprendida por el mismo “dominus” por caer dentro de su esfera de acción; aparte de este requisito, los actos objeto de la gestión han de ser tales que puedan realizarse por medio de otro; el gestor ha de obrar con la intención de sustituir al dueño (46).

El último requisito quizá sea el más dificultoso, pues no se sabe si quien paga lo hace con la intención prevista o solamente como nuevo titular de la empresa, que es la verdaderamente obligada. Sin duda, una objeción de esta clase sería muy lógica donde exista una disciplina completa de la venta del establecimiento mercantil, pero en nuestra patria, con la tan comentada característica de la retención de la deuda en el primitivo titular —que es el empresario y no la empresa—, salvo un negocio específico de transmisión, la intención de sustituir al obligado, al “dominus”, parece bastante clara. Si efectivamente se realiza el cumplimiento será por error, o porque las circunstancias obligan a la empresa por actos realizados por quienes pueden representarla, o bien por no haberse mudado el aspecto externo de la misma.

Con lo que antecede se soluciona, a nuestro parecer, la cuestión de las acciones que podrá ejercitar el nuevo titular de la empresa cuando lleve a cabo los pagos que nos hemos referido. Queda por resolver un último problema: la situación del vendedor frente al comprador cuando exista entre partes una cláusula según la cual el segundo se hace cargo

(44) Cfr. S. 9 enero 1958: “en el estado actual de la doctrina y aun en el de la jurisprudencia más autorizada, está superada la idea del llamado cuasi-contrato de *litis-contestatio*, muy discutiblemente amparado antaño en las Leyes de Partida (Ley segunda. Título X, Partida III)...”.

(45) GARCÍA VALDECASAS: *La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)* R D P, 1957, pág. 619.

(46) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., pág. 623 y sig.

de las deudas de la empresa, sin especificarlas una por una. Existirán algunas que aparentemente no necesitarán ser mencionadas, como las derivadas de créditos laborales o de arrendamiento de locales de negocio. Las otras parece que serán conocidas por los libros de contabilidad y el examen detenido de los mismos que llevará a cabo el comprador. Mas como luego veremos con algún detalle, no es posible establecer distinciones y el tratamiento será unánime para todas las deudas que obliguen al antiguo empresario.

Pero cuando concurren una de aquellas situaciones que obligan a la empresa —por ejemplo, cambial firmada por un factor con poder suficiente— y el desconocimiento por el comprador de la existencia de la deuda, por defectuosa contabilización *ex grat.*, intentará este último reclamar del transmitente la cantidad que indebidamente abonó. Puede enfocarse la solución del problema desde dos puntos de vista que examinamos seguidamente:

Analizando CALVO ALFAGEME la obligación de saneamiento en la venta de la empresa mercantil, observa como la oscurece el artículo 1.532 C. c., siguiendo un criterio cuantitativo que excluye la evicción de una parte menor. La consecuencia es que en caso de venta de la empresa como un todo, el artículo 1.474 C. c. no recibe aplicación más que de modo muy limitado (47). ¿Cabe aplicar las reglas del saneamiento a la reclamación que antes citábamos? Naturalmente, habrá que referirlo al que se pretende por vicios ocultos, por razones fácilmente comprensibles.

Desde luego, el artículo 1.479 facultando al comprador para rescindir el contrato cuando pierde por evicción una parte de la cosa vendida de trascendental importancia con relación al todo podría facilitar la solución si no fuese por su misma carencia de sentido. En primer lugar, la evicción exige una sentencia firme y un derecho anterior a la compra por parte de la persona en cuyo favor se prive el comprador de todo o parte de la cosa adquirida (art. 1.475), y la equiparación es imposible en cuanto no existen en nuestro caso dos derechos concurrentes sobre el establecimiento, sino que cada uno de ellos tiene una proyección muy distinta: el titular del crédito solamente busca el efectivo cumplimiento, no intenta ni por un momento apropiarse del negocio mismo.

Por el contrario, el saneamiento por defectos ocultos ya hace vacilar más. El vendedor responde de ellos cuando hacen impropia a la cosa vendida para el uso a que se la destina, o disminuye de tal modo este uso que —de conocerlo— el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1.484 C. c.). ¿No existe cierto paralelismo entre la situación de quien compra una cosa que luego no le rinde, o lo hace defectuosamente, el servicio deseado y la del nuevo empresario que ve disminuido peligrosamente su patrimonio en virtud de un pago cuya existencia desconocía?

Posiblemente, el parecido existe e incluso la naturaleza jurídica de

(47) CALVO ALFAGEME, *ob. cit.*, pág. 546.

la operación básica es la misma: una compraventa. Todo lo cual, sin embargo, no es suficiente para sustentar sin más la asimilación.

El saneamiento está concebido en los Códigos civil y de comercio en función de la cosa vendida. Apartando la condición de la compraventa, indudablemente mercantil, pues los problemas que plantea no influyen sobre la cuestión que examinamos, nos detendremos unos instantes a considerar la naturaleza del bien enajenado, que nos revela también la imposibilidad de sincronizar el supuesto en la esfera del saneamiento por vicios ocultos.

Bien se defiende que la empresa es el objeto de la compraventa, bien se prefiera considerar como tal a la hacienda mercantil, difícilmente podrá sustentarse que un crédito de más vicia el contrato traslativo. En todo caso, y aunque se haya transferido un conjunto como *res productiva* (48), ese crédito abonado por el adquirente no afecta a las cualidades intrínsecas de la cosa, cuyos rendimientos mercantiles pueden seguir siendo excelentes.

Por ello, estimamos que solamente la gestión de negocios ajenos facilita un excelente mecanismo para llevar a cabo las subsiguientes reclamaciones, o, por lo menos, el expediente más rápido. Además, y siguiendo la letra del artículo 1.484, la aparición del crédito ni hace impropia la cosa vendida para el uso a que se la destina ni disminuye el susodicho uso. En nuestro Derecho positivo es precisamente la inutilidad de la cosa vendida para servir al empleo propio de la misma la que determina el nacimiento del saneamiento por defectos ocultos.

Podría todavía alegarse que el comprador debe desconfiar del vendedor, que debe observar una especial conducta dirigida a asegurar su ulterior posición. Pero cuando ni en los libros de contabilidad aparecen datos denunciando un gravamen y, además, se haya acordado genéricamente que el nuevo empresario se hace cargo de las deudas del antiguo, de poco puede servir una conducta semejante (49).

II. CASOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN

8) *Contratos de trabajo*.—Hemos visto hasta aquí los problemas generales que suscita la transmisión a título particular en la deuda en relación con la venta de la empresa mercantil. Antes de considerar por separado algunas cuestiones concretas directamente relacionadas con el tema general, es necesario examinar uno a uno los casos en los que el legislador ha resuelto una situación análoga y ver la forma en

(48) Véanse las referencias a la transferencia del aviamiento en FERRARA: *Filosofía jurídica de la hacienda mercantil*. Traducción y concordancias por NAVAS. Madrid 1950, pág. 392 y sig.

(49) Cuya inspiración clarísima sería la regla *caveat emptor* del Derecho romano. Sobre la moderna aplicación de la misma —aunque referida al tráfico de mercancías— son muy interesantes las frases de RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, Berlín-Tübingen, 1958, pág. 175, en relación con los países de *Common Law*.

que lo ha hecho. Ciertamente es también que la imposibilidad de extender por analogía las soluciones a supuestos distintos de los específicamente regulados no ayudará en absoluto a la creación de lo que pudiera ser un denominador común del negocio. Pero siempre existirán algunas notas comunes que denunciarán una posible dirección para el futuro.

La permanencia de la empresa, pese a los negocios jurídicos que se realicen sobre la hacienda, está especialmente regulada en el artículo 2.112 del Código civil italiano: el contrato de trabajo continúa con el adquirente, y el productor conserva los derechos derivantes del tiempo que haya prestado sus servicios con anterioridad al contrato traslativo. La liberación del alienante de las obligaciones derivantes de la relación de trabajo es posible siempre que intervengan las asociaciones profesionales a las que pertenezcan el empresario y el prestador de trabajo. En este último caso —en opinión de MAZZARELLI (50)— el adquirente es el único responsable no sólo para los créditos relativos a la relación de trabajo sucesivos a la venta, sino también por los anteriores a la misma que no hayan logrado ser satisfechos. En definitiva, la nota más interesante es la desaparición de la responsabilidad solidaria que, según el párrafo 2.º del artículo 2.112, une a antiguo y nuevo empresario en supuestos normales.

Parece existir una pequeña contradicción en algunos artículos del mismo cuerpo legal que mencionan a la empresa en un sentido diverso al de "ejercicio de actividad" requerido por el artículo 2.082, precisamente en el de "organismo". Comentando FANELLI esta singularidad, declara es muy significativo el hecho de que el legislador utilice sólo esta segunda acepción cuando se trata de disciplinar la posición de los sujetos participantes en la empresa, es decir, los poderes del empresario y la situación de sus colaboradores y dependientes (51). Quizá fuese más correcto utilizar la expresión "hacienda" como se hace a la hora de calificar el bien objeto de la transmisión pero es poca la trascendencia práctica del problema en relación con el que a nosotros afecta. Solamente merece la pena destacar dos notas: la posibilidad de que existan alteraciones en la organización de la hacienda transmitida y la expresividad de la palabra "empresa" para designar al organismo, aunque primordialmente constituya —como en estas páginas hemos defendido— la actividad desarrollada por el empresario (52).

Existen en nuestro Código de comercio algunos datos sobre la

(50) MAZZARELLI: *I rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Napoli, 1954, pág. 119.

(51) FANELLI: *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, pág. 103.

(52) Es de justicia mencionar que NAVAS, en sus anotaciones a la citada obra de Ferrara, págs. 392 y 433, defiende que en el art. 928 se traspassa la hacienda.

situación de los contratos de trabajo en el seno de la empresa. Si examinamos el artículo 296, vemos que se niega a los factores y mancebos de comercio el derecho a delegar los encargos que recibieron de sus principales, respondiendo directamente de las gestiones de los sustitutos y de las obligaciones contraídas por éstos. Destaca, ante todo, como incluso cuando la solidaridad puede ser beneficiosa, el legislador la aparta, o incluso la desconoce. En el texto citado no puede aparecer con más claridad que para el empresario sería muy beneficioso poder atacar indistintamente a dos patrimonios, pero se ha preferido optar por la responsabilidad única del factor. Motiva alguna vacilación el artículo 1.722 C. c., que para el caso de nombramiento por el mandatario sin gozar de dicha facultad o teniéndola, sin designar la persona del sustituto, y nombrando a persona notoriamente incapaz o insolvente, concede al mandante la facultad de dirigir su acción contra el sustituto. No hemos descubierto jurisprudencia que relacione el artículo 296 C. de c. con el 1.722 C. c., que aclararía un problema bastante nebuloso. Pero mucho nos tememos que, pese a la regla del artículo 2 C. de c., no prosperase la aplicación supletoria de la regla civil. Repárese tan sólo en que el artículo 261 C. de c. niega tajantemente el derecho del comisionista a delegar los encargos que reciba a no estar de antemano autorizado para ello —recortando notoriamente el art. 1.721 C. c.— y que, lógicamente, debe suplir dicho texto a las “otras formas de mandato mercantil” —con independencia del acierto de la denominación— reguladas en la sección segunda.

Normalmente, cuando algunas de las personas mencionadas en el artículo 296 incurra en la citada responsabilidad habrá que entender legitimado al nuevo empresario para ejercitar las acciones que correspondan, sin que se precise una especial cesión realizada al efecto. La razón de ello se encuentra en la subsistencia del poder del factor recogida en el artículo 291: puesto que el vínculo de trabajo subsiste al cambio de titular, justo es que pervivan todas las consecuencias.

Antes de la aparición de la legislación laboral con carácter general, pudo suscitar alguna duda la aplicación del mecanismo expuesto a los mancebos de comercio, que no aparecen citados en el artículo 291. A nuestro parecer, la conclusión debiera ser la misma, pues el referido artículo parte de la subsistencia del poder y no de la relación de trabajo; por lo cual no es raro que se silencie la situación del mancebo, pues su actuación no requiere la existencia de poder alguno: artículos 293 a 295.

Esto, por lo que respecta a la situación activa del empresario. ¿*Quid iuris* en relación con las deudas que pesan sobre el antiguo titular, derivadas de contrato de trabajo?

En el artículo 577 C. de c., regulándose la enajenación del buque estando en viaje, se declaran de cuenta del comprador los pagos a la tripulación y demás individuos que componen su dotación, correspondiente al mismo viaje. Por el contrario, si la venta se realiza después

de haber llegado el buque al puerto de su destino, son de cuenta del vendedor semejantes pagos, salvo pacto en contrario.

Sin detenernos en alguna consideración de puro Derecho marítimo, es preciso subrayar —no obstante— cómo la idea de que cada viaje constituye un negocio independiente influye en la enajenación del buque —soporte físico de la empresa— sobre las obligaciones laborales. Aparecen como notas más importantes la transmisión *ipso iure* de ciertas deudas, sin necesidad del consentimiento de los acreedores, y también la liberación total del antiguo empresario de las reclamaciones que se susciten por la falta de pago del nuevo propietario del buque. Nada puede oponer la gente de mar a un cambio de responsable, aunque éste sea manifiestamente insolvente. Por fin, la diferencia entre venta del buque en viaje o tras haber llegado al puerto de destino y —sobre todo— la posibilidad de modificar la responsabilidad convencionalmente en contrario, son reglas lo bastante específicas como para constituir un precedente muy claro. En relación con lo que hace poco decíamos, puede notarse que los pactos entre el adquirente y transmitente se reducen a quién pagará a la tripulación; nada impide pensar que se regule también un reparto proporcional de tales gastos. Pero nunca aparecen los titulares del derecho de crédito dando su consentimiento al cambio de deudor.

Comentando la teoría de NICOLÒ, coincide NASI en la importancia que tiene la organización instrumental que el empresario crea para el ejercicio de la propia actividad. Para lo cual el sujeto que toma la iniciativa de la empresa procura, mediante una serie de contratos, la disponibilidad genérica de los bienes y servicios necesarios. A continuación, una segunda fase está constituida por una serie de actos unilaterales —*atti di destinazione*— mediante los cuales los bienes y servicios son distribuidos funcionalmente y destinados a una actividad productiva compleja: así, los contratos de trabajo, que forman parte de un complejo organizado (53).

Esta organización contiene los contratos de trabajo como valor económico; en la transmisión de la hacienda mercantil habrá tenido un peso definitivo que para la explotación se contase con los elementos personales necesarios. Produciéndose un acto traslativo, no por ello ha cesado de existir la empresa como organismo, sino que tan sólo se ha producido una mutación en el titular: las prestaciones de trabajo continúan inalteradas asegurando la permanencia del organismo. Si se estimase que únicamente eran objeto de negociación bienes puramente materiales, desaparecería el elemento puramente organizador, con lo cual el bien transmitido sería una cosa muerta e incapaz de producir por sí sola. Pero la existencia de determinados contratos de trabajo puede incluso supervalorar la hacienda: por ejemplo, cuando se trate de una instalación industrial que precisa de técnicos espe-

(53) NASI: *Osservatori su di una recente teoria dell'impresa*, en "Riv. Dir. Comun", LVIII, 1, 1960; especialmente págs. 383, 387 y 395.

cializados. No se trata de defender una concepción del trabajo como mercancía, pero, sin duda, en algunas ocasiones las relaciones laborales influirán considerablemente en la estimación del conjunto.

Quizá se alegue que la continuidad del contrato de trabajo, pese al cambio de empresario, está pensada exclusivamente para proteger al trabajador. Tal idea es exacta, sin duda, pero también conviene tener en cuenta que el nuevo empresario encontraría graves dificultades en el ejercicio de su actividad si cesasen los vínculos mencionados. Prácticamente estaría obligado a intentar por todos los medios que continuasen en sus puestos, si analizaba los riesgos de una sustitución completa del personal. Se puede concluir —en definitiva— que la subsistencia de los contratos de trabajo protege por igual al empresario que al productor.

En la vigente Ley de Contrato de Trabajo las causas de terminación están contenidas en el artículo 76. Nos interesan especialmente la primera y cuarta: causas consignadas en el contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario, y extinción de la personalidad contratante, siempre que no haya representante legal que continúe la industria o el trabajo. La primera regla nos hace presumir la imposibilidad de estipular una cláusula que decida la terminación de las relaciones laborales en caso de venta de industria, pero en seguida veremos hasta qué punto es válida esta declaración. La segunda parece limitarse a la disolución de sociedades (54), con lo que no es muy adecuado estimar al nuevo empresario como representante legal del antiguo.

En el artículo 79 se regulan los efectos de la cesión, traspaso o venta de la industria sobre los contratos de trabajo, que no terminan, a no ser que se hubiese pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Ahora vemos que sólo el abuso manifiesto de derecho, consignado en el artículo 76, pone un límite a la posibilidad de estipular la terminación automática del contrato en caso de venta. Si no existe un pacto semejante, el contrato continúa y es el mismo que existía con anterioridad a la tramitación, pues a pesar del cambio de dueño no se ha interrumpido la prestación de servicios (55).

En definitiva, no hay extinción ni el trabajador necesita dar su aprobación. Entonces descubrimos que no es posible hablar de delegación de deuda, donde, como es sabido, se precisa como requisito indispensable la aceptación del delegatario a la operación que se intenta verificar. Ni siquiera existe una proposición al trabajador, una

(54) DE LA VILLA: *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1960, págs. 258 y sigs.

(55) Ss. de 1 diciembre 1954 y 7 octubre 1955, citadas por BAYÓN CHACÓN en *El concepto jurídico-laboral de empresa*, "Rev. Fac. Der.", 6, Madrid, 1959, pág. 265, *in nota*, donde ataca el autor la institucionalización del concepto de empresa.

simple advertencia sobre el cambio de titular de la empresa. Al comentar la doctrina esta particularidad, concluye que nos hallamos ante un caso de novación del contrato, subjetiva por cambio de la persona del acreedor a la prestación del servicio, matizada por ciertos aspectos de cesión del contrato (56), o bien que se trata de una figura con naturaleza mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera no por ratificación del trabajador o con su consentimiento, sino *opae legis* (57).

Los argumentos que desechan la aplicabilidad de la delegación de deuda a los casos concretos son técnicamente correctos, sin detenernos en el acierto de la calificación del negocio. Pero existe algún caso en el que la conclusión ya no es aplicable, por caer dentro de la órbita del Derecho civil, pese a su indiscutible origen laboral.

Supongamos que un trabajador es acreedor de la empresa por salarios retrasados, incluso que aquél haya dado, por su voluntad, como terminado el contrato amparándose en el artículo 18, b), L.T.C. En el primer caso tiene una doble consideración: la de acreedor de la empresa y la de deudor de trabajo, mientras que en el segundo su posición se agota en la segunda categoría.

Comentando el artículo 1 del Texto refundido del vigente procedimiento laboral, recalcan JIMÉNEZ ASEÑO y MORENO MORENO (58) la inexistencia de un concepto único de empresario o patrono. Esto es cierto e importante, sobre todo cuando en el texto regulador del Procedimiento no se ha previsto en absoluto la restitución del empresario a efectos procesales, sin cometer, no obstante, ninguna incorrección ante la ya conocida subrogación del *accipiens* en la posición del *tradens*. En casos semejantes, si el trabajador continúa en la empresa deberá pasar por el cambio de titular, pero su crédito estará sometido al régimen general del Derecho común. Para la delegación de deuda —y aquí si existe— se precisará su consentimiento; prestándolo, quedará liberado el nuevo empresario, y sólo el antiguo será responsable, salvo el caso de que medie la fianza a que nos referimos en páginas anteriores.

En un caso parecido puede afirmarse que existe cierta variación en la naturaleza misma del crédito. Según el artículo 59 LCT, los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores tienen la calidad de singularmente privilegiados; dicho texto es interpretado por PÉREZ BOTIJA en el sentido de que los expresados créditos no sólo son créditos contra la empresa, sino que, en cierto modo, se objetivizan y tienden a afectar patrimonios extraños. Hace notar tam-

(56) ASÍ, MENÉNDEZ-PIDAL y DE MONTES: *La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el Derecho social*, "R. D. P.", XLI, 1957, pág. 400.

(57) ALONSO GARCÍA: *Derecho del trabajo*, II, Barcelona, 1960, págs. 559 y sigs.

(58) JIMÉNEZ ASENSIO y MORENO MORENO: *Comentarios al Procedimiento Laboral Español*, I, Barcelona, 1959, pág. 45.

bién la importancia que tienen los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación para garantizar el pago de salarios (59).

Cuando no se produzca la delegación, cuando el trabajador no asienta al cambio de deudor, el crédito seguirá siendo singularmente privilegiado, pero por aplicación del artículo 1.924, 2.º, D. C. c., o 913, 1.º, C —según los casos—, más que por la escueta aplicación de la LCT. Además, la situación será bastante complicada porque los bienes que garantizan especialmente el cumplimiento habrán sido transmitidos al nuevo empresario; entonces la situación se concretará en la responsabilidad personal del transmitente sin la garantía de los bienes transmitidos. Todo esto parece aconsejar se preste el consentimiento para consumar la delegación, pero aún hay motivos más potentes.

Una peculiaridad nace aún de la eventual aplicación del artículo 118 L. H., previsor, en el párrafo 1.º, de un mecanismo idéntico al del artículo 1.205 C. c., para el caso de venta de finca hipotecada: si el acreedor (trabajador) presta su consentimiento, el comprador (nuevo empresario) se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada.

De acuerdo con el segundo párrafo del expresado artículo, no habiéndose pactado la transmisión de la obligación garantizada, y mediante el descuento de su importe, por el comprador (nuevo empresario), del precio de la venta o se hubiera retenido y al vencimiento de la obligación fuese ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca (antiguo empresario), quedará subrogado éste en lugar del acreedor (trabajador) hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.

El párrafo transcrito facilita, a nuestro entender, la reclamación y garantías del trabajador cuando no consienta la delegación. Entonces, adquirente y transmitente de la nueva empresa pueden renunciar al pacto de transmisión de la obligación, con el descuento de los créditos salariales, y el acreedor puede acudir al *tradens* o al *accipiens* con la oportuna reclamación ulterior del primero al segundo cuando se acudiera a él solicitando el pago: la posibilidad de reclamar al adquirente aparece bien clara de la simple retención o descuento del importe del crédito, realizado, sin duda, en previsión del pago.

El único obstáculo, y muy importante, para la aplicación del artículo 118 L. H. aparece en la debatida naturaleza del privilegio concedido al trabajador por el artículo 59 LCT: ¿Se trata en verdad de una hipoteca? Si se admite la negativa ya sabemos como se debilita la garantía por desaparecer del patrimonio del transmitente los

(59) PÉREZ BOTIJA: *Notas sobre el concepto de empresa, en especial consideración en el Derecho del Trabajo*, "R. D. M.", 13, 1948, págs. 31 y sig., texto y nota.

bienes incorporados a la explotación. Por el contrario, las seguridades son abundantes si se acepta la naturaleza hipotecaria de la garantía.

Desde luego, no por el simple hecho de que una calificación acarree consecuencias ventajosas debe, sin más, ser admitida. La figura de la hipoteca tácita es lo suficientemente debatida como para no adherirse automáticamente a su validez (60).

Aunque se admitan las ventajas que produciría el reconocimiento de carácter hipotecario a la garantía analizada en una posible reforma del artículo 59 LCT, es necesario precisar que posiblemente fuesen desbordadas por los inconvenientes. Pongamos el ejemplo de venta de una empresa de la construcción y las consecuencias que produciría la existencia de una hipoteca a favor de los trabajadores sobre todos los inmuebles de la misma. O incluso en la transmisión inmediata de un bien de tal especie por el nuevo titular—cualquiera que fuese la actividad empresarial—, siempre gravado por una carga que quizá desconozca el comprador.

Queda, en fin, una última posibilidad a los trabajadores. Ejercitar una tercería de mejor derecho —artículo 1.532 LEC— al ser entregados los inmuebles al comprador. Pero, insistiendo en lo que antes dijimos, todas estas dificultades se obviarían si el acreedor por salarios acepta la delegación. El crédito, ya vencido, será exigible, desde luego, y con todas las garantías que acompañaban la anterior situación.

9) *Arrendamiento de local de negocio.*—Es la materia de arrendamientos la más rica al estudiar la disciplina de la venta de la empresa. La vigente LAU estipula, en los artículos 29 a 42, las condiciones que debe reunir el traspaso de local de negocio, y en el 3 excluye de la Ley el arrendamiento de industria o negocio, que se reputará existente cuando el objeto del contrato no sea sólo los bienes que en el mismo se enumeran, sino “una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas”. Es natural que en una Ley de arrendamientos se excluya el de empresa, pero es meritorio el concepto que ofrece recalcando el dato de la posibilidad de explotación inmediata.

Antes de analizar las sugerencias de la ley especial es preciso plantear una cuestión decisiva: se trata de saber si tanto en los créditos laborales como en los que ostenta el arrendador frente al arrendatario se produce una sustitución automática en el obligado. Merece la pena notar que la LCT, igual que la LAU, estudian minuciosamente un problema, mejor aún un aspecto del mismo, y sólo arrojan luz sobre el sector activo de la operación, sin pronunciarse sobre los gravámenes que pesan sobre la empresa. En los contratos de trabajo

(60) Sobre la imposibilidad de admitir la hipoteca tácita en nuestro Derecho —con especial examen del art. 59 L. C. T.—, puede verse GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, págs. 250 a 261, con crítica de la teoría permisiva sustentada por Roca Sastre.

se declara sin más que el trabajador continúa ligado al nuevo titular, en la LAU se hace pasar al propietario por la titularidad de un nuevo arrendatario. En el apartado anterior comprobamos que la situación del acreedor de salarios-deudor de trabajo no difiere en nada del acreedor ordinario. Nos toca ahora contemplar el mecanismo de la LAU en relación con los derechos del arrendador.

En la LAU se obliga al arrendador a pasar por que una persona ocupe el lugar del arrendatario estableciéndose con nitidez la negociabilidad del contrato mismo. El arrendamiento de un local puede ser de tal forma interesante, que precisamente sea la presencia de tal bien en el patrimonio del empresario lo que ocasione un supervalor a la suma de los elementos reunidos. El concepto del artículo 3 LAU elude la disciplina del traspaso en el arrendamiento de la empresa —sin errar por ello, a la vista de la declaración de principio que verifica—, pero se le escapa al legislador un gravísimo problema motivado por la venta del establecimiento.

Como venimos repitiendo, el precio satisfecho por el comprador al vendedor hace referencia a la unidad empresarial y no a la suma de las diversas partidas que la componen. La correlativa toma de posesión de los elementos separados se traduce en la disgregación del negocio. Cuando exista un contrato de arrendamiento —o, incluso, varios, si la empresa ocupa para desarrollar su actividad diversos locales— se precisará un traspaso del local de negocio, de acuerdo con las formalidades establecidas en la LAU.

Sucedirá entonces que *tradens* y *accipiens* decidirán convencionalmente cuál es la cuota del precio global que traduce la estimación del arrendamiento. De acuerdo con ella, el arrendador que no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o de retracto podrá reclamar —de acuerdo con el artículo 39 de la ley especial— la participación en el precio que con él convenga y, en su defecto, la establecida legalmente.

La elasticidad de las soluciones posibles para defraudar al arrendador es muy grande, tanto para escamotearle la participación que le corresponde en el precio como para evitar el derecho de tanteo reconocido en el artículo 35. Las partes del negocio fundamental de compraventa atribuirán un valor al traspaso sobre el importe del precio que sea lo suficientemente alto para evitar el tanteo y lo suficientemente reducido para soslayar un ingreso considerable en el propietario. Indudablemente, serán las disponibilidades económicas del último las que en cada caso determinen los matices de la operación.

En alguna ocasión la maniobra será fácilmente denunciada, como cuando el resto de los bienes del empresario hayan sido estimados por bajo de su valor. Pero aunque así suceda, el propietario —por lo menos en principio— no tiene nada que objetar, tradicionalmente son los acreedores los perjudicados por una enajenación o estimación por bajo de la realidad: basta comprobar tan sólo el artículo 888, 4, C. de c., a efectos de calificación de la quiebra. Pero si los acreedores son satisfechos con el producto de la deuda, o aceptan la posibilidad

de una delegación a cargo del adquirente, es muy improbable que se descubra la maniobra, que, además, no reportaría muchos beneficios al propietario del local.

Por ello, cabe apuntar como solución ideal la percepción por el arrendador de un tanto de la suma global que constituye el precio de la venta: nada hay en nuestro Derecho positivo —por lo menos en los Códigos y LAU— que ayude a construir una oposición semejante, posible correctora de inevitables abusos. Empero, como veremos en las últimas páginas, la legislación fiscal puede colaborar eficazmente en la corrección de un negocio un poco turbio, abriendo un pequeño cauce para la reclamación. Aun así se impone, a nuestro parecer, una mayor intervención del propietario, cuyos intereses tan directamente vinculados a la operación están, y una solución legal al problema.

En el artículo 29 LAU se concibe el traspaso de local de negocio como la cesión mediante precio de tales locales, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual queda subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. La cesión del local sin existencias plantea la duda de si el propietario percibirá un tanto por ciento del importe total de la venta cuando la empresa se concrete precisamente a dicho local y a las expectativas. Una solución tan unilateral opinamos que debe ser desechada, porque traicionaría a la actividad empresarial y a la existencia de un trabajo previo que ha creado —quíerose o no— algo distinto a la pura materialidad de un Derecho real de arrendamiento.

La segunda cuestión importante derivada del mencionado artículo nace de la obligatoria subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. No cabe duda sobre los derechos, pero la subrogación en las obligaciones merece alguna reflexión.

Podría parecer que *ipso iure* el nuevo arrendatario se subroga en la posición que ocupaba el transmitente y de manera plena, como consecuencia de la cesión de contrato. En su configuración típica —piensa ANDREOLI (61)— tal institución es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato: de tal forma que, a través de la sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente. Sin embargo, la liberación del cedente de sus obligaciones básicas en relación con el contratante cedido no es un efecto imprescindiblemente necesario de la cesión del contrato, puesto que la ley admite también la posibilidad de que el cedente permanezca como antes vinculado a sus obligaciones cuando el contratante cedido declare que no le libera de ellas en el momento de dar su consentimiento a la cesión (62). Señalamos por fin que, de

(61) ANDREOLI: *La cesión del contrato*, trad. de Osset, Madrid, 1956, págs. 2 y sig.

(62) ANDREOLI, *ob. cit.*, pág. 65.

acuerdo con el artículo 1.409 del Código civil italiano, el contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, excepto las que se funden en otras relaciones con el cedente, salvo que se haya hecho expresa reserva en el momento que se consintió a la sustitución.

En la doctrina patria se ha ocupado incidentalmente del problema LÓPEZ JACOISTE. Se adhiere a la opinión de GALVAO TELES, que explica la cesión de contrato por la combinación de una cesión de crédito y una asunción de deudas, concluyendo que cuando la cesión comprende un aspecto pasivo es inexcusable el consentimiento del arrendador, innecesario en caso contrario (63).

La última opinión transcrita es plenamente acertada y traduce una constante en todo nuestro Derecho privado: la imposibilidad de transmitir la deuda sin el consentimiento del acreedor. Hasta que se produzca una declaración de voluntad semejante no se habrá pasado del período de gestación del contrato, sin consecuencias para ninguna de las partes. De esta forma se explica el recto sentido de la subrogación en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento aludida en el artículo 29 LAU. Las mencionadas obligaciones no son todas las que nacen del contrato, sino precisamente las que se desarrollarán en el futuro, de acuerdo con los artículos 1.555 y sigs. C. c. En este punto no puede mostrar su opinión desfavorable el arrendador, y si lo hace no tienen ninguna consecuencia. Pero en el cambio de obligado por las rentas ya vencidas su consentimiento es totalmente indiscutible, por aplicación del artículo 1.205 C. c. Además, el repetido artículo 29 de la Ley especial no es incorrecto al referirse a una subrogación en las obligaciones si se interpreta en el sentido expresado, pensando exclusivamente en la relación que mediará en el futuro entre el nuevo arrendatario y el arrendador.

Para la existencia legal del traspaso es requisito necesario la notificación fehaciente al arrendador, o a ciertas personas que a tal efecto pueden sustituirle, de la decisión de traspasar y el precio convenido. Otorgado el traspaso por escritura pública, el arrendatario debe notificar al arrendador o a las personas indicadas la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de un año, destinándolo al mismo género de comercio que practicaba el arrendatario (art. 32, párr. 2.º, 4.º, 5.º y 6.º LAU). Toda esta gama de formalidades afecta de modo directo a la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo o retracto, pero

(63) LÓPEZ JACOISTE: *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955, págs. 85 y 92 y sigs., respectivamente. Opina D. FEDERICO DE CASTRO, sin embargo, que en el Derecho español no se puede hablar de cesión de arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones, de una cesión de relaciones jurídicas; el art. 1.205 C. c. es, a su parecer, el obstáculo más serio. *Cesión del arrendamiento y subarriendo*, "R. G. L. J.", 156, 1930, págs. 143 y sigs.

puede estar muy relacionado con la propuesta de una delegación de deuda.

Supóngase que se comunica a un propietario la intención de traspasar un local de negocio junto a la posibilidad de hacerse cargo de las obligaciones pendientes de cumplimiento el nuevo titular del contrato. Si el propietario no responde al llamamiento que se le hace, el traspaso será totalmente válido, salvo en el caso de poderse ejercitar el derecho de retracto por haberse realizado el traspaso por precio inferior al que le fué notificado (art. 36, 1, LAU), pero también decaer la posibilidad de operarse el cambio de deudor, aunque no de modo automático. Los plazos establecidos en la LAU para ejercitar el tanteo y el retracto son independientes de cualquier otra estipulación complementaria, y por ello no es incorrecto pensar que la cesión del contrato se realice incluso contra la voluntad del arrendador negligente que no ejercitó su derecho en el plazo concedido por la ley y que posteriormente se negocie —con resultados positivos o no— la sustitución de deudor. Aunque los dos aspectos del negocio nazcan simultáneamente, no tienen por ello una duración idéntica y un resultado armónico. Lo que parece indudable es que la solución se orientará en el sentido de aceptación de la delegación y antecedente subrogación en el contrato —con o sin intervención del arrendador, para nada necesaria—, pero difícilmente desembocará en el ejercicio del tanteo y la aceptación de la delegación; no ya por oponerse al arrendador —que quizá accediese gustoso a que otra persona ocupase el lugar del deudor primitivo, sobre cuyas posibilidades de pago recaen las más serias sospechas—, sino porque la premisa que sustentaba la delegación habrá decaído. Raramente tendrá interés el eventual delegado en que se produzca si el beneficio con que contaba —la ocupación total del negocio— ha desaparecido.

Tampoco será muy difícil que alguna vez el ejercicio de tanteo imposibilite todo el mecanismo de la compraventa de un establecimiento mercantil. Nos hemos referido hace poco al caso del negocio cuyo valor patrimonial más importante es precisamente el derecho de arrendamiento de un local bien situado y con renta favorable. Si no es posible ceder el contrato, el eventual comprador desistirá de la operación, pues casi existe la seguridad plena de que no habrá satisfecho ninguna suma como pago de las expectativas. La máxima dificultad que presentarán supuestos análogos será distinguir cuándo ha habido verdadera venta y cuándo simple traspaso de local de negocio. Sobre el daño que sufrirá el patrimonio del arrendador nada tenemos que añadir a los que hace poco expusimos.

En el caso de arrendamiento de industria recogido en el artículo 3 LAU, se precisa la recepción de una unidad patrimonial con vida propia, además del local. La sentencia de 3 de diciembre de 1957 hace notar que si lo cedido es el edificio “desnudo”, o con elementos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza

para un negocio que él va a crear, la relación jurídica establecida es la de un arrendamiento de un local de negocio, no de industria. Esta decisión contiene una nota interesante, que radica en la necesidad de que exista algo más que un local escueto para que se produzca el arrendamiento de industria, el simple hecho de que en él se ejerza una actividad comercial no es suficiente para la calificación.

Dentro de los problemas suscitados por el arrendamiento de industria nos corresponde examinar si esa aportación de local que reconoce como fundamental el artículo 3 LAU y la jurisprudencia (64), corresponde a un traspaso y, por tanto, le son aplicables las dudas y soluciones que hasta ahora hemos visto.

Antes de promulgarse la vigente LAU ya interpretaron COSSÍO y RUBIO el arrendamiento de empresa en forma muy próxima a la exigida por el citado artículo 3. Seguían a GARCÍA ROXO al apreciar que en tales supuestos existe cesión arrendaticia de un local con un conjunto de elementos patrimoniales en funcionamiento unificados dinámicamente, cediendo la consideración jurídica del local ante la superior trascendencia de la unidad "empresa" (65). Existía, además, una dirección jurisprudencial de escaso alcance, según la cual el arrendamiento se traducía en la cesión temporal de uso y goce mediante un precio único de un conjunto de elementos materiales diversos, destinados a una explotación industrial establecida con anterioridad y formando un todo con la misma, es decir, de una organización creada para la obtención de una finalidad productiva (66). Vemos que la cesión se entiende en dos sentidos, aunque con los mismos resultados: unas veces se insiste en la efectuada del local con *otros* elementos, en otras ocasiones esta cesión se considera *dentro* de un conjunto de elementos organizados.

La aplicación de la legislación común tiene alguna trascendencia. Sobre todo merece la pena destacar el artículo 1.550, permitiendo al arrendatario subarrendar todo o parte de la cosa arrendada; el 1.552, que declara obligado al subarrendatario para con el arredador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, y el 1.565, al declarar concluido el arrendamiento el día prefijado, sin necesidad de requerimiento, cuando el arrendamiento se haya hecho por tiempo determinado.

Nada aparece, sin embargo, sobre la existencia de una cesión de la cosa arrendada en el caso de subarriendo. A la vista de todos estos datos es preciso concluir en forma negativa, pues, además, defender la opinión contraria entrañaría un grave error técnico porque no hay cesión alguna del contrato, según el concepto de esta institución que

(64) Dentro de una muy copiosa, citemos las SS. de 21 noviembre 1958, 20 octubre 1959 y 7 julio 1960, como más recientes.

(65) COSSÍO y CORRAL y RUBIO y ARGOS: *Tratado de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949, págs. 250 y 253, respectivamente.

(66) Cfr. MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO: *Concepto jurisprudencial de la empresa u efectos arrendaticios*, "R. D. M.", 56 (1955), págs. 271 y sig.

antes hemos transcrito. Las partes del contrato son exclusivamente arrendador y arrendatario: el subarrendador es responsable del cumplimiento del contrato para con el arrendador —art. 1.550— y la relación quedará definitivamente extinta en el momento indicado por el artículo 1.565. Solamente es un poco dudoso el artículo 1.552, a que hace poco nos hemos referido, aunque su aplicación esté desbordada por el artículo 15 LAU.

No es posible interpretar dicho texto como una asunción de deudas del arrendatario realizada por el subarrendatario con carácter legal y sin necesidad de aceptación del arrendador; es decir, sin precisarse una clásica delegación de deuda. El artículo 1.552 obliga sólo al subarrendatario por el precio convenido en el subarriendo y que precisamente se halle debiendo todavía al ser requerido. En cierto modo, nos recuerda este texto al artículo 1.111 C. c., aunque su alcance es precisamente el contrario. Según la acción subrogatoria es necesario perseguir los bienes de que esté en posesión el deudor antes que sus derechos y acciones. Por el contrario, el artículo 1.552 acorta los trámites, y para extinguir los créditos derivados del arrendamiento se permite proceder contra el subarrendatario sin hacer previa excusión de los bienes del obligado principal. Hay que concluir, en definitiva, que la eventual delegación de deudas anteriores del arrendatario, y a cargo del subarrendatario, se verificará por los cauces normales del Derecho civil y con absoluta independencia de la especial relación que media entre delegante-arrendatario, delegado-subarrendatario y delegatario-arrendador. La fortuna de su negocio estará completamente desvinculada de la del otro, sin que para nada se afecten dentro de su desarrollo peculiar. Aun así, en seguida veremos alguna peculiaridad de la LAU en este punto.

Pero con lo que antecede no queda esclarecido en su totalidad el mecanismo del arrendamiento de la empresa. Aunque exceda del tema concreto de nuestro estudio, bien que guarde cierta relación, es conveniente analizar un aspecto del cual pueden ocasionarse graves quebrantos económicos al arrendador.

Creemos suficientemente diáfana la ausencia de traspaso de local de negocio en el contrato de arrendamiento de industria. Empero, ya no es tan claro que no vaya incrustado en él un subarriendo del mismo. Opinamos es necesario inclinarse por la solución positiva; una cosa es que la LAU no se aplique al negocio considerado globalmente y otra que no se extiendan sus posibles beneficios a las personas afectadas. El arrendatario del establecimiento ocupará el local del negocio y entonces deberá ser aplicable el artículo 22 LAU: para que pueda ser subarrendado un local de negocio se exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador, el precio será libremente pactado y serán aplicables los artículos 15, 16 y 20 de la misma ley. Es especialmente previsora la ley al ordenar la aplicación del artículo 15, según el cual el arrendador podrá exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo,

siendo así que se silencia la aplicación del artículo 14, reconocitivo del derecho del arrendador a participar en el precio del subarriendo.

La solución al problema está en el artículo 22: el subarriendo del local de negocio difiere esencialmente del traspaso al exigir la autorización expresa y escrita del arrendador, contrariamente a lo que sucede en el segundo, que es forzoso para éste. Y difícilmente consentirá el arrendador al subarriendo cuando no se le prometa una sustanciosa participación en el precio de aquél. De esta forma quedan eliminadas también las posibilidades de fraude, contrariamente también a lo que acaece en la cesión, pues aunque las partes del contrato de arrendamiento de empresa reduzcan al máximo el valor del subarriendo en el importe global de la operación, el arrendador desconfiará y podrá obtener beneficios mucho más acordes con la situación real. Naturalmente, todo lo expuesto supone siempre una activa conducta del arrendador, mas difícilmente dejará de producirse cuando se le solicite la autorización expresa para el contrato.

Merece destacarse, por fin, la facultad reconocida al arrendador en el artículo 15, que le permite exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo, en cuyo caso, al hacer éste el pago al subarrendador hará el oportuno descuento. Aquí ya existe responsabilidad directa del subarrendador, la regla está mucho más matizada que en el artículo 1.552 C. c., pero aun así no puede hablarse ni de delegación ni de asunción de deuda.

El mecanismo de la primera figura no aparece en ningún momento: no ha existido un acuerdo entre delegante y delegado ni tampoco aceptación por el delegatario. Tampoco se ha producido el efecto característico de la asunción de deuda: la sustitución del antiguo obligado por el nuevo. Todo se reduce a una solidaridad en función de garantía concedida por la ley y de la cual dispondrá como prefiera el arrendador, cuya sola voluntad no es suficiente para suplir el esquema de las instituciones indicadas. Opinamos que el artículo 15 LAU es suficientemente explícito para defender la solidaridad: considérese simplemente la redacción de tal artículo cuando sólo estima liberatorio el pago realizado por el subarrendatario al inquilino en defecto de la exigencia del arrendador; por ello sería irrelevante pretender la excusión si el inquilino hubiese sido requerido previamente para la satisfacción.

Lo que antecede puede fundamentarse, como resumen, en un dato sintetizado por UDAONDO de la jurisprudencia del T. S.: el local puede ser objeto de arrendamiento independientemente de la industria en él establecida (67). Pero creemos que este factor no debe ser interpretado sólo como defensa del creador de la industria contra los posibles abusos del dueño del local, sino que debe operar también como protector de los intereses del propietario.

(67) UDAONDO: *El arrendamiento de empresa en la nueva ley*, "A. D. C.", 1950, pág. 374.

Para terminar este punto, hagamos una breve mención a las causas de resolución del arrendamiento (art. 114 LAU) que presentan interés con nuestro tema. La primera —falta de pago de la renta o de las cantidades que a ésta se asimilan— es la más interesante, pues en las demás el juego de la delegación es muy escaso. Y en la que hemos indicado, la solución es la misma de siempre: el adquirente puede proponer al arrendador el pago de las rentas atrasadas, manifestándole su deseo de continuar en el local mediante el oportuno contrato de subarriendo.

Puede suceder también que la falta de pago provenga de la negativa del acreedor a recibirlo, lo cual provocaría la consignación del precio por el propietario del negocio transmitido. En tal caso, no es posible hablar de falta de pago, sino de un sustitutivo que produce efectos análogos a los del mismo pago, respecto a la obligación, sobre todo cuando el juez —aun contra la voluntad del acreedor— decida la validez de la consignación (68). Pero entonces es imposible que el nuevo adquirente se subrogue en la posición del antiguo y continúe consignando la renta, por la razón de que el artículo 22 LAU exige para el subarriendo la autorización expresa y escrita del arrendador. Sólo puede acontecer que mediante la autorización se produzca el subarriendo, mas sin ninguna consecuencia en orden a la deuda que —como decimos— se resolverá por los trámites de la consignación judicial y no por los de la delegación.

Por el contrario, en los casos ya conocidos que el título transitivo de la empresa arrastre un traspaso de local de negocio, las partes cumplirán con los requisitos de los artículos 29 y sigs. LAU, y una vez cumplidos, el nuevo empresario podrá liberarse por medio de las oportunas consignaciones de la renta. Previa, claro está, la de la participación en el precio que corresponda al arrendador según el artículo 39, 1, del mismo cuerpo legal.

10) *Fusión de S. A.*—Al producirse la fusión de cualesquiera sociedades en una anónima nueva o por medio de absorción por otra de la forma indicada, deben transcurrir tres meses antes de que pueda ser realizada la operación, contados desde la fecha del anuncio en el BOE y en los periódicos de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Cualquier acreedor social puede oponerse por escrito a la fusión, en cuyo caso ésta no se llevará a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes, quienes no pueden oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos (arts. 142, 145 y 134 LSA).

(68) DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, págs. 8 y, sobre todo, 91 y sig., donde se analiza el valor de la expresión “estar bien hecha la consignación”, que utiliza el art. 1.180 C. c. Es curiosa la opinión del autor, asimiladora de la consignación con un “proceso liberatorio”. Sin entrar en el fondo de la cuestión, estimamos un poco extraño hablar de proceso cuando la consignación parece dirigirse precisamente a enervar una acción.

Destaca en primer lugar la subrogación de la empresa absorbente en las obligaciones de la absorbida, como resultado de la naturaleza misma de la operación. Es un poco dudoso seguir calificando entonces al fenómeno como delegación de deuda, pues no existe el *inssum* de delegante a delegado como motor de la operación y —en cambio— aparecen dos soluciones a la posible negativa del acreedor a aprobar el cambio de obligado. Sólo cuando el negocio se consume normalmente, o sea con la ratificación del titular del crédito tendrá un funcionamiento idéntico al de la delegación.

La asunción de deuda, se produce siempre; no depende su eficacia de la voluntad del acreedor, porque la sociedad puede asegurar previamente la obligación a extinguirla mediante su satisfacción anticipada. Naturalmente en el último caso el crédito se ha pagado totalmente y no hay asunción alguna, ni desde luego posibilidad de repetir una sociedad a la otra, pues al integrarse ambas en una sola entrarán en juego los artículos 1.192 y siguientes del C. c.

Empero cuando el acreedor no se oponga a la fusión, la admisibilidad del artículo 1.205 del C. c. será completa y el silencio de aquél equivaldrá a la aceptación. Más aún, será bastante insólita una aceptación expresa en el sentido de que el titular del crédito comunique a la sociedad que admite al nuevo obligado.

La operación es forzosa para el acreedor, lo cual responde a razones auténticamente necesarias. La sociedad deudora se disuelve y extingue, luego no es posible considerarla subsistente solamente a efectos de responsabilidad. Estamos muy cerca —salvadas todas las indudables diferencias— de la sucesión *mortis causae* con su secuela de transmisión de obligaciones del causante a los herederos; en nuestro supuesto la sociedad absorbente, o la que nace a consecuencia de la fusión, es la sucesora de las disueltas. Con la particularidad de que el artículo 1.205 es totalmente inaplicable al puro Derecho de sucesiones.

En definitiva, la asunción de deuda aparece como defecto natural de la fusión de sociedades. La aprobación, deducida de la ausencia de oposición, se precisa para que el negocio sea válido. Calificar a este resultado de delegación y oponerse a ello no resuelve —a nuestro parecer— ningún problema, pues los efectos están rigurosamente previstos en la LSA. La máxima dificultad para la asimilación estriba en la obligatoriedad indicada. ¿Puede la delegación tener un efecto distinto del voluntario? A nuestro parecer se puede concluir afirmando que el negocio es del tipo indicado, aunque la ausencia del consentimiento no suponga la inalterabilidad de la primitiva situación —como en la asignación sucede— sino una percepción anticipada del importe del crédito o un aseguramiento del mismo a efectos de garantía.

Con anterioridad a la publicación de la vigente LSA esforzábase URÍA en la defensa de la tesis de la sucesión universal en los derechos y obligaciones de las sociedades extintas (69). Ha opinado después MOROS

(69) URÍA: *La fusión de las Sociedades mercantiles en el Derecho español*, "R. D. M.", 3, 1946, págs. 222 y sigs.

GUIRAO que, con estricta sujeción a nuestro Derecho positivo, no hay en él base suficiente para la asimilación; aunque reconoce la ausencia de obstáculos insoslayables en nuestra patria para una nueva calificación jurisprudencial de la fusión engendradoras de una sucesión universal en los derechos y obligaciones de las extintas. El más fuerte argumento en contra lo constituye el artículo 1.205 C. c., proyectado en función de las garantías y principios de la sucesión a título singular; reclamar de antemano su vigencia es invertir el problema (70). Creemos indispensable la cita para precisar la declaración que antes hicimos a propósito de la similitud con la sucesión hereditaria. El artículo 1.205, por lo demás, entorpece la consideración de que se produce una delegación global: cada acreedor resuelve de acuerdo con su parecer, y en caso de disidencia, también la sociedad podrá inclinarse en cada caso por soluciones contrarias: garantía o satisfacción anticipada.

Comentando ANDREOLI la fusión de sociedades mercantiles, señala que aun teniendo lugar una transferencia del conjunto de las relaciones contractuales de las sociedades extinguidas, a la nueva o la incorporadora, la transferencia en cuestión no puede, sin embargo, referirse al típico esquema de la cesión de contrato, pues dicha transferencia es el efecto de una sucesión a *título universal* de la sociedad nueva o de la incorporadora en el patrimonio de las extinguidas; mientras que, en cambio, en la cesión técnica de contrato tiene lugar una sucesión a *título particular* del cesionario en la posición contractual del cedente, y dicha cesión no es el efecto de una *successio per universitatem* (71). No ofrece ningún reparo tal opinión, pero de acuerdo con el artículo 145 de nuestra LSA —y en el caso de que prosperase la tesis de MOROS—, el consentimiento separado de los acreedores debiera ser objeto de una regulación diferente, pues en las presentes circunstancias tal formalidad parece, en verdad, proyectarse sobre las múltiples relaciones contractuales que ligan a la empresa con otras personas. Así no es difícil que la fusión de sociedades ofrezca notas que la acercan a una pluralidad de cesiones de contrato (72), sobre todo por el tan repetido derecho de los acreedores a oponerse a la fusión con la rigidez del artículo 1.205.

Tiene nuestro derecho la característica de que la voluntad de un solo socio, contraria a la fusión, es suficiente para que ésta no se verifique. Conviene, a nuestro entender, precisar el alcance de esta negativa. Cualquier persona que sea titular de un derecho de crédito

(70) MOROS GUIRAO: *Fusión de Sociedades mercantiles*, Madrid, 1953, página 243.

(71) ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 132 y sig.

(72) Los inconvenientes de la fusión concebida como una suma de transmisiones a título singular son invocadas por LÓPEZ JACOISTE frente a las ventajas de la transmisión en bloque propias de la fusión. Pone como ejemplo los derechos de tanteo y retracto brindados por la LAU al arrendador, que pueden poner en quiebra los designios de absorción en punto tan importante para la vida de la empresa como es el uso del local donde radica la base del negocio. *Ob. cit.*, pág. 238.

contra las sociedades fusionadas, o contra la absorbente, goza de la facultad de oposición; pero más que la fusión misma, lo que ataca es la desaparición de la personalidad jurídica de su deudor que le hace temer por el cobro de su crédito. La Ley habla de que el acreedor "se opusiera por escrito a la fusión", en realidad no hace más que negar eficacia a la operación hasta que la posición del acreedor sea suficientemente segura.

Esto lo demuestra, sencillamente, el hecho de que la satisfacción inmediata de la deuda o su aseguramiento previo enerva el derecho de oposición y la fusión puede verificarse. Se observa con claridad que el contenido de la actividad del titular del crédito se enraíza en un campo de alcance mucho más corto que el presumido por la Ley. Aunque no quepa duda sobre la imposibilidad del acreedor de negarse a lo que se podría llamar una delegación forzosa, cuando la sociedad prefiera asegurar la obligación a satisfacerla anticipadamente, todavía puede estimarse ampliamente protegido, a la vista de que —como observa URÍA (73)— el régimen de garantías o seguridades de los créditos debe contar con la aprobación de los acreedores porque, en otro caso, la sociedad podría acudir a garantías o seguridades ficticias, que dejarían indefensos a los acreedores, burlando la finalidad perseguida por el precepto.

Esta última afirmación puede, además, fundamentarse con solidez partiendo de la necesidad de un contrato que por serlo precisará la aceptación del acreedor. Se necesitará, de esta forma, una fase de negociación con un posible cambio de las seguridades ofrecidas si no son del agrado del acreedor. Y, desde luego, habrá que excluir del derecho recogido en el artículo 145 a quien esté en posesión de un crédito suficientemente garantido, pues decaería la razón del precepto indicado. Esto implica, sin duda, la imposibilidad de los obligacionistas de oponerse a la fusión —en el sentido que ya nos es conocido— si las garantías de la emisión son suficientes (art. 112, 6, LSA), pues en caso de incumplimiento por la sociedad absorbente o por la nueva podrá ejecutarlos de acuerdo con los artículos 114 y 120 de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando la emisión se haya hecho sin las garantías del artículo 114, pero sí con otras (fianza, por ejemplo), será aplicable el artículo 119, siempre que exista retraso de seis meses en el pago de los intereses vencidos o la amortización del principal. En los dos casos, la decisión de atacar a la sociedad responsable se tomará de acuerdo con las proporciones establecidas en el artículo 127, que también se aplicará —en nuestra opinión— cuando no sean suficientes las seguridades y urja decidir sobre la admisibilidad de las propuestas. Y cuando no exista ninguna garantía —supuesto bastante inaudito—, la admisión de las propuestas de acuerdo con el artículo 145 deberá también decidirse en asamblea de obligacionistas. Posiblemente, cuando existan préstamos representados por obligaciones, si

(73) URÍA: *Comentario*, cit., pág. 678.

éstas son de alguna envergadura, preferirá la empresa asegurar su pago a satisfacer por entero su importe si la voluntad de la asamblea es contraria a la fusión.

Por lo demás, no es plenamente correcto estimar que el artículo 145 encierra una obligación alternativa cuya concentración corresponde a la sociedad deudora, a tenor del principio genérico establecido por el artículo 1.132 C. c. (74). Descubre HERNÁNDEZ GIL la esencia de las obligaciones alternativas en que el objeto está integrado por un contenido disyuntivo; en ellas, más bien que una pluralidad de prestaciones, lo que sucede es que la prestación cuenta con varias posibilidades hasta el momento de realizarse. Aparte de la finalidad práctica conexas con la ulterior elección, las obligaciones alternativas brindan a las partes las ventajas de la recíproca sustituibilidad de las prestaciones designadas como posibles (75). En el artículo 145 LSA no se brinda al deudor la posibilidad de elección hasta el momento del cumplimiento, sino que tan sólo puede optar por una doble solución, una de las cuales difiere el pago hasta un momento sucesivo, y en el lapso que media entre la elección y la efectiva extinción de la obligación ya no puede apartarse de la voluntad que manifestó en otro momento anterior. La obligación alternativa ni siquiera llega a nacer, sólo aparece la posibilidad de extinguir una precedente con anterioridad al momento previsto o bien asegurarla en la forma que se acuerde. Pero la carencia de la fundamental nota de la posibilidad de elección hasta el momento de realizarse la prestación hace imposible la identidad, pese a lo rico en sugerencias que, sin duda, sería la aplicación del régimen de las alternativas.

Guarda estrecha relación con el tema de la delegación el supuesto de que alguna de las sociedades fusionadas no tenga sus acciones totalmente desembolsadas, siendo a la vez el titular de las mismas acreedor de la empresa por ganancias sociales. No cabe duda de que la empresa es acreedora del socio y que al producirse la fusión tendrá tal condición la absorbente o la nueva; además, el último párrafo del artículo 142 concede al socio de la extinta el derecho a participar en aquélla recibiendo un número de acciones proporcional a su participación en la fusionada.

En una situación análoga, el socio acreedor podrá emplear en todo su alcance el artículo 145 de la LSA y pasará por el cambio de deudor siempre que se le asegure previamente el importe de su crédito. Su obligación de desembolsar totalmente el importe de su acciones no

(74) Así MOTOS GUTRAO, *ob. cit.*, págs. 433 y sig. El empleo de la palabra "concentración" es, sin embargo, equívoco. Asegura D'ORS que, en realidad, no hay concentración, sino "extinción": la obligación no se concentra cuando el deudor pagó o el acreedor reclama procesalmente, sino que se "extingue". Cfr. *En torno a la llamada obligación alternativa*, "R. D. P.", XXVIII, 1944, pág. 17.

(75) HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, págs. 139 y 141.

puede tener, sin embargo, la consideración de una deuda ordinaria que faculte a la sociedad absorbente o a la nueva para aplicar las reglas de la compensación y entregar al socio tan sólo las que representen la cantidad que regulte de la sustracción de las dos cantidades, o incluso nada si no se presenta un saldo a su favor. Mientras el socio satisfaga, a su debido tiempo y en los plazos previstos, las sumas todavía pendientes para completar el importe de sus títulos, no es deudor de la empresa. Además, si pudiese sustentarse la opinión contraria, difícilmente asentiría a una operación que tanto puede perjudicarle, y no ya como acreedor, sino como socio.

Es forzoso concluir que las acciones de las compañías fusionadas se desembolsarán en la forma y plazos previstos para las extintas. Si no cumple, corresponderá a la sociedad nueva o a la absorbente verificar las oportunas reclamaciones de acuerdo con el artículo 44 de la ley de anónimas.

Más dificultades suscita la cuestión cuando el crédito de una sociedad fusionada sea de origen diferente al expuesto y, sobre todo, si está ya vencido. Entonces sí que parece funcionar el siguiente procedimiento: el socio adeuda una cantidad a la nueva sociedad y ésta le debe cierta suma representada en acciones, luego será aplicable el artículo 1.195 y sigs. C. c.

Aun así, estimamos que la solución no es correcta. El socio de la empresa extinguida no puede considerarse como acreedor de acciones, simplemente es titular del derecho a participar en la nueva proporcionalmente a su interés en la antigua, en el que no pueden considerarse aplicables las reglas de la compensación. Y, sobre todo, la posibilidad de fusionarse una sociedad cuyas acciones no están totalmente desembolsadas no debe ofrecer ninguna duda ante la ausencia de texto legal que lo prohíba. En este punto, nuestra LSA ofrece una depurada sistemática que excluye los problemas planteados por otras legislaciones (76).

Pero quizá el aspecto más complicado de la cuestión lo determine el artículo 143 LSA exigiendo se adopte el acuerdo de fusión en Junta general de accionistas, y el 144 obligando sólo a los accionistas que hayan votado a favor, pudiendo los disidentes y los no asistentes a la Junta separarse de la sociedad en la misma forma establecida en el 135 para el caso de transformación (77). ¿Puede el accionista

(76) En Derecho francés, por ejemplo, las acciones entregadas a cambio de aportaciones en especie no podían ser negociadas hasta transcurridos dos años de la constitución definitiva, lo que motivaba graves inconvenientes en caso de fusión. Vid. ESCARRA, ESCARRA y RAULT: *Traité théorique et pratique de Droit commercial* ("Les sociétés commerciales"), 3, París, 1955, págs. 287 y sigs., con referencia a las disposiciones modificadoras de semejante regla.

(77) La separación automática de los accionistas no asistentes, establecida en el tercer párrafo de este artículo, parece demasiado dura a GABARRÓ SAINZ —*La Sociedad anónima, Nuevos hechos, nuevas soluciones*, en A A M N, XII, 1961, pág. 191—, pensando en la gran Sociedad anónima que absorbe a otra. Entonces las consecuencias son catastróficas, pues todos los ausentes se encon-

acreedor que votó a favor, y no asistió a la Junta, oponerse ulteriormente a la fusión sobre la base del artículo 145? Parece ser que no, pues su voluntad está ya vinculada en el sentido de la primera manifestación. Por lo menos, ésta será la solución lógica. Pero un somero repaso al artículo 145 nos hace meditar sobre el fin para que está concebida la oposición a la fusión, y no es otro que la defensa del acreedor. Si se niega, así, el derecho de oposición destacando la calidad de socio sobre la de acreedor, la sociedad absorbente o la nueva puede prescindir de un crédito importante cuyo importe hubiese sido decisivo probablemente por resultar gravosa su satisfacción inmediata o excesivamente elevada la garantía a prestar.

En todo este asunto, razones de equidad aconsejan que el socio-creedor tenga derecho al aseguramiento o al pago anticipado e incluso a oponerse a la fusión lesiva para sus intereses. Desde luego, su asentimiento tácito a la delegación de deuda se producirá en la misma forma que con respecto a los restantes acreedores. Y no será difícil que cuando el crédito que detenta contra la sociedad sea de bastante consideración existan negociaciones previas tendentes a garantizarlo y asegurar el voto del socio en la Junta general de accionistas.

El plazo de tres meses recogido en el artículo 145 es, como señala URÍA (78), preclusivo del derecho de opción de los acreedores, pudiendo realizarse la fusión sin esperar a que transcurra, cuando se haya obtenido el asentimiento de todos los acreedores o cuando los disconformes sean satisfechos por entero o sus derechos asegurados.

En fin, puede acaecer que en el plazo que media entre la Junta general y el contrato de fusión el acuerdo de la primera sea impugnado, en cuyo caso la actividad de los administradores para verificar la fusión quedará en suspenso (79). En un supuesto parecido, el consentimiento de los acreedores hay que entenderlo referido al acuerdo impugnado, que si es sustituido por otro —en el caso de modificación de las bases de la fusión— necesitará la nueva adhesión de los titulares de créditos.

Una vez regularizada la situación de los acreedores, puede realizarse la fusión sin mayores dificultades. Y mediante la incorporación

trarán separados *ipso facto* a los tres meses y seguramente con cantidad inferior al valor real de sus acciones, porque la cantidad que se paga no es, en tal caso, el valor de cotización en Bolsa, sino el valor que resulte de un balance que, por razones fiscales, difícilmente reflejará la verdad.

(78) URÍA: *Comentarios...*, cit., II, pág. 677. En sentido contrario, GARRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 625.

(79) En este sentido GARRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 624, siguiendo muy de cerca a BAUMBACH. Sobre la protección de los acreedores en Derecho alemán, véase el elemental comentario de GIERKE en *Handelsrecht und Schiffsrecht*, 8.ª ed., Berlín, 1958, pág. 388. Se omite sin embargo, el comentario del § 241, Abs. II. A G, que niega el derecho a reclamar garantías a los acreedores, que en caso de quiebra tendrían un privilegio sobre una *Deckungsmasse* instituida para su protección según prescripciones legales y colocada bajo la vigilancia del Estado.

de la sociedad fusionada a la nueva o a la absorbente se extinguirá aquélla, sin ninguna liquidación, aunque continúe viviendo a través de la indicada incorporación (80).

III. EMPRESAS CON RÉGIMEN ESPECIAL

11) *Empresa marítima*.—Es preciso considerar brevemente la transmisión de algunas empresas que, por su especial naturaleza, dan lugar a ciertas especialidades al realizarse la transmisión de deudas. Acabamos de estudiar en las páginas precedentes algunos negocios que ofrecen matices más o menos próximos a la delegación. En las que siguen, la peculiaridad afectará, mejor que al desarrollo mismo del negocio, a algunas formalidades previas de índole diversa, o bien a algún efecto peculiar, atendida la naturaleza de la actividad empresarial.

Comenzaremos por la venta de la empresa marítima. Nuestro Código de comercio no atiende —quizá menos que en otras actividades— a la profesionalidad de su titular y, por tanto, cada explotación marítima constituirá un acto de comercio separado. Aun cuando nuestra Ley fundamental mercantil estuviese inspirada en principios diversos, es decir, en el empresario como eje de su sistema marítimo, las consecuencias serían mínimas en orden a la transmisión de las obligaciones al nuevo titular por causas que en seguida serán examinadas.

Permítasenos, antes de entrar en materia, hacer una aclaración fundamental. En la empresa marítima, por modesta que sea, existirá un doble orden de relaciones, según afecten a la actividad marítima estrictamente o, por el contrario, se encuentren vinculadas a la organización de tierra. Por ejemplo, es muy posible que el titular posea en propiedad o en arrendamiento un local de negocio donde entra en contacto con el público; le afectarán una serie de contratos de trabajo totalmente desligados de las expediciones marítimas. Incluso pueden existir unos contratos que provoquen una colisión entre los titulares de créditos: más adelante nos detendremos en los que unen al naviero con el consignatario de buques. En líneas generales, puede afirmarse que la naturaleza marítima de la actividad empresarial no afecta en absoluto a los acreedores terrestres; el propietario del local de negocio gozará de los beneficios de la L.A.U. en los mismos términos que expusimos. Respecto de los créditos por salarios atrasados, se reproducirán los problemas del artículo 59 L.C.T., aunque con alguna especialidad. El acreedor por título diverso del marítimo procederá a la aceptación del nuevo deudor en la forma prevista en el artículo 1.205, etcétera.

Al analizar antes la suerte de los contratos de trabajo, nos referimos ya al valioso precedente que supone el artículo 577 C. de c., es-

(80) Vid. Mossa: *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, IV, (Società per azioni), Padova, 1957, pág. 581, y las opiniones concordantes allí citadas.

quivando la aceptación de la gente de mar para que suceda en la obligación de pago el adquirente del buque al transmitente (81). Debemos ahora considerar un dato de considerable peso, y es la antinomia existente entre los artículos 59 LCT y 580 C. de c. El primero de ellos concede la calidad de singularmente privilegiados a los créditos por salarios respecto de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación; el segundo —para el caso de venta judicial del buque— coloca a la tripulación en sexto lugar, anteponiendo otros créditos con carácter preferente. Sin duda, el segundo artículo se aplicará en toda su extensión en el caso concreto que está llamado a resolver; la venta judicial del buque. En los restantes, la nave será un bien mueble más, sujeto a la responsabilidad del artículo 59.

Se revela en Derecho marítimo el buque como objeto de responsabilidad, limitando la de su propietario a esta parte de su patrimonio que ha confiado al capitán, exponiéndola a los riesgos de la navegación; su fundamento social es la necesidad de ayudar a la navegación marítima, protegiendo los capitales en ella invertidos (82). Esto con independencia del problema de que el empresario de la navegación sea distinto del propietario del buque (83), sin perjuicio de las acciones que correspondan al segundo contra el primero en el caso de abandono. Antes nos referíamos a la posición del acreedor por salario en el caso de venta judicial del buque. Veamos ahora la trascendencia de estas ventas judiciales en relación a los acreedores de la empresa en general.

En el apartado 7.º del artículo 580 aparece como acreedor privilegiado en el caso de venta judicial del buque el titular de los efectos del cargamento que hubiere vendido el capitán para reparar la nave (84); en el artículo 583 se declara que cuando el capitán necesi-

(81) Existe, empero, cierta diferencia entre el régimen del art. 79 LCT y el art. 27 de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante de 23 de diciembre de 1952 (204 y sigs. en el Reglamento): en este último y en todos los casos de sustitución o cambio de empresario, el nuevo naviero o armador queda sujeto a las consecuencias de las relaciones laborales a que estuviese vinculado el empresario anterior; pero cuando la sustitución o cambio de empresario sólo afecta a uno o varios buques, los individuos componentes de sus dotaciones pueden optar entre pasar a depender definitivamente de la nueva empresa, seguir formando parte de la dotación del mismo buque con carácter transitorio, en tanto no se produzca vacante de la categoría cesionaria, continuar prestando sus servicios en otros buques de dicha empresa cesionaria o quedar en ésta en situación de excedente forzoso.

(82) FARIÑA: *Derecho comercial marítimo*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1955, página 151.

(83) GERÓN TENA: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*. Bilbao, 1959, págs. 47 y sigs.

(84) No precisa el apartado citado quién es la persona que tendrá la condición de acreedor en tal concepto. Nos parece suficientemente claro que no se puede llegar a una conclusión definitiva y dependerá en cada caso de diversas circunstancias: unas veces será el fletador, otras el destinatario de las mercancías, como sucederá en la venta CIF, en la que el embargo libera al vendedor

sitase contraer en viaje alguna de las obligaciones expresadas en el primero de los números 8 y 9 del artículo 580 deberá observar determinadas formalidades; en el 584 se faculta a cualquier acreedor para solicitar el embargo y venta judicial del buque si esto afecta a la responsabilidad de los créditos expresados en el tan repetido artículo 580. Todo esto nos revela la afección real de la nave al cumplimiento de determinadas obligaciones (85), que no resultarán modificadas en absoluto cuando se enajene el establecimiento en su conjunto. Sólo cabe preguntarse si el adquirente podrá evitar la venta judicial satisfaciendo los créditos que graven la nave.

Es difícil llegar a resultados manejando los textos de nuestro Derecho positivo, que no han previsto, ni podrían hacerlo, una situación semejante. Es más, incluso entorpecen la posibilidad indicada.

Habida cuenta de la imposibilidad de concebir la venta del establecimiento como la de una universalidad, es preciso que el adquirente se apropie uno a uno de los elementos que lo componen. Cuando se trate de una empresa marítima, será necesario desdoblarse la venta de buques en tantas operaciones separadas como número de aquéllos compongan su flota.

Según el artículo 582 C. de c., otorgada e inscrita en el Registro mercantil la escritura de venta judicial hecha en pública subasta, se reputarán extinguidas todas las demás responsabilidades del buque en favor de los acreedores. Una vez inscrita semejante venta se cancelan los gravámenes que afecten la nave, de acuerdo con lo señalado en el artículo 169 Reg. Reg. mer. Sin duda, una vez realizada la venta judicial e inscrita en el Registro mercantil, será imposible que el vendedor de la empresa y su sucesor en la misma lleven a cabo un contrato sobre un bien semejante. El problema hay que plantearlo en otra dirección: si el propietario del buque cuya venta se va a producir y el adquirente de la empresa pueden llevar a cabo un negocio traslativo de la propiedad con la finalidad de que el segundo se subroge en la posición del primero.

No creemos necesario construir una teoría más o menos bizantina para justificar la validez de una operación semejante, sobre todo cuando el problema se puede resolver en forma bastante sencilla. Si el adquirente de la empresa desea en verdad que un buque no salga del patrimonio naval, bastará con que adelante las cantidades necesarias para el pago, que llevará a cabo el obligado a hacerlo. Después será lícito el verificar la enajenación o, por lo menos, la entrega del buque al adquirente de la empresa. Puede objetarse que con este procedimiento se procura al vendedor un arma eficaz para llevar a cabo una

del riesgo del transporte marítimo (MÉNÉNDEZ: *La venta CIP*, Madrid, 1955, pág. 17). Puede plantearse incluso el problema de si corresponderá al asegurador de las mercancías semejante derecho cuando satisfizo la indemnización...

(85) "Les créanciers de l'armateur ont pour gage principal de leur créance le navire; quelque fois même, ils n'ont pour gage que le navire", escribía RIBERT: *Droit maritime*, I, 4.^a ed., París, 1950, pág. 780.

niobras muy sospechosas. Por ejemplo, una vez que se ve en posesión del buque, no lo entrega, pues la venta se ha hecho globalmente y, por otra parte, el artículo 1.532 C. c. le protege en cuanto no debe sanear cada una de las partes que compongan el establecimiento.

En primer lugar, es prácticamente imposible que no se enumeren en el contrato de venta los buques que componen la flota del transmitente. Y, sobre todo, la aplicación extensiva del artículo 1.532 no parece muy acertada, no sólo porque —contrariamente a lo sucedido en las LSA y LSRL— no haya ningún precepto que invoque su aplicación, sino por la dudosa analogía que hay entre el saneamiento y una conducta cuya calificación corresponde, sin duda, al Derecho penal.

Por fin, una tercera posibilidad se ofrece, y con seguridad, la de mayores garantías. Consiste en el acuerdo del adquirente con los acreedores de satisfacer sus créditos, previa una delegación de deuda. En este punto, es difícil declarar que se trata de una sola delegación, pues existirían tantas como acreedores y cada uno de éstos gozará del derecho de resolver en la forma que considere más acertada; nada hay que incline a pensar en la posibilidad de una votación entre acreedores, decidida por mayoría. Al contrario, cada crédito goza de sustantividad propia y no está vinculado a los demás.

Pero este inconveniente desaparece si se piensa que la propuesta significará, generalmente, el pago inmediato de las deudas y, sobre todo, en un importe considerablemente superior al que correspondería a los acreedores con el producto de la venta del buque. Pues no ofrece duda que cuando se intente la aceptación de las diversas delegaciones se propondrá la íntegra satisfacción de la deuda o, por lo menos, una parte de la misma más alta que la que percibirían los acreedores si se consumaba la venta judicial.

Entonces, una vez extinguidas las deudas citadas, podrá inscribir en el Registro mercantil, a su nombre, de acuerdo con el artículo 152 Reg. Reg.; en donde tendrá especial trascendencia el apartado quinto, exigiendo el acta de inscripción a favor del adquirente con expresión de su título adquisitivo. El transmitente del buque será el antiguo empresario —y no los acreedores, que en ningún momento fueron sus propietarios—, pero la relación de cobertura de la delegación permitirá al adquirente ejercitar una acción en el caso de que no se llevase a cabo la entrega. El negocio de asignación es un accesorio del fundamental de la compraventa, pero permitirá con gran eficacia el descubrimiento de la finalidad que se persiguió concluyéndolo en relación al segundo.

La espuesta solución puede aplicarse también al supuesto de que el buque haya sido abandonado de acuerdo con el artículo 587 C. de c., y también precisará una serie de negociaciones preliminares dirigidas, por lo común, a elevar el montante de las indemnizaciones.

Más sencillo será el caso de limitación de responsabilidad “ad valorem” que en el caso de abordaje puede realizarse a tenor del ar-

título 837. Este artículo revela que no se produce abandono del buque, sino tan sólo una obligación del naviero de abonar los daños causados por abordaje, estrictamente limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje. Los titulares de este derecho de crédito podrán aceptar el cambio de deudor, o bien rechazarlo, conforme al mecanismo típico de la delegación.

Y, naturalmente, las probabilidades de recuperar la propiedad del buque sin gravámenes mediante el procedimiento indicado será nula cuando el abandono se haya hecho a los aseguradores. De acuerdo con los artículos 789 y 803 C. de c., la propiedad de las cosas abandonadas se transmite al asegurador desde que se admita el abandono o haya sido declarado admisible en juicio (86).

Veamos ahora alguna dificultad suscitada en el caso de copropiedad de buques. Según el último párrafo del artículo 589, por las detalles particulares de un partícipe en el buque no podrá ser éste detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, sin poner obstáculos para la navegación. Cuando el buque haya sido enajenado como consecuencia de la venta de la empresa naviera, no habrá sido preciso solicitar el consentimiento del acreedor particular de su partícipe para verificar la transmisión, sino que será suficiente el acuerdo entre las partes. Tal afirmación será válida en principio para los créditos comunes, porque nada inclina a pensar en la existencia de un derecho de preferencia sobre el buque por el simple dato de participar el deudor en la propiedad de un bien de esta especie. Si, como consecuencia de la venta, el patrimonio deudor se ve privado del elemento citado, el acreedor deberá conformarse con los restantes bienes. Y esto sin limitaciones de ninguna especie; por ejemplo, no podrá solicitarse la venta sobre la base de una eventual aplicación del artículo 878, si fuese comerciante el deudor. Aunque quizá convenga fijar en este momento como excepción el supuesto de comunidad constituida sólo por dos partícipes, y sea precisamente mayoritario aquel cuyo activo es inferior a sus deudas.

Hay que mencionar asimismo la particularidad del artículo 5 LHN: cuando la propiedad de la nave pertenezca a dos o más personas, será necesario que proceda de acuerdo de todos los partícipes o de la mayoría de ellos, conjuntada ésta conforme a la regla establecida en el artículo 589 C. de c. No obstante, el deudor o naviero nombrado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 594 del Código podrá constituir hipoteca cuando estuviere especialmente facultado para ello por los copartícipes en la forma prevenida en el citado artículo 589.

Queda así suficientemente clara la imposibilidad de gravar con hipoteca tan sólo una cuota de la nave, por precisarse el consentimiento

(86) Vid. URÍA: *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, especialmente páginas 173 y 194. Una interesante crítica de las teorías que atribuyen el paso de la propiedad a los acreedores en caso de abandono puede verse en ARENA: *L'abbandono della nave ai creditori*, Milano, 1939, págs. 21 y sigs.

de los titulares omitido en la forma prevista en la LHN. Un poco dudoso es el citado artículo 5 cuando se refiere al acuerdo de todos los partícipes o de la "mayoría de ellos"; en principio, es la mayoría la que preside la vida de la comunidad —arts. 589, 591 C. de c.—, luego debe regir la misma proporción cuando se desee establecer semejante gravamen, aunque, es obvio señalarlo, todavía ofrecerá menos dificultades cuando se consiga la unidad.

¿Qué sucederá cuando la nave esté hipotecada y los copropietarios o el propietario, si sólo es uno, deseen enajenarla? Lógicamente, debe ser aplicable el artículo 118 L. H., exigiendo el consentimiento del acreedor para que el adquirente se subrogue en las responsabilidades derivadas de la hipoteca y en la obligación personal con ella garantizada. Cuando no se consiga tal asentimiento, persistirá la garantía real aunque no se transmita la obligación personal.

Supone una excepción a este principio el artículo 40 LHN exigiendo forzosamente el consentimiento del acreedor hipotecario cuando la enajenación del buque se haga a un extranjero sin su consentimiento, salvo cuando el vendedor consigne el importe del crédito asegurado en la forma prevista en el C. c. Si a pesar de todo se consuma la venta, es nula. En este caso el mecanismo de la delegación se aplicará en toda su rigidez, como en todos los demás supuestos, pero este entorpecimiento a la transmisión del bien que garantiza el cumplimiento de la obligación principal no guarda ninguna relación con aquélla. Es más, incluso puede proponerse al acreedor hipotecario acepte la venta que se pretende realizar, sin que por ello desaparezca la garantía personal del deudor primitivo. Parece lo más seguro que se intente la transmisión de la deuda en toda su amplitud, pero nada obsta para que la operación se concluya en el sentido mencionado: subsistencia de la obligación personal del deudor y consentimiento a la venta del buque en el caso específico que es indispensable semejante requisito.

El artículo 592 C. de c., en relación con el 575, revela la posibilidad de ejercitar un derecho de retracto los partícipes en la propiedad del buque (87). El ejercicio de este derecho cuando con anterioridad el acreedor del copartícipe vendedor consintió en la delegación a cargo del adquirente produce unos efectos normales, pese a su aparente rigidez. Por una parte, el primer adquirente está privado del bien que motivó su actuación en la asignación; por otra, al acreedor esta circunstancia no le atañe. En tal caso, el deudor-delegado podrá exigir su obligación con el importe del precio consignado de acuerdo

(87) Estudia JORDANO BAREA los casos de extinción de la "compañía", observando que, fuera de los casos previstos en el Código, tiene duración indefinida. Por ejemplo, no será aplicable el derecho de denuncia unilateral, propio del artículo 224, por no tratarse de una sociedad personalista. *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, "A. D. C.", X-1, 1957, pág. 469. No entramos en el examen de los supuestos de extinción, pero conviene hacer notar esta ausencia de personalismo que facilita también la enajenación de la cuota.

con el artículo 575, en el momento que el crédito sea exigible. Nadie se ha enriquecido indebidamente y la consumación de la delegación es total.

El mismo problema y la misma solución serán aplicables cuando sea un copartícipe quien, empleando el derecho de tanteo, adquiera la cuota puesta en venta. La posición del acreedor será idéntica, sin que se susciten dificultades especiales (88).

En relación a otros créditos, la aplicación de la figura de la delegación sigue rindiendo buenos servicios. Se discute, por ejemplo, si el consignatario tiene un derecho de retención sobre el buque y el flete. No se admite en nuestra doctrina la retención del primero, pero sí la del segundo, sobre la base del artículo 1.730 C. c., que facilita la consideración del flete como "cosa objeto del mandato" (89). Si se vende el buque, como elemento de la explotación, aparecerán ciertas asperezas con el artículo 577 C. de c.

Sabemos que si la enajenación del buque se verifica en viaje corresponden al comprador íntegramente los fletes que devengare en él desde que recibió el último cargamento. Solamente prevé el texto legal el pago por el adquirente de la tripulación y demás individuos que componen la dotación del buque, por lo que es difícil utilizar este dato como argumento analógico para subrogar en forma automática al comprador en todas las deudas del vendedor. En el problema indicado existiría un conflicto de derechos entre el consignatario y el adquirente del buque, que debe resolverse protegiendo al primero, por la sencilla razón de que goza de un derecho de retención con anterioridad a la compraventa, y esta última no es título suficiente para privarle del mismo.

La solución es extremadamente sencilla: si el comprador desea percibir los fletes, podrá verificarse una delegación de deuda, y una vez aceptada, el artículo 577, 1, protegerá ampliamente al adquirente. No será posible, por ejemplo, alegar que la venta de la empresa se ha hecho globalmente, y por tanto, no hay lugar a la entrega del flete. En este punto, precisamente, la entrega de cada elemento por separado favorece extraordinariamente al comprador. Cuando el consignatario no acepte el negocio propuesto —hipótesis sumamente extraña, sobre todo cuando se le asegure el pago inmediato de su crédito— los derechos del adquirente se limitarán a percibir la suma que exceda de aquél, que podrá reclamar al transmitente en cuanto el consignatario se haya satisfecho lo que le corresponda. También podrá reclamar la cantidad que reste para completar el total importe del flete.

(88) Sobre el empleo de los derechos de tanteo y retracto es forzoso admitir la acertada opinión de URRÍA, restrictiva de su empleo a los casos en que las ventas se hayan realizado a favor de terceras personas extrañas a la comunidad. Vid. —con referencia a la novedad que supone en relación al Derecho anterior— el dictamen *¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro adquirente del buque común en pública subasta?* "A. D. C.", II-2, 1949, págs. 1126 y sig.

(89) NIETO TAMARGO, siguiendo a GOMEZGONZALEZ, en *El consignatario de buques*, Madrid, 1960, págs. 200 y sigs.

El segundo apartado del artículo 577 no da lugar a ningún problema, habida cuenta que concede los fletes al vendedor cuando la enajenación se realiza después de haber llegado el buque al puerto de su destino.

Para finalizar con este apartado, indiquemos otros supuestos que, aun guardando estrecho parecido con la delegación se apartan de ella totalmente. Tal es el caso del artículo 679 C. de c., facultando al fletador de un buque por entero para subrogar el flete en todo o en parte, sin que el capitán pueda negarse a ello. Como vemos, la asimilación es muy difícil, sobre todo por la imposibilidad de asimilar al capitán —o al naviero— con el deudor y al segundo fletador con el acreedor.

Lo propio sucede con la transmisión del derecho al pasaje, si fuera nominativo, sin la aquiescencia del capitán o consignatario. En realidad nos encontramos ante particularidades del Derecho marítimo que, aparte de sus esenciales diferencias de estructura, es muy difícil encajar en el molde de una institución de Derecho civil.

12) *Empresas de seguros*.—Interesa comentar, siquiera brevemente, las especialidades de la materia en el Derecho de seguros. Es preciso, antes de entrar en el único problema especial, hacer una salvedad muy similar a las establecidas por las empresas de navegación. Los acreedores de la empresa cuyo crédito no se derive precisamente de una operación realizada en el ejercicio de su tráfico gozarán de derechos idénticos a los expuestos con anterioridad para la empresa de todo tipo.

La nota más importante se revela al pensar en la posibilidad de transmisión en bloque de una empresa de seguros. ¿Cuál será la situación de los asegurados? Posiblemente sea un poco osado concebirlos, lisa y llanamente, como acreedores, pero existe algún dato que permite la asimilación. En primer lugar, la circunstancia de haber contratado precisamente los servicios de una empresa y no de otra, descubre el carácter personalísimo de la ulterior prestación. Y, por otra parte, la posibilidad de reclamar en cuanto el siniestro se consume coloca al asegurado en una situación exacta a la del acreedor, con la sola diferencia de que una *conditio pendet* determina la exactitud de la calificación definitiva.

Subraya MENÉNDEZ la particular virtud expansiva de los elementos de cada contrato de seguro: esta nota determina la posibilidad del seguro múltiple —aquel en el que el titular del interés es asegurado por el mismo interés contra los mismos riesgos y por el mismo tiempo frente a diversos aseguradores— del seguro acumulativo —que surge por iniciativa del asegurado y sin colaboración de los aseguradores— y del coseguro, que es el complejo de seguros concluido por acuerdo entre los aseguradores con el asentimiento del asegurado (90). Es forzoso utilizar esta diferenciación para separar

(90) MENÉNDEZ: *Seguro múltiple, seguro acumulativo y coseguro*, "RDM", 74, 1959, *passim*, págs. 217 y sigs.

claramente el supuesto que a nosotros nos interesa, radicalmente distinto de los enumerados, puesto que mientras en ellos permanece más o menos acusada la obligación del primitivo contrato, en nuestro caso se persigue precisamente la finalidad opuesta: la liberación y traspaso de obligaciones al sucesor.

En el R. D. de 17 de marzo de 1922, referente a la "Cesión de carteras de Seguros" surgen dos datos interesantes. Según el (art. 2.º d), en la Real orden que autorizase la cesión era preciso determinar la fecha en que aquélla hubiera de hacerse efectiva, y desde ella, no antes, sustituiría legalmente la entidad cesionaria a la cedente en todos los derechos y obligaciones que la incumbiesen, quedando ésta relevada de ello. En el apartado D del mismo artículo se prevé el derecho del asegurado que no estuviera conforme para rescindir sus compromisos mediante la devolución de las primas satisfechas por plazo en que no se haya corrido el riesgo, y de la misma reserva matemática correspondiente cuando se trate de seguros sobre vida, aunque sólo en el caso de que las cedentes fuesen sociedades de carácter personal o comanditarias y colectivas y también cuando se trate de anónimas.

Así, en nuestro antiguo Derecho de seguros se revela la pertinente autorización gubernativa como determinante del momento exacto en que se producía la cesión de cartera de una empresa a otra. Podría parecer necesario el consentimiento de los asegurados, siendo preciso observar este requisito para que la cesión produjera efecto. El problema carece de interés en la actualidad, pero es necesario destacar cómo se perfila, a través de las citadas disposiciones, un mecanismo que había de encontrar su más avanzada aplicación en la posterior regulación del Derecho de sociedades. Nos referimos a la irrelevancia de la expresada manifestación del consentimiento en determinados supuestos, siendo suficiente a todos los efectos la ausencia de oposición para presumirse la existencia de aquél. Con lo cual el procedimiento se reducirá, sin duda, al establecimiento de un plazo para ejercitar la acción de rescisión, transcurrido el cual se produciría la cesión sin mayores dificultades.

La cuestión es notoriamente más complicada en el Derecho vigente. Según el artículo 27 de la Ley sobre ordenación de los Seguros privados de 16 de diciembre de 1954, se permite la transferencia de todos o alguno de los ramos de las sociedades anónimas de seguros a otras entidades, siempre que las cesionarias se hallen autorizadas para operar en los ramos cedidos. Tras determinadas formalidades, cumplidas ante la Dirección General de Seguros y Ahorro, la cesión puede consumarse.

El artículo expresado lo sitúa el legislador en el Título II, dedicado a la "Fusión y cesiones de carteras", y esta comunidad de epígrafe se traduce en cierta armonía de tratamiento. Por ejemplo, al asegurado que no estuviere conforme con la cesión de carteras se le reconocen los mismos derechos establecidos en el artículo 24: dis-

frutar de un plazo de tres meses para hacerlo constar así ante la Dirección General de Seguros.

El sistema es bastante enigmático, puesto que para la fusión de sociedades de seguros debe observarse "lo dispuesto en los artículos 142 y ss. LSA" (art. 24), y, por otra parte, los asegurados gozarán de los mismos derechos establecidos en el artículo 24 (art. 27, *in fine*). El utilizar la forma plural para proteger a los asegurados nos indica que los derechos son más de uno, es decir, no sólo es posible hacer constar la disconformidad con la operación, sino que se facilita algún arma más.

Esta no puede ser, en nuestra opinión, la facultad del artículo 144 de la LSA facultando a separarse de la sociedad de acuerdo con lo dispuesto en el 135, ya que la posición del socio es diametralmente distinta de la del asegurado. Pudiera encontrarse un razonamiento analógico, llegando a una conclusión similar a la lograda por el legislador de 1922: devolución de las primas satisfechas por plazo en que no se haya corrido el riesgo y de la reserva matemática correspondiente cuando se trate de seguros sobre la vida.

Pero el precedente legislativo no es vinculante y, lo que es mucho más importante, el texto de la Ley de Seguros no permite tanta elasticidad. Sin duda, el único derecho parangonable es el artículo 145: asimilación a la cualidad de acreedor y oposición a la cesión, que sólo podrá verificarse si se aseguran previamente o se satisfacen por entero sus derechos.

Los autores que en el Derecho patrio se han ocupado del problema ofrecen construcciones antagónicas. Asegura GARRIGUES que esta cesión implica una transmisión a título singular tanto del aspecto activo como del pasivo de la relación obligatoria, exigiéndose la aplicación del artículo 1.205 C. c., relativo a la novación subjetiva por cambio de deudor (91). LANGLE declara que existen muchas razones en contra, recalcando especialmente que la cesión de cartera es la transmisión global de una explotación mercantil en la cual la voluntad contraria de uno o varios asegurados no ha de hacer imposible la cesión de todo un negocio comercial de seguros (92).

El primer argumento nos parece técnicamente perfecto, avalado además por la interpretación armónica de los artículos 2 y 50 del C. de c.; sabido es que el segundo de ellos declara aplicables a la modificación de los contratos, en todo lo que no se halle expresamente establecido en el Código o en las leyes especiales, las reglas del Derecho común: entonces, el empleo del artículo 1.205 C. c., en nuestro caso, debe ser automático. Ciertamente el artículo 2 del C. de c. declara aplicables los usos del comercio cuando los actos no estén especificados en el Código, pero, como magistralmente demuestra VICENTE Y GELLA (93),

(91) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, 2.^a ed., Madrid, 1956, página 325.

(92) LANGLE: *Manual...*, III, Barcelona, 1959, pág. 533.

(93) VICENTE Y GELLA, *ob. cit.*, pág. 82.

existe un Derecho privado general que no puede ser derogado por los usos de comercio, y pensamos que en este punto concreto no es muy difícil demostrar su existencia, independientemente del problema de su licitud.

Aun así, la necesidad de una orientación precisa se evidencia cada vez con más fuerza. La aplicación literal del artículo 145, como sabemos influido por el 1.205, da lugar a alguna duda: si se aseguran sus derechos, los problemas, aunque considerables, no resultan tan insondables como cuando la sociedad opta por el pago anticipado. ¿Cómo y en qué cuantía ha de verificarse éste si el siniestro no se ha realizado? ¿Cuál será el límite de la indemnización? A tenor del artículo 408 C. de c., el seguro cubre solamente el importe de las pérdidas sufridas hasta el límite de la cantidad asegurada, y entonces se descubre que con todos sus inconvenientes quizá fuese más acertada la solución emitida en 1922.

El camino debe hallarse, a nuestro parecer, partiendo del respeto al asegurado que decidió celebrar un contrato con determinada sociedad y puede sufrir con perjuicio si se produce la cesión de cartera. La aplicación del artículo 145 LSA, aunque favorecida por la redacción de la Ley especial, no es todo lo precisa que se desearía. El artículo 1.205 contiene un principio general que es forzoso aceptar, pero, y en este punto compartimos el pensamiento de LANGLE, su aplicación es demasiado rigurosa y entorpece el mecanismo general de la cesión. Como en otras ocasiones, es muy posible que la responsabilidad solidaria --de la empresa cedente y la cesionaria, en nuestro caso-- fuese una solución equitativa que a la par que protegía al asegurado, facilitaba la operación despojándola de formalismos.

Lo que antecede es aplicable --quizá sea superfluo decirlo-- a aquellos contratos de seguro en los que todavía no se ha producido el siniestro asegurado. La cesión de cartera se refiere exclusivamente a éstos y no a los créditos derivados de situaciones ya consumadas en los que el rigor de los artículos 402, 409 y 411 C. de c. harán muy improbable el cambio de deudor. Y cuando se intente, entrará en juego una delegación de deuda con los requisitos tan conocidos de los artículos 1.205 y 1.206 C. c. A nuestro parecer, la denegación de consentimiento a la delegación del acreedor --ahora sí es posible emplear en su recto sentido la palabra-- no priva de eficacia a la cesión, no planteándose siquiera el problema aludido por LANGLE. La cesión de cartera no afecta nada a su crédito y, por tanto, se puede prescindir de su declaración de voluntad.

Hagamos --para terminar este punto-- una observación marginal. Según el artículo 28 de la Ley de Seguros, la autorización de la sociedad anónima cedente para operar en el ramo o ramos cedidos caduca, automáticamente, desde el momento que causa efecto la cesión, y durante un plazo de diez años no podrá ser autorizada de nuevo para contratar en dichos ramos. La *ratio* de este precepto puede encontrarse sin dificultad en la protección de la empresa cesionaria, a quien

todavía podría perjudicar la continuación de la actividad aseguradora de la cedente en el ramo transmitido. Conocida es la existencia de una cláusula convencional protectora del adquirente en los negocios sobre el establecimiento mercantil. Aquí es la misma ley la que regula este punto, no precisándose ningún pacto entre partes al respecto.

13) *Empresa bancaria*.—En las empresas bancarias se suscitan algunas dificultades que expondremos seguidamente. La transmisión de un establecimiento mercantil de este tipo está muy vinculada a la fusión de sociedades anónimas, y en gran parte se reproducen dificultades ya conocidas.

De acuerdo con el artículo 45, c), de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, se requiere la autorización del Ministerio de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario, para los acuerdos entre firmas bancarias sobre traspaso de oficinas, absorciones y fusiones, así como para la adquisición de títulos representativos del capital de otras empresas bancarias, cuando esta adquisición lleve hecho anejo el control de las mismas. También es interesante el artículo 48 exigiendo a los Bancos y banqueros operantes en España la previa autorización de la DGBB para realizar suscripciones, compras, canjeo o adquisiciones en general de acciones o participaciones en el capital social de otros Bancos o banqueros españoles.

El segundo supuesto cae fuera de nuestra consideración pese a su trascendencia. Aunque por medio de las operaciones indicadas en el artículo 48 se produzca un auténtico control de un Banco por otra entidad del mismo tipo, no interesa la obtención del consentimiento del acreedor de la empresa dominada, cuya personalidad subsiste, aunque de hecho haya desaparecido su independencia económica. La autorización previa de la DGBB es suficiente para la validez de la operación.

Pero los acuerdos que impliquen fusión de firmas bancarias deberán regirse por los artículos 142 y sigs. LSA y, por tanto, se deberá aplicar el artículo 145, protector de los acreedores.

Afirma URÍA que el depósito es precisamente la operación que proporciona a los Bancos los fondos necesarios para desarrollar su actividad en el mercado del crédito y de capitales en guerra (94). Se discute la naturaleza de la operación de depósito, concluyendo GARRIGUES que la adquisición por el Banco de la propiedad de las sumas depositadas y la consiguiente conversión del derecho de dominio que tenía el cliente en un simple derecho de crédito, llevan aparejadas todas las consecuencias de la deuda de dinero (95). Si esto es cierto, y todo parece indicarlo, podrá también el depositante oponerse a la fusión del Banco con otra entidad semejante, es decir, negar validez al cambio de deudor. Antes de seguir adelante, afirmaremos que en la práctica

(94) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 523.

(95) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 367 y 384.

será éste el único supuesto que, guardando analogía con la delegación de deuda, se presente en la contratación bancaria. Sería totalmente inaudita la proposición de un Banco a un cliente en el sentido de que retirase los fondos depositados en una empresa distinta.

La aplicación del artículo 145 LSA conduce al Banco a dos soluciones: garantía previa o satisfacción de los derechos del acreedor. La segunda parece un poco peligrosa si se toma en consideración la frase de URÍA, que detecta una inevitable situación de hecho, pues el abono inmediato de las sumas entregadas por los depositantes disconformes puede reducir hasta extremos peligrosos el fondo de maniobra de que dispone el Banco. La primera aún presenta mayores dificultades: discusión de la garantía con el cliente, reducción de la misma a medida que fuese retirando aquél porciones del depósito... con la extraña particularidad —merece la pena insistir en ella— de que el Banco aseguraría mediante la constitución de una garantía especial el cumplimiento de las obligaciones propias de su tráfico.

La solución que acabamos de exponer sería absolutamente incorrecta y, además, con muy pocas probabilidades de ser observada por la razón elemental de que el cliente puede retirar sus fondos cuando lo crea oportuno, dando al traste con todos los argumentos más o menos conceptuales que amparasen la situación de la entidad bancaria. Habrá que decidir entonces que, pese a la identidad de derechos que ostentan depositante y prestador, se puede prescindir del consentimiento del primero; es más, no se observará el mecanismo del artículo 145 LSA cuando se fusionen empresas bancarias, sin perjuicio de la inmediata retirada de fondos en cuanto se le aperciba de la operación.

Esta conclusión, empero, es demasiado categórica y conviene circunscribirla exclusivamente al problema que la produjo. Es imposible extenderla, por ejemplo, a los restantes acreedores, que gozarán plenamente del expresado derecho de oposición. Ciertamente, el artículo 45 c), LOB, conteniendo la exigencia de la autorización del Ministerio de Hacienda, previo informe del CSB, en caso de fusión, parece dar validez a la operación una vez obtenido el expresado permiso. Opinamos, sin embargo, que el artículo 145 de la ley de anónimas debe ser respetado; no es posible estimarlo entendiendo que una operación de puro Derecho de sociedades queda soslayada porque un organismo superior autorice a que se lleve a cabo. Sólo se tratará, en definitiva, de un requisito previo de la fusión propiamente dicha.

IV. EXAMEN DE ALGUNAS OBLIGACIONES QUE GOZAN DE CARACTERES PROPIOS

14) *Derecho cambiario.*—Cuando se lleva a cabo un negocio de disposición sobre la empresa mercantil habrá que resolver la situación de las cambiales por ella aceptadas o que tiene derecho a percibir en un momento posterior, por no haber llegado todavía el instante del

vencimiento. Una vez más hay que repetir la imposibilidad de transmitir en bloque las deudas de naturaleza cambiaria en nuestro supuesto concreto, como es lícito suponer que los títulos a cobrar se adquieren sin ningún requisito específico, sino solamente como resultado de la venta del establecimiento.

Asegura VICENTE Y GELLA que el título valor del deudor es invariable, mientras que el acreedor puede cambiar, aunque en casos excepcionales es posible una novación de la obligación por cambio de sujeto pasivo, o sea, sustituyendo un nuevo deudor a la persona del antiguo, lo cual se consigue destruyendo el primitivo título de crédito, extendiendo otro en su lugar en el que consta la prestación del nuevo obligado: la variación de deudor está sujeta al cambio de documento (96). De esta forma, si la empresa es la obligada y se produce un cambio de titular se precisará la sustitución del documento si el acreedor transige en que sea responsable directo de la letra el nuevo titular del establecimiento. Una vez extendido el nuevo título, podrá circular libremente y el librado asumirá, en su caso, la obligación a favor de la generalidad, a favor de los poseedores de buena fe que adquieren el título en virtud de la circulación (97). Hay que señalar que la aceptación es la sola declaración con fuerza suficiente para vincular al librado para pagar el título al vencimiento; en nuestro caso alcanzará gran trascendencia la existencia de una declaración cambiaria semejante, pues difícilmente consentirá en la sustitución el acreedor que contaba ya con la garantía directa del vendedor del establecimiento, librado anterior y —posiblemente— aceptante.

Señala algún autor que con frecuencia existe entre librador y aceptante una relación de crédito y deuda, por lo cual el negocio cambiario equivale entonces a una delegación (98). En la venta del establecimiento la relación que mediará entre librador y librado será de naturaleza bastante especial y no podrá equipararse sin más a la clásica provisión de fondos entendida en cualquiera de los sentidos recogidos en el C. de c., artículos 456 y siguientes. Más bien se tratará de un negocio por el que entra en posesión el adquirente del establecimiento de una partida que forma parte del conjunto. No es justo en este punto, en nuestra opinión, hablar de delegación, al menos en el sentido indicado. La habrá, sí, pero en una dirección diferente y más acorde con la estructura clásica de la figura: entre vendedor y adquirente mediará ya el pacto de asunción de deuda, pero la consumación del negocio delegativo no dependerá de la aceptación de la letra por el comprador, sino de que el tenedor de la misma consienta en la sustitución del obligado. Ocupando la persona que en su día cobrará el importe —o podrá transmitir el título valor— la posición del dele-

(96) VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*. Zaragoza, 1933, págs 136 y sig.

(97) MOSSA: *Trattato della cambiiale*, 3.^a ed., Padova, 1956, pág. 351.

(98) CIR. BRACCO: *La legge unificata sulla cambiiale*. Padova, 1935, pág. 201, con remisión a otros autores.

gatario, la asimilación, de su consentimiento al cambio de deudor con la aceptación de la delegación no ofrece dudas.

Podemos preguntarnos también si no será preciso observar todo este mecanismo cuando la letra esté firmada por una persona a nombre de otra, en los caso que tenga facultad de hacerlo. El artículo 447 C. de c. autoriza a los administradores de las compañías para hacerlo por el solo hecho de su nombramiento. Ciertamente, el operar sobre la base de las sociedades mercantiles conduce a resultados muy parvos, pues en el caso de traspaso del establecimiento el negocio contará con notas muy especiales, como serán la transmisión de acciones, participaciones sociales, o del interés que se tenga en la compañía, para lo cual es sobradamente conocido que no se precisa el consentimiento de los acreedores de la empresa, aunque la transmisión se haga en bloque. Cuando el vendedor sea un empresario individual existen dos preceptos de algún interés: el 283, autorizando, para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento a su gerente, y el 291, estimando subsistente el poder mientras no llegue a noticia suya, por un medio legítimo, la enajenación del establecimiento. No tienen fuerza suficiente estos dos artículos para defender la posibilidad de que el factor compromete a la "empresa" considerada en abstracto y no a su titular. Precisamente su alcance se reducirá a comprometer cambiariamente al transmisor del negocio, pero aunque los portadores de cambiales ignoren la enajenación del establecimiento, su consentimiento no podrá ser suprimido por el solo dato de la continuidad de la relación contractual—o laboral—entre el firmante y la empresa: Y, sin duda alguna, podrá suscitar alguna discusión entre las partes del contrato de compraventa de establecimiento la determinación del momento hasta el que se entienden traspasadas las obligaciones cambiarias de transmitente a adquirente.

Las letras de cambio pendientes de cobro, y que en su día engrosarán el numerario de la empresa son, en cierto modo, objeto de menores dificultades, al menos en cuanto a transmisión al nuevo empresario. Pero es preciso reconocer que la situación será poco menos que excepcional, pues en general se preferirá reducir en determinada cifra el importe de la venta, percibiendo en su día el antiguo empresario las cantidades a que den derecho, que negociarlas por medio de endosos o cesiones—según la forma en que estén extendidas—al nuevo titular del establecimiento.

Pero nada obsta para que la venta reúna todos los elementos del negocio, y, por lo tanto, incluya los créditos cambiarios. Parece especialmente indicada para este caso la cláusula "sin ni responsabilidad" del artículo 467 C. de c., pues cuando no se utilice se planteará el problema de si el deudor de la letra no satisfecha podrá ejercitar la acción regresiva contra el vendedor. Así sucederá, en efecto, cuando la letra haya circulado y la persona que la presente al cobro desconozca el tipo de negocio que motivó la entrega de la

letra del vendedor al comprador del establecimiento. Entonces el vendedor no tendrá más remedio que satisfacer el importe del título, pero quedará por dilucidar si le asiste un derecho a reclamar posteriormente al comprador al revisar el contenido exacto de la cláusula de valor. Únicamente cuando de las cláusulas del contrato de compraventa pueda deducirse con claridad la intención del adquirente de apropiarse de los créditos cambiarios a todo riesgo podrá eximirse de satisfacerlos.

Desde luego, el endosante que hace uso de la cláusula "sin mi responsabilidad" queda fuera del círculo cambiario de obligaciones, quedando sometido a la responsabilidad propia del cedente de un crédito, y en ese caso responde de su existencia frente al endosatario (99). Vemos ahora que la indicada expresión tendrá como efecto fundamental impedir la acción regresiva contra el vendedor del establecimiento; pero el problema básico—la posibilidad de reclamar el adquirente por el importe de la letra que satisfizo—queda en pie, debiendo resolverse asimismo en la forma propuesta.

Por lo que resta, el vendedor-endosante podrá realizar la transmisión en la forma que tenga por conveniente y con los resultados habituales. Por ejemplo, si consigna la cláusula "sin gastos" obligará a todos los que le sigan (100) si lo firma en blanco, el efecto será idéntico que si se hubiere escrito "valor recibido" (art. 465 C. de c.), etc.

Observa HUECK la poca importancia práctica que tiene la delegación del Derecho civil en materia de títulos valores (101). Se puede compartir esta tesis, más aún en Derecho español, donde la transmisión de deuda por el medio señalado no tiene una regulación específica. Pero el interés de un punto concreto, más relacionado con una cláusula expresa del contrato de venta del establecimiento que con el puro Derecho cambiario, hace necesaria alguna aclaración.

El artículo 1.206 C. de c. declara extinguida la acción del acreedor contra el deudor primitivo cuando aquél hubiese aceptado al nuevo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al declarar, digo, delegar su deuda. En nuestro supuesto habría que identificar al antiguo deudor con el vendedor del establecimiento, al acreedor con el comprador, en tanto que se identificaría al librado con el nuevo deudor. Podemos preguntarnos si cuando la letra no ha sido objeto de circulación por medio de endosos—por ejemplo, en la venta del establecimiento van incluidos los créditos, que se materializan en la extensión de una letra de cambio a la orden del adquirente y a cargo del deudor—podrá el librador protegerse con el citado precepto del C. c., en atención a no encontrarse en ninguno de los casos exigidos por él para el renacimiento de la acción. En setecientos

(99) GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, pág. 371.

(100) GUIMERÁ PIERAZA: *La cláusula "sin gastos" en la letra de cambio*. "R. D. M.", 57, 1955, pág. 22.

(101) HUECK: *Recht der Wertpapiere*, 8.ª ed., Berlín y Frankfurt, 1960, pág. 17; sobre todo—asegura—en una exposición elemental de sus problemas.

jante eventualidad desaparece todo matiz abstracto de Derecho cambiario y las relaciones básicas determinarán la solución correcta por medio del articulador de los Códigos civil o de comercio. E incluso puede dar lugar a una reclamación de librador a tomador si la letra fué descontada, y al no verificarse el pago el Banco procedió contra el librador.

Las injustas consecuencias de un razonamiento semejante pueden observarse partiendo de la dificultad de asimilar a la asignación el negocio realizado. No es muy correcto considerar al vendedor del establecimiento como deudor del comprador, pero este argumento es insuficiente, habida cuenta que la delegación ha extendido su radio más allá de las relaciones de pura deuda, por lo cual puede considerarse la estructura básica del negocio como uno de la especie apuntada.

Precisamente, por el camino que acabamos de indicar puede hallarse la solución. Al dar cabida a infinita clase de negocios en las relaciones de provisión y de valor es imposible aplicar unánimemente el artículo 1.206 a todos los casos de delegación, y sólo será lícito hacerlo cuando la relación entre delegante y delegatario sea de crédito-deuda. Imagínese lo injusta que sería la aplicación del citado artículo cuando, por ejemplo, el delegante pretende hacer un préstamo al delegatario por medio de una cantidad que percibiría del delegado, quien, a su vez, la presta al delegante. Si el delegatario no puede cobrarla, y aunque la insolvencia no sea anterior a la operación y pública, ni tampoco cuando no sea conocida semejante circunstancia por el delegante, será posible estimar el préstamo de la dirección delegante-delegatario como consumado. Pero si se aplicase *mutatis mutandis* el artículo 1.206 al ejemplo propuesto sería imposible que accionase el delegatario contra el delegante, pues la insolvencia del delegado corría de su cuenta. Si en semejantes circunstancias se estimaba realizado el préstamo, con el subsiguiente derecho del delegante-prestador a reclamar en su día del delegatario-deudor, la solución sería sencillamente aberrante, aunque procurase enmendarse por medio del enriquecimiento sin causa.

Queda a nuestro parecer suficientemente clara la posibilidad de reclamar el adquirente de la empresa al trasmittente el importe de los créditos que no pudo percibir bajo forma cambiaria, al menos sobre argumentos similares a los transcritos.

Salvados de esta forma los inconvenientes que se derivan para el adquirente, pueden reproducirse sobre la base del tan debatido artículo 1.532 C. c. Si se estima que la transmisión de créditos se ha realizado globalmente, el vendedor sólo estará obligado al saneamiento en el caso de evicción del todo o de la mayor parte. Renacen entonces todos los problemas ya discutidos, y posiblemente en este caso alcanzará plena vigencia el citado precepto, pues aunque cada letra de cambio se haya transmitido independientemente y quizá mediante procedimientos y cláusulas distintas, hay que tener en cuenta que se negocian como un elemento más de la hacienda y, por lo tanto, deben

ser estimadas en conjunto y no por separado. Cuando el librador-vendedor del establecimiento satisfaga una cambial en virtud de una acción regresiva, podrá reclamar del tomador por no estar obligado a sanear cada partida. Cuando el presentante al cobro sea el mismo adquirente, ni no obtiene el mismo cumplimiento, tampoco podrá solicitar el abono del librador.

No podrá sostenerse esta afirmación, empero, cuando el importe de las letras no satisfechas arroja una cantidad que, en relación al precio satisfecho por el negocio, se traduzca en el saneamiento de la mayor parte.

Nos hemos referido antes a la posibilidad de variar el deudor de una obligación cambiaria en casos excepcionales. Los obstáculos para la sustitución del primitivo título de crédito se agravan cuando existan varios endosos, pues aunque el último tenedor de la letra consienta en verificar el cambio, si no consigue el pago del obligado se planteará la duda de si puede reclamar a quienes poseyeron el título antes que él. Forzosamente hay que concluir en sentido negativo, pues es prácticamente imposible, además, que el acreedor cambiario conserve en su poder la letra primitiva. Sin duda, se le habrá solicitado su devolución en el momento de recibir el nuevo título, con lo que habrá cesado la responsabilidad de los endosantes de la primera. Sin perjuicio, naturalmente, de que el título nuevo pueda ser endosado nuevamente, lo cual no favorecerá en nada a la persona que consintió en la sustitución, pues será ella precisamente la que inicie la cadena de endosos y, en consecuencia, la primera obligada tras librador y librado-acceptante. Cuando, excepcionalmente, el tenedor haya conservado las dos letras no tendrá el antiguo empresario —acceptante de la primera— obligación de pagarla y podrá oponer la excepción de sustitución. Pero si este primer título fué endosado de nuevo, el último tenedor de buena fe tendrá derecho a cobrarlo (102). En este punto el artículo 495 es tajante cuando ordena se pague la letra aceptada precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación, y a los efectos de tercer poseedor de buena fe, no cabe duda de que su legitimación es suficiente, previa la presentación del título (103), ejercitar las acciones correspondientes. Tampoco ofrece duda el derecho que co-

(102) Un interesante problema es el provocado por la presencia de una compañía de seguros como avalista—por medio de un seguro de créditos—y las posibilidades de reembolsarse el importe de lo que pagó. Cierta doctrina piensa que la entidad aseguradora no tiene derecho a reclamar, pues no paga la deuda de otros, sino la propia deuda contraída por el contrato de seguro, del que percibe el beneficio bajo la forma de primas. Vid. el análisis de SENAY, con amplia referencia bibliográfica, *La situation juridique du donneur d'aval*, "Rev. trim. Droit comm.", VI, 1953, págs. 43 y sig.

(103) Sobre la presentación del título, indispensable según los arts. 469 y 516 C. de c., GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 497. En análogo sentido, con interesantes reflexiones sobre la mora del acceptante, MOSSA, *ob. cit.*, pág. 444; JACOBI: *Wechsel und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, Berlín, 1956, pág. 153, y STRANZ: *Wechselgesetze Kommentar*, Berlín, 1952, nota 11 al § 38.

rresponde al aceptante de la primera letra (empresario vendedor) para accionar tras el pago contra quien indebidamente negoció el título primitivo.

Cuando éste obligado primitivo no verifique el pago se podrá recurrir contra cualquiera de los obligados en vía regresiva. Si la acción se dirige contra la persona que verificó el endoso sin tener derecho a ello habrán desaparecido los peligros que venimos repitiendo. Pero si, por el contrario, afecta a un endosante cualquiera, el tercer poseedor de buena fe quedará protegido. Dicho endosante podrá utilizar el artículo 519 para reintegrarse del importe de la letra y, por tanto, su acción será de naturaleza cambiaria, sujeta a la prescripción del artículo 950 (104).

Todos estos datos son suficientes, sin duda, para estimar poco menos que imposible dé el acreedor cambiario su consentimiento para que el nuevo empresario quede obligado en lugar del anterior. Y no sólo esto, sino que muchas veces serán las mismas partes del negocio básico quienes ventilen el problema de otra forma, en consideración de los daños que pueden ocasionárseles, no sólo a ellos, sino a toda persona cuya firma aparezca sobre el título (105).

15) *Créditos bancarios*.—Defendiendo Mossa la íntima unidad de las nociones de empresa comercial y hacienda comercial en el Código civil, recomendaba, tras precisar el carácter de entidad unitaria, de organismo viviente que se advierte en la empresa, las máximas precauciones para no desmentizarla como no recomendase la disgregación una especial situación personal o patrimonial, o ambas cosas a la vez (106). Forzosamente, en efecto, surgirán situaciones que parecen atentar contra el concepto unitario de empresa concebida en su aspecto estático, al modo de GIESEKE (107), como la organización ex-

(104) Sobre el art. 519, vid. la S. de 16 de junio 1954 y el atinado comentario de OLIVENCIA: *Notas sobre la prescripción cambiaria*, "R. D. M.", 57, 1955, sobre todo pág. 198, donde defiende el autor la posibilidad que tiene el obligado de regreso de eludir la prescripción de la acción antes de su posibilidad de ejercicio. "Promovida la acción cambiaria contra un obligado de regreso, si éste desea oponerse, pero tiene el temor de que pasen los tres años, contados desde el día del vencimiento, antes de que la letra llegue a su poder (en el caso de que sea condenado al pago), puede proceder, por su parte, a interrumpir la prescripción respecto de aquellos obligados contra los que él podría dirigirse. Ningún problema se plantea si logra de éstos el reconocimiento de la obligación, que él debe intentar provocar (p. ej., mediante requerimientos notariales). Si no lo logra, el interesado en la interrupción deberá recurrir a otros medios de los establecidos en el art. 944 del C. de c."

(105) Resumen admirablemente LASSOT y ROBLOR la situación de los firmantes. "Toute signature apposée sur une lettre de change en une qualité quelconque fait naître une obligation cambiaire et la loi a fait de toute obligation cambiaire un engagement commercial abstrait, c'est-à-dire indépendant du rapport fondamental qui en constitue en général la cause". *Les effets de commerce*, París 1953, I, núm. 72.

(106) Mossa: *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciale*, "Rev. Dir. común", XL (1942), 1.ª parte, pág. 71.

(107) Vid. supra nota 21.

terna y real con la que se realiza la función empresarial. Es decir, será inevitable la separación entre los dos elementos personales y reales que integran la empresa para profundizar en un problema determinado.

Juegan en la vida de la empresa un papel trascendente la existencia de créditos bancarios para facilitar el desarrollo de la misma. No es éste el momento de analizar la forma de conseguirlos, prorrogarlos y, en su caso, transmitirlos, pero nótese la dificultad de la materia cuando el establecimiento sea transmitido. Supongamos, por ejemplo, que un empresario individual enajena su explotación a otro en toda la amplitud que ya nos es conocida. Si disfruta de un crédito en un Banco, ¿habrá que entenderlo transmitido en la operación? En seguida se perfila la negativa, aunque el Banco haya tenido en cuenta el complejo orgánico y para la concesión haya pesado enormemente, no puede decirse que el contrato favorezca, sencillamente, a la empresa, sino a su titular, aunque las garantías fundamentales —los bienes organizados capaces de producir riqueza— hayan pasado a ser propiedad de otra persona.

Antes de pasar adelante, recogeremos la opinión de DE GREGORIO que, analizando la definición de hacienda del artículo 2.555 C. c., demuestra la necesidad de comprender en la palabra "bienes" no sólo las cosas materiales e inmateriales, sino también las relaciones jurídicas (108). Posiblemente se refiere el autor a relaciones consideradas en general, pues no individualiza el alcance de su afirmación, pero, a nuestro modo de ver, es muy valiosa su opinión, pues, como venimos repitiendo, en la enajenación de la hacienda se comprende algo más que un conjunto de bienes. Pero, en verdad, sería excesivo considerar englobados en la venta los créditos de que disponía el antiguo empresario.

El terreno propio en que parece debiera desarrollarse la problemática es el de la cesión del contrato. En verdad, la transmisión de una apertura de crédito, considerada en su conjunto, revela que una persona intenta ocupar la situación de otra en una relación contractual preestablecida. Pero si se observa que la venta del establecimiento puede realizarse en el período de desarrollo del contrato, habiendo dispuesto ya el titular de alguna suma, descubrimos que las cantidades retiradas representan una deuda cuya transmisión puede intentarse por medio de la delegación, eficaz desde que la entidad acreedora preste su consentimiento.

Estudiando GARRIGUES la posición del acreditado, en la apertura de crédito abierto, después de hacer uso de su derecho, observa un cambio de posición de las partes en el contrato o, al menos, una modificación cuantitativa de su primitivo carácter: el Banco —fundamentalmente deudor en la primera fase— pasa a ser acreedor en el momento que su cliente, por haber dispuesto del crédito, sea deudor de

(108) DE GREGORIO: *Corso di Diritto commerciale*, 6.^a ed., 1960, pág. 55.

las cantidades utilizadas y de sus intereses. Añade, no obstante, que el Banco conservará su posición deudora mientras el cliente no agote la totalidad del crédito o si, una vez agotado, realiza ingresos que le permitan recobrar su facultad de disposición (109).

La citada opinión descubre una particularidad del contrato examinado, consistente en la doble situación que ocupa el acreditado, de acreedor de la suma que falte para completar la totalidad del crédito, mientras tiene la condición de deudor por las cantidades que haya retirado. No obstante su exactitud, la naturaleza bancaria del contrato básico impide aplicar automáticamente las reglas de Derecho mercantil o civil que permitirían la transmisión del crédito y de la deuda. Así, sería ineficaz una cesión del crédito, de acuerdo con el artículo 347 y sigs. C. de c., y también tropezaría con alguna dificultad la delegación de la deuda. El argumento que antes transcribimos explica a la perfección la dinámica del contrato, pero las particularidades del Derecho bancario impiden la total producción de los efectos expuestos.

Más probabilidades de prosperar tendrá el intento de verificar una delegación de deuda global. Es decir, se intentará que el beneficiario sea sustituido, respondiendo el nuevo de las cantidades retiradas, pero beneficiándose también el saldo que resulte aún a favor del primitivo titular. Pero entonces estamos abocados a sustentar la posibilidad de una figura verdaderamente extraña, si se piensa en su límite máximo, que no forzosamente ha de ser alcanzado.

Si recordamos lo que antes se dijo a propósito de la transmisión del derecho de arrendamiento, habremos enfocado el problema. La persistencia del principio del artículo 1.205 C. c. a lo largo de todas las figuras que entrañan una posición acreedora no impide que se siga considerando como cesión de contrato a la transmisión de una relación jurídica todavía no finalizada. Puede discutirse entonces si efectivamente es correcto hablar de una delegación de deuda, subsumida en la mecánica general de la cesión. A nuestro parecer, este punto no tiene más valor que el puramente terminológico y la delegación de deuda existe, pues el obligado va a cambiar y es indispensable el consentimiento del acreedor para que esto suceda. Cuando hablamos de cesión de contrato y de delegación no nos referimos a dos figuras incompatibles, opuestas. La última institución opera siempre como complemento de una relación anterior o simultánea; el calificar exclusivamente de una u otra forma a la operación efectuada reportará muy escasos resultados prácticos.

Cuando declara ESCARRA que el autor de un acto de comercio aislado no utiliza el crédito, mientras que la empresa lo precisa, siendo fundamentales en materia mercantil las exigencias de seguridad y crédito (110), evidencia la importancia que tiene para la empresa poder disfrutar de contratos del tipo señalado. Si desaparecen automática-

(109) GARRIGUES: *Derecho bancario*, cit., pág. 211.

(110) ESCARRA: *Cours*, cit., pág. 61.

mente en virtud del cambio de titular, su fortuna puede comprometerse gravemente. Aunque, indudablemente, el nuevo empresario puede conseguir otros créditos, parece mucho más sencillo proseguir con los ya existentes.

Pero esta afirmación es muy comprometida y no tan simple de conseguir como podría presumirse. En primer lugar, hay que revisar las garantías establecidas en el contrato originario. ¿Es posible retirarlas sin detrimento de la primitiva relación jurídica? No se plantearán graves inconvenientes si el antiguo empresario garantiza la operación con los bienes que ya estaban vinculados al cumplimiento, pero si estos se retiran, difícilmente se obtendrá el consentimiento de la entidad bancaria al cambio de titular. Más complicaciones aparecerán aún cuando la garantía fuese personal, con la presencia de sujetos que asuman la responsabilidad solidaria con el deudor. Aparte de las posibles reticencias de los fiadores a garantizar a una persona distinta del antiguo empresario, las dificultades son insuperables para continuar estimando inalterado el contrato de fianza habiendo cambiado la persona del deudor; el artículo 1.822 C. c. liga directamente la responsabilidad al caso de incumplimiento de un tercero, y aunque en el 1.829 se facilita la sustitución del fiador cuando el primitivo viniere al estado de insolvencia, no es posible extender una regla análoga muy dudosa al cambio de obligado.

Calificamos de dudosa la analogía porque queda por resolver si la sustitución del fiador no arrastra consigo la extinción del contrato de fianza. Un repaso a los artículos 1.847 y sigs. C. c. permite comprobar que el legislador soslaya la cuestión, quizá por su misma evidencia. La razón del artículo 1.829 hay que buscarla en la obligación asegurada, e indudablemente cuando el fiador se encuentre en estado de insolvencia podrá el acreedor solicitar la resolución de la obligación principal. Si, por el contrario, se obtiene un nuevo fiador, se habrá producido una novación por cambio de deudor —art. 1.203, 2, C. c.— de la obligación accesoria, aunque la principal continúe intacta.

Todo aboca, como bien puede verse, a considerar extinguido el contrato de apertura de crédito que favorecía al antiguo empresario. Puede conseguirse, sí, uno nuevo en las condiciones del antiguo de forma que prácticamente los efectos sean los mismos en cuanto a duración, garantías, etc. Pero el cambio de la persona del deudor es suficiente para destruir toda posible identidad.

Aún cabe una última objeción, referida al caso de que una sociedad sea beneficiaria del crédito bancario. Sobre la base de la personalidad jurídica podría pensarse que al no haber variación en el obligado —pese al cambio de propietarios de las cuotas, participaciones o acciones— ningún argumento legal tiene fuerza suficiente para detener el ciclo del contrato de apertura de crédito, que continúa subsistente. Esta solución es extraordinariamente rígida para las necesidades del Derecho bancario. Señala GARRIGUES la posibilidad de denuncia del contrato por parte del Banco siempre que haya mediado una justa

causa, atendida la naturaleza *intuitu personae* de este contrato. En cuanto el crédito sufre demérito por cualquier causa, la base económica del contrato sufre una alteración que debe considerarse suficiente para conceder al Banco la facultad de denuncia (111). Así, el Banco está ampliamente facultado para dar por terminado el contrato en cuanto lo crea conveniente. Caen entonces por su base todas las construcciones que, más o menos hábilmente, pretendan dar base suficiente a una sucesión a título particular en el crédito y en la deuda, con independencia de los obstáculos de técnica jurídica que antes recogimos.

Por fin, es necesario señalar que cuando la transmisión del establecimiento se lleve a cabo, tras haberse terminado la vigencia de la apertura de crédito, no es improbable que el transmitente proponga al Banco la delegación de la deuda que será satisfecha por el comprador. Esta última posibilidad, no obstante, nada tiene que ver con los problemas de la apertura de crédito, que sólo sirve para precisar el origen de la deuda. Las cuestiones que surjan, pues, no diferirán de las nacidas de la delegación de deuda en general.

16) *Compraventa de mercaderías: razón de su estudio.*—Al analizar el contrato de compraventa, advierte URÍA que se habla de venta a precio firme cuando el precio fijado en el momento del contrato no ha de variar, pero existe en ocasiones una venta a precio variable sometido a las circunstancias del mercado en el momento de cada entrega, cuando éstas sean diversas (112).

Cuando se transmite una explotación mercantil y existen contratos en curso de realización, si existen deudas pendientes por las entregas ya verificadas puede obligarse al adquirente a su satisfacción por medio de la delegación efectuada en la forma que venimos comentando. Respecto a las cantidades todavía pendientes de entrega, no es posible precisar el importe exacto de la cuantía que alcanzarán. En tal caso, podrán decidir las partes que el adquirente satisfará en la forma conveniente las sumas adeudadas en el momento que sea posible precisarlas. En realidad, nos hallaremos ante un caso de cesión del contrato de compraventa, con la particularidad de que la asunción de deudas se desdoblará en dos vertientes, las pasadas y las que todavía no es posible determinar su importe, en tanto que la aceptación también deberá mencionar estos dos sectores del contrato. No se nos oculta que este último razonamiento quizá sea un poco forzado y haga presumir un deseo de encerrar en el molde de la delegación todo negocio que signifique transmisión de deuda. Desde luego, transmisión de

(111) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 214. URÍA resume con acierto las consecuencias del carácter *intuitu personae*: 1) El Banco se reserva la facultad de cancelar el crédito y cerrar la cuenta en cualquier momento; 2) el cliente no puede transferir los derechos nacidos del contrato sustituyendo a otra persona en su lugar y 3), el contrato termina con la muerte o extinción del acreditado. *Ob. cit.*, página 507 y sig.

(112) URÍA, *ob. cit.*, pág. 383.

deuda existe, y la delegación es el mecanismo apto para negociarla. Pero es forzoso concluir que el argumento es excesivamente conceptual y se explica mucho mejor por la simple cesión del contrato. En efecto, habrá un cambio de deudor respecto a las cantidades no satisfechas por el anterior empresario y que son la contraprestación de las mercaderías recibidas. Respecto a las todavía no entregadas, empero, al quedar su precio indeterminado no puede considerarse al transmitente del establecimiento como auténtico obligado; lo hubiese sido en su día, si no hubiere efectuado el negocio de disposición. Por lo cual, aunque técnicamente se pueda explicar con la delegación el fenómeno producido, la solución correcta parece ser considerar al comprador del establecimiento obligado a la satisfacción de las sucesivas entregas de numerario, como correlativo al derecho que le asiste para reclamar las mercaderías al vendedor.

No ofrece problemas dignos de mención la negativa del vendedor a la cesión del contrato. En un evento semejante la situación se liquidará entre las partes originarias de la relación inalterada. Mediará con seguridad un pacto entre vendedor y comprador de la empresa para que aquél transmita, a su vez, las mercaderías a éste, que no estará obligado —quizá— a abonar a su vez cantidad alguna sobre todo si en la venta del establecimiento se estipuló ya que estaban englobados en la enajenación los bienes todavía no entregados.

Cuando se produzca la negativa del vendedor, surgen innumerables obstáculos, por lo demás, muy difíciles de evitar. Pensemos tan sólo en el rigor de los plazos establecidos en el art. 336 C. de c. para repetir por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas, enfardadas o embaladas, y observaremos que, lógicamente, el interesado en el examen será el adquirente de la empresa, mientras que el vendedor de las mercancías podrá ampararse en el transcurso de cuatro días desde que fueron recibidas por quien frente a ella sigue estando en posesión de la cualidad de comprador. Existirán, desde luego, modos de subsanar estos inconvenientes, por ejemplo, utilizando los servicios de una empresa de transporte de manera que se entreguen las mercaderías en el domicilio de la persona interesada en examinarlas. En este caso se precisará, generalmente, una orden al vendedor-cargador para que pueda producirse el efecto señalado.

Califica SÁNCHEZ CALERO de liberatorio el examen que de la mercancía lleva a cabo el comprador, en cuanto le priva —art. 336, 1— de la acción de repetir contra el vendedor; esta liberación no se produce por el mismo hecho del examen, sino que éste es presupuesto de la aprobación de la mercancía por el comprador. Para que el examen de la mercancía, realizado a contento del comprador, produzca sus efectos liberatorios para el vendedor, el art. 336 requiere que se efectúe “al tiempo de recibir la mercancía”. El momento del examen, sin embargo, pueden cambiarlo las partes a su voluntad, debiendo entenderse que aunque se adelante o se atrase ese momento también ha

de producir los indicados efectos liberatorios (113). En nuestro problema concreto ofrece algún interés esta reflexión porque se ofrece la duda de quién será la persona adecuada para verificar el expresado reconocimiento cuando con la intervención de un contrato de transporte en la forma que más abajo indicábamos, se realiza la entrega al adquirente de la empresa.

Sin duda alguna, y aplicando rigurosamente el art. 336, la única persona legitimada para examinar "a su contento" las mercancías es el comprador, pero el comprador admitido como tal por el vendedor, no la persona que efectivamente vaya a hacerse cargo de aquéllas. De esta forma, el vendedor podrá exigir en el acto de la entrega —artículo 336 *in fine*— se haga el reconocimiento, en cuanto a la calidad y cantidad, a contento del comprador, que forzosamente deberá encontrarse en el lugar designado para la recepción de las mercancías en previsión de que el vendedor haga uso de la citada facultad. En cuanto a la posibilidad de modificar el momento del examen se precisará siempre la intervención de la persona que conserva el carácter de comprador, que actuará de acuerdo con las instrucciones recibidas del adquirente de la empresa. Un eventual acuerdo entre éste y el vendedor carecería de validez, habida cuenta de la incomunicación que existe entre ambas personas. Sólo la cesión del contrato realizada hubiese podido producir el contacto entre ellas. Y, naturalmente, en caso de que no pague el comprador las mercancías no podrá ejercitar el vendedor ninguna acción frente al adquirente del establecimiento. Este punto es susceptible de un doble enfoque: desechada la cesión (con la posible delegación de deudas anteriores, derivadas de mercaderías recibidas y no satisfechas) queda el vendedor sujeto al riesgo de la insolvencia del comprador. Por otra parte, si éste ha transmitido a su vez las mercaderías el adquirente de las mismas está protegido por el carácter traslativo de dominio de la compraventa mercantil (114). Independientemente del ejercicio de las acciones que de acuerdo con el art. 1.111 C. c. puede ejercitar el vendedor de las mercaderías, problema que en nada afecta la conclusión establecida.

Cuando sea la empresa enajenada la que venda determinadas mercaderías, mediante una cesión de crédito, gozará el adquirente del derecho a percibir el importe adeudado. El comprador, por su parte, podrá repetir, de acuerdo con el art. 336, frente a la persona que le vendió las mercancías. Se plantea el problema de si el comprador del establecimiento está legitimado para pedir, según el último párrafo del citado artículo, el reconocimiento de las mercaderías en el acto de la entrega. No existe ningún argumento legal que justifique esta decisión; además, habida cuenta de la brevedad de los plazos establecidos:

(113) SÁNCHEZ CALERO: *Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa*, "A D C", XII, 1959, págs. 1194 y 1197.

(114) Sobre la transmisión de dominio, vid., por todos, LANGLE: *El contrato de compraventa...*, cit., pág. 42 y sigs.

en el art. 336 es muy difícil que se presente en la práctica un caso parecido, pero cuando aparezca será mucho más sencillo solucionarlo si ordena el adquirente al transmitente del establecimiento que haga uso del derecho indicado, con el fin de evitar posibles reclamaciones. Si el adquirente de las mercancías ignora la venta de la empresa y en los supuestos de los dos primeros párrafos del art. 336, exige indemnización de daños y perjuicios que son satisfechos por el nuevo empresario, gozará éste del derecho a reclamar a su vez del antiguo, en especial sobre la base de la gestión de negocios ajenos (115).

En el art. 342 C. de c., se asegura que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Entiende la doctrina (116) que este plazo de treinta días es válido para la denuncia de los vicios ocultos, mientras que para el ejercicio de las acciones que derivan de los vicios ocultos sigue el término de los seis meses señalados por el art. 1.490 C. c. No ofrece, a nuestro parecer, ningún punto débil esta teoría, pero en relación con la venta del establecimiento plantea un problema interesante.

Supongamos que la enajenación se verifica tras la denuncia mencionada y antes del transcurso del plazo a que se refiere el artículo 1.490 C. c. Indudablemente, existe una posibilidad de concretar una acción que tendrá un equivalente económico de diversa importancia. Adquirente y transmitente de la empresa pueden acordar que el segundo quedará exento del resultado de la acción citada, si llega a ejercitarse. Empero, un pacto de este tipo sólo tendrá validez entre partes y nunca podría oponer el antiguo empresario al comprador de las mercaderías que denunció los vicios ocultos su existencia, para derivar el ejercicio de la acción. La situación se resolverá en el posterior abono del nuevo empresario al antiguo de la suma que abonó; si llega a satisfacerla. O también —criterio que parece más justo— proveerá de fondos al demandado para que pueda hacer frente a la reclamación.

Podría pensarse que la delegación de deuda es un vehículo adecuado para estabilizar la situación. Por medio de la propuesta oportuna al comprador denunciante éste acepta la sustitución en la persona del obligado. La identidad de la situación es muy dudosa, pues todavía hay que precisar si efectivamente existe obligación de abonar alguna suma, que dependerá del resultado del procedimiento. En todo caso,

(115) En este punto la problemática se recortaría mucho más de lo que sucedería si se siguiese la orientación germánica que separa el momento de examen de la mercancía del de la denuncia de los vicios reconocibles. Piénsese en las complicaciones que suscitaría la venta de la empresa realizada en un momento intermedio entre los dos instantes citados. Sobre el § 377 HGB, vid. BANDASCH: *Kommentar zum H G B*, Berlín-Darmstadt, 1960, especialmente notas 2 en adelante, con referencias a la doctrina y jurisprudencia más caracterizadas.

(116) Así, SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pág. 1207, nota 42 con referencia a RABEL y MENÉNDEZ.

se trataría de una transmisión de la deuda más que dudosa. Además, y esto es lo más importante, las partes del negocio de transmisión de la empresa procurarán no despertar la actividad del comprador de mercaderías viciadas, pues aunque la denuncia salvaguarda de momento su derecho bien puede acaecer que sin mediar la oferta de que hablamos, transcurran los seis meses mencionados en el artículo 1.490 y cese la posibilidad de ejercitar cualquier acción reclamatoria.

Antes de comenzar el siguiente apartado queremos dejar bien sentado que los problemas examinados en relación con la compraventa no se apartan de la línea general del negocio de transmisión de deuda, no existen requisitos distintos ni formalidades especiales para realizarlo. En este sentido, no cabe duda que su integración entre instituciones marcadas por la importancia de un determinado elemento, no tendría justificación. Sin embargo, opinamos que las especialidades mismas de algunas formas de la compraventa, permiten y aconsejan su examen.

17) *Hipoteca mobiliaria*.—Estudiando hace algún tiempo VALLET DE GOYTISOLO los derechos de garantía sobre las mercancías de un establecimiento mercantil ponía de manifiesto las dificultades de sujeción que llevan consigo. La reipersecutoriedad sobre las mercancías, indicaba, tendría que salvar tres obstáculos: el artículo 83 C. de c., la *negatio actionis* del 464 y, por fin, la dificultad de identificarlas, y con referencia al artículo 1.865 bis C. c., coincidiendo con CALVO ALFAGEME, observaba que la garantía real del acreedor prendario se convertía en la Ley de 5 de diciembre de 1941 en una obligación de sustitución de las mercancías vendidas (117).

Estas dificultades se manifiestan todavía en forma más acusada cuando el bien sujeto a un Derecho real de garantía es, precisamente, el establecimiento mercantil. La protección del acreedor se construye en forma específica, pues estando sujetos a responsabilidad un conjunto de elementos de muy diversa índole los peligros de quedar insatisfecho el crédito son mayores que en otros supuestos.

Señala la Exposición de motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, que para poder hipotecar el establecimiento se precisan dos requisitos: que el hipotecante sea su titular —dueño o arrendatario—, y que no tenga limitada la facultad de traspasar. Es preciso recordar, que según el artículo 20 de la citada Ley, la hipoteca comprende necesariamente el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante, comprendiendo asimismo las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento. Apartando por ahora el problema del arrendamiento, notemos la fuerza con que el legislador acentúa el requisito de la pertenencia al titular del establecimiento de algunos elementos, no sólo las instalacio-

(117) VALLET DE GOYTISOLO: *Pignus tabernae*, "A D C", VI-2, 1953, páginas 818 y sig.

nes fijas o permanentes, sino también los bienes que, salvo pacto en contrario, comprende el contrato que examinamos; artículo 21. Puede observarse cómo en el artículo 20 se habla sólo de que los bienes *pertenezcan*, mientras que el siguiente se precisa *sean de la propiedad* del titular del establecimiento, estando pagado su precio de adquisición; opinamos que ambas locuciones tienen el mismo valor y, en definitiva, se requiere para poder establecer el gravamen tenga el titular del establecimiento la propiedad de los elementos indicados.

El requisito expuesto facilita mucho la ejecución de la hipoteca —en su caso— y también el establecimiento de la misma. Desaparecen, sin duda, las colisiones que surgirían entre los proveedores del empresario que todavía no hubieran percibido totalmente el importe de sus créditos, y el acreedor hipotecario. De no mediar esta regla —y llegando a un ejemplo extremo—, en caso de quiebra del comerciante, el vendedor varía desaparecer los bienes citados en el artículo 21, b. LHM, a favor del acreedor hipotecario sobre la base del artículo 914, 1, C. de c. (118). Podría pensarse que le asistiría un derecho de separar de la masa de la quiebra los bienes citados, pero el artículo 908 C. de c. se refiere tan sólo a aquellos cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, y sería muy discutible que el título del quebrado fuese el exigido, aunque no hubiese satisfecho totalmente el importe de los repetidos bienes.

Ahora podemos contemplar el alcance de los artículos 20 y 21 LHM. Sólo podrán ser gravados con hipoteca los bienes allá enumerados cuando no exista posibilidad alguna de reivindicación por otra persona, con independencia de que ésta ostente un derecho de crédito en virtud de la parte del precio no satisfecha. Por el contrario, un pacto de reserva de dominio es suficiente para destruir la posibilidad de hipoteca.

Nos referíamos antes a la necesaria inclusión en la hipoteca mobiliaria del derecho de arrendamiento. Según el artículo 24 LHM, la hipoteca constituida se notificará, a instancia del acreedor o del deudor, al arrendador o al propietario del local en que se hallase instalado el establecimiento que se hipoteca; este formalismo tiene bastante

(118) Para ROAN MARTÍNEZ la hipoteca mobiliaria aparece dotada de la "realidad" en tesis general, pudiendo encuadrar perfectamente en los moldes clásicos. Las diferencias con las inmobiliarias no están en la naturaleza, sino en que sus objetos jurídicos no obedecen a reglas jurídicas idénticas. (En el resumen de su conferencia *Líneas generales de la Ley española de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en "R. D. N.", 11, 1956, pág. 341.)

En relación con el problema examinado en el texto no creemos que puedan aparecer muchas dudas en cuanto —art. 10 LHM— "en caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignoralos mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta". Obsérvese por fin que la LHM menciona en la E. de m., pero sólo en relación con la hipoteca de mercaderías y materias primas el problema de las deudas procedentes de suministro de aquéllas, indicándose que éste escollo motiva la exigencia legal de que esté su precio totalmente satisfecho.

peso a efectos de conseguir la conformidad del arrendador al contrato de hipoteca, no es ni con mucho un dato desdeñable. Si no da su conformidad al mismo, tiene abierto el camino para ejercitar las acciones resolutorias reconocidas en los números 2.º, 5.º y 7.º y 11 del artículo 11 LAU (119), artículo 32 LHM, pero la limitación de su oposición indica que sólo al amparo de las causas señaladas tendrá posibilidades de prosperar. Aun así, la trascendencia de las mismas es tan grande que, en la práctica, se presentarán muy pocas situaciones en las que el arrendador no pueda oponerse a la constitución de la hipoteca. Para lo que a nosotros interesa, destaquemos que obtenida la conformidad del arrendador o fracasada la acción resolutoria intentada, el desarrollo de la hipoteca ya no ofrece entorpecimientos por la intervención del citado arrendador.

En el artículo 28 LHM se prevé la constitución de hipoteca por el mismo propietario del local, en cuyo caso el adjudicatario, llegada la ejecución, adquiere de pleno derecho la cualidad de arrendatario con sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca. En semejante supuesto se anulan totalmente los problemas que suscita la venta del establecimiento mercantil sobre el que pesa el repetido gravamen, pues el adjudicatario del local puede traspasarlo en la forma que prefiera y, además, habiéndose seguido un procedimiento judicial para hacerse efectivo el crédito, ha desaparecido totalmente el derecho de que disfrutaba el empresario sobre el local de negocio.

Por fin, consignemos que cuando el arrendador hubiere dado su conformidad a la hipoteca tiene derecho al aumento de la renta vigente en un 5 por 100 independientemente de lo que corresponda según la LAU. Si posteriormente se traspasa el local, el incremento es de un 10 por 100 sobre la participación que le corresponda en el traspaso (art. 31 LHM). Este último beneficio será el único que disfrutará cuando la venta del establecimiento hipotecado lleve consigo el traspaso del local; no olvidemos que la posibilidad de llevar a cabo una operación de este tipo es indispensable para poder constituir la hipoteca (120).

Ahora podemos detenernos en la venta del establecimiento hipotecado en relación con las deudas que lo gravan. No repetiremos una vez más los derechos que asisten a los acreedores en general, limitándonos a los especiales que corresponden al acreedor hipotecario.

El deudor no puede anajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin consentimiento del acreedor (121). Poco importa que la

(119) La referencia legal es a las reglas segunda a quinta, y décima del artículo 149 LAU vigente en 1954. La equivalencia con las de la vigente es, a nuestro parecer, la indicada en el texto.

(120) Art. 19 LHM: "Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar".

(121) Art. 4 LHM. Sobre las consecuencias de la enajenación en contra de lo declarado en este artículo vid. VALLE DE GORRISOLO: *La Ley de 16 de diciem-*

compraventa fundamental afecte a los elementos agrupados y organizados si, como tantas veces hemos repetido, se precisa la transmisión independiente de cada uno de ellos. Sin embargo, no sería acertado defender que el acreedor consentirá a la transmisión de cada uno de los bienes o derechos enumerados en los artículos 19 y sigs. de la ley reguladora, porque con el consentimiento genérico será suficiente, sobre todo si se considera que el adquirente de todos ellos es una misma persona, no desperdigándose su propiedad entre diversos titulares. Es cierto que la misma elasticidad del objeto de la hipoteca hará en algún caso superflua la duda, al quedar extraordinariamente reducido, pero cuando la garantía sea más amplia la solución debe ser la expuesta (122).

El derecho reconocido al acreedor para inspeccionar el giro y el tráfico del establecimiento ya denuncia que su crédito está dotado de especiales características. Ciertamente, no se trata sólo de comprobar el estado de conservación de los bienes a que se extiende la hipoteca, sino de seguir muy de cerca el desarrollo de la explotación aunque, como el mismo artículo 22 precisa, la inspección haya de realizarse en la forma y plazo estipulado, permitiéndose así toda una gama de cláusulas sobre la forma de ejercicio de tal derecho. La situación es radicalmente distinta, pero no puede negarse cierto regusto de Derecho de sociedades en la expuesta característica. Desde luego, el acreedor está interesado en la buena marcha de los negocios de su deudor, pero tan amplia información es bastante excepcional, aunque se descubra un lejano matiz prendario. Sabido es que el artículo 57, 3, de la ley que comentamos obliga al dueño de los bienes pignorados a conservarlos y tenerlos a disposición del acreedor para que éste pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos —en la medida posible—, garantía que supone la puesta en posesión del artículo 1.863 C. c. Posiblemente la facultad de inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento sea el equivalente a la indicada para la prenda, aunque en términos muy generosos, pues no se trata ya sólo de la inspección de los elementos separados que están afectados por la existencia de la hipoteca, sino que se comprueba la marcha de la empresa misma. Se ve ahora cómo el legislador ha concebido la existencia de nuestro Derecho real sobre el negocio mismo, mejor que sobre los elementos separados que lo integran; de otra forma el derecho de inspección no queda totalmente resuelto.

Esta razón justifica también que el hipotecante esté obligado a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos de comercio y a participar al acreedor, dentro de

bre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, "A. D. C.", VIII-2, 1955, pág. 1235.

(122) Excede de nuestro tema el examen de la posibilidad de extender la hipoteca a los establecimientos comerciales y a los industriales, que por lo demás parece bastante clara. Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Ley hipotecaria mobiliaria*. "R. C. D. I.", XXIX, 1956, pág. 525.

los ocho días, cualquier acto o novedad defiosa (art. 27). Se abrevia así el conocimiento por el acreedor de cualquier contingencia que pueda perjudicar su crédito sin necesidad de esperar al examen que le permite el artículo 22.

Toda esta graduación de los derechos del acreedor contribuye a aclarar su situación cuando se vende la empresa misma. Asegura GÓMEZ ACEBO que el adquirente tendrá la consideración de tercer poseedor o de deudor, según haya habido o no asunción de deuda, pero el adquirente queda obligado a mantener el establecimiento mercantil en el mismo estado: no puede revocar el acto o los actos de creación de pertenencias de su causante (123). Es preciso reconocer la exactitud de esta afirmación, pero, a nuestro juicio, aparece en la LHM un precepto que explica totalmente el juego de la operación.

Recoge el artículo 29, 3, como causa para que el acreedor pueda, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación de la enajenación por el deudor, sin su consentimiento, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercaderías, de conformidad con el artículo 22. Una vez más registra nuestro Derecho la intervención del acreedor en un negocio concreto. Empero, no estamos ante un fenómeno más o menos próximo al del artículo 1.205 C. c., pues el que acabamos de citar de la LHM responde tan sólo a proteger al acreedor cuando disminuyen los bienes que garantizan su crédito.

El consentimiento del acreedor, indudablemente, se precisa para la validez de la enajenación, Aunque la Ley no diga nada, cuando sea el establecimiento mismo el objeto de la venta, el artículo 29 deberá ser observado rigurosamente; en líneas anteriores comprobamos la presencia de la empresa sufriendo el gravamen, ningún inconveniente se presenta para la extensión de la regla mencionada. Todavía más, aunque con argumentos más o menos rígidos se pretendiese defender la postura negativa, las consecuencias prácticas serían nulas, puesto que es suficiente la enajenación de un solo elemento del establecimiento para que pueda producirse el vencimiento de anticipado de la obligación.

Por ello, el empresario que intente transmitir su explotación procurará obtener la conformidad del acreedor hipotecario, so pena de producir el efecto de que se dé por vencida la obligación, cuyas consecuencias pueden ser bastante perjudiciales para su patrimonio. Cuando el acreedor haya asentido, quedará liberado, o podrá incluso garantizar personalmente el cumplimiento por el nuevo deudor. El procurar la realización de una delegación de deuda es casi indispensable: piénsese en la situación del transmitente al vencimiento anticipado de la obligación, frente al adquirente y frente al acreedor hipotecario.

Pero el artículo 29 únicamente autoriza al acreedor para que dé

(123) GÓMEZ ACEBO: *La hipoteca de establecimiento mercantil*, "R. D. M.", 55, 1955, pág. 168.

por vencida la obligación. ¿Qué sucederá cuando no lo haga y su conducta sea pasiva? ¿Será válida la venta del establecimiento, debiendo pasarse por el cambio de titular en los bienes hipotecados? Asegura VALLET DE GOYTISOLO, citando a DE CASTRO, que la nulidad de todo acto contra ley no significa que sea inexistente o sin valor para el Derecho, excluyéndose sólo las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero. Señala como consecuencia la conservación en la reipersecutoriedad, siempre que recaiga en elementos perfectamente identificados en la inscripción, y únicamente en los demás supuestos si el adquirente fuera de mala fe (124).

Encontramos así, de una parte, la regla del artículo 1.205 C. c., y de otra, la del artículo 29 LHM. A nuestro juicio (ambas no se excluyen, y el problema puede resolverse en el sentido de que la deuda subsistirá, pues no puede suplirse el consentimiento del acreedor con su silencio. Diferirá, en cambio, la suerte de las garantías, a cuyo respecto no tenemos que añadir nada a la opinión de VALLET: el tercer adquirente de buena fe conservará su derecho y no podrá ser privado del mismo.

Y, sin duda alguna, la existencia de un Registro de empresas, al que tuviesen acceso los gravámenes que sobre ella pesaren, impediría el desconocimiento por terceros de aquéllos, sobre la base del principio de publicidad material.

18) *Responsabilidad extracontractual.*—Alcanza gran importancia en la vida de la empresa la responsabilidad extracontractual. Una vez surgida con un importe económico preciso, es perfectamente posible la transmisión de la deuda nacida como resultado de aquélla. El artículo 1.904 C. c. concede a quien paga el daño causado por sus dependientes el derecho a repetir de éstos los que hubiese satisfecho. Este derecho lo disfrutará el nuevo empresario que habiendo abonado la indemnización se subrogará en los que asistan al antiguo.

Reglas especiales, ninguna. El artículo 1.205 C. c. se aplicará en toda su extensión; no importa nada cuál es el origen de la deuda una vez que la cuantía de la misma ha sido definitivamente establecida.

Por fin, los números primero, segundo y octavo del artículo 1.908 C. c. mencionan supuestos que con gran facilidad pueden sobrevenir en una explotación industrial. Inudablemente, si acacen después de vendida la empresa la responsabilidad será del adquirente, aunque la ausencia de precauciones se deba a la negligencia del anterior titular, y si no lo hace, su responsabilidad será absoluta, así como cuando no tome, tras la inspección, las medidas adecuadas para evitar el mal funcionamiento de un utensilio cualquiera. En ningún modo podrá pretender se desvíe la responsabilidad hacia el antiguo empresario.

(124) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. y loc. cit.* últimamente.

V. GRAVÁMENES FISCALES

19) Sin pretender verificar un estudio exhaustivo de la materia, nos creemos obligados a comentar brevemente la tributación que gravará el negocio global de tramitación del establecimiento mercantil. Hay que excluir, desde luego, aquellos impuestos que —por ejemplo, del timbre— recaerán sobre los títulos valores o la escritura notarial, también las altas en la contribución industrial, que deberá satisfacer el nuevo empresario si es individual. Queda así delimitado el análisis al impuesto sobre Derechos reales, según la Ley de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959.

Las reglas de competencia para la liquidación del impuesto serán —como es lógico— las del artículo 104 Reg. Según el artículo 80, la Administración tiene, en todo caso, la facultad de comprobar el valor de los bienes o derechos transmitidos; en el párrafo 15 se prevé la transmisión total o parcial de empresas o establecimientos mercantiles, en cuyo caso sirve como medio de comprobación los balances y datos de que disponga la Administración a los efectos de los impuestos que pagan las empresas. En verdad, los convenios con agrupaciones de contribuyentes aparecidos en el artículo 31 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957 han privado de alguna importancia a los citados balances, estableciendo un procedimiento especial de determinación de bases imponibles, pero aunque así sea, la contabilidad de la empresa es un elemento de suprema trascendencia, como en seguida se ha de ver.

Al estudiar la cesión del local de negocio nos referimos a la posible defraudación del propietario si se determinaba una suma, como cuota del precio total satisfecho, muy inferior a la que corresponde en la realidad. Mejor aún, estableciendo una suma lo suficientemente alta para impedir el retracto y lo bastante exigua para reducir la participación del arrendatario. Cuando se pretenda llevar a cabo una maniobra de este tipo, la Administración podrá comprobar, de acuerdo con el repetido artículo 80, el valor de los bienes o derechos transmitidos y podrá apreciar una valoración muy corta del arrendamiento y un supervalor de los restantes elementos, fácilmente comprobable si se revisan las anteriores estimaciones contables.

Porque no se olvide que al establecer el valor de cada partida la reducción del arrendamiento repercutirá en un supervalor de los restantes elementos transmitidos. Relaciona BAS Y RIVAS los artículos 88, 61 y 80 del Reglamento para comprobar que cuando el valor declarado es mayor que el resultado de aplicar los medios comprobatorios, se eleva a la categoría de valor comprobado, lo que, a su parecer, no es plenamente acertado (125). Sin entrar en un análisis detenido de la materia, subrayamos que cuando se opere entre adquirente y transmi-

(125) BAS Y RIVAS: *Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes*, II, Madrid, 1961, pág. 140 y sig.

tente en la forma prevista, se habrá utilizado un arma de dos filos: de una parte se habrá perjudicado al propietario del local de negocio, pero no se puede dudar que una ulterior comprobación de las partidas transmitidas y su valor puede producir un resultado mucho peor que el beneficio obtenido, pues mientras se respetarán las valoraciones ofrecidas —por excesivas que sean— se aumentará el importe del valor de los hechos a declaración.

Como es sabido, esto no tendrá ninguna trascendencia sobre las relaciones entre vendedor y comprador. Es decir, no podrá el primero reclamar un exceso de precio sobre la base de la valoración fiscal, que sólo tiene valor a efectos tributarios.

Reivindicación y deslinde: Sus diferencias

JOSE MARIA CABRERA HERNANDEZ

Notario de Alcora

La propiedad, *ius in rem* por excelencia está asistida por numerosas acciones que evitan o reprimen la violación de su contenido.

Etoy en día y de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es necesario aducir nominalmente la acción ejercitada y ello disminuye en el terreno práctico, aunque no en el científico, la importancia de la diferenciación entre las mismas.

Uno de los casos en que la confusión puede surgir, y de hecho así resulta muchas veces, es al tratar de distinguir la acción reivindicatoria de la clásica *actio finium regundorum* o de deslinde.

Quizá cause cierto asombro la afirmación de que se puedan confundir dos acciones que a primera vista parecen claramente separadas por las distintas violaciones del dominio que persiguen, pero si ahondamos en su estudio veremos que no es tan fácil muchas veces saber cuál es la empleada o a cuál se debe recurrir.

Hay otra acción, la declarativa de dominio, también muy unida a la reivindicatoria de la que procuraremos diferenciarla previamente, para luego comparar esta última con la de deslinde.

Examinemos, ante todo, la distinta finalidad perseguida por cada una:

La acción reivindicatoria supone un despojo cometido ya, y procura remediarlo mediante la reintegración de la cosa, con sus frutos y menoscabos en su caso, previa la declaración de a quien corresponde su titularidad.

La acción declarativa se da en vista de una amenaza o desconocimiento de la posición del *dominus*, pero sin despojo, y pretende sólo que se defina y fije la situación jurídica de la cosa discutida, estableciendo a quién pertenece y qué derechos pueden alegarse sobre ella.

Por último, la acción de deslinde sirve para delimitar físicamente el objeto del dominio, fijando las fronteras dentro de las cuales el dueño es absolutamente omnipotente (salvo la moderna teoría de la función social de la propiedad), y fuera de las cuales nada puede sino a través de otros derechos reales o de las llamadas relaciones de vecindad.

Establecida previamente la esencia de cada una de estas acciones vamos ya a compararlas comenzando por enfrentar la reivindicatoria con la declarativa para entrar luego en el verdadero objeto de este estudio, diferenciando aquélla de la delimitadora de propiedades o acción de deslinde.

DIFERENCIA ENTRE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA

Resulta clara a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la Sentencia de 4 de marzo de 1944, dice:

El criterio diferencial entre la acción reivindicatoria y la acción declarativa, que también puede servir para la tutela del derecho de propiedad, se puede fijar por vías distintas:

a) En atención a la condición del derecho ejercitado, *la reivindicatoria es una acción real ejercitable contra todo detentador de la cosa, mientras que la declarativa es acción personal, sólo utilizable contra determinada persona que sea sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende hacer valer.*

b) En atención—como criterio aún más importante— al concepto autónomo de la acción y a su finalidad en el orden procesal, *la reivindicatoria será siempre acción de condena, porque persigue la finalidad de recuperación en el mismo pleito de la cosa concreta que se reclama, en tanto que la meramente declarativa se detiene en los límites de una declaración o expresión judicial del pretendido derecho, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá dentro del proceso incoado en reintegración de una posesión detentada.*

Por su parte la Sentencia de 21 de febrero de 1941 ve las siguientes diferencias:

a) Según exija o no que el demandado sea poseedor de la cosa cuestionada.

b) Según la finalidad perseguida, como ya indicamos en las consideraciones previas.

Nuestra jurisprudencia, pues, cubriendo, como en tantas ocasiones, lagunas de la ley, nos muestra claramente la esencia y finalidad de cada uno de estos dos remedios procesales, haciendo inútil por nuestra parte añadir nada más a lo que tan patente resulta de lo expuesto.

DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA DE DESLINDE

Los inmuebles constituyen cuerpos ciertos con sus límites físicos, que si casi siempre son fáciles de establecer en las edifica-

ciones y por ello los Códigos argentino e italiano no permiten la acción de deslinde respecto de predios urbanos, resultan en cambio, difíciles de fijar frecuentemente, cuando se trata de trozos o superficies de suelo terrestre. Cuando las separaciones entre las fincas vienen marcadas por accidentes naturales del terreno, tales como ríos, barrancos, etc., no suelen surgir cuestiones a no ser que terremotos, cambios de cauce u otros fenómenos de la naturaleza desvirtúen y modifiquen aquellos accidentes. En cambio, cuando la divisoria no coincide con tales líneas naturales y hay que establecerla a base de separaciones artificiales, el mismo carácter de éstas facilita extraordinariamente su modificación por el hombre, corriendo los mojones, falseando documentos, etc., y creando entonces serios problemas judiciales.

El Derecho, nacido para evitar o resolver litigios entre los hombres no podía desatender los que naciesen entre lindantes que no estuviesen de acuerdo acerca de los límites de sus respectivas propiedades. La acción de deslinde atiende a la doble finalidad indicada: Evitando litigios a modo de acción preventiva, pues cualquier propietario o titular de derechos reales sobre una finca puede, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, obtener de los Tribunales la fijación de los lindes de la hacienda, impidiendo las discusiones futuras. Y resolviendo los pleitos ya planteados para, en procedimiento de jurisdicción contenciosa, establecer cuáles han de ser los lindes de las fincas propias de los contendientes.

El deslinde es, según la conocida definición de Planiol, «una operación que consiste en fijar la línea de separación de dos terrenos no edificados y marcarla con signos materiales». Acción de deslinde será por tanto aquella que persiga el fin descrito en la definición precedente.

Reivindicar, etimológicamente, tanto quiere decir como recuperar una cosa; acción reivindicatoria es aquella en que se persigue la devolución a su legítimo dueño de una cosa indebidamente apropiada, con sus frutos y menoscabos.

De hecho resulta frecuente la confusión práctica entre ambas acciones. Para mejor estudiar el problema vamos a repasar brevemente la opinión de la doctrina y lo que dicen nuestras Leyes y jurisprudencia.

En la doctrina francesa, sus más acreditados representantes, Planiol y Ripert dicen que la acción de deslinde es una acción real, inmueble, regulada por reglas particulares y que no debe confundirse con la reivindicatoria. En efecto, a) en aquélla cada una de las partes desempeña el papel de actor y demandado a la vez, debiendo, en consecuencia, demostrar sus derechos; b) el que la entabla no ha de justificar su propiedad sino por la presunción que va unida al hecho de la posesión; c) el juez podrá fijar la línea de separación de los terrenos aun en contra de lo que resulta de la posesión actual de las partes, mediante documentos o señales, el estado de los lugares, la configuración de las tierras respectivas,

hechos todos que revelan que el actor no vencería al poseedor si entablara la acción reivindicatoria; d) además (en Francia) ambas acciones caen bajo distinta competencia judicial.

Sin embargo, afirman ambos autores, de hecho, las dos acciones resultan a veces difíciles de distinguir, ya que el deslinde, que por sí es una operación muy sencilla, se complica con una cuestión sobre la propiedad, por pretender cada una de las partes una porción de terreno que el contrario le niega. ¿Cómo determinar en tal caso, si se trata de una acción de deslinde o de una acción reivindicatoria? La cuestión presenta interés, especialmente desde el punto de vista de la competencia: el criterio que rige es: la acción de deslinde no desaparece aun cuando en definitiva se resuelva en el abandono o desistimiento del exceso de terreno que posee uno de los vecinos: se transforma en acción reivindicatoria únicamente cuando hay litigio sobre la propiedad, o sea, cuando una de las partes reclama la propiedad de determinadas porciones de los terrenos que van a delimitarse, bien sea en virtud de títulos, bien en virtud de la prescripción.

La competencia del juez de paz no queda restringida a la colocación de los mojones en los límites ciertos y reconocidos; también implica la investigación y fijación de aquellos límites que sean inciertos, mediante títulos, documentos del pleito o de la medición, así como la distribución proporcional entre las partes del déficit o del exceso que resulte entre los terrenos y su capacidad, de acuerdo con los títulos.

También subsiste la competencia aunque una de las partes invocara la posición actual como base del deslinde, ya que esto no equivale a discutir la propiedad ni los títulos. Ni aun es causa para derogar esa competencia el hecho de que una de las partes pretenda tener la propiedad de una porción del terreno, cuando tal pretensión no se base en un título de adquisición o en la prescripción.

Por el contrario, la competencia pasa a los Tribunales civiles si se reclama la propiedad de alguna porción de los terrenos que se van a deslindar, bien sea en virtud de un título especial de adquisición, como una venta o donación, bien por la prescripción.

Entre los autores alemanes, Wolf opina que las demandas en que se reclame la propiedad serán desestimadas si previamente no se han fijado los límites exactos de la cosa reclamada. En los casos de confusión de límites, todo vecino tiene derecho a reclamar el deslinde, derecho que representa una *pretensión de derecho público* dirigida a que el juez establezca los límites. No se extingue ni por renuncia, ni por transcurso del tiempo, ni por prescripción. El deslinde es una transformación de la propiedad posible en propiedad efectiva que se basa en la probabilidad o en la equidad. Con frecuencia la acción de deslinde se acumula a la de constatación de la propiedad (declarativa), haciéndose valer sólo subsidiariamente para el supuesto de que no prospere la demanda de propiedad.

De Page, en su obra sobre el derecho civil belga, dice: Sabemos que la propiedad, como todo derecho real, supone un objeto preciso, determinado; por tanto, no se pueden reivindicar más que cosas precisas y determinadas. En consecuencia mientras que las partes no se disputen una extensión definida de terreno, mientras que estén simplemente en desacuerdo sobre los límites resultantes de sus títulos o de la posesión, es decir sobre el deslinde, no hay reivindicación.

En la doctrina italiana, Ruggiero cree que la acción de deslinde es una acción de carácter real que se resuelve en una especie de reivindicatio; Pacifici-Mazzoni, Gianturco y Chironi juzgan que tomará el carácter de la acción reivindicatoria cuando el que la ejercita se proponga recuperar, mediante la rectificación de confines, una parte de su fundo, que el vecino ha poseído exclusivamente. Venzi y Bianchi creen que el criterio decisivo para la distinción entre la acción de deslinde y la reivindicatoria consiste no tanto en que se determine o no la parcela de terreno, respecto de la cual se litiga, como en la circunstancia de que la parcela sea poseída o no por el demandado.

En España, Traviesas cree que la acción de deslinde puede ser reivindicatoria si el propietario, como tal, pretende obtener con el deslinde la posesión que tenga otro, y no él, en el terreno deslindable. Pérez Ardá las distingue por haber de entablarse necesariamente o no por el propietario, por la necesidad de demostrar o no la identidad de lo reclamado y por haber de dirigirse o no contra un detentador.

En cuanto a las españolas, la ley 52 del título 2.º de la Partida 3.ª, decía refiriéndose a la acción reivindicatoria: «el actor debe decir señaladamente en qual lugar es, e nombrar los mojonos, e los linderos della». Con ello la separa decisivamente de la *finium regundorum*. También la Novísima Recopilación en la ley IV del título IV del libro XI afirmaba que para que prospere la acción reivindicatoria es preciso «declarar el lugar dó está y los linderos».

El Código civil no se ocupa de los requisitos de la reivindicación, ni de distinguir estas acciones y es el Tribunal Supremo el que en varias sentencias anteriores y posteriores al Código civil afirma que para que proceda la reivindicación de una finca es indispensable determinarla en la demanda señaladamente y con precisión, fijando su situación, cabida y linderos, y demostrar durante el juicio que las fincas demandadas son las mismas a que se refieren los documentos, títulos y demás medios de prueba en que el demandante funde su reclamación.

También dice que la identidad de la finca es cuestión de hecho no susceptible de casación.

Sin embargo, no obsta la circunstancia del error que se haya podido cometer señalando al inmueble un límite equivocado al hacer el deslinde.

A base de lo hasta aquí dicho procuraremos fijar las diferencias

entre ambas acciones, distinguiendo primero entre las que llamaremos diferencias procesales y diferencias materiales.

Diferencias procesales (en base a los arts. 384 y siguientes del Código civil).

A) La reivindicatoria sólo puede ser ejercitada por el dueño de la finca, mientras que para la de deslinde están también legitimados los que tengan sobre ella algún derecho real.

B) Además la reivindicatoria se dirige contra quien posea la cosa discutida, mientras que la de deslinde impone la citación de todos los dueños de los terrenos colindantes y de los que según el Registro tengan derechos reales sobre las fincas a deslindar.

C) En la reivindicatoria es precisa la previa delimitación de linderos para la mejor identificación de la cosa demandada mientras que precisamente en la de deslinde lo que se busca es señalar y fijar estos linderos.

Diferencias materiales.

A) La acción de deslinde no se emplea para discutir derechos, sino hechos materiales, y en este sentido, sólo después de empleada y aclarados los límites de una finca, puede, en base de los resultados obtenidos en ella, intentarse la reivindicación.

B) El deslinde puede no suponer litigio y acudirse simplemente al arbitraje del juez, a través de la jurisdicción voluntaria, para que sea una persona de imparcialidad garantizada el que fije las separaciones, pudiendo en realidad acudirse a cualquier otro para que en arbitraje privado realice el deslinde; en cambio, la reivindicación supone siempre litigio, cuestión empeñada entre dos personas acerca de la propiedad de una cosa.

En definitiva, siempre que al intentarse la reivindicación de un terreno, sus límites no estén claros, creemos que previamente o bien mediante la oportuna acumulación de acciones deben determinarse los lindes y sólo cuando el objeto del dominio esté perfectamente claro, se acudirá a la reivindicación. En la realidad diaria no se procede así y de ahí resulta la confusión práctica entre ambas, confusión remediable mediante la separación tajante de ambas acciones en el plano procesal, procurando se ejerciten separadamente y no admitiendo ninguna reivindicación de propiedades si no están perfectamente señalados los linderos en la demanda.

I. NOTICIAS

Curso de Conferencias sobre derecho urbanístico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

La promulgación de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en 12 de mayo de 1956 ha suscitado la publicación de una ya extensa serie de estudios sobre la misma y entre los que sobresalen los de Roca Sastre y Fuentes Sanchiz, en el último Congreso del Derecho registral, de López de los Mozos y Martín Blanco, en la Revista de Derecho privado, y Gullón Ballesteros, en las publicaciones de la Universidad de Sevilla.

No ha querido estar ausente de estas preocupaciones la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sino que a través de su Secretario don José Antonio Ubierna, encargó sendas conferencias sobre la materia a los letrados Romay Beccaria y Sanz Boixareu, que prestan sus servicios en la Gerencia de Urbanización del Ministerio de la Vivienda.

Bajo el título «Expropiación Forzosa y Política del Suelo», José Manuel Romay pronunció su documentada disertación, en la que señaló su postura ante el concepto del Derecho, siguiendo las directrices del profesor Alvaro D'Ors, como razón justificante del contenido de las dos conferencias que han integrado el curso. Ninguna de las dos señaló el conferenciante «son el resultado de profundas y laboriosas lucubraciones teórico-doctrinales más o menos desarraigadas de la realidad, sino genuinas opiniones «iuris» nacidas del estudio de casos concretos» fruto de «preocupaciones e investigaciones jurídicas en dos años de servicio al Ministerio de la Vivienda, en la Gerencia de Urbanización.

No son ajenas entre sí la Política y el Derecho, pues ambas ciencias tienen como objeto la realidad social, de aquí que, como señaló Romay, «de la solución del problema del suelo urbano dependa la realización de los planes nacionales de vivienda... y en menor medida los planes de desarrollo industrial».

«La libre disposición y retención por sus propietarios de terrenos circundantes a los núcleos de las poblaciones y con destino urbano o industrial da lugar, cuando menos, a dos fenómenos de graves consecuencias: el precio especulativo de los terrenos y las proliferación de antieconómicas e insuficientes urbanizaciones aisladas.»

De aquí pasó el conferenciante a examinar la teoría del precio justo, según la Doctrina social de la Iglesia y las enseñanzas de Fisiócratas y Clásicos. Con especial detenimiento se ocupó de estas últimas, las que, no obstante, el optimismo de sus autores, calificó de falsas, pues las Leyes que rigen la Economía, según el liberalismo, son extrajurídicas y

como tales neutras al Derecho. De igual modo que los precios efectivos, determinados según las Leyes del liberalismo, no son siempre precios justos; aún más probablemente no lo son casi nunca; el precio formado en un monopolio absoluto nos brinda una muestra de precio inicuo.

A la pregunta, ¿a qué tipo de mercado da lugar el suelo en cuanto bien económico?, el conferenciante respondió: «En primer lugar, el suelo no es una mercancía en sentido estricto; constituye propiamente el más típico de todos los recursos naturales, la base de asentamiento o espacio vital primario de toda economía.

Por otra parte, añadió, su calidad de bien económico irreproducible e inextensible aboca irremediablemente a una crisis de oferta allí donde la demanda se multiplica debido a fenómenos de concentración demográfica; y, en su consecuencia, en todos estos casos la situación del suelo convierte fatalmente a su propietario en un monopolista natural, lo que le permite exigir precios altamente superiores a los razonablemente admisibles por la normalidad del sistema económico, al mismo tiempo que le deja libertad para realizar urbanizaciones aisladas, lamentablemente insuficientes, porque sólo sectores completos permiten una urbanización suficiente. Por todo ello, estimó José Manuel Romay, la amenaza que estas situaciones entrañan para los intereses públicos, exigen la adopción de las adecuadas medidas correctoras.

Pasando al terreno de la legalidad vigente, el conferenciante estimó que la Ley del Suelo ofrece marco suficiente para que las mencionadas medidas, de índole intervencionista, puedan desplegar su eficacia que no ha de ser indefinida en el tiempo.

La Ley del Suelo, desechando los módulos de capitalización del líquido imponible y del valor en venta, salvo que se trate de valores urbanizados, pretende que las valoraciones que se realicen en la vía expropiatoria correspondan a fundamentos objetivos, ya sean sus beneficiarias entes públicas e incluso los particulares.

Exige el sistema expropiatorio urbanístico que el polígono delimitado corresponda a sectores comprendidos en el *Plan General de Ordenación Urbana*. Ahora bien, puntualizó el conferenciante, dado que el planeamiento urbanístico general de nuestras ciudades no es de fácil improvisación, los artículos 57 y 58 de la Ley del Suelo señalan «como normas subsidiarias las que en su caso dicte la Comisión Central de Urbanismo» (Consejo Nacional en el texto).

Ahora bien, estas normas no pueden producir todos los efectos de los Planes de Ordenación, como de una argumentación a contrario sensu pudiera deducirse, pues, además de que no contendrán todas las determinaciones que para estas prevé el artículo 9.º de la Ley, significaría una disminución de garantías para los particulares, los Municipios y Diputaciones y para la propia Administración, al suprimir los trámites imprescindibles de información pública y audiencia a la Corporación local afectada.

Por otra parte, es de advertir, concluyó, la utilización del sistema expropiatorio de la Ley del Suelo lleva implícita, por lo demás, la posibilidad de seguir el procedimiento de tasación conjunta regulado en el

artículo 122. Con arreglo a este sistema la intervención del Jurado es sustituida por la de la Comisión Central de Urbanismo.

La segunda de las conferencias apuntadas versó sobre *Problemática jurídica del Sistema de Expropiación* y en ella Pedro San Boixareu, siguiendo anteriores reflexiones de José Manuel Romay desarrolló con abundante argumentación doctrinal, jurisprudencial y jurídico-positiva los problemas concretos que puede presentar la expropiación con fines urbanísticos y orgánicamente regulada por la vigente Ley del Suelo. Pero antes de ocuparse de lo específico del tema, quiso San Boixareu sentar las bases para la elección de cualquiera de las fórmulas de actuación urbanística que señala la Ley --compensación, cesión de viales, cooperación y expropiación, y aun cuando estimó que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso-- en ello radica la oportunidad administrativa, se ocupó más detalladamente del sistema de expropiación, el cual aparece regulado en la Ley non sólo en su aspecto sustantivo --criterios objetivos para la valoración de los terrenos-- sino también en cuanto al procedimiento, singularmente el de tasación conjunta.

Ahora bien --añadió-- existe una completa independencia entre los aspectos sustantivos y procedimentales de la expropiación urbanística, pues los criterios de valoración establecidos en la Ley del Suelo habrán de aplicarse cualesquiera que sea el órgano expropiante, la causa que legitime la expropiación y el procedimiento empleado, por constituir esta Ley el estatuto jurídico unitario y básico del suelo. Dichos criterios plantean los problemas, entre otros, de si son válidas a efectos de la Ley del Suelo, las calificaciones jurídicas que otras normas realizan para fines distintos de los de aquella, por ejemplo, calificación de finca urbana por las Leyes de arrendamiento o de finca registral como unidad jurídica sometida a tratamiento homogéneo.

El sistema especial de expropiación regulado en la Ley del Suelo tiene, entre otras características, la legitimidad sustancial que supone la aprobación del proyecto de delimitación de un polígono de expropiación; además, señaló el conferenciante, la Ley del Suelo establece una novedad respecto de la causa sucesiva de la expropiación urbanística, la constitución de reservas de suelo que detengan la especulación de los terrenos.

Por otra parte, añadió Sanz Boixareu, dentro de la fase de la valoración de los bienes expropiables se plantea el problema de la eficacia del procedimiento de tasación conjunta ante lo esquemático de su regulación establecida en el artículo 122 de la Ley del Suelo, que puede ampliarse con carácter general al conjunto normativo de la referida Ley, en cuyo examen se detuvo el conferenciante, pronunciándose por la tesis afirmativa; con gran detalle de argumentación doctrinal y jurisprudencial examinó en esta parte de la conferencia el paralelismo del procedimiento de expropiación forzosa de la Ley del Suelo con el establecido en la Ley de 26 de diciembre de 1954, sobre todo en lo referente al procedimiento de expropiación especial por zonas o grupos de bienes, que aunque a primera vista aparecen similares guardan esenciales diferencias.

La última parte de esta documentada conferencia estuvo dedicada al examen de los criterios valorativos de la Ley del Suelo y sobre todo al

examen de las calificaciones jurídicas que la misma plantea, pronunciándose el conferenciante, siguiendo el criterio finalista, por el de independencia de los criterios establecidos por la Ley del Suelo respecto de las demás leyes.

En cuanto a la valoración de los elementos ideales expropiables, el conferenciante con gran sutileza señaló que mientras que las titularidades jurídicas deben tener una valoración interdependiente, de forma que la suma de todos ellos no supere nunca al valor del fundo, sobre que recaigan, considerando en su conjunto, por el contrario, cuando se trate de indemnizar interés o perjuicios materiales —por ejemplo, la pérdida de una clientela—, deben valorarse éstos independientemente.

Luis ALCÁZAR

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

“Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”. Núm. 1 (1959). 464 págs.

Al aparecer este primer volumen, de metas ambiciosas, hemos de dar cuenta del mismo a los civilistas por la significación que tiene en sus contribuciones de Derecho internacional privado; según se expone en sus propósitos, pretende reflejar los aspectos doctrinales, bibliográficos y corporativos propios del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y de sus miembros y asociados, así como en general de nuestra gran Comunidad de Naciones, dispuesta en los Estatutos de Quito y aprobados por el III Congreso.

Entre los fines del Instituto, que se señalan debía figurar la edición de una obra en la que quedara reflejada no sólo la labor corporativa del organismo científico, sino que sirviera así de noticiario de los trabajos llevados a cabo en los Congresos, tanto para sus miembros y asociados como para la opinión científica mundial y que, además, fuera muestra de otros dos aspectos: el doctrinal, propio de los autores de todos los países que integran la comunidad Hispano-Luso-Americano-Filipina, de forma que pudiera ser empleado como altavoz del alcance universal para la exposición de las doctrinas de Derecho internacional público y privado de todos ellos; otro, el bibliográfico, consistente en poner de manifiesto para los internacionalistas de otras lenguas, la riqueza y abundancia de obras y estudios publicados en español y portugués, sobre todo la problemática de aquellas disciplinas jurídicas.

Hay que destacar sus finalidades, cuales son “desarrollar la solidaridad entre los juristas de nuestra Comunidad, mediante el acercamiento y el intercambio intelectual de todos los cultivadores del Derecho Internacional público y privado; cultivar y difundir la doctrina de la Escuela clásica española de Derecho Internacional, que, por su espíritu cristiano y por la filosofía jurídica que la informa, ha ejercido eficaz influencia en la evolución del Derecho de Gentes, como, asimismo, todas aquellas concepciones modernas del Derecho Internacional que contribuyan al mantenimiento de la paz y de la justicia entre los pueblos”.

Este primer volumen se compone de una sección doctrinal en la que se incluyen 16 trabajos monográficos; una sección bibliográfica sobre estudios, noticias y listas; otra que se dedica a reseña de libros; un noticiario del Instituto con textos, actividades y documentación gráfica.

J. B.

BERNER KOMMENTAR: "Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht.. I. Einleitung und Personenrecht. 1.^o Einleitung (Art. 1-10 ZGB). Bern., 1962. Editorial Stampfli y Cía. Un volumen de 774 págs.

Con motivo de festejar los cincuenta años de vigencia del Código civil suizo, un grupo de prestigiosos civilistas se propusieron hacer unos amplios comentarios a este fundamental cuerpo legal. La labor comenzada, y ahora conseguida, en esta primera parte del tomo primero, es altamente meritoria y de gran alcance. Con el empleo del método histórico-sistemático, los diversos autores que colaboran (Liver, Meier-Hayoz, Merceuz, Jäggi, Huber, Friedrich y Kummer) han realizado unos estudios sobre los primeros 10 artículos del Código civil, que resultan de una información completa y de un trabajo exhaustivo.

Después de una introducción, donde se encuadra el movimiento codificador europeo, comienzan los comentarios a los artículos del Código civil. El orden expositivo es el siguiente: el texto legal del artículo a comentar; dicho texto en lengua alemana va distinguido en letra gruesa; a doble columna, el mismo texto se expone en los idiomas francés e italiano; a continuación, se da el índice de la exposición sistemática de la materia comprendida en dicho artículo. Se comienza por dar una literatura comparada exhaustiva sobre tema (alemana, austríaca, francesa, italiana y suiza, con algunas referencias al Derecho anglosajón y al Derecho internacional) y se pasa al comentario legal y jurisprudencial de la serie de cuestiones que plantea cada materia.

En definitiva, una obra fundamental, escrupulosamente realizada, que nos da una idea muy precisa del próspero estado de desarrollo de la civilística suiza.

JOSÉ BONET CORREA

CUYAS, Manuel: "La buena fe en la prescripción extintiva de deudas". Roma, 1962. Libreria Editrice dell'Universita Gregoriana. Un volumen de XXVII + 256 págs.

Estamos ante el estudio sobre uno de los cánones del antiguo *Corpus Juris Canonici*, promulgado por el Concilio Lateranense IV y que recoge actualmente el canon 1.512 del *Codex Iuris Canonici*.

El canon entraña serias dificultades tanto en su extensión como significado; ante la imposibilidad de abordarlas todas, el autor nos dice que se decidió por consagrarse únicamente al problema de la buena fe en la prescripción extintiva de deudas. Aquí se toma la palabra "deuda" en un sentido más restringido, es decir, reducida al terreno de las obligaciones, dejándose aparte las de carácter penal y las servidumbres.

Igualmente, el estudio se concreta a un período histórico determinado: el que va desde el Concilio Lateranense IV (1215) a la muerte de Bartolo (1357), ya que desde 1215 a 1357 poquísimos autores se han propuesto expofeso el problema de la buena fe en la prescripción de las deudas.

Para la elaboración de este trabajo, se ha seguido el método escolástico de casos, dado que el autor se da cuenta de que la enunciación general de un principio no se puede concluir; por lo que le hace preciso analizar las diversas estructuras jurídicas a través de la opinión de los autores. Para ello, se hace un examen muy atento de los diversos autores con objeto de llegar a concluir una tesis más general en sus referencias, respecto al foro civil y al foro canónico.

Estamos ante un estudio muy completo, honradamente trabajado y lleno de datos y sugerencias.

JOSÉ BONET CORREA

DEUSS, Peter: "Das Auskunftsrecht des Aktionärs". München und Berlin, 1962. Editorial C. H. Beck. Un volumen de XII + 381 págs.

El derecho de información que tienen los accionistas en la Junta general de las sociedades anónimas, según el párrafo 112 de su Ley fundamental, se trata ahora por el Doctor Deuss como un importante problema que se presenta ante la proyectada reforma legislativa que se prepara en la República Federal Alemana.

El mayor significado que cada día va adquiriendo la cualidad de accionista, según una política económica consciente y alentada por el Gobierno, ha llevado a hablar de una mayor intervención en la administración de la sociedad y a un renacimiento de las Juntas generales.

El autor, después de una introducción, divide su estudio en tres capítulos: el primero trata del desarrollo histórico del Derecho de información, su normación vigente y su aplicación práctica; el segundo, se refiere a la posición jurídica de los accionistas en la actual realidad del Derecho de la sociedad anónima; el tercero, expone la sugerencia para la reforma del derecho de información bajo la consideración de los presupuestos hasta ahora conocidos, especialmente del Proyecto del Ministerio Federal y del Proyecto del Gobierno Federal sobre la nueva Ley de sociedades anónimas.

Se concluye esta obra densa, llena de conocimientos y experiencias, con una completa bibliografía sobre la materia y con un práctico y útil índice de materias.

JOSÉ BONET CORREA

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: "Jurisprudence de Droit Uniforme (Uniform Law Cases)". 3-4 (Milano, 1961). 221 a 140 págs. Editorial A. Giuffrè.

El "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", con sede en Roma, realiza una labor altamente meritoria al reunir en una publicación periódica trimestral algunos estudios monográficos o comentarios legales en el ámbito de las leyes uniformes y al darnos una con-

pleta noticia de la jurisprudencia que se va produciendo en torno a estos textos legales de aprobación convencional.

Este fascículo, correspondiente al cuarto trimestre del año 1961, contiene en su sección doctrinal un estudio de Prodromides sobre la interpretación jurisprudencial del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, sobre los conocimientos marítimos.

En la sección jurisprudencial, se advierte interesantes sentencias sobre el Convenio de Bruselas de 1924 citado, en torno a las averías, sobre el campo de aplicación del convenio, competencia, conocimiento, deliberación, falta náutica, incendio, mal estado de las mercancías, navegabilidad y responsabilidad del transportista. También se incluye una sentencia sobre el Convenio de Bruselas de 1926 acerca de los privilegios e hipotecas marítimas. En torno al Convenio de Varsovia de 1929, sobre el transporte aéreo internacional se destacan tres sentencias: en cuanto a su ámbito de aplicación en Laos y el Viet-Nan, daños producidos en la escalera de un avión, indemnización en francos-oro y el problema de su conversión, así como la prueba acerca de la responsabilidad del transportista. El Convenio de Ginebra de 1930 sobre letras de cambio y títulos a la orden, produce sus decisiones, en su mayor parte, sobre el aval y la letra de cambio. Por último, se recoge la jurisprudencia del Convenio de Ginebra de 1931 sobre cheques.

JOSÉ BONET CORREA

**INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT
PRIVE: "Jurisprudence de Droit Uniforme (Uniform Law Cases)".**
1-2 (Milano, 1962). 1 a 207 págs. Editorial A. Giuffré.

La publicación bilingüe (en francés e inglés) del "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", nos ofrece otra de sus valiosas publicaciones, la correspondiente al primer trimestre del año 1962, donde se contienen las sentencias sobre los Convenios de Derecho Uniforme habidas hasta la actualidad.

La sección jurisprudencial alcanza la totalidad de este fascículo. En primer lugar, hay que mencionar las interesantes sentencias sobre el Convenio de Bruselas de 1924, sobre el conocimiento marítimo, acerca de la acción en responsabilidad, las averías, el campo de aplicación del Convenio, sobre las cláusulas indicadas en el conocimiento, competencia, descarga, fortuna de mar, navegabilidad, vicios en la mercancía, transportista, etc.

Se añaden, igualmente, las sentencias correspondientes al Convenio de Varsovia de 1929 sobre el transporte aéreo internacional, el Convenio de Ginebra de 1930 acerca de la Ley uniforme (Anejo I) sobre letras de cambio y títulos valores, y el Convenio de Ginebra de 1931, que contiene la Ley uniforme sobre los cheques.

Una colección de estimable valor para los comparatistas y, en general, para el jurista, en los momentos actuales, que, ante los contactos intensos

del hombre de hoy, se coloca frente a un panorama más amplio y dilatado para un arreglo de los conflictos de intereses.

JOSÉ BONET CORREA

KERNENERGIERECHT. Texto elaborado y traducido por el "Instituto de Derecho Internacional" de la Universidad de Göttingen. Editorial Gersbach und Sohn Verlag, München, 1960. Cuatro cuadernos de 155, 63, 121 y 103 págs., respectivamente.

El "Instituto de Derecho Internacional", de la Universidad de Göttingen, se ha propuesto, desde hace varios años, reunir el material legislativo que se refiere al ámbito de la energía atómica de los diversos Estados del mundo actual, con objeto de ofrecerlos al uso de la práctica y del estudio de los científicos alemanes.

Bajo la dirección del profesor Erler, se hacen estas publicaciones, en texto traducido al alemán, sobre las normas legislativas referentes a la energía atómica de aquellos Estados que ya se han pronunciado jurídicamente. Así, el primer cuaderno se refiere a la legislación inglesa, en el que se encuentran normas sobre las condiciones, las licencias, la responsabilidad y los seguros de las empresas privadas que manejan y utilizan la energía atómica. El cuaderno segundo reúne la legislación canadiense; el tercero recoge la legislación belga, y el cuarto está dedicado a la legislación nuclear de la Alemania occidental.

De este modo, se pone en manos del gran público alemán una serie de materiales legislativos que no son de fácil reunión y conocimiento. Para una labor de Derecho comparado, la publicación de estos cuadernos es de gran estima y valía.

JOSÉ BONET CORREA

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "Estudios de Derecho matrimonial. Publicaciones de la Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra. Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1962; 296 págs.

Hay una zona en el Derecho civil español que corría el riesgo de quedar sin cultivadores: el Derecho matrimonial personal que, dado el sistema del artículo 42 C. c. y la realidad religiosa en España, es el supuesto estadísticamente dominante. El riesgo no sólo procedía de requerir matices técnicos y metódicos distintos a los adoptados para el Derecho patrimonial, sí que también de que los civilistas lo considerásemos materia ajena y, a imagen virtual del pretendido *renvoi* del artículo 75 del Código, glosásemos la pretendida "norma en blanco" con un "capítulo en blanco", de simple *renvoi* a los Tratados de Derecho canónico.

Juzgo que el resultado de este comportamiento científico sería insatisfactorio: faltaría homologación crítica con el tratamiento del matri-

monio civil, cambiaría el punto de vista y la finalidad de los respectivos estudios y, en el mejor caso, quedaría pendiente de inserción en aquellos Tratados de la reglamentación civil—que, aun fragmentaria y accesoria, tiene cierta entidad—del matrimonio canónico. Además, las cuestiones generales conjuntas (que forman el substracto de lo que llamamos "sistema matrimonial") resultarían abordadas o con poca profundidad o con falta de claridad al quedar orillado uno de los dos puntos de referencia.

Afortunadamente para todos, no ha sucedido así: es un hecho fácilmente constatable el florecimiento de los estudios, no ya sobre "Derecho matrimonial canónico", sino sobre "Derecho civil del matrimonio canónico", ya que los artículos 42, 75, etc., del Código no significan muralla o frontera, sino puerta de comunicación y acceso. El libro de Enrique Lalaguna es una prueba más de esta satisfactoria realidad.

Se reúnen en él cinco estudios publicados en diferentes sedes durante los dos últimos años; pero con la particularidad editorial de subseguir a cada uno de ellos nota informativa y crítica de la doctrina y jurisprudencia sobre el respectivo tema, posteriores a la primera versión: con ello el libro nace totalmente al día en cada materia.

El primer estudio—*El artículo 51 del C. c. y los conflictos de doble matrimonio*—aborda el difícil problema de las subsiguientes nupcias, que, en cuanto a las civiles y canónicas, son de planteamiento posible no sólo por la anterior vigencia de la ley de matrimonio civil, sino también por la solución legal dada para el matrimonio de los apóstatas. Problema difícil en el campo de la realidad social y jurídica en que se plantea y difícil también por las varias antinomias que se acusan entre el artículo 51 y otros preceptos del Código, sobre todo el artículo 76 en relación con el 75. Lalaguna lo aborda con singular hondura y propone una solución—la ineficacia relativa—que tiene el mérito de evitar la prevalencia de uno de los dos términos antitéticos, y no ser tampoco una solución de equidad sin base textual y técnica, sino, por el contrario, una solución orgánica—dentro de la organicidad del sistema—que, contando con los preceptos en liza, no hace inútil a ninguno de ellos. Solución que será discutible, pero extraordinariamente bien fundada y que supone una aportación positiva muy notable.

En el segundo de los estudios—*Matrimonio de los españoles celebrado en el extranjero en la forma de la "lex loci"*—se aborda otro problema tan grave como el anterior (ya que, en nuestro sistema, el matrimonio civil es sólo posible a los contrayentes acatólicos) y quizá más frecuente, dada la facilidad creciente de las relaciones internacionales. El autor admite la relevancia de las formas locales para los españoles acatólicos; pero sostiene que, por ser la acatolicidad cuestión de fondo, el matrimonio no será eficaz en España hasta que resulte acreditada. Merece destacar aquí el manejo de las jurisprudencias alemana y francesa en que entra en juego nuestro Derecho matrimonial.

El tercer estudio—*Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes*—comenta la S. del T. S. de 21 de octubre

de 1959. Pero, en su entidad, es algo más que un comentario jurisprudencial y constituye un estudio doctrinal completo del tema anunciado por su rúbrica.

El cuarto—*El matrimonio como acto jurídico formal*—, de carácter más dogmático y general que los anteriores, supone, empero, una aportación muy luminosa para el enjuiciamiento del sistema matrimonial español, después de la reforma de 1958; porque el sustituir la Ley de 24 de abril, en el artículo 42, el término “formas” por el de “clases”, no sólo depura su terminología, sino que desplaza la cuestión de la “forma” a la “naturaleza” del matrimonio. Por ello, el análisis comparativo que Lalaguna realiza entre el régimen jurídico secular y el canónico en tema de “forma de celebración”, tiene, a mi juicio, un especial interés civilístico.

En el último estudio—*El matrimonio civil ante el Derecho canónico*— se precisa la noción de “inexistencia” canónica del matrimonio civil (no se olvide el innegable origen canónico de la categoría “inexistencia”). Es, en cierto modo, como la coronación armónica de los anteriores, pues tal noción es clave que sirve de presupuesto crítico para el tratamiento de las situaciones de doble matrimonio, etc.

Esta última observación conduce necesariamente a otra de carácter más general: el libro que aquí se recensiona no es una simple colección de estudios, sino que tiene una cierta y triple unidad: sistemática, metodológica y teleológica.

Los temas tratados—sin duda, los más arduos de nuestro Derecho matrimonial—requerían un tratamiento monográfico que el autor ha mantenido con pulso firme, evitando a la par el doble peligro de la visión microscópica y la exposición farragosa, precisamente a base de aquella unidad, encuadrando las cuestiones en una amplia perspectiva sistemática en la que lo monográfico adquiere preciso perfil y función orgánica, dando a los planteamientos y soluciones la concreción debida al propósito realista del autor y la funcionalidad doctrinal correspondiente a su gran formación. Por lo demás, ha demostrado exquisito interés—en lo científico, la claridad es cortesía—por no interrumpir la línea de su pensamiento con materias afines u opiniones contrarias que ha desplazado a las notas; ello explica la extensión de algunas de ellas.

Debo, todavía, destacar otro aspecto del libro: el cuidado que pone su autor, tratando temas que requieren la incursión en el campo canónico, para mantener el deslinde entre los presupuestos normativos canónicos—objeto de reconocimiento por la ley española—y el campo propiamente civil en que se plantean y resuelven las cuestiones.

El método de trabajo me parece correcto y encomiable: bibliografía exhaustiva, construcciones doctrinales plegadas a la realidad normativa, manejo oportuno de los precedentes (en especial, la discusión parlamentaria del C. c.) y de la jurisprudencia (también la llamada “menor” con citas de algunas resoluciones inéditas), y una ponderación de juicio que es signo evidente de madurez.

LEVY-BRHUL, Henri: "Sociologie du Droit". Colección "Que sais-je?", núm. 951. Presses Universitaires de France. Paris, 1961; 128 págs.

La conocida colección "Que sais-je?" cumple una laudable finalidad de divulgación cultural, y no raramente dedica algunos números a temas jurídicos de cierto interés general; cuando la redacción del volumen se ha encargado a una personalidad en el campo del Derecho, el resultado suele ser la aparición de una pequeña joya, de ese género cultivado con tanto éxito por los franceses y en el que se conjugan interés, amenidad, actualidad y cierta profundidad en las cuestiones tratadas.

Es conocida la concepción que del Derecho sustenta el profesor parisino Henry Lévy-Brhul, expuesta hasta ahora en diversos trabajos de investigación, últimamente recogidos en el volumen "Aspects sociologiques du Droit" (Paris, 1955), y por primera vez desenvuelta en forma orgánica y sistemática en el volumen que recensiamos.

El título, sin embargo, puede prestarse a confusión. Aunque todavía no se ha hecho claridad en esta materia, después de los trabajos de Treves parece que pueden diferenciarse: la Sociología del Derecho, labor preferente de sociólogos, que se ocuparía del Derecho como un fenómeno social más; la concepción sociológica del Derecho, doctrina sostenida por algunos juristas acerca del origen y naturaleza de la norma jurídica; finalmente, la Jurisprudencia sociológica, o sea, la aplicación del método sociológico a alguna rama del Derecho, incluso por quienes no son partidarios de la concepción sociológica del Derecho. Pues bien, en el presente volumen no se hace suficiente distinción entre los aspectos indicados, si bien objeto fundamental del mismo parece ser la exposición de la personal concepción sociológica del Derecho sustentada por su autor; el título, así, puede desorientar.

Con anterioridad, Lévy-Brhul había expresado su propósito de integrar las cosas jurídicas en el vasto conjunto de cosas sociales, mostrando que no son fundamentalmente distintas de ellas, mejor aún, que el Derecho es la actividad social por excelencia; y si se está convencido de esta verdad se deducirá que el método a seguir no puede ser diferente del practicado en las otras ciencias sociales. Ahora escribe (pág. 21) que para el sociólogo el derecho es ante todo un fenómeno social, que el autor define como "el conjunto de reglas obligatorias que determinan las relaciones sociales impuestas en todo momento por el grupo social a que se pertenece"; estima Lévy-Brhul que la concepción marxista del Derecho ha preparado el camino a esta concepción sociológica del mismo; sostiene el carácter esencialmente provisional de las reglas de derecho: "puisque le groupe change, le droit change", y así constata que "no existe, por decirlo así, ningún principio de derecho que sea universal y eterno" (pág. 32), y que "en sí mismo, ningún acto humano es inocente o delictivo" (pág. 33); al hablar de la influencia de la religión sobre el derecho, considera, frente a Biondi, que la influencia del cristianismo sobre el Derecho romano ha sido poco sensible.

No parece que el profesor Lévy-Brhul se haya liberado de los prejuicios del viejo sociologismo jurídico, hoy en gran parte superados, y

no deja de sorprender que en una colección dirigida al gran público se haya insertado una obra parcial y de tendencia como la presente.

De mayor interés y utilidad pueden ser las páginas dedicadas a los diferentes métodos sociológicos de observación, estadística, encuesta y comparación jurídica.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LUNA SERRANO, Agustín: "El patrimonio familiar", con prólogo de F. de A. Sancho Rebullida, Roma-Madrid, C. S. I. C., 1962 (285 págs.).

El "Instituto Jurídico Español en Roma", que dirige el Prof. D'Ors, inicia con esta bien lograda monografía del Dr. Luna Serrano una serie de Derecho agrario dentro del ámbito del Derecho comparado, a cuyo estudio dicho Instituto, dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, viene dedicando parte de su fecunda actividad.

El Derecho agrario constituye hoy uno de los temas fundamentales en la preocupación de los juristas. Todo confluye a darle una especial importancia. De ahí el interés de las futuras publicaciones de los "Cuadernos del Instituto Jurídico Español" de la Delegación de Roma. Y ninguna materia tan central había como la del patrimonio familiar para abrir la nueva serie anunciada.

Las tendencias del Derecho agrario español se dibujan en el sentido de reorganizar la propiedad rural mediante la creación de explotaciones agrícolas típicas y en la concentración en el cultivador de la titularidad de los derechos sobre los fundos. A esas tendencias realistas y sociales responde, sin duda alguna, la Ley española de 15 de julio de 1952 sobre patrimonios familiares creados por el Instituto Nacional de Colonización, objeto del libro que comentamos.

La estupenda formación jurídica de Agustín Luna como civilista y su decidida vocación específica como agrarista, le han permitido estudiar a fondo las normas que determinan el especial régimen privado del patrimonio familiar y que entran en vigor a partir del momento de su constitución, aplicando a ellas los principios generales del Derecho agrario y contrastándolas con las normas del Derecho común español y de los llamados Derechos forales.

Dada la índole y el carácter preferentemente privado que el autor ha querido dar a su libro, omite un estudio pormenorizado de las normas administrativas de creación del patrimonio familiar, así como de algunas particularidades procesales relativas a este instituto. La omisión, existiendo ya la obra de Agúndez, que versa principalmente sobre esos temas administrativos y procesales, estaba justificada.

El libro se inicia con una introducción donde se exponen los conceptos generales, la historia y el Derecho comparado. Se define el patrimonio familiar, muy precisamente, como "un conjunto de bienes, constitutivos de una unidad orgánica de explotación agrícola, suficientes para satisfacer las necesidades y absorber el trabajo de una familia campesina, cuyo régimen

jurídico se cifra en los caracteres, ciertamente relativos, de indivisible y vinculado." En los antecedentes históricos particular atención se presta a los Derechos forales españoles y a las colonizaciones del siglo XVIII, para exponer luego el sistema del Código civil en relación con la materia y la legislación extranjera sobre el patrimonio familiar.

La primera parte del libro trata sucesivamente, en sendos capítulos, de la legislación española sobre patrimonio familiar, naturaleza jurídica de éste, titular, elementos integrantes, constitución y extinción. La segunda parte de la obra está dedicada a la indivisibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad, transmisión *mortis causa* y usufructo legal viudal del patrimonio familiar. Unas interesantes consideraciones finales, doctrinales y críticas, en torno a la Ley española sobre el tema, cierran el libro. En apéndices figuran el texto de la Ley y de las Ordenes ministeriales complementarias.

De los once capítulos y 200 párrafos de que consta el libro, tan sólo destacaremos aquí, en el limitado espacio reservado a una recensión, lo más importante.

En punto a naturaleza jurídica del patrimonio familiar (capítulo II), se rechaza la teoría de la persona jurídica, aceptando la construcción de aquél como objeto no único de derecho, enmarcable en la categoría de la *universitas*, entendida como cuerpo compuesto funcional, siguiendo a Barbero. Más concretamente, se trata de una *universitas iurium*, atendiendo a su objeto, y de una *universitas iuris*, mirando a su fuente u origen. El patrimonio familiar es patrimonio separado, según la moderna construcción de Pino; es objeto de propiedad especial (objetivamente plural): y es *res intra commercium*, susceptible —en principio— de posesión y de usucapión, aunque ésta sea prácticamente poco viable.

Respecto al titular del patrimonio familiar (capítulo III), se descubre la relevancia jurídica del cultivador como empresario agrícola, estudiándose su profesionalidad, la actividad económica productiva y la actividad agraria. La obligación de cultivar y, sobre todo, el cultivo directo y personal se analizan cuidadosamente, en los tres hitos fundamentales de la prevalencia del trabajo propio sobre el ajeno, la prevalencia funcional del trabajo sobre el capital (con aguda postura frente a la conocida tesis de Bigiavi) y la prevalencia de la actividad de cultivo sobre las demás del cultivador.

Los elementos integrantes del patrimonio familiar se abordan en el capítulo IV.

Allí se expone el concepto de hacienda agraria en su aspecto objetivo, a partir de la teoría moderna del *fundus instructus* (elaborada por el gran agrarista italiano Bolla), concibiéndose el patrimonio familiar como "finca funcional", esto es, como una finca provista de tipicidad económica y de relevancia social, centro de una dinámica unidad productiva. El autor maneja así con precisión los conceptos clave de explotación o hacienda y de empresa agrarias, entendida objetivamente la primera como conjunto de elementos patrimoniales organizados en vista de un fin (destino agrícola) y que gravitan, concéntricamente, en torno a un bien, el fundo, factor natural e indispensable; y entendida

subjetivamente la empresa como actividad económico-productiva organizada, de carácter agrícola. Empresa agraria y hacienda agraria son, pues, conceptos coligados, pues la hacienda está destinada al servicio de la empresa y los bienes de la hacienda son necesarios para el ejercicio de la actividad de empresa. Allí donde hay hacienda o explotación agraria, hay empresa agraria, "ejercicio de empresa" y no mero "ejercicio del derecho de propiedad fundiaria", como dice acertadamente Barbero. Hay que vencer la repugnancia de hablar de "empresa rústica", fruto de un arraigado prejuicio, cuyo origen está en que el concepto de empresa nació y se desarrolló en el seno del Derecho mercantil, extendiéndose luego a otras ramas del Derecho o especialidades jurídicas, no por "mimetismo", sino obedeciendo a una tendencia general e inexorable, típica de nuestro tiempo. Se ha pasado, en efecto, de un Derecho de la propiedad, ordenador tan sólo de los problemas de pertenencia de bienes (aspecto estático), a un Derecho de la "empresa", que regula los problemas resultantes del ejercicio continuado de una actividad productiva (aspecto dinámico). Es el tránsito del siglo XIX al siglo XX. Estática y dinámica frente a frente. Fenómeno de alcance general que tiene notables proyecciones en Filosofía, Cultura, Literatura, Arte y Derecho.

La clasificación de los elementos constitutivos del patrimonio familiar (partes integrantes esenciales, partes integrantes no esenciales y accesorios) es francamente acertada y contribuye a aclarar el defectuoso sistema legal.

Prescindiendo de otros indiscutibles y meritorios aciertos del libro de Agustín Luna (como es, por ejemplo, el haber contemplado la posible derogación de las normas del régimen económico matrimonial por la Ley de 15 de julio de 1952), muy dignos de destacarse son los dos últimos capítulos.

La transmisión *mortis causa* del patrimonio familiar es minuciosamente estudiada en el capítulo X, uno de los mejores del libro. La sucesión legítima, la sucesión voluntaria y la sucesión forzosa son analizadas en toda su rica problemática, contrastando siempre el parco régimen sucesorio de la Ley especial con el común y foral. Particular mención merece la forma clara de solucionar el difícil problema de la colación del patrimonio familiar. Puede decirse que no queda por tratar ninguna de las complicadas y numerosas cuestiones de Derecho sucesorio que la Ley plantea y tan pocas veces resuelve directamente.

Al usufructo legal viudal del patrimonio familiar -- contenido del último capítulo del libro (el undécimo) -- se le atribuye naturaleza jurídica de derecho de familia. Es, a juicio de Agustín Luna, un derecho del mismo tipo que la viudedad aragonesa, tal como hoy la caracterizan los más modernos foralistas (Lacruz y Sancho Rebullida).

Mi compañero entrañable, el profesor Sancho Rebullida, ha escrito un bonito prólogo, con soltura y entusiasmo. Suscribimos íntegramente su afirmación de que Luna Serrano asoma a los umbrales de la ciencia ius-privatista con una aportación valiosa y prometedora, modelo de mo-

nografías, que sorprenderá al lector por su rigor mental, ajuste terminológico y método adecuado.

Yo únicamente añadiría que, por fin, hay un buen libro de Derecho agrario español, escrito por un jurista de cuerpo entero, formado a conciencia en el básico Derecho civil, del que el Derecho agrario en sentido estricto constituye una especialidad.

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil de la Universidad
de Sevilla

OLLIER, Pierre-Dominique: "La responsabilité civile des père et mère".
Bibliothèque de Droit Privé sous la direction de Henry Solus,
tome XXIV. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris,
1961; 235 págs.

El tema de la presente Tesis Doctoral no está exento de interés para el jurista español; dejando a salvo divergencias de detalle, puede hallarse una base común en los artículos 1.903, párrafos 2.º y 7.º C. c. español, y 1.384, párrafos 4.º y 7.º C. c. francés (y algo análogo puede decirse del art. 2.048, párrafos 1.º y 3.º C. c. italiano 1942); la cuestión —que apenas si ha suscitado interés doctrinal entre nosotros— es clásica en Francia, como lo prueban las Tesis de Bloch (1900), Espinasse (1928), Dalibot (1929), Lefevre (1941), Goldmann (1946) y la excelente monografía de Blanc, *La responsabilité de parents*, París, 1952; por último, se trata de un aspecto de la responsabilidad civil extracontractual, que en el país vecino ha logrado un rico desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial. De la actualidad del tema dará idea la circunstancia de que, después de que Ollier ha concluido su trabajo, han recaído importantes decisiones jurisprudenciales en la materia, como la sentencia de la Cour de París 4-XI-1959, comentada por H. y L. Mazeaud en *RTDC*. 59 (1960), 303 ss.; la sentencia Chambre Civile (2.ª sec.) 2-XI-1960, comentada por Tunc en *RTDC*. 60 (1961), 491 ss.; la sentencia Chambre Civile (1.ª sec.) 20-XII-1960; la sentencia Cour de París 9-I-1961.

Ollier hace un completo análisis de los requisitos de la responsabilidad legal de los padres, tal como resulta del artículo 1.384 y de la doctrina jurisprudencial; estudia en la primera parte la patria potestad, la vida en común y el hecho del hijo, tanto el hecho personal, como el de las cosas utilizadas por el hijo. Para menores de baja edad, lo que este precepto viene a establecer, entiende el autor, es una verdadera obligación de garantía a cargo de los padres; en cierto modo, es también la opinión del profesor Espín para el Derecho español cuando escribe: "Esta presunción de culpabilidad, aun partiendo de principios opuestos, viene a conducir a resultados prácticos casi equivalentes o al menos próximos a los de la responsabilidad objetiva" (cfr. *Obligaciones y Contratos*, 2.ª ed. Madrid, 1961, pág. 484).

En la segunda parte centra su atención en el estudio del párrafo 7.º del artículo 1.384, o sea, en el funcionamiento jurisprudencial de la

prueba contraria a la presunción, con especial referencia a la prueba de la vigilancia y a la prueba de la educación.

En la práctica de los Tribunales franceses, una gran elasticidad debe señalarse en el uso de la presunción de responsabilidad que viene a establecer el artículo 1.384, motivada en gran parte por el deseo de dictar la resolución más acomodada a las circunstancias del caso; ocurre así que, tratándose de niños y adolescentes, la responsabilidad del padre o madre se declara como norma general; en cambio, tratándose de los "grandes adolescentes", sólo se declara la responsabilidad de los padres cuando se comprueba una culpa por su parte.

A juicio de Ollier, esta diferencia de tratamiento debería ser recogida por una reforma legislativa, de suerte que fuera tenida en cuenta, en todo caso, la diferente edad del menor.

El lector español no puede menos de discrepar en puntos concretos; pero, de cualquier forma, la lectura de esta excelente Tesis de Ollier brinda interesantes sugerencias para nuestro Derecho.

Carbonnier ha puesto a la obra un jugoso prefacio.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

PUGLIATTI, Salvatore: "Conoscenza e Diritto". Dottore A. Giuffré, Editore. Milano, 1961; 210 págs.

La presente monografía constituye la reproducción de la voz *Conoscenza* en la *Enciclopedia del Diritto*.

El tema de las relaciones entre el conocimiento y el derecho es un punto de convergencia entre filósofos y juristas, y, desde el punto de vista jurídico, ofrece un rico despliegue de sugerencias. Las relaciones entre la verdad y la justicia, el problema de la ciencia del Derecho, los métodos de enseñanza, el error, la prueba, etc., son cuestiones que afloran al menor esfuerzo de reflexión.

El autor se ha propuesto señalar las líneas generales de los principales aspectos bajo los cuales el conocimiento interesa a la experiencia jurídica y a la vida del derecho. Subraya Pugliatti su propósito de no limitarse a los aspectos meramente intelectuales del conocer, sino que concibe esta actividad humana como expresión de la integral experiencia de la vida; tratará del conocer para obrar, de un conocimiento orientado a la acción.

Bajo el epígrafe "El conocimiento y los problemas fundamentales del derecho" se ocupa, entre otras, de las siguientes cuestiones: la *ignorantia juris*, la teoría de las fuentes del derecho, la interpretación, la capacidad de entender y de querer, el error, la simulación y la apariencia.

En torno a "Actividad cognoscitiva y proceso", se ocupa de interesantes problemas referentes a la prueba civil y penal y a la investigación de la verdad en el proceso.

Después de un breve apartado relativo al "Saber y ordenamiento ju-

rídico", dedica el último epígrafe al tema "Estados, hechos y procedimientos cognoscitivos particulares".

Ya se comprende que dentro de los escuetos límites de un ensayo no es posible tratar a fondo las cuestiones. Pugliatti más bien aspira a sugerirlas, añadiendo, a veces, certeras observaciones y agudos puntos de vista que denotan el profundo jurista que es.

Las aplicaciones de derecho positivo se hacen sobre el derecho italiano.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

ROUJOU DE BOUBEE, Gabriel: "Essai sur l'acte juridique collectif". París, 1961. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de III + 328 págs.

He aquí una obra importante para el civilista y, en general, para todo jurista que se ha de enfrentar en el ámbito jurídico actual con las cuestiones de análisis e interpretación de la voluntad humana, no sólo ya dentro de la esfera contractual, como tradicionalmente se hacía, sino en otras zonas más amplias: la unilateral y la colectiva o compleja.

Si fue la doctrina alemana de más de un medio siglo quien abordó el estudio crítico del "Gesamtakt" y de la "Vereinbarung", así como los estudios posteriores de la italiana sobre los "atti complessi", la doctrina francesa, sólo con Duguit y sus seguidores, tuvo interés por "l'union" o el "act collectif". Como hace ver el ilustre prologuista, del Decano Marty, los juristas franceses del Derecho privado apenas se habían preocupado de estos conceptos, por lo que el autor llena una laguna muy importante en su doctrina.

La formación colectiva de la voluntad es un objeto de estudio muy fecundo, según puede apreciarse en esta obra en su parte analítica y sistemática; el examen comparado de las diversas manifestaciones que aporta el concepto de acto jurídico colectivo especialmente para el proceso de formación de las distintas personas jurídicas, sobre sus decisiones en las asambleas, así como en otros ámbitos del Derecho mercantil y civil, constituyen elementos de indiscutible valor.

Es la segunda parte de esta obra, la que estudia el aspecto sistemático y hace la síntesis del concepto de acto jurídico colectivo, la que aportará los elementos nuevos con soluciones fecundas, tales como el capítulo central sobre la causa, o los procedimientos de protección de minorías.

Además del contrato y del acto unilateral, el acto jurídico colectivo, observa Marty, aparece como una categoría jurídica no aislada, sino en cuanto instrumento técnico llamado a combinarse con los mejores fines que el hombre se propone en el comercio jurídico.

Después de una introducción, el capítulo primero aborda el concepto de acto colectivo (fundación de las personas jurídicas y la constitución de las asociaciones); el segundo se refiere a la resolución de las asambleas para concluirse con el régimen, la formación y los efectos del acto colectivo.

JOSÉ BONET CORREA

"Temas agrarios", de la Revista de la Universidad de Madrid, X-38/39 (1961). 341 a 796 págs.

Es digna de darse cuenta, la contribución especial que hace un grupo de autores a la esfera agraria, en esta hora que se replantean los problemas del campo español. La "Revista de la Universidad de Madrid" ha querido acoger a todos aquellos autorizados especialistas que con sus palabras y experiencias brindan sus estudios y resultados. No se trata exclusivamente de trabajos jurídicos; los más variados temas y ángulos del ámbito agrario se tratan aquí, haciendo consciente la rica gama y complejidad que el campo contiene.

Entre los estudios de carácter sociológico y jurídico hay que destacar el del Dr. Sen sobre "Cooperación internacional para el fomento de la agricultura"; el de Gómez Ayau, acerca de "La crisis de la sociedad agraria"; el de Martínez Cachero respecto a las "Consideraciones en torno al hecho sociológico del absentismo", y el de Zulueta y Enríquez, sobre "El Derecho Agrario". Un aspecto que es también muy necesario tener en cuenta, y que el jurista no puede olvidar, es el que expone Echanove sobre "Los problemas del espíritu en el problema agrario".

El agrarista hallará en estos estudios datos y soluciones muy dignas de ser tenidas en cuenta para una futura ordenación agraria del ámbito español.

JOSÉ BONET CORREA

WILHELMI y FRIEDRICH: "Kleine Aktienrechtsreform". Berlín, 1960. Editorial Walter de Gruyter y C^o. Un volumen de VII + 152 págs.

En este libro se habla de dos leyes reformadoras de la sociedad anónima de la Alemania federal, bajo el título "pequeña reforma", aunque, en realidad, se comprende no sólo la sociedad anónima, sino también otras modalidades sociales, como las de responsabilidad limitada y otras sociedades de capitales.

Para estos autores, tres razones fundamentan esta reforma: la primera, porque cuestiones discutidas hasta la actualidad son ahora normas legalmente, tales como las disposiciones sobre elevación de capital con medios propios y las que se refieren a los impuestos sociales; la segunda es debida a que estas disposiciones complementan el Derecho de sociedades, al admitir la posibilidad de adquirir las acciones propias, las cuales pueden encontrarse bajo buenas disposiciones fiscales para los empleados. Por último, porque reforman el parágrafo 132 de la "Ley de Sociedades por Acciones", sobre las ganancias y pérdidas.

Estamos ante un comentario elaborado desde un punto de vista práctico y realizado por prácticos, donde no se trata de abordar exhaustivamente las cuestiones.

El contenido de la obra está dispuesto del modo siguiente: un índice bibliográfico y de siglas; después, el texto legal de ambas leyes sobre elevación de capital y acerca de las medidas fiscales; le siguen los comentarios, para concluir con un índice final de materias.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES
y Carlos MELON INFANTE.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General.

BODENHEIMER, Edgar: *Präjudizienwertung und Gesetzauslegung im amerikanischen Recht*. ACP, tomo 160, núm. 1, mayo 1961; págs. 1-17.

Precedida de una breve indicación en torno a la evolución del significado y valoración de la doctrina del precedente en el Derecho inglés, analiza y comenta el presente estudio la actual concepción americana, según la cual a los precedentes no sólo se les atribuye eficacia normativa en los casos en que un postulado jurídico surgido de la práctica judicial ha devenido Derecho consuetudinario, sino que, además, al revés, una práctica avalada por la *opinio necessitatis* no puede obtener el rango de norma jurídica hasta no haber sido reconocida en una decisión judicial.

NEUHAUS, Paul Heinrich: *Die Zukunft des internationalen Privatrechts*. ACP, tomo 160, núm. 6, marzo 1962; págs. 493-504.

Con motivo del centenario de la muerte de Savigny, habla el autor de la significación del mismo para el Derecho internacional privado, en la época en que vivió, a partir de sus doctrinas y en especial en el futuro. Contemplación desde fuera del sistema de Derecho internacional privado de Savigny (tomo VIII de su «System»), contrastándolo con las más importantes tendencias de la época actual en materia de normas de colisión.

NIPPERDEY, Hans Carl: *Theodor Süß (9-7-1892 a 29-1-1961)* ACP, tomo 160, núm. 3, octubre 1961; págs. 193-209.

Semblanza y significado del profesor Theodor Süß, fallecido, después de penosa enfermedad, en 29 de enero de 1961. Aspectos fundamentales de su obra y su labor en el ámbito del Derecho privado, romano, procesal e internacional privado. Sigue una lista de las publicaciones.

PAWLOSKI, Hans Martin: *Gedanken Zur Methode des Gesetzauslegung*. ACP, tomo 160, núm. 3, octubre 1961; págs. 209-237.

El hecho de que para la práctica tengan un valor secundario las diversas concepciones en torno al método de interpretación de la ley, en cuanto que las orientaciones de cada una son aprovechables, no quiere decir que

las divergencias metodológicas sobre la interpretación no tengan una cierta significación para la aplicación de la norma. El método de interpretación fundamental, más el resultado, la motivación de los fallos. En la calificación de las relaciones jurídicas de Derecho privado debe utilizarse un método que pueda aplicar el juez, sin tener que decidirse por una determinada configuración de la realidad, y que le permita reconocer de forma amplia los actos de los particulares, en tanto no contravengan prohibiciones legales.

RÖTELMANN, Wilhelm: *Das Landwirtschaftsrecht im Jahre 1959*. MDR, año 14, núm. 4, 1960; págs. 273-275.

Panorama de Derecho agrario en Alemania durante el año 1959. Bibliografía y jurisprudencia: haciendas agrícolas vinculadas, tráfico jurídico de fincas, arrendamiento, cuestiones de procedimiento. Referencia a la legislación.

ZÖLLNER, Wolfgang: *Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Kissingen am 11./12. oktober 1961*. ACP, tomo 160, núm. 6, marzo 1962; págs. 538-553.

Informe sobre el Congreso de profesores de Derecho civil celebrado en el lugar y época indicados. Ponencias de Flume («Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten»), Lukes («Versuch zur Präzisierung des Bereiches eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts») y Baur («Des Beseitigungsanspruch nach § 1.004 BGB»).

2. Derecho de la persona.

DUNZ-MAURER: *Nochmals: Privatrechtliches Unterbringungsrecht*. EF, año 8, núm. 6, junio 1961; págs. 247-249.

Apostillas y comentarios breves en torno a la posición de otros autores sobre la introducción de un mayor de edad en establecimiento de salud realizada por el tutor. Aspectos jurídico-privados de la cuestión. Relación con la libertad como «derecho fundamental».

FELLER, Hans: *Die Rücknahme oder Beschränkung der «Ermächtigung» des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen nach § 113 Abs. II BGB*. EF, año 8, núm. 10, octubre 1961; págs. 420-423.

El § 113 BGB considera ilimitadamente capaces a los menores autorizados para contratar sus servicios o su trabajo, en tanto el representante legal no retire o limite la autorización. La retirada o limitación de esta autorización no es apreciada de forma unánime por la doctrina ni la jurisprudencia. Aspectos de la cuestión.

FLUME, Werner: *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten*. ACP, tomo 161, núm. 1, abril 1962; págs. 52-76.

Penencia del autor al Congreso indicado en la Parte general (cfr. Zöllner). Crisis de la doctrina en torno al negocio jurídico. Necesidad de revisión de conceptos, que, en lo fundamental, sin embargo, no resultan afectados por las modernas tendencias. La conducta jurídicamente relevante y su valoración por la autoridad judicial como negocio jurídico o con eficacia de tal. Insistencia en la distinción entre conducta jurídicamente relevante y declaración de voluntad genuina. Debilitación del dogma de la autonomía privada a impulsos de la conducta jurídicamente relevante.

FREY, Günther: *Eine weitere Novelle zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz*. EF, año 8, núm. 5, marzo 1961; págs. 196-197.

Aspectos esenciales de la proyectada reforma de la Ley alemana de protección a la juventud. Relación entre la asistencia libre y las instituciones oficiales de asistencia. Justa distribución de fondos públicos, educación de los menores, etc.

RÖTELMAHN: *Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischen Recht*, ACP, tomo 160, núm. 4-5, enero 1962; págs. 356-409.

Derecho histórico y vigente en Suiza en torno a los daños no patrimoniales y a la protección de la personalidad. Referencia especial a los daños no patrimoniales causados dentro de relaciones obligatorias preexistentes. Los daños no patrimoniales suponen una aminoración de la personalidad mediante lesión de un bien personal. Inexistencia de un derecho general de la personalidad. Bienes lesionables. La lesión grave como presupuesto de satisfacción.

SANDROCK, Otto: *Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften*, ACP, tomo 159, núm. 6, marzo 1961; págs. 432-546.

Contribución a la interpretación del § 139 del BGB, que decreta la nulidad total de un negocio jurídico, cuando sea nula una de sus partes, a. no ser que haya de entenderse que el negocio se hubiese realizado lo mismo sin la parte nula. En la primera parte del trabajo relativa a la «problemática de la voluntad de las partes», estima el autor que si bien es dicha voluntad la que debe tomarse en cuenta a efectos de decidir la conservación o no del resto del negocio, hay casos en los que el problema debe resolverse a base de «fuerzas de configuración objetivas». Supuestos en que la norma misma decide: supuestos en que la aparente voluntad «común» es voluntad exclusiva de una parte; supuestos de protección a la confianza en la publicidad o «facticidad» de una relación jurídica. La segunda parte se refiere a «casos particulares de nulidad parcial»: por atentar contra prohibiciones legales o contra las buenas costumbres; por vicios, imposibilidad inicial o violación de disposiciones sobre forma.

SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST: *Die Bedeutung des Art. 104 GG für die Freiwillige Erziehungshilfe*, EF, núm. 8, julio 1961: págs. 296-301.

Nuevas consideraciones sobre si es o no necesaria decisión judicial para que el tutor interne en establecimiento sanitario al pupilo mayor de edad. El Tribunal constitucional federal, en Sentencia de 10-2-60, estima la necesidad indicada, sobre la base del art. 104 de la Ley Fundamental de Bonn. Consideración de supuestos diversos: padres, madre, tutor de oficio, curatela.

SCHWOERER, JULIUS: *Der Wohnsitz ehelicher Kinder, deren Eltern verschiedene Wohnsitze haben*, EF, año 8, núm. 5, mayo 1961: págs. 195-196.

Comentando recientes fallos jurisprudenciales el autor insiste en su tesis de que el domicilio del hijo legítimo cuyos padres lo tienen distinto, es un domicilio doble. Fundamentalmente comparte los domicilios de ambos progenitores. La concepción es consecuencia de la declaración de nulidad del § 1.629 BGB, por entender el Tribunal constitucional federal contraria al principio de equiparación la norma que atribuía la representación del hijo al padre.

STEBENHAAR, HERMANN: *Die Zeitbauten nach § 95 I Satz 1 BGB*, ACP, tomo 160, núm. 2, junio 1961: págs. 156-167.

El § 95 párrafo I, inciso 1.º del BGB, considera que no son partes integrantes de una finca aquellas cosas que, sólo para una finalidad transitoria, están unidas al suelo; la norma se aplica sobre todo a las construcciones provisionales. Teniendo en cuenta el distinto significado de los conceptos «cosa» (real) y «parte integrante» (abstracto) en el § 95 la doctrina y la jurisprudencia han tenido que llegar a resultados que se separan del concepto «cosa», o del concepto «parte integrante».

WEINBRENNER, ERNST: *Das Bundessozialhilfegesetz. Ein weiterer Schritt zur Neuordnung der sozialen Leistungen*, EF, año 8, núm. 8-9, agosto-septiembre 1961: págs. 335-338.

Aspectos y significado general de la Ley alemana sobre asistencia social de 5-VII-61. Tipos de asistencia que prevé y prestaciones sociales diversas. Significación en relación con el Derecho de familia. Comparación con el estado anterior a la Ley.

3. Derecho de cosas.

BAUR, FRITZ: *Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB*, ACP, tomo 160, núm. 6, marzo 1962: págs. 465-493.

La pretensión negatoria configurada por el § 1.004 del BGB se comenzó utilizando como medio de protección de los derechos absolutos, si bien, por obra de la jurisprudencia, se ha ido haciendo extensiva a la protec-

ción de otros bienes jurídicos reconocidos por la norma. Dificultades de configuración dogmática de la pretensión, nacidas de la falta de una pretensión negatoria de Derecho material y de la poco clara delimitación entre la protección negatoria y la delictual. Con relación a aquélla se alude a la antijuridicidad de la perturbación como presupuesto de la protección; a la delimitación indicada y las cuestiones de concurrencia entre pretensión negatoria y pretensión real de restitución. El estudio es una ponencia al Congreso de profesores de Derecho civil en Bad Kissingen (12-16-1961).

BERG, Hans: *Bereicherung durch Leistung und sonstiger Weise in den Fällen des § 951, Abs. I, BGB*, ACP, tomo 160, núm. 6, marzo 1962; págs. 505-525.

Como compensación por las pérdidas de derechos que se producen en los supuestos de accesión, el § 951, I, BGB concede el derecho de exigir una indemnización de acuerdo con las disposiciones sobre enriquecimiento injusto. Sentido y significado de la remisión. Necesidad o no de que se den, además, los presupuestos del enriquecimiento. Examen y valoración de la doctrina dominante que los estima necesarios.

FIGGE, R.: *Der Notweg*, ACP, tomo 160, núm. 4-5, enero 1962; págs. 409-418.

El paso forzoso se configura en el Derecho alemán, dentro de las normas relativas al contenido de la propiedad, como un precepto de vecindad y no como una servidumbre. Supone, por un lado, una extensión, y por otro, una limitación de la propiedad. Estudio general de este aspecto concreto del Derecho de vecindad. Significado en Roma y en el BGB, contenido, presupuestos, etc.

FROHN, Peter: *Kein gutgläubiger Erwerb des Werkunternehmerpfandes?*, ACP, tomo 161, núm. 1, abril 1962; págs. 31-44.

Negada por la sentencia del BGB de 21-XII-1960 la adquisición de la prenda legal a favor del artífice (§ 647 BGB), en virtud del principio de la buena fe, en contra de la opinión doctrinal dominante, estudia el autor ambas posiciones. Se muestra partidario del criterio tradicional. Cfr. HENKE.

HENSELER: *Die Teilung eines Erbbaurechts*, ACP, tomo 161, núm. 1, abril 1962; págs. 44-51.

Adquisición de terrenos en superficie por comunidades o corporaciones de Derecho público, para luego cederlos a su vez en sub-superficie a los particulares para que hagan uso de la facultad de construir. Relaciones jurídicas que se originan. Superficie principal y superficie derivada.

HENKE, Horst-Eberhard: *Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte?*, ACP, tomo 161, núm. 1, abril 1962; págs. 1-31.

En sentencia de 21-XII-1960 el BGB, en contra de la doctrina dominante y de anterior, aunque escasa jurisprudencia, ha entendido que las prendas legales no son susceptibles de adquirirse, en virtud del juego de

la buena fe. El problema es decisivo en relación, sobre todo, con la prenda legal del artifice en el contrato de obra, reconocida en el § 647 BGB. Si él ordena la reparación a B de un automóvil que no es suyo, B no tiene, según la sentencia, prenda legal sobre el auto, como garantía de los créditos por la remuneración. Estudio crítico del problema con un alcance general; comparando la prenda legal con la negocial y atendiendo a las exigencias del tráfico. Vid. FROIX.

4. Obligaciones y contratos.

BÖHMER, Emil: *Elterliches Mütterverschulden bei Unfällen von in der Bahn beförderten Kindern*. MDR, año 14, núm. 4, 1960; págs. 265-266.

Culpa concurrente de los padres en los accidentes experimentados por los menores durante los viajes en ferrocarril. Alegación por la empresa ferroviaria de dicha culpa. Irrelevancia del hecho de que el menor pague o no billete (debido a la edad), debiendo entenderse, en todo caso, que entre empresa y menor hay contrato de transporte. Las obligaciones que al menor, como viajero, corresponden han de ser cumplidas por los padres. Alegación por la empresa de su no cumplimiento.

BRÜHL, E.: *Zum Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht*. EF, año 8, núm. 2, febrero 1961; págs. 60-65

Aspectos y reformas que introduce la Ley alemana sobre reducción de financiación forzosa de viviendas y sobre un derecho arrendaticio de tipo social. Las medidas protectoras habían desembocado en abusos influyentes en el mercado de viviendas. Modificaciones en la Ley de protección al arrendatario, en el BGB. Consideración del Proyecto de Ley.

BUSCH, Jost-Dietrich: *Die Rechtslage bei Weiternutzung des Mietraumes nach Beendigung des Mietverhältnisses*. MDR, año 14, núm. 5, 1960; páginas 359-361.

Disfrute de la vivienda o local por el arrendatario después de terminada la relación arrendaticia. Plazos de desalojo otorgados por los tribunales en atención a las circunstancias. Consideración del problema en el Derecho alemán. Aspectos concretos del mismo. Contenido de la situación de disfrute prorrogado.

EISSER, G.: *Zur Anwendung der §§ 843-845 BGB bei Verletzung oder Tötung der nichtberufstätigen Ehefrau*. EF, año 8, núm. 2, febrero 1961; páginas 49-54.

El § 845 BGB declara que si la persona muerta o lesionada estaba obligada «en virtud de la ley» a prestar servicios en el negocio o en la casa de un tercero, también éste ha de ser indemnizado, con una renta en dinero, por el causante de la muerte o de la lesión. Cuestiones en torno

a la aplicación o no de esta disposición al marido por la muerte o lesiones a la mujer que «trabaja» en el hogar. Viejo y nuevo texto del § 1.356 BGB. En el viejo se aludía al trabajo de la mujer «en el hogar o en el negocio»; en el nuevo «en la profesión o en el negocio». El cambio, del que generalmente se ha prescindido, tiene, a juicio del autor, cierta importancia.

FABRICIUS, Fritz: *Zur Dogmatik des «sonstigen Rechts» gemäs § 823 Abs. 1, BGB*, ACP, tomo 160, núm. 4-5, enero 1962; págs. 273-336.

El § 823 del BGB determina que está obligado a indemnizar el daño causado quien, con dolo o culpa, lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona. Significado del concepto «otro derecho» en el texto de la norma. Discusiones doctrinales y posición de la jurisprudencia. El autor repudia, en la interpretación de la norma, la distinción entre derechos absolutos y relativos. Cualquiera de ellos puede ser «otro derecho» en el sentido del precepto. Estimación como tales del «derecho al puesto de trabajo» y del «derecho a la existencia sin perturbaciones de la comunidad matrimonial de vida».

HELM, Johann Georg: *Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schädensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verkehrsrecht*, ACP, tomo 160, núm. 2, junio 1961, págs. 134-155.

Quebrando las normas generales del Derecho civil que impondrían al trabajador responsabilidad por los daños causados, con su trabajo, a terceros, el Derecho laboral ha transformado esta regla haciendo gravitar la responsabilidad sobre el empresario, desde el momento que concede a aquél contra éste una pretensión de liberación del deber de indemnización hacia terceros. Examen de la pretensión de liberación indicada, con especial referencia a las empresas de tráfico y en relación con la limitación de la responsabilidad de las mismas.

KLINGSFORN, Burkhardt: *Die Schadensersatzanspruch wegen Tötung oder Verletzung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten*, EF, año 8, núm. 2, febrero 1961; págs. 54-60.

Comentarios en torno al mismo problema estudiado por Bisser (vid. en esta misma Sección). Entiende el autor que, en virtud de la nueva reglamentación del Derecho matrimonial, el § 845 BGB sólo puede tomarse como fundamento de una pretensión de indemnización, a causa de muerte o lesión del cónyuge que trabaja en el hogar o negocio del otro, cuando el deber de trabajo derive del § 1.356, II, del BGB. La dirección del hogar por la mujer no es «trabajo» a los efectos estudiados.

RAMM, Thilo: *Der Begriff Arbeitskampf*, ACP, tomo 160, núm. 4-5, enero 1962; págs. 336-365.

A juicio del autor en el Derecho alemán debe reputarse correcta la interpretación que da un significado y alcance restrictivo al concepto «luchas laborales» en los conflictos entre patronos y trabajadores. Deben reputarse tales luchas los conflictos promovidos para la obtención de condiciones de trabajo más favorables que las ofrecidas voluntariamente por la otra parte. Delimitación y significado jurídico.

SCHLOSSER, Peter: *Inanspruchnahme des Mannes aus nicht-rechtsgeschäftlichem Verhalten der Ehefrau im Haushalt*, EF, año 8, núm. 7, julio 1961; páginas 284-295.

La mujer puede actuar, dentro de su poder de la llave, con eficacia para el marido. De la actuación «negociab» de aquélla, éste deriva derechos y obligaciones (§ 1.357 BGB nuevo). Nada se dice, en cambio, en torno a la posición jurídica del marido sufrida de la conducta «no negociab» de su mujer. Examen del problema en la nueva reglamentación de la familia alemana. Distinción de dos tipos de supuestos: actos de la mujer que, de ser realizados por el marido, hubieran originado en él una responsabilidad; actos por los que la mujer interviene o afecta una relación, negocial o no, entre el marido y un tercero.

SCHMIDT-FUTTERER: *Der Verzicht auf Vollstreckungsschutz in Räumungssachen*, MDR, año 14, núm. 4, 1960; págs. 267-268.

Es discutida la eficacia o ineficacia de la renuncia del arrendatario de viviendas o locales a ciertas medidas ejecutivas en su beneficio. Fundamenta el autor la eficacia de la renuncia en cuestión. La jurisprudencia es contradictoria y vacilante.

VON BRUNN, J. M.: *Über unlautere Geschäftsbedingungen*, ACP, tomo 159, número 6, marzo 1961; págs. 547-553.

Tomando por base el trabajo de Karl Egbert Mroch «Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen», publicado en Karlsruhe en 1960, se ofrecen por el autor unas consideraciones en torno a las cada vez más extendidas condiciones generales ilícitas en los negocios jurídicos. Se estima excesivamente lata la caracterización que el libro hace de las condiciones generales ilícitas. Especial referencia al posible control judicial de las mismas.

5. Derecho de familia.

BECKER, Hans-Joachim: *Des Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, EF, año 8, núm. 3, marzo 1961; páginas 104-108.

Después de las amargas experiencias sufridas durante la época del nacionalsindicalismo el «derecho de los padres» ha experimentado un acu-

sado renacer y un decidido reforzamiento en sus bases y fundamento. Aspectos del mismo a través de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Garantías constitucionales. Padres y escuela. Defensa del «derecho de los padres».

BERGER, Franz: *Das Gleichberechtigungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland und seine Bedeutung für Österreich*, EF, año 8, núm. 3, marzo 1961; páginas 89-95.

Ponencia del autor en la que se ofrece una visión de conjunto de la Ley alemana de equiparación de sexos de 1957, considerada por un jurista austríaco. Propuestas de reforma para el Derecho de familia austríaco, de acuerdo con el principio de igualdad ante la Ley, proclamada por el artículo 7 de la Constitución.

BERNHARDT, Wolfgang: *Zur dienststrafrechtlichen Relevanz des Ehebruchs*. EF, año 8, núm. 8-9, agosto-septiembre 1961; págs. 338-341.

Relevancia o irrelevancia del adulterio en el ámbito del Derecho disciplinario, cuando es cometido por funcionarios. Especial consideración de la conducta del funcionario «fuera del servicio». Examen del § 54 de la Ley alemana sobre funcionarios.

BLEI, Hermann: *Der Strafrechtsschutz von Familienordnung und Familienpflichten*, EF, año 8, núm. 4, abril 1961; págs. 137-147.

Aspectos de la proyectada reforma penal alemana en materia de protección a la familia y a los deberes familiares. Disposiciones sobre el incesto, adulterio, bigamia, engaño, abandono y sustracción de menores, omisión del deber de asistencia y de alimentos, falsificación de estado «inseminación artificial». Transcripción de textos y comentarios críticos.

BOEHMER, Gustav: *Die «erbrechtliche Lösung» des § 1371 BGB n. F. im Lichte des Stiefkinderproblems (§ 1371 IV)*, EF, año 8, núm. 2, febrero 1961; páginas 41-49.

Introducido a última hora en el nuevo § 1371, el parágrafo IV pretende sancionar un deber de asistencia a cargo del cónyuge superviviente en relación con sus hijastros. Incrementada la porción hereditaria de aquél, disolviéndose la comunidad de ganancia por muerte del otro cónyuge, a costa del incremento ha de procurarse «asistencia para instrucción» a los hijastros que lo necesiten. Significado y problemática de la disposición.

BOSCH, W.: *Der Änderungsvorschlag zu § 48 Abs. II des Ehegesetzes*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961, páginas 255-259.

En la Comisión correspondiente del Bundestag está presentado un proyecto que reforma el § 48, II, de la Ley alemana de matrimonio de 1946 referente a la oposición del cónyuge no culpable al divorcio cuando éste es solicitado por el otro en base a una supresión de la «comunidad»

doméstica y de vida causada por él mismo. Eficacia o no de la oposición al divorcio; ineficacia cuando se presenta como «abuso de su derecho» por el oponente.

BOSCH, W.: *Probleme einer Reform des Unehelichenrechts*, EF, año 8, número 11, noviembre 1961; págs. 457-463.

Aspectos generales de la reforma de determinados preceptos sobre la filiación ilegítima en Alemania, por la Ley de reforma del Derecho de familia de 1961. Cuestiones de carácter constitucional, constatación de la paternidad, posición jurídica de la madre, discriminaciones evitables e inevitables, alimentos, derechos hereditarios, cuestiones de procedimiento.

DELVA, W.: *Die Wirkungen der Ehe im belgischen Zivilrecht seit den Gesetz vom 30 April 1958*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961; págs. 233-238.

Estudio de la Ley belga de 30-IV-58 que introduce el principio fundamental de la capacidad negocial de la mujer casada, partiendo de la idea de que el matrimonio no modifica la capacidad de obrar de la mujer. La Ley da nuevo texto a los arts. 212 a 226 del Código civil. Como antecedente se examina la situación anterior a la Ley de 1958. Seguidamente se analizan las disposiciones de ésta; se distinguen los efectos personales y los efectos patrimoniales del matrimonio. En el aspecto personal: conservación de la capacidad de los cónyuges, deberes y derechos recíprocos, jefatura familiar del marido. En el aspecto patrimonial: comunidad o separación de bienes. Crítica de la Ley de 1958.

DROBNIG, Ulrich: *Anerkennung und Rechtswirkungen sowjetzonaler Ehescheidungen*, EF, año 8, núms. 8-9, agosto-septiembre 1961; págs. 341-352.

Comentando dos Sentencias del BGH de 30-XI-60, el autor examina el delicado problema del reconocimiento y eficacia en la República Federal de las sentencias de divorcio pronunciadas por tribunales de la Zona oriental. Examen de las sentencias en cuestión, procedimiento de no reconocimiento, eficacia de las sentencias reconocidas,

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Die jüngsten spanischen Bestimmungen über die bürgerliche Wirksamkeit der kanonischen Ehe*, EF, año 8, núm. 5, mayo 1961; págs. 199-203.

Eficacia civil del matrimonio canónico en España. Situación anterior al Código civil. Código civil. Concordato de 1953. Ley de Registro Civil de 1957, reformas de la Ley de 24-IV-58.

GEILEN, Gerd: *Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft*, EF, año 8, núm. 4, abril 1961; págs. 147-160.

La comunidad matrimonial o las comunidades semejantes al matrimonio no fundan motivo suficiente para imponer responsabilidad penal por omisión en los supuestos de suicidio. Se requiere una más precisa deter-

minación del concepto civil «comunidad de vida». Es arriesgado extraer de él consecuencias penales.

GÖPPINGER, Horst: *Probleme des Familienrechts (mit rechtsvergleichenden Hinweisen)*, EF, año 8, núm. 3, marzo 1961; págs. 108-112.

Aspectos fundamentales del Derecho de familia a través de un comentario conjunto a las obras de Lehmann (*Deutsches Familienrecht*, 3.^a ed., 1960) y Beitzke (*Familienrecht*, 9.^a ed., 1960). Consideración particular de problemas concretos en los puntos más debatidos en el actual momento histórico.

GÖPPINGER, Horst: *Die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die uneheliche Mutter*, EF, año 8, núm. 12, diciembre 1961; págs. 516-518.

Hasta ahora, según el § 1.707 BGB, a la madre ilegítima no le correspondía la patria potestad sobre sus hijos. La Ley de reforma del Derecho de familia de 1961, prevé que se le atribuya, previos ciertos presupuestos en garantía del bienestar del hijo. (§ 1.707, modificado.) Examen de la nueva norma.

GÜNDISCH, Jürgen: *Internationale Zuständigkeit und versteckte Rückverweisung bei Adoptionem durch Amerikaner in Deutschland*, EF, año 8, número 8-9, agosto-septiembre 1961; págs. 352-358.

Competencia internacional. Derecho aplicable y cuestiones de reenvío en relación con la adopción de niños alemanes por americanos. Aplicación o no del Derecho alemán. Posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia.

JONANNSEN, Kurt: *Ansprüche der Stiefkinder gegen den überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. IV BGB*, EF, año 8, núm. 4, abril 1961; páginas 163-165.

Estudio de los diversos aspectos de la pretensión que, conforme al nuevo § 1.371-IV BGB, corresponde al hijastro contra el cónyuge superviviente: corta del incremento de la porción hereditaria de éste en concepto de nivelación de la ganancia, al terminar la «comunidad» por muerte del otro cónyuge. Deudor y titular de la prestación, contenido, presupuestos, naturaleza y pluralidad de titulares.

LANGÉ, U. H.: *Nochmals: Zu § 170 c StGB*. EF, año 8, núm. 4, abril 1958; páginas 161-163.

Consideraciones en torno al significado civil del § 170 c del Código penal alemán, como norma de protección a la madre y al hijo: falta de asistencia con peligro o riesgo para una u otro. Comparación de la posición del autor con la de Boehmer y Roth-Stielow.

LUTHER, Gerard: *Nochmals: Zur künstlichen Insemination*. EF, año 8, número 4, abril 1961: págs. 160-161.

Comentario breve, como apostilla a un anterior escrito informativo del autor, en torno a una obra de conjunto debida a varios escritores y en la que se considera la inseminación artificial desde el punto de vista médico, jurídico y teológico.

MEYER-STOLTE, Klaus: *Neue Rechtsprechung zum Kindergeldrecht*, EF, año 8, número 6, junio 1961: págs. 244-253.

Ante el proyecto alemán de extender al segundo hijo las prestaciones de ayuda familiar, se examinan ciertos aspectos de la reciente jurisprudencia en torno a estos «subsidios». Constitucionalidad, competencia de los tribunales de tutelas, ordenación de pago, inembargabilidad, etc.

MICHEL: *Zur Scheidung der Ehe ungarischer Staatsangehöriger, die nach dem Aufstand von 1956 in die Bundesrepublik Deutschland flüchteten*. EF, año 8, núm. 5, mayo 1961: págs. 198-199.

Divorcio de ciudadanos húngaros huidos a la Alemania Occidental después de la sublevación de 1956. Cuestiones de Derecho internacional privado. Competencia o no de los Tribunales alemanes.

PITZER, F.: *Befreit die Adoption den unehelichen Vater von seiner Unterhaltspflicht?*. EF, año 8, núm. 8-9, agosto-septiembre 1961: págs. 333-334.

El § 1.766 del BGB obliga al adoptante a alimentos antes que a los parientes de sangre del adoptado. Se ha discutido con ardor si el padre ilegítimo debe quedar o no comprendido en éstos y, por tanto, quedar o no liberado de su deber alimenticio cuando el hijo esté adoptado por tercero. Parece más correcta la tesis que entiende liberado al padre ilegítimo del deber alimenticio. Es la posición que acoge la proyectada reforma del Derecho de familia (que luego plasmaría en la Ley de 8 de agosto de 1961).

RUTSAERT, Joseph: *La loi belge du 10 février 1958 en matière de filiation et d'adoption*. EF, año 8, núm. 6, junio 1961: págs. 239-241.

La ley belga de 10 de febrero de 1958, dictada para modificar ciertas disposiciones del Código civil relativas a la paternidad, filiación y adopción, pretende en el fondo facilitar la adopción de los hijos adulterinos y la legitimación de algunos de ellos. Aspectos fundamentales de la nueva Ley y supuestos diversos. Supone la Ley un atentado serio al matrimonio y a la familia legítima.

SCHILD, R: *Die Änderung des § 48. Abs. II. Ehegesetz in richterlicher Sicht*. EF, año 8, núm. 8-9, agosto-septiembre 1961: págs. 332-333.

La Ley de reforma del Derecho de familia de 1961 da nueva redacción al § 48, II, de la Ley alemana de matrimonio de 1946, en el sentido

de facultar al cónyuge inocente a oponerse al divorcio cuando el otro lo solicita en base a una supresión o perturbación de la comunidad matrimonial causada por él. La oposición al divorcio no debe estimarse atendible cuando el cónyuge que la ejercita no está dispuesto a proseguir por su parte la vida matrimonial. Consideración de la norma desde el punto de vista judicial.

SCHWARZHaupt, Elizabeth: *Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961. Teil I: Änderungen des Bürgerlichen Rechts*, EF, año 8, núm. 8-9, agosto-septiembre 1961; págs. 329-332.

La Ley alemana de reforma del Derecho de familia de agosto de 1961, introduce ciertas correcciones de estilo en determinados textos y otras de fondo, de acuerdo con las experiencias de los últimos años, en materia de impugnación de la legitimidad, posición de los hijos ilegítimos, adopción y divorcio por supresión de la comunidad matrimonial de vida. Significado de la reforma, en breve visión de conjunto.

SCHWARZHaupt, Elizabeth: *Scheidung gegen den Willen des schuldlosen Ehegatten?*, EF, año 8, núm. 11, noviembre 1961; págs. 466-467.

Significado del nuevo párrafo II del § 48 de la Ley de matrimonio alemana de 1946, relativo a la oposición al divorcio por el cónyuge no culpable, cuando la acción es entablada por el que causó la supresión o grave perturbación de la vida matrimonial.

STEFANOPoulos, Konstantin G.: *Die eheliche Lebensgemeinschaft nach griechischem Recht*, ACP, tomo 160, núm. 1, mayo 1961; págs. 50-70.

Efectos generales del matrimonio según el Código civil griego: aspectos concretos de la comunidad matrimonial de vida entre los cónyuges. Nombre, nacionalidad, vida común, abuso de la misma, derecho de decisión del marido, dirección del hogar, alimentos y presunciones de propiedad.

STONE, Olive M.: *Zur neuesten Entwicklung des englischen Familienrechts*, ACP, tomo 160, núm. 6, marzo 1962; págs. 526-537.

Tendencias y orientaciones recientes del Derecho de familia en Inglaterra, después del informe presentado por la Comisión Real de matrimonio y divorcio en 1956. Posteriormente se han dictado más de 30 leyes, relativas a la conclusión del matrimonio, a régimen de bienes y alimentos, a filiación y a divorcio. Las leyes en general están elaboradas descuidadamente, y conceden amplio margen al arbitrio judicial.

WILKE, Hans-Ulrich: *Neues Personenrecht im Irak*, EF, año 8, núm. 3, marzo 1961; págs. 95-98.

Aspectos de conjunto de la Ley de 19-XII-1959 que instaaura un nuevo «Derecho de personas» en la República del Irak. Se pretende la regula-

ción de las relaciones familiares y sucesorias surgidas del matrimonio. Se trata de la primera Ley estatal en una materia de la que apenas se ocupaba el Código civil de 1951; y presidida por una orientación de compromiso entre el aspecto confesional y estatal. Se refiere a conclusión del matrimonio, alimentos de la mujer, separación de bienes, divorcio, padres e hijos, alimentos en general, normas sucesorias. La Ley sustituye a las disposiciones contenidas en la «Sberia».

6. Derecho de sucesiones.

BOEHMER, Gustav: *Sittengewidrige Beeinträchtigung des Vertragserben durch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961: páginas 253-255.

Observaciones críticas a una sentencia del BGH de 7-X-1960: en torno al posible perjuicio del heredero contractual por una atribución realizada por el causante en vida. Se trataba de una donación hecha por un marido a su amante, que, posteriormente, una vez muerto el donante, impugna la mujer instituida heredera única en un contrato sucesorio con el marido. El autor considera equivocado el método seguido por la sentencia de examinar la aplicabilidad o no del § 138 (nulidad de un negocio por atentado a las buenas costumbres) después de estimar la no aplicación del § 2.287 (impugnación de atribuciones que se hacen con ánimo de perjudicar al heredero contractual). La entrada en juego del § 2.287 BGB presupone la eficacia real y obligatoria de la atribución realizada.

HAMPEL, Herbert: *Bemerkungen zur Pflichtteilsregelung innerhalb des § 1371 BGB n. F.*, EF, año 8, núm. 7, julio 1961: pág. 287.

Cuánta de la legítima del cónyuge superviviente, a computar en base a la porción hereditaria incrementada o no, según el nuevo § 1.371 BGB (liquidación sucesoria de la comunidad de ganancia como régimen legal de bienes). Se critica la afirmación de Nieder-Länder de que la legítima del cónyuge es *siempre* sobre la porción hereditaria sin el incremento previsto por el § 1.371.

JOHANNSEN, Kurt: *Erbrechtliche Auswirkungen des § 1371, Abs. I-III BGB*, EF, año 8, núm. 1, enero 1961: págs. 17-21.

Recopilación de puntos de vista concretos del autor en torno al § 1.371 BGB relativo a la «nivelación de la ganancia», en el régimen legal de bienes, cuando la comunidad termina por muerte de uno de los cónyuges: incremento de la porción hereditaria legítima del superviviente. Consideraciones generales. Liquidación de Derecho sucesorio y liquidación de Derecho de bienes. Cuestiones legitimarias.

MATERN, F.: *Nochmals: Sittengewidrige Beeinträchtigung des Vertragserben?*. EF, año 8, núm. 10, octubre 1961: págs. 418-420.

Donación a la concubina por el marido. Impugnación por la mujer heredera, en virtud de contrato sucesorio. De nuevo sobre la sentencia de 7-X-60 y la crítica a la misma de Boehmer. Palabras finales de éste (Vid. Bohmer en esta sección). Discusión en torno a la aplicación o no al supuesto de los §§ 817 y 242 BGB.

REDMANN, Günter: *Über die rechtliche Relevanz des Geschlechtsunterschiedes*. EF, año 8, núm. 10, octubre 1961: págs. 409-418.

Frente a las opiniones de otros autores y de ciertos fallos jurisprudenciales, el autor no considera de acuerdo con el principio de equiparación jurídica de los sexos la preferencia sucesoria que se atribuye en Alemania a los varones en la sucesión de las «Höfe» o haciendas agrícolas vinculadas.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

RITNER, Fritz: *Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft. I: Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht*. EF, año 8, núm. 1, enero 1961: páginas 1-17.

El nuevo § 1.365 del BGB prohíbe a un cónyuge obligarse a disponer de su patrimonio como un todo, a no ser que cuente con el consentimiento del otro. Sustitución de este consentimiento por la autoridad judicial en ciertos supuestos. Después de un estudio de la norma en su consideración general, se alude a la significación de la misma en relación con los negocios mercantiles, en su sentido general y con especial referencia a los negocios jurídicos sobre la empresa.

RITNER, Fritz: *Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft. II: Die Bedeutung des § 1369 BGB im Handelsrecht*. EF, año 8, núm. 5, mayo 1961: páginas 185-194.

Aunque no tiene una acusada significación mercantil, el § 1.369 nuevo del BGB, relativo a la disposición por cada cónyuge de los objetos del hogar que le corresponden, puede plantear ciertos problemas de colisión con la norma contenida en el § 366 del Código de comercio. Estudio del problema: en relación con los supuestos en que el comerciante (anticuario o de objetos de arte) enajene o pignore cosa perteneciente al hogar.

RITNER, Fritz: *Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft. III: Der Zugewinnngleich*. EF, año 8, núm. 12, diciembre 1961: págs. 505-516.

De las dos formas por las que puede llevarse a cabo la nivelación de la ganancia en el nuevo régimen legal de bienes alemán (§§ 1.371 y 1.373

y sigs. BGB), interesa más al Derecho mercantil la que se realiza por causas distintas a la muerte de un cónyuge: el que obtenga mayor ganancia reparte el exceso con el otro por mitad. Especialidades mercantiles surgidas del hecho de que en el patrimonio a nivelar existían empresas o participaciones en empresas. Empresas individuales o sociales.

2. Comerciantes y sociedades.

BÄRMANN, Johannes: *Einheitliche Gesellschaftsform für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, ACP, tomo 160, núm. 2, junio 1961: páginas 97-134.

Razones en pro y en contra del pretendido establecimiento de una forma unitaria de sociedad para los países que forman la comunidad económica europea. Examen de conjunto de los trabajos de las distintas Comisiones nombradas al respecto para estudiar la materia relativa a la fundación, constitución y cuotas, a la gestión y control de ese tipo de sociedad, a la transformación, disolución y fusión, a los balances y computación de pérdidas y ganancias y a las cuestiones fiscales. Inconvenientes de la pretendida sociedad unitaria o supranacional.

EINMAHL, Jürgen: *Die Ausübung der Verwaltungsrechte des Gesellschafters durch den Testamentvollstrecker*, ACP, tomo 160, núm. 1, mayo 1961: páginas 29-50.

Ejercicio por el ejecutor testamentario de los derechos administrativos del heredero del socio en una sociedad personalista. Problema previo: carácter heredable no de la cuota en la sociedad en su aspecto personal y patrimonial. Crítica de la doctrina dominante de que los derechos de administración del socio no forman parte de su caudal relicto.

WINKLER, Eberhard: *Zum Schutzzumfang des § 64. Abs. 1 GmbH-Gesetz*. MDR, año 14, núm. 3, 1960; págs. 185-187.

El § 64 de la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada obliga a los gestores a solicitar la apertura del concurso, cuando la sociedad deviene insolvente, lo más tarde en el plazo de tres semanas. Esta norma es, según el BGH (Sentencia 16-XII-58), una «norma de protección» (§ 823, II, BGB) también para los acreedores que se relacionan con la sociedad después de surgida la obligación de solicitar el concurso. Consideraciones en torno a la posición de estos «nuevos acreedores».

4. Obligaciones y contratos.

HABERKORN, Kurt: *Nebenschlichten des Handelsmaklers*. MDR, año 14, número 2, 1960; págs. 93-94.

Cumplida su obligación principal de mediar en la celebración de un determinado contrato, el corredor de comercio tiene como todo deudor,

unas obligaciones accesorias que, aun no derivadas de su deber fundamental, entroncan directamente con el deber general de fidelidad y buena fe («Treu und Glauben»). Deber de información y deber de aclaración a las partes. Significado y alcance de los deberes accesorios.

SCHÜTZ, Wilhelm: *Widerruf bei Zahlungen und Überweisungen*, ACP, tomo 160, núm. 1, mayo 1961; págs. 17-29.

Pagos al contado y transferencias bancarias, destacando su paralelismo y estudiando las relaciones jurídicas que se originan: entre pagador y Banco y entre éste y el favorecido por el pago o la transferencia. Distinción según que los interesados sean o no clientes del Banco. Revocación del pago y del mandato de transferencia. Posición del Banco en relación a los actos de disposición del cliente, según se trate o no de sumas acreditadas.

WENDT, Herbert: *Umbruch in der Teilzahlungswirtschaft*, MDR, año 14, número 2, 1960; págs. 88-90.

Configuraciones diversas, en la práctica alemana, de las financiaciones de los negocios a plazos. Significado de las aperturas de crédito y de la concesión de éste para una negociación determinada.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

BEMANN, Klaus: *Zur analogen Anwendung des § 91a ZPO bei einseitiger Erledigungserklärung*, MDR, año 14, núm. 5, 1960; págs. 361-362.

Cartas en los supuestos en que una de las partes dé por solucionada o despachada la cuestión principal. Aplicación analógica del § 91o de la ZPO, que se refiere al caso de acuerdo de ambas partes en la decisión invocada.

3. Procesos especiales.

BLECHSCHMIDT, Horst: *Zur Vertretung des Minderjährigen ehelichen Kindes im Unterhaltsprozess gegen einem getrennlebenden Elternteil*, ACP, tomo 160, núm. 3, octubre 1961, págs. 237-252.

Representación del hijo legítimo, menor de edad, en los procesos de alimentos contra aquel de los padres que hace vida separada. Representación por la madre en base al nuevo § 1.629, II, BGB. Representación específica para el supuesto indicado. Significado de esta representación y fundamento de la misma.

BELL, J.: *Rückwirkung der Änderungsklage* (ZPO, § 323 Abs. III und IV) ? EF, año 8, núm. 12, diciembre 1961, págs. 518-519.

La jurisprudencia y la doctrina no son unánimes en torno al sentido que ha de darse a la norma que decreta la no retroactividad de las sen-

encias que acogen acciones de modificación. Aplicación analógica de la norma. § 323 ZPO alemana.

BROX, HANS: *Die Vinkulierung des Vermögens im ganzen sowie der Haushaltgegenstände und ihre Answirkungen im Zivilprozess*, año 8, núm. 7, julio 1961, págs. 281-287.

En el nuevo régimen legal de bienes introducido por la Ley de equiparación ninguno de los cónyuges puede, sin consentimiento del otro, disponer de su patrimonio como un todo ni de los objetos del hogar que le pertenecen. Si lo hace, puede el otro cónyuge pretender, incluso frente a terceros, la ineficacia de la disposición. Aspectos del problema en el proceso civil.

BRÜHL, G.: *Erstattung von Kosten der Ehelichkeitsanfechtung*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961, págs. 246-247.

Procedencia o improcedencia de la restitución al marido divorciado de las costas por él satisfechas en la impugnación de la legitimidad de un hijo de su mujer y del adúltero. Jurisprudencia negatoria de la pretensión de restitución.

GRASMEHER, F.: *Die Lehre von der «Zusatzklage» und § 323 ZPO*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961, págs. 241-245.

Para aumentar las pensiones alimenticias se discute en Alemania si ha de hacerse por la vía de la acción de modificación (§ 323 de la ZPO) o mediante una acción o demanda adicional (§ 258 ZPO). Últimamente se va abriendo camino la segunda tesis.

JAUERNIG, OTTIF: *Tod eines Ehegatten vor Beginn, während oder nach Abschluss des Eheprozesses*, EF, año 8, núm. 3, marzo 1961: págs. 98-104

Con el subtítulo de «aportación a la problemática del § 628 ZPO» se enfrenta el autor con la cuestión de si, devenida ineficaz una sentencia en proceso matrimonial por muerte de uno de los cónyuges antes de adquirir el fallo fuerza de cosa juzgada, cabe o no por los herederos del fallecido seguir el proceso por razones estrictamente procesales.

KÜNKEL, J.: *Zur Frage der Relation zwischen abzuändernder und neuer Entscheidung im Unterhaltsrechtsstreit nach § 323 ZPO*, EF, año 8, núm. 6, junio 1961, págs. 245-246.

Consideraciones sobre el mismo tema tratado por Grasmehrer (cfr. en esta sección).

SCHLELER, HANS: *Mindeststreitwert bei nichtvermögensrechtlichen Verwaltungstreitigkeiten*, MDR, año 14, núm. 4, 1960; págs. 271-273.

Cuestiones en torno a la menor cuantía en los procedimientos contencioso-administrativos que no sean de contenido patrimonial.

SIEVEKING, Friedrich: *Die neue Verwaltungsgerichtsordnung*. MDR, año 14, núm. 3, 1960, págs. 177-181.

Consideraciones generales en torno a la nueva Ordenanza alemana sobre la jurisdicción administrativa. Organización de los tribunales, competencia, posibilidades procesales, acciones de impugnación, recursos, etc. Destaca el carácter unitario y armónico de la nueva reglamentación.

SIEVEKING, Friedrich: *Die neue Verwaltungsgerichtsordnung*. MDR, año 14, núm. 4, 1960; págs. 261-265.

Terminación de la nota indicada anteriormente. En el presente número se hace referencia al procedimiento, recursos y disposiciones de adaptación.

ZEUNER, Albrecht: *Über die Einfluss von Wiedereinsetzung und Wiederanfnahme auf die neue Ehe eines geschiedenen Ehegatten*. MDR, año 14, núm. 2, 1960, págs. 85-88.

La influencia de la reposición o repetición de un procedimiento fallido por sentencia de divorcio, puede convertir el nuevo matrimonio de uno de los cónyuges divorciados en bigamia a tenor del § 20 de la Ley de matrimonio de 1946. Más que razones procesales, son razones de fondo las que fundamentalmente esta consecuencia. Crítica de la jurisprudencia.

4. Jurisdicción voluntaria.

GÖPPINGER, Horst: *Die Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit (§ 1, II, Ehegesetz n. F.)*. EF, año 8, núm. 11, noviembre 1961, págs. 463-466.

La Ley alemana de reforma del Derecho de familia de 1961 ha modificado también el párrafo II del § 1 de la Ley de matrimonio de 1946, atribuyendo expresamente al Tribunal de Tutela las facultades de dispensar la edad necesaria para el matrimonio. Significado de la dispensa y carácter con que se otorga. Comparación con la situación anterior. El Tribunal concede ahora la dispensa como órgano judicial; antes, como autoridad administrativa.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tübingen).
 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 Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = 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 (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generali delle Obligazioni (Milán).
 RDIC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLG = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).

- RDF = 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).
 RFDEA = 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.
 RFI = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruxelas, 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 (Bolonía).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDI = 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 = Svensti Juristtiding (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. NO PUEDE INSCRIBIRSE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE CASA BARATA CONSTRUIDA AL AMPARO DEL DECRETO-LEY DE 10 DE OCTUBRE DE 1924, SIN HABER SIDO PREVIAMENTE DESCALIFICADA

a) Aunque el Decreto Ley de 10 de octubre de 1924, se encuentre derogado por los artículos 22 de la Ley de 1939 y 110 del Reglamento de 8 de septiembre del mismo año, ello deberá entenderse, según expresamente declaran estas mismas disposiciones, sin perjuicio de los derechos y obligaciones nacidos bajo el régimen de la legislación anterior, cuya aplicación aparece reconocida en el Decreto de 31 de marzo de 1944 que establece una serie de normas relativas a la desvinculación de dichas Casas Baratas.

b) El artículo 10, párrafo segundo, del Decreto Ley de 10 de octubre de 1924, prohíbe la enajenación de las casas baratas durante un plazo de cincuenta años a contar desde su terminación, y para hacer efectiva esta limitación establece la inscripción en el Registro de la Propiedad de la Orden de calificación, permitiendo solamente las transmisiones a título de herencia o donación en favor del heredero a quien corresponda el derecho de sucesión o cuando se haya obtenido por el beneficiario la desvinculación fundada en necesidad o conveniencia notoria.

c) El artículo 12 de dicha disposición no establece una excepción a la prohibición de transmitir contenida en el artículo 10, sino simplemente concede a las Sociedades Cooperativas dedicadas a la construcción de casas baratas, un derecho de retracto si el propietario que hubiere obtenido la concesión de la desvinculación, transmitiese el inmueble a persona extraña a la Sociedad.

Por todo ello, y mientras no se obtenga la desvinculación, el titular registral carece de facultades para vender, y en consecuencia no puede ser inscrita la escritura calificada (Res. de 11 de abril de 1962. B. O. de 8 de mayo de 1962).

2. GRAMATICAL Y JURIDICAMENTE, LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPLÍCITAS Y EXPRESAS TIENEN IDENTICA SIGNIFICACION, PUES TANTO UNAS COMO OTRAS IMPLICAN LA SUBORDINACION DE LOS EFECTOS DEL NEGOCIO JURIDICO A ALGUN SUCESO EN FORMA PUBLICA O MANIFIESTA. Y EN ESTE SENTIDO SE EMPLEAN EN LA ESCRITURA CALIFICADA, EN LA QUE SE REVELA INEQUIVOCAMENTE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES DE ATRIBUIR A LA FALTA DE PAGO DEL PRECIO APLAZADO CARACTER RESO-

LUTORIO SUSCEPTIBLE DE SURTIR EFECTO EN PERJUICIO DE TERCERO (Res. de 13 de junio de 1962. B. O. del 7 de julio de 1962).

Se pronuncia en el mismo sentido, por concurrir igual supuesto, la Resolución de 18 de junio de 1962. B. O. del 12 de julio de 1962.

DERECHO HIPOTECARIO

1 NO PUEDE ANOTARSE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO SOBRE FINCAS INSCRITAS EN USUFRUCTO UNIVERSAL Y NUDA PROPIEDAD A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CONTRA LA QUE SE DIRIGE EL MANDAMIENTO.—INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA SOCIEDAD CONTINUADA Y LA VIUDEDAD UNIVERSAL DEL DERECHO ARAGONES

a) Decretado el embargo respecto de fincas que aparecen inscritas a nombre de persona distinta de la deudora, el principio del tracto sucesivo, regulado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impide la práctica del asiento solicitado, mientras no se presenten oportunamente en el Registro los documentos indispensables que permitan reflejar en los libros las transmisiones realizadas. En el expediente sólo pueden surtir efecto los presentados en tiempo y forma, toda vez que en el recurso gubernativo no pueden ser discutidas más cuestiones que las relacionadas «directa o indirectamente con la calificación del Registrador».

b) Acordado el embargo de los bienes pertenecientes a la Sociedad legal continuada entre la viuda y los herederos de don J. M. F., es evidente el acierto del segundo defecto de la nota calificadora, pues figurando inscrito el pacto de capitulaciones matrimoniales que establece el usufructo universal a favor de dicha viuda, el artículo 64 del Apéndice foral impide la subsistencia de la sociedad conyugal, que por ser incompatible no puede ostentar la titularidad registral de los bienes.

Por otra parte, conforme ya declaró el Centro Directivo en la Resolución de 1 de octubre de 1929, no tienen acceso al Registro situaciones transitorias que se engendran por la muerte de uno de los cónyuges, pues aunque se halle pendiente de liquidación y ulterior destino el patrimonio de la sociedad, ello no implica la aparición de una nueva entidad jurídica. Por ello, no puede anotarse el mandamiento expedido en las condiciones que concurren en este caso, puesto que debería haberse dirigido contra los verdaderos titulares de los bienes que se pretenden embargar (Res. de 25 de mayo de 1962. B. O. de 9 de julio de 1962).

2. INCOADO JUICIO ORDINARIO PARA DECLARAR LA VALIDEZ DEL TITULO QUE CONFIERE AL ACTOR EL DERECHO DE RETORNO A UN LOCAL, PUEDE TENER ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, AL AMPARO DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 42 DE LA LEY

HIPOTECARIA, EL MANDAMIENTO QUE ORDENA LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA

a) La finalidad cautelar de las anotaciones de demanda, es asegurar las resultas de un juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada, ya que al publicar el asiento la verdadera situación jurídica de la finca, evita que entre en juego el principio de fe publica por dar a conocer a los terceros las posibles causas de resolución o rescisión.

b) Interpretado ampliamente el número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia del Centro Directivo no limita su aplicación exclusivamente a las acciones de naturaleza real, sino que estima comprendidos también en él, los supuestos en que la pretensión deducida ante los Tribunales deba producir efectos sobre inmuebles inscritos, como así sucede en el presente caso, en el que el derecho controvertido deberá anotarse para que afecte a terceros, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959.

c) Sin perjuicio de la reclamación gubernativa que motivó la anterior resolución del Centro Directivo en 15 de noviembre de 1960 que confirmó la nota del Registrador, los interesados pueden acudir a los Tribunales para contender entre sí acerca de la validez o nulidad del instrumento público en que se contiene el derecho de retorno discutido, como así lo han hecho, facultándoles conforme al párrafo segundo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria para instar la anotación de demanda con diversos efectos, según que se anote durante la vigencia del asiento de presentación o una vez que éste haya caducado (Res. de 6 de julio de 1962 B. O. de 1 de agosto de 1962).

DERECHO MERCANTIL

1. LA CONSTRUCCION DE UN BUQUE POR UNA EMPRESA EN COMUNIDAD, POR ENCARGO DE UNO DE LOS COPROPIETARIOS QUE SUMINISTRO LOS MATERIALES, CALIFICAN AL CONTRATO COMO ARRENDAMIENTO DE OBRA Y NO COMO COMPRAVENTA.—Y EL ACTO DE ENTREGA DE DICHO BUQUE POR LA MAYORIA DE LOS COPROPIETARIOS, AL QUE ENCARGO SU CONSTRUCCION, ES UN ACTO DE EJECUCION DE DICHO CONTRATO Y NO DE DISPOSICION, BASTANDO PARA ELLO LA MAYORIA ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 398 DEL CODIGO CIVIL.

a) Siempre que la propiedad de una cosa o de un derecho venga a pertenecer a varias personas proindiviso, se produce naturalmente una situación de comunidad incidental, tal como aparece regulada en el título III del Código Civil. Ello ocurre en el presente supuesto, en donde, y como conso-

cuencia de las operaciones particionales practicadas al fallecimiento de D. Francisco González, se adjudican a la viuda e hijos participaciones idénticas en los diferentes bienes que constituyen el conjunto que se denomina «Astilleros Francisco González Sucesores», comunidad que en tráfico mercantil ha de actuar y estar representada con arreglo a las normas legales establecidas en los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil.

b) Si con carácter particular uno de los condueños —que había adquirido sus derechos de un anterior armador que fue quien encargó la construcción del buque— ha entregado, para el repetido contrato de obra, los materiales de su singular propiedad, no puede entenderse que el barco construido pertenezca a la comunidad, o sea, a los astilleros mencionados, que cumplen simplemente el encargo pactado, sino al propio arrendador de obra o causahabiente del que contrató la construcción del barco y ahora paga su precio, precio que, éste sí, pertenece a la mencionada comunidad.

c) En suma, a los efectos de la entrega del buque, era suficiente justificar la existencia de la industria «Astilleros de Francisco González García Sucesores» como Empresa constructora suficientemente representada, según su naturaleza, para dichos efectos de entrega de la obra por los comparecientes. Y como de las dos modalidades de arrendamiento de obra que reconoce el artículo 1.588 del Código Civil —o sea, que se contrate la ejecución de la obra conviniendo que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o que también suministre los materiales—, nos encontramos ante el primer supuesto, no cabe plantear cuestiones que se derivarían del segundo, respecto a la naturaleza jurídica y a su asimilación con el contrato de compraventa, ya que la entrega del buque por la comunidad no supone más que el cumplimiento del contrato pactado, sin que haya sido nunca dueña del barco, y por ello no se trata de acto de disposición que exigiría para su formalización el consentimiento unánime de los condueños, sino de simple ejecución, para el que debe bastar la mayoría establecida en el artículo 398 del Código Civil (Res. de 7 de julio de 1962, B. O. de 7 de agosto de 1962).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

A cargo de Gabriel GARCIA CANTERO, Justo J. GOMEZ USABEL, Antonio del HOYO, Rafael IZQUIERDO, José M.ª PEÑA, José PERE RALUY, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: LEY A EFECTOS DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE UN DECRETO: *La infracción de un artículo de un Decreto, disposición administrativa sin valor de Ley, no puede estimarse como causa del recurso de injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: IMPUGNACIÓN: *Los errores de apreciación de la prueba sólo pueden señalarse por la documental o pericial, y no por la de reconocimiento judicial. [S. 24 de junio de 1961; desestimatoria.]*

2. ERROR DE DERECHO: CARACTERES: *El error de derecho como vicio del consentimiento y causa de anulabilidad de las obligaciones, tiene carácter excepcional en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, siendo de aplicación restrictiva.*

ERROR DE DERECHO: REQUISITOS: *Para que se dé el error de derecho como vicio del consentimiento y causa de anulabilidad de las obligaciones se requiere:*

1.º) *Prueba plena del error jurídico independiente de los motivos o intenciones de los contratantes.*

2.º) *Que recaiga sobre la esencia y sustancia de lo convenido.*

3.º) *Que sea excusable dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo que elude toda idea de generalización, con la subsiguiente aplicación restrictiva. [S. 6 de abril de 1962; ha lugar.]*

COMENTARIO. A.—*Hechos:* los recurridos pactaron una indemnización con los propietarios de unas tierras en las que radicaban determinadas minas, por los perjuicios que la explotación del mineral les ocasionara. Los recurridos pretendieron y obtuvieron la anulación de tal contrato en base a error de derecho: desconocimiento del artículo 18 de la Ley de Minas de 1944 que señala tal indemnización en cuantía muy inferior a la convenida. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia que estimaba el error de derecho y el T. S. da lugar al recurso de casación por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.265, 1.263 y 1.300 del Código civil.

B.—Señala la Sentencia del T. S. en el primero de sus considerandos los requisitos necesarios para que proceda la anulación de un contrato en base

a error de derecho. En el segundo dice que no se da error de derecho en el caso que se discute, pues, por haber estado las partes asesoradas en la firma del contrato por sendos letrados, uno de ellos --precisamente el de la parte que alega el error de derecho-- especialista en cuestiones mineras, no cabe admitir la existencia del error, ni, aun cuando existiera, podría calificarse como sustancial ni como excusable.

C.--Queremos llamar la atención sobre los siguientes puntos de esta interesante sentencia:

1.º Señala cómo el error de derecho, que en un principio fué rechazado en estricta aplicación del artículo 2.º del C. c., viene siendo elaborado por la doctrina y por la jurisprudencia con extraordinaria cautela y carácter excepcional, como vicio del consentimiento y causa de anulabilidad de las obligaciones.

Recordemos cómo la Sentencia de 4 de abril de 1903 distinguía ya claramente la doctrina de la ignorancia de las leyes y el error de derecho: una cosa es que la ignorancia del Derecho no favorezca al que la padece, y otra que se convierta en vicio de la voluntad, lo que es falta de conocimiento o conocimiento equivocado.

2.º Pone de manifiesto la extraordinaria cautela con que hay que proceder en materia de error de derecho por su carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado. Señala la Sentencia que el error de derecho es de aplicación restrictiva, y que hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, eludiéndose toda generalización.

3.º Señala los requisitos que hemos dicho:

a) Prueba plena del error jurídico.--Aquí tendrá indudable trascendencia la cultura y profesión de quien lo alegó. Precisamente en el caso resuelto se entiende que no lo hay, porque el que decía haberlo padecido estuvo asesorado por un perito en la materia. Si no hubiera habido tal asesoramiento posiblemente el T. S. habría estimado el error de derecho.

b) Que recaiga sobre la esencia y sustancia de lo convenido.-- Este requisito viene exigido por el 1.266 Código civil que se aplica al error de derecho, aunque no lo mencione expresamente la sentencia.

c) Que sea excusable dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto. También aquí habrá de tenerse en cuenta el conocimiento que debiera tener de la Ley quien lo alega. En el caso resuelto ya hemos dicho que el T. S. entiende que, aunque hubiera error de derecho, que no lo hay, sería inexcusable. (J. M. P.)

3. FRUTOS OBTENIDOS POR LA EXPLOTACION DE MARCAS: *Las accciones de la cosa corresponden normalmente al legítimo propietario de ella, y por ello las propietarias de las marcas tienen derecho a todos los frutos que produzcan.*

GASTOS DE PRODUCCION REALIZADOS POR UN TERCERO: *Declarado el derecho a los frutos no puede dejar de condenarse a su entrega, o a satisfacer su importe, con el pretexto de que fueron obtenidos en los laboratorios de un*

tercezo, pues el artículo 360 L. E. C. prevé el supuesto de que se solicite la condena al pago de frutos en cantidad no determinada inicialmente, y en el periodo de ejecución puede puntualizarse la parte que pertenece al propietario de los elementos de producción y la que corresponde a las legítimas propietarias. [S. 4 de noviembre de 1961; ha lugar.]

Un padre, que había vendido con pacto de retro determinada marca de productos farmacéuticos, ejercita su derecho de retracto convencional frente a las hijas. Reconvienen éstas reclamando los frutos obtenidos desde la venta, ya que el padre había seguido explotando dicha marca en su propio laboratorio sin rendir cuentas a las hijas. Tanto en primera como en segunda instancia, se estima la demanda, y en cuanto a la reconvención, si bien se reconoce el derecho de las hijas a los frutos, sin embargo no se condena al padre a entregarlos. En casación se denuncia la incongruencia y la contradicción del fallo; no se estima aquélla, pero sí ésta y en la segunda sentencia se condena al padre demandante a la entrega de frutos que se determinen en ejecución de sentencia.

La invocación de la doctrina de la accesión para fundar el derecho del propietario a los frutos es un error sistemático que el Código viene arrastrando, pero del que la jurisprudencia podía muy bien prescindir sin que alterase el efecto jurídico pretendido. Los frutos interesan en materia de propiedad cuando hay sucesión en el disfrute, y esto ocurre precisamente en el caso de ejercicio del derecho de retracto convencional; pero entonces suele haber una norma específica (en este supuesto el artículo 1.519) sin que sea necesario acudir a los artículos 353 y 354.

Merece aprobación la amplia concepción implícita en esta decisión de que también las marcas son susceptibles de producir frutos, que responde, según expusimos en otro lugar, a los principios del Código en la materia (Vid. GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Código civil español*, sep. de la revista «Derecho notarial», pág. 182).

(G. G. C.)

4. SIMULACIÓN. COMPRAVENTA: PRUEBA: *No constituye obstáculo para la desestimación de la pretendida simulación de un contrato de compraventa, el que el precio fuese ínfimo en relación con el valor de los bienes, ni el que la vendedora nunca tuvo intención de cesar en la libre facultad de disponer de los mismos, pues tales extremos no desnaturalizan la compraventa en cuanto se puede modificar por pacto la transmisión efectiva del dominio al comprador y en el Derecho Civil común no puede decirse que sea siempre forzoso un precio justo.*

PRESUNCIONES: *Es prueba de la privativa apreciación por el Juzgador de instancia que debe ser respetada en casación mientras se contenga dentro de sus razonables límites de hecho y de criterio razonable.*

DOCUMENTO PRIVADO: RECONOCIMIENTO: *Habiendo fallecido la vendedora, por lo que no pudo reconocer la autenticidad del documento privado, ésta puede*

acreditarse, a igual que en otros casos similares, en forma subsidiaria, mediante dictamen de peritos, cuya apreciación incumbe al Tribunal a quo., conforme al art. 632 L. E. C. [S. 27 de mayo de 1961; no ha lugar.]

5. SIMULACIÓN. COMPRAVENTA: ESCRITURA PÚBLICA: *La fuerza probatoria atribuida por el art. 1.218 C. c. a las declaraciones que los contratantes hubiesen hecho en documento público, no impide el combatir tal prueba y declarar la falta de correspondencia entre esas declaraciones y la realidad, por convicción adquirida por otros medios de prueba, y por ello si el Tribunal de instancia en uso de sus facultades induce la inexistencia de precio en la compraventa impugnada y, por consiguiente, su simulación, no infringe el artículo citado.* [S. 16 de junio de 1961; no ha lugar.]

6. SIMULACIÓN: COMPRAVENTA: PRÉSTAMO USURARIO: *Si la compraventa realizada era realmente un contrato accesorio o de garantía de un préstamo, pactado con condiciones leoninas y ventajas sólo para el acreedor, que aceptó el deudor por la situación angustiosa en que se encontraba, debe estimarse correcta su declaración de nulidad por ilicitud de la causa sin que se hayan infringido los arts. 1.º y 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Tanto si se impugnan criterios jurídicos como si se combaten los elementos de hecho que han basado la deducción de la sentencia recurrida, ha de prevalecer el criterio del juzgador sobre el particular del recurrente, siempre que el sentido que se obtenga de los elementos tenidos en cuenta sea racional.*

ACTOS PROPIOS: *Para que por aplicación del principio «a nadie es lícito ir contra sus propios actos» puedan invalidarse por actos propios otros posteriores contradictorios, han de haberse realizado aquéllos con el propósito de extinguir o constituir derechos.* [S. 13 de mayo de 1961; no ha lugar.]

7. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: RECURSO DE CASACIÓN: *Cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, no es lícito en casación separar alguna de las probanzas o elementos de la misma, para, con apoyo en ellos, acuser al juzgador de haber incidido en equivocación.*

PRUEBA PERICIAL: *El art. 632 L. E. C., no reconoce a la prueba pericial valoración legal alguna, pues dicha prueba es de la exclusiva apreciación del Tribunal «a quo».* [S. 24 de octubre de 1961; no ha lugar.]

8. DOCTRINA LEGAL: PRINCIPIO JURÍDICO: *Es desestimable el motivo de casación en que se aduce infracción del principio jurídico «a nadie es lícito tomar la justicia por su mano» con cita exclusiva de la sentencia del T. S. de 20 de diciembre de 1927, pues por ser la única que se alega no puede constituir doctrina legal útil para los efectos de casación.*

PRUEBA PERICIAL: *Para que tenga la debida eficacia ha de suministrarse en el pleito, en la forma y términos que establece la Ley y con intervención de la otra parte, sin que los informes y planos periciales, cotejados o no, pierdan su carácter de prueba pericial para convertirse en documental cuando no se trata de advenir el contenido o extremos que comprenden o la realidad de su prestación, sino únicamente de apreciar el valor de sus conclusiones técnicas.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No lo son a efectos de casación los informes o dictámenes de un arquitecto, ni los planos de otro, ya que tratándose de simples apreciaciones periciales no demuestran por sí mismas la equivocación del juzgador de instancia del modo evidente que exige el núm. 7.º del art. 1.692 L. E. C. [S. 9 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

II. Derechos reales.

1. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO CONTRADICTORIO DEL DEMANDADO: INEXISTENCIA DE CONTRATO:** *La doctrina jurisprudencial de que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme, no puede entablarse con éxito la acción reivindicatoria sin atacar previamente o la vez la eficacia del mismo, tiene la excepción, entre otras, de cuando el título del demandante es anterior al del demandado y la nulidad del título en cuya virtud éste posee y funda su derecho es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada. [S. 29 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

La acción reivindicatoria se basaba en la inexistencia de ciertos contratos otorgados por la actora, que efectivamente se declara así por la Audiencia. El recurso se basa en que, sin haberlo solicitado, la sentencia declara también la inexistencia de un contrato privado de renuncia y transacción, en cuya virtud poseían los demandados. El T. S. viene a sostener la doctrina de que la transacción de un contrato inexistente es también inexistente, sin que sea preciso instar su ineficacia cuando se ha pedido la del contrato que le sirve de base o antecedente. Esta cuestión parece discutible. Los Anotadores de Ennecerus (*Derecho de Obligaciones* 2, II-2, p. 523), con base en la sentencia de 27 de junio de 1907 que declaró que no puede hacerse valer la nulidad de la transacción sin que previamente se entable la acción adecuada para obtener la declaración de dicha nulidad, entienden que viene a exigirse implícitamente una nueva demanda para la impugnación de la transacción.

(C. G. C.)

2. **ACCIÓN REIVINDICATORIA:** *Probados los requisitos del título, identidad y detentación por el demandado, no se infringe el art. 348 C. c.*

USUCAPION EXTRAORDINARIA: *La adquisición del dominio por prescripción extraordinaria no requiere título.*

VALOR DE LA ESCRITURA PÚBLICA: *La realidad del contrato y de su contenido, cuando conste en escritura pública y se ha celebrado entre quienes ostentan el carácter y personalidad con que contratan, surte efectos contra terceros en cuanto a las relaciones establecidas entre las partes, si éstos no impugnan ese carácter y capacidad de los otorgantes ni demuestran la simulación del contrato, doctrina contenida ya en la sentencia de 30 septiembre 1930.*

ART. 313 LEY HIPOTECARIA: *Según el art. 585 del R. H. es un requisito subsanable y una cuestión de índole dilatoria y de orden procesal, cuya infracción no puede ser objeto de un recurso de fondo.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La inusitada extensión del recurso interpuesto, su excesiva y prolíja argumentación al duplicar cada fundamento con ulteriores ampliaciones casi siempre innecesarias, y el no expresar el concepto en que se estime infringida la norma, hace que concurra una causa de inadmisión, la cual es de desestimación en fase decisoria. [S. 12 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

3. COMUNIDAD; ACCIÓN REIVINDICATORIA; PERSONALIDAD DE UN COMUNERO: *Para que un comunero pueda ejercitar por sí solo, aunque en beneficio de toda la comunidad la acción reivindicatoria, no es preciso que la existencia de dicha comunidad constituya un presupuesto aceptado, lo que equivaldría a la indefensión cuando dicha existencia se negare, sino que en tal caso el actor puede en el mismo pleito demostrar que existe la comunidad y el Tribunal declararlo en su sentencia, como elemento constitutivo del derecho postulado.*

COSA JUZGADA: *No existe cosa juzgada material tratándose de resoluciones en las que el juzgador por motivos formales o por aceptación de excepciones de esta naturaleza se abstiene de decidir sobre la cuestión de fondo. [S. 11 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

4. USUCAPIÓN; INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO; USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS»; JUSTO TÍTULO: *El hecho de aparecer inscrita en el Registro la propiedad a favor de una persona no envuelve justo título para usucapión, existiendo tan sólo una presunción «iuris tantum» a su favor, que cede al demostrarse la colisión entre la situación real y la registral.*

USUCAPION; MANDATARIO QUE ACTÚA EN NOMBRE PROPIO: *La inscripción en el Registro de una finca a nombre del presidente de una Caja Rural de Ahorros y Préstamo no implica ánimo dominical alguno, si en realidad era mandatario de dicha entidad, pero actuando en nombre propio.*

CASACION; ERROR DE HECHO; APRECIACION EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS: *No procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal en virtud del conjunto de las pruebas cuando el recurrente pretende impugnarlo en base a*

alguno de los medios de prueba aisladamente. [S. 5 de abril de 1961; no ha lugar.]

COMENTARIO:

A.—*Hechos*: El Presidente de una Caja Rural de Ahorros y Préstamo, encargado de adquirir una finca para la misma, otorga la correspondiente escritura pública en nombre propio y a su nombre la inscribe en el Registro de la Propiedad.—La finca comprada se posee desde el momento de la adquisición por la entidad mencionada. Después de más de treinta años y al intentar edificar en la finca la Caja Rural, se oponen los herederos del que fue presidente de aquélla y verificó la adquisición. Reclamado el dominio por la Caja Rural el Juzgado de 1.ª instancia acude, declarando a su favor la usucapión extraordinaria y ordenando que se cancele la inscripción a nombre de los demandados. La Audiencia y el T. S. confirman la sentencia.

B. COMENTARIO: Interesa destacar la doctrina sentada por el T. S. en esta sentencia en cuanto a la afirmación que hace el art. 35 de la L. H. de que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será justo título la inscripción...»

La doctrina no está de acuerdo en cuanto al alcance de tal afirmación. Algunos (Sanz. «La Reforma de la Ley Hipotecaria», R. D. P. 1945, p. 22; Bérnago, «La usucapión y el Registro de la Propiedad», Conf. Colegio Not. de Madrid, 1945) sostienen que el art. 35 de la L. H. establece una presunción «iuris tantum» de la existencia de justo título.

Otros (La Rica, «Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria», 1945; Azpiazu, «Más sobre el tema La prescripción y el Registro», R. C. D. L., 1945, página 427) dicen que la presunción «iuris tantum» se refiere solamente a que «ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe...», pero la afirmación de que «será justo título la inscripción» es una afirmación tajante y no una mera presunción. En este sentido Roca (D. H. tomo I, pág. 648, Edición 1954) dice que el art. 35 L. H. da a la inscripción la consideración o calidad de justo título, apto para la usucapión. La inscripción por sí misma, independientemente del título formal que la produjo, hace las veces de título para la usucapión. Pero esto no quiere decir que este sucedáneo del título, la inscripción, sea inatacable, pues si se hubiese practicado falsamente o sin título documental, podrá la misma desaparecer por vía de rectificación del Registro inexacto, provocado por asiento nulo. Y con ello desaparecerá el título hábil para usucapir a que se refiere el art. 35.

La sentencia que comentamos entiende que la afirmación del art. 35 L. H. es «iuris tantum», destrúible por prueba en contrario. Interpreta el artículo en el mismo sentido que Sanz y Bérnago.

Entendemos correcta la doctrina de esta sentencia que, por otra parte, no está, a nuestro juicio, en contradicción con lo mantenido por Roca. Esto se refiere al «título formal» y la sentencia al título «en sentido material». Creemos que en este último sentido emplea el art. 35 la palabra «título». O sea, que «será justo título (formal) la inscripción» (como Roca); pero se presume «iuris tantum» la existencia de justo título (en sentido material) a los efec-

tos de la usucapión por el hecho de estar inscrito el dominio a favor de una persona (doctrina de la sentencia que comentamos).

La interpretación que da la sentencia al art. 35 lo hace para rebatir la tesis del recurrente de que no se había aplicado dicho precepto, en el que quería apoyar la usucapión a su favor. Confirma el T. S. las Sentencias del Juzgado de 1.^a Instancia y de la Audiencia que declaran la usucapión extraordinaria a favor de la entidad demandante.

(J. M. P.)

5. PRECARIO: ART. 1.565, 3.^o L. E. C.: *El concepto romano de precario que exige concesión graciosa, «a ruego» del precarista, ha sido ampliado por constante jurisprudencia comprendiendo dentro del concepto de precario todo uso o disfrute de una cosa ajena, sin que medie renta o merced, ni se halle respaldado por otro título que la mera condescendencia del poseedor real, sin que sea necesario el «ruego» de quien disfruta la cosa como en el D. Romano.*

DERECHO FORAL: ART. 1.565: *El proceso que regula el T. XVII, Libro II, de la L. E. C. (Del juicio de desahucio) es de general aplicación en todo el territorio nacional.*

PRECARIO: RENUNCIA AL DERECHO DE HABITAR: *La expresa renuncia al derecho de habitar, convierte al que lo hace en precarista desde ese momento.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *La infracción de los arts. 504 y 506 L. E. C. sólo puede dar lugar, según reiterada jurisprudencia, a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, no por violación de ley al amparo de 1.692, 1.^o.*

VALOR EN JUICIO DE UN DOCUMENTO SIN QUE SE HAYAN PAGADO LOS DERECHOS REALES: *El no estar acreditado el pago de derechos reales no tiene otros efectos que los meramente fiscales, mas nunca los de eximir del cumplimiento de las obligaciones en el documento contraídas. [S. 17 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

NOTA: El Juzgado de 1.^a Instancia, incumpliendo lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 21 de marzo de 1958 sobre texto refundido de la L. del Impuesto de derechos reales, admite y toma en consideración un documento no liquidado. El recurrente denuncia correctamente dicha infracción, y el T. S. sienta la doctrina dicha, si bien incidentalmente y de pasada hace constar que el mencionado documento no era fundamental para la decisión.

Con esta norma del art. 40 de la L. de 21 de marzo de 1958 sobre inadmisión de documentos no liquidados, pasa algo parecido a con los arts. 313 y 315 L. H.: que en la práctica no se cumplen.

(J. M. P.)

6. PRECARIO: PRUEBA DEL ARRENDAMIENTO: *Al no acreditarse ni la existencia del contrato en cuanto al piso que se discute, ni el precio cierto a satisfacer que por su uso fue estipulado, se está ante la presencia de un precario. [S. 17 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

7. **USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN:** *El usufructo con facultad de disposición, autorizado por el art. 467 del C. c., no altera la naturaleza del usufructo con relación a los bienes de los cuales no se haya dispuesto, ya que de la unión del usufructo con la facultad de disponer no surge un derecho nuevo o distinto del usufructo, sino una simple yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo.* [S. 17 de mayo de 1962; no ha lugar.]

Sigue esta Sentencia la posición de la doctrina dominante: Es curioso que transcriba literalmente la doctrina de ROCA SASTRE, «Estudios de Derecho Privado», t. II, *Sucesiones*, págs. 79 y ss.).

(J. M. P.)

8. **INADMISIBILIDAD DE DOCUMENTOS REGISTRABLES NO REGISTRADOS: ART. 313 L. H.:** *La efectividad del precepto del art. 313 L. H. se halla subordinada a lo establecido en los artículos 585 y 586 del R. H. que imponen, en primer término, la suspensión del curso de la demanda y la concesión de un plazo con devolución del documento, para que pueda cumplirse el requisito de la inscripción, trámite previo sin el cual no cabe tener por «no visto» el documento.*

ERROR DE DERECHO: ART. 313 A 315 L. H.: *Se incide en error de derecho cuando el Tribunal «a quo» niega o desconoce con respecto a determinada prueba el valor o eficacia que a la misma le otorga la ley, no pudiendo, por tanto, ser base del error de derecho los arts. 313 a 315 L. H. que regulan la admisión por determinados organismos de documentos no registrados, pero no determinan la valoración que en el orden sustantivo pueden tener los referidos documentos.*

RECURSO DE FONDO: ARTS. 313 A 315 L. H.: *Al ser estos artículos reguladores de la admisibilidad en juicio de los documentos susceptibles de inscripción, el incumplimiento de lo previsto en los mismos, no puede ser combatido en un recurso sobre fondo.*

IDENTIFICACIÓN DE FINCA; CUESTION DE HECHO: *La identificación de la finca sobre la que se pretende declaración de propiedad es cuestión de hecho que compete a la soberanía del Tribunal «a quo» y sólo combatible al amparo del número 7 del 1.692 L. E. C.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACION: *Si un documento de por sí auténtico, ha sido ya examinado en el pleito, no puede tener la consideración de tal a los efectos del recurso por error de hecho del 1.692, 7.º, L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN POR ERROR DE HECHO: ART. 1.462 DEL C. C.: *La interpretación errónea del art. 1.462, II, C. c. ha de denunciarse al amparo del número 1.º y no del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.* [S. 12 de mayo de 1961; no ha lugar.]

NOTA: El demandante y recurrido, ejerció acción de declaración de propiedad sobre determinada finca, basado en una escritura pública de compra. El juzgado de primera Instancia estima la demanda. La Audiencia confirma la Sentencia de aquél y el T. S. no da lugar al recurso.

El recurrente se apoyaba fundamentalmente en error de derecho al amparo del 1.692, 7.º, L. E. C., por estimar infringidos los artículos 313 a 315 L. H. al haberse admitido la escritura pública de compra sin estar inscrita. Ante esto el T. S. dice: 1.º Que en un recurso sobre el fondo no se puede decidir esa cuestión y 2.º que los artículos 313 a 315 L. H. no pueden ser base para un recurso por error de derecho en la apreciación de la prueba, por la sencilla razón de que no determinan la valoración de un determinado medio de prueba, sino la admisión de documentos no registrados y 3.º que no puede tenerse por «no vista» la mencionada escritura de compra, pues los artículos 585 y 586 R. H. imponen como requisito previo para ello que, en el momento oportuno, se devolverá el documento para que se inscriba, y sólo si no se presenta nuevamente justificando la inscripción, se tendrá por «no visto».

Indudablemente el juzgado de primera Instancia no cumplió los artículos 313 a 315 L. H. y concordantes del R. Pero la forma de denunciar ese incumplimiento fué errónea. El T. S. parece apuntar la idea de que se podía haber denunciado en un recurso «no de fondo». Pero el caso es que el recurso por quebrantamiento de forma ha de basarse en uno de los motivos taxativamente determinados en la Ley, no pudiendo ampliarse por razón de analogía ni «a sensu contrario», según reiteradísima jurisprudencia (entre otras sentencias: 18 enero 1945; 5 julio 1946; 10 mayo 1947), y entre los siete motivos del 1.693 L. E. C. no hay ninguno donde claramente pueda encajarse la admisión de un documento en contra de lo dispuesto en los mencionados artículos 313 a 315 L. H.

Conocidas son las críticas de que fueron objeto estos artículos por la mayoría de los hipotecaristas. Rechazando la reforma 1944-46 el sistema de inscripción constitutiva, fué a parar en otro más grave y menos lógico. ROCA, entre otros, le pronosticó escasa efectividad práctica. En el caso que comentamos tenemos un ejemplo. El Juzgado de primera Instancia, con buen criterio, hizo caso omiso de los artículos 313 a 315. Sería interesante saber la solución que habría dado el T. S. a esa no aplicación, si el recurso hubiese estado formulado correctamente, si es que esto es posible.

Por último diremos que la doctrina que sienta esta Sentencia en cuanto a «documento auténtico en casación» no es más que repetición de lo ya declarado por otras muchas, entre ellas de 27 febrero y 5 de abril de 1954., que dicen que los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en juicio y resuelto en la Sentencia carecen de autenticidad demostrativa a los efectos de estimar el error de hecho en la apreciación de la prueba a que se refiere el 1.692, 7.º, L. E. C.

(J. M. P.)

9. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA: LINDEROS: En el caso ordinario de modificación de linderos por manifestación al notario, no puede ser protegido el ter-

cer adquirente, porque consta en el registro la causa de esa anomalía —líndero falso— ya que el tercero pudo ver en los libros cómo han sido transformados los linderos anteriores, sin garantía alguna.

ACCIÓN PUBLICIANA: *Ejercitada sola la Acción Publiciana, y no la reivindicatoria, no tiene el demandante que prueba: haber adquirido la finca por compra. [S. 20 de febrero de 1962; ha lugar.]*

NOTA: Queremos hacer notar que esta Sentencia admite claramente en nuestro Derecho la Acción Publiciana, claro que con diferente sentido que el que tenía en el Derecho Romano, o sea, como medio de pedir que se declare el mejor derecho del demandante a la posesión. No exige por tanto, como la reivindicatoria, que se pruebe el dominio del autor, sino sólo su mejor derecho a la posesión.

(J. M. P.)

10. ARTÍCULO 34 L. H.: NECESIDAD DE QUE EN EL MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN EL TRANSMITENTE TENGA INSCRITO SU DERECHO: *Es al momento de la celebración del contrato, que crea el vínculo inscribible, al que hay que atender, y no al de la inscripción, para ver si el tercero adquiere de «persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo».*

ARTÍCULO 34 Y 37 L. H.: TERCERO HIPOTECARIO: *No puede calificarse de tercero al que pudo tener noticias de la causa resolutoria contenida en la inscripción. [S. 24 de abril de 1962; ha lugar.]*

A.—HECHOS: En el Registro consta inscrita una sustitución fideicomisaria. Muere el fiduciario. Su viuda vende la finca sujeta a la sustitución, presentándose la escritura en el Registro. Días después se presenta la escritura de partición en la que se adjudicaba la finca a la viuda. Por tanto, en el momento de la venta figuraba inscrita la finca todavía a nombre del difunto fiduciario.

B.—DOCTRINA DEL T. S.: Da lugar al recurso de casación interpuesto por los fideicomisarios, por infracción de los artículos 34 y 37 L. H.

1. DEL 34: No se da el requisito de que el tercero adquiriera derecho «de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», pues en el momento de la celebración del contrato de venta la finca figuraba a nombre del fiduciario, y es a ese momento y no al de la inscripción al que hay que estar

2. DEL ARTÍCULO 37 L. H.: Pues no puede considerarse tercero al que «pudo» tener noticias de la causa resolutoria contenida en la inscripción. Aquí el T. S. entiende que consta explícitamente la causa de resolución (37, 1.º) por el hecho de constar inscrita la sustitución fideicomisaria.

C. COMENTARIO: 1. En cuanto al primer punto la cuestión estaba ya resuelta por la S. de 26 de febrero de 1949. La doctrina mantenida —correcta a nuestro juicio— es la que sigue Roca («Derecho Hipotecario», t. I, pág. 489, 5.ª edic.), porque así lo exige el 34, por el fundamento de la fe pública, y

porque no se puede comparar esta precedencia de inscripciones a la que se exige a los efectos del principio fomal del tracto sucesivo.

SANZ («Comentarios a la nueva L. H.», pág. 247, nota) entiende que basta con que la previa inscripción se dé en el momento de hacerse la segunda.

2. Respecto del segundo punto queremos destacar que no puede considerarse tercero protegido al que pudo tener noticias de la causa resolutoria contenida en la inscripción. O sea, que si la causa consta en el Registro da igual que la conociera o no. En ambos casos no es tercero del 34, pues «conoció o debió conocer» (dice el Considerando último) la causa de resolución.

11. ART. 34 L. H.: PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO: *El tercero que reúna los requisitos del artículo 34 L. H., adquiere efectivamente, aunque con posterioridad se declare nulo o inexistente el acto por el que adquirió el transmitente.* [S. 8 de febrero de 1962; no ha lugar.]

A) Hecha la partición hereditaria se inscribe una finca a nombre del adjudicatario. Posteriormente se declara la nulidad de la partición y consiguientemente cancelación de las inscripciones respectivas; pero antes ya se había vendido una finca por el titular registral.

B) El tercero que adquirió, reuniendo los requisitos del 34 L. H., quedó protegido, dice el T. S.

C) La Sentencia no hace más que aplicar el 34. Así se desprende de sus considerandos, pero en el primero dice literalmente lo siguiente: «el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de quien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, se halla a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de su derecho inscrito no obstante que fuera inexistente o se declarase nulo *el acto por el que adquirió de quien figuraba como titular registral*». Evidentemente esta doctrina es totalmente falsa; «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes» (art. 33 L. H.). Con este artículo se rechaza claramente el principio de la fuerza probante formal, según el cual lo que está en el Registro es exacto porque el Registro lo dice. Por tanto si un acto jurídico que adolezca de invalidez —inexistencia, nulidad, anulabilidad— llega a inscribirse, su invalidez no desaparece, no significando nada la inscripción: lo que no obsta al principio de exactitud del Registro en su doble manifestación, de modo que lo que expresan los asientos tiene un valor delegado del título que provocó la inscripción. O sea, que aunque la inscripción se haga en base a un título que adolezca de invalidez, se darán los principios de legitimación —art. 38 L. H. y fe pública registral— art. 34 L. H.—. En virtud de este artículo 34 el tercero que reúna las condiciones que el mismo señala, quedará protegido, aunque después se declare la invalidez, no del título en cuya virtud adquirió este tercero, sino del título en cuya virtud inscribió su transmitente.

Teniendo en cuenta lo dicho, no nos explicamos el considerando primero de la sentencia que comentamos, como no sea atribuyéndolo a un error de redacción.

Por otra parte, en los otros considerandos, ya hemos dicho que aplica correctamente el artículo 34.

12. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: NULIDAD, MONTES: *No es nulo el procedimiento aunque se tratase de un monte catalogado y no haya intervenido en el mismo el Estado, ya que por la naturaleza del procedimiento sumario del art. 41 que sirve a la efectividad legitimadora frente a todos de la inscripción y la circunstancia cualificativa de no producir su resolución excepción de cosa juzgada, tal resolución es para él inoperante, pudiendo impugnar en el juicio correspondiente, si a ello tiene derecho, la inscripción, el derecho inscrito y el contrato que lo motiva y por ello no se ha infringido ni el art. 4.º C. c., ni aunque se estimara aplicable, el 70 del Decreto de 27 de julio de 1943.*

VALOR DE LA INSCRIPCIÓN: *Los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, presuntiva de la propiedad y posesión a favor de su titular, no se enervan por la inclusión de la misma finca en el Catálogo de montes. [S. 29 de abril de 1961; no ha lugar.]*

A. ANTECEDENTES: Habiéndose seguido con éxito un proceso del art. 41 referente a finca radicante en un monte catalogado, el abogado del Estado formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía instando la nulidad de las actuaciones practicadas por no haber sido dirigido dicho procedimiento contra la Abogacía del Estado. Desestimada la demanda en ambas instancias se interpuso recurso de casación, alegando en el primer motivo, único que la sentencia del T. S. considera, infracción por inaplicación del artículo 4.º del C. c. en relación con el 70 del Decreto de 27 de julio de 1943 por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de la D. G. de lo Contencioso. El T. S. declara no haber lugar al recurso con fundamento en la doctrina que ha quedado expuesta.

B. OBSERVACIONES: 1. La presente sentencia ratifica la doctrina mantenida en la de 17 de junio de 1960 a la que expresamente cita y se remite. En dicha sentencia, como en ésta, el fundamento desestimatorio del recurso es doble: 1.º Por la naturaleza del procedimiento del art. 41 L. H.; 2.º Por no producir la resolución recaída en el mismo, excepción de cosa juzgada. En cuanto a lo primero la sentencia de 1960, con más extensión que la que se anota, afirma taxativamente que «no constituye ningún juicio posesorio o interdictal, sino que es un juicio petitorio o de propiedad, si bien en fase de ejecución» ya que el actor «actúa como propietario inscrito que hace valer su «ius possidendi» para el logro de la plena efectividad de su derecho, que por estar inscrito se presume que existe y que le pertenece» (Considerando 1.º, que recoge casi literalmente lo que dice ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», I, págs. 317 y 318, 5.ª edic.), citando en apoyo de tal doctrina cinco Decretos de Competencia de la Presidencia del Gobierno de 3 de noviembre de 1949 y otro de 1.º de febrero de 1950, conforme a los cuales la inclusión de un monte en el Catálogo acredita la posesión a favor del ente público a cuyo nombre figura catalogado, por lo que de acuerdo con el R. D. de 1.º de febrero de 1901 no cabe reclamación judicial contra su posesión, pero sin prejuzgar cuestión alguna de propiedad ni impedir el «juicio com-

petente de propiedad», carácter que tiene el procedimiento del art. 41 (Considerando 2.º). También se afirma en el Considerando 3.º la naturaleza ejecutiva —en sentido estricto de ejecución de sentencia— de este procedimiento, aunque con posibilidad de insertar a iniciativa de la parte demandada una fase de cognición. Respecto a la cosa juzgada en ambas instancias se mantiene que al no haber sido parte el Estado es obvio que no puede estar afectado por la sentencia recaída, sin que su ausencia en el proceso suponga la nulidad de éste, por lo que en el juicio correspondiente podrá reivindicar los derechos que en la línea en cuestión puedan corresponderle, siendo por el contrario «anómalo e inadmisibles procesalmente» que solicite la nulidad de un juicio en el que no ha sido parte.

2. El criterio de ambas sentencias, ya mantenido en los citados Decretos de Competencia, respecto a la pugna que pueda surgir entre el Registro de la Propiedad y el Catálogo en cuanto a montes que en el primero figuren inscritos como de propiedad privada y en el segundo como pertenecientes a un ente público es indudablemente correcto, pero actualmente ya no vigente. La Ley de Montes de 8 de junio de 1957 en su art. 11, núm. 6 prohíbe el ejercicio de las acciones reales del art. 41 de la Ley Hipotecaria con referencia a los montes catalogados o parcelas que de los mismos formen parte por lo que acreditada esta inclusión mediante certificación de los Servicios forestales, se dejará sin curso la demanda del procedimiento hipotecario sin perjuicio de que pueda promoverse el correspondiente juicio declarativo. (Reiterado en el art. 68 del Reglamento de Montes aprobado por Decreto 485/1962 de 22 de febrero). Sobre el Registro de la Propiedad viene a prevalecer el Catálogo, «Registro público de carácter administrativo», conforme al artículo 6.º de la citada Ley.

3. Parece asimismo acertada la sentencia que se anota al establecer que no se ha infringido en el procedimiento cuya nulidad se pretende y, por tanto, tampoco en la recurrida, el art. 70 del Decreto de 27 de julio de 1943, toda vez que en el mismo no se sanciona con la nulidad la no intervención del abogado del Estado en los pleitos en que conforme al mismo deba intervenir, sino que su falta de emplazamiento únicamente determina conforme al párrafo 3.º la improcedencia de la ejecución de la sentencia recaída. Actualmente la Ley de Montes respecto de los juicios declarativos ordinarios, en el art. 11, número 6.º, apartado b), dice: «Podrá pedirse a nombre del Estado y se acordará por los Jueces y Tribunales la nulidad de las actuaciones... cuando no haya sido emplazada a su debido tiempo la Abogacía del Estado, cualquiera que fuese el estado en que los indicados procedimientos se encuentren». (Reiterado en el art. 53 del Reglamento citado).

(R. I.)

III. Obligaciones.

1. NULIDAD DE OBLIGACIONES POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: ERROR EN LA CUALIDAD DEL ARRENDADOR: *El error sustancial, único que inclida el consentimiento, tiene un sentido excepcional muy acusado. No es error sustancial el padecido por el arrendatario al concertar, en 1 de enero de 1924, un arriendo*

creyendo que el arrendador era propietario pleno cuando en realidad sólo era usufructuario: la circunstancia de ser o no propietario el arrendador no puede considerarse condición principal y decisiva del contrato. No invalida el consentimiento el error que puede ser desvanecido con el examen de los asientos del Registro.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE UN ARRENDAMIENTO: APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL CATALÁN: *A tenor del Usatge «Omnes causae» aplicable al litigio debe estimarse prescrita por el transcurso de más de treinta años, la acción de nulidad del contrato de arriendo.*

COSA JUZGADA: SENTENCIA DE DESAHUCIO: *Con muy pocas excepciones—o sea, cuando se trata de reproducir cuestiones propias del juicio de desahucio las sentencias recaídas en estos juicios no producen la excepción de cosa juzgada; tal ocurre cuando se trata de cuestiones de fondo, como la de nulidad del contrato, que no pueden ventilarse en juicios sumarios como el de desahucio. [S. 5 de marzo de 1962; ha lugar.]*

2. PROMESA DE ARRENDAMIENTO CON PACTO DE «CUOTA LITIS»: *Convenida por el propietario arrendador la promesa de arrendamiento de local de negocio a un letrado, siempre que éste pechara con los gastos necesarios para el desalojo del anterior arrendatario y a prestar los servicios de letrado sin percepción de honorarios profesionales, la condición en tal sentido impuesta al letrado y por éste aceptada y cumplida, integra un caso típico de «cuota litis» que anula la obligación inserta en la promesa de arrendamiento, nulidad que afecta las partes y libera al arrendador de la obligación asumida. [S. 10 de febrero de 1962; ha lugar.]*

NOTA: El criterio de estimar inválidos los pactos de «cuota litis» mantenido en nuestro ordenamiento por la supervivencia de arcaicos prejuicios superados en la actualidad en ciertos países en que dichos pactos son en extremo frecuentes—puede conducir a resultados tan lamentables cual el producido en el proceso resuelto por la anterior sentencia en que la parte que impuso dicho pacto y se lucró de los servicios del letrado que consiguió desembarazarle el local de arrendatarios, alegó la nulidad del mismo para excusar el cumplimiento de la obligación convenida. El actor ya que no la titularidad arrendaticia que reclamaba consiguió, al menos, se condenase al propietario a resarcirle del pago de los gastos judiciales realizados para obtener el reintegro del local a su dueño, exclusión hecha de la minuta, como abogado, de dicho demandante. El Tribunal Supremo dijo, al efecto, que los cuantiosos desembolsos realizados por el recurrente para conseguir la libertad del local arrendado representaban un notorio envilecimiento de su patrimonio correspondiente al beneficio logrado, en enriquecimiento injusto, por el propietario recurrido, a través de un comportamiento doloso, afirmando que el artículo 1.313 del C. c. autoriza el resarcimiento de los perjuicios causados que no fueron directa consecuencia de la nulidad de la obligación, que sólo debe proyectarse a las obligaciones que de la condición nula dependieran cual resultaba de la promesa de arrendamiento concluida frente al pacto de «cuota litis», pero que no pueden contradecir la real y gravitante existencia de los perjuicios aislados en su progenie de la repetida nulidad de la obligación y que más tarde devienen en un típico resultado de enriquecimiento injusto obtenido por la notoria mala fe del propietario:

en méritos de todo ello se casó la sentencia de la Audiencia que había negado el resarcimiento de tales perjuicios (J. P. R.)

3. COMPRAVENTA; INEXISTENCIA; INDETERMINACIÓN DEL OBJETO: *La indeterminación inicial del objeto vendido, sin que posteriormente se concretara por acuerdo complementario, es causa de la inexistencia del contrato.* [S. 9 de marzo de 1961; no ha lugar.]

4. DOBLE VENTA; BUENA FE: *El actor era un adquirente de buena fe, pues el demandado no probó cumplidamente que aquél hubiera tenido conocimiento de que, al tiempo de la adquisición, la finca había sido vendida anteriormente.*

USUCAPIÓN ORDINARIA; BUENA FE CONTINUADA: *La buena fe ha de presentarse a los efectos de la usucapción— durante el periodo total de la posesión, perdiéndose desde que sabe el poseedor que el dominio resultaba inscrito en el Registro en favor de otro.*

BUENA FE; CUESTIÓN DE HECHO: *La existencia de la buena fe es una cuestión de hecho que decide el Tribunal «a quo» apreciando el valor de las pruebas.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Si el motivo se articula apoyándose en el número 1.º del art. 1.962 L. E. C. no puede apoyarse a la vez en el núm. 7.º*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *El núm. 7.º del 1.692 L. E. C. no permite denunciar la aplicación indebida de un precepto legal si no es en relación al error de derecho que en la apreciación de la prueba haya podido incurrir la sentencia.* [S. 28 de marzo de 1961; no ha lugar.]

J. M. P.

5. SIMULACIÓN RELATIVA; COMPRAVENTA; DONACIÓN: *Para la validez de los negocios disimulados, es necesaria no sólo la justificación de la causa verdadera y lícita en que se fundan, sino también el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley, conforme a su naturaleza especial, y por ello, si el negocio encubierto bajo una aparente venta es una donación, para estimar su validez, debió cumplirse lo ordenado en el art. 633 C. c. por lo que al no constar el «animus donandi», ni la aceptación del donatario, ni hacerse en escritura pública, forzoso es declarar su nulidad.* [S. 10 de octubre de 1961; ha lugar.]

6. ARBITRAJE DE EQUIDAD; INTERPRETACIÓN: *La revisión de la interpretación del contrato de arbitraje realizada por los propios árbitros, debe hacerse con criterios de cualificada austeridad para que no se defraude el fin perseguido con la amigable composición, y por ello, cuando aquella interpretación no resulte desviada debe prevalecer.*

EXTRALIMITACIÓN: *No hay extralimitación cuando los árbitros actuaron conforme al compromiso, resolviendo las cuestiones concomitantes y estrechamente enlazadas con las principales.* [S. 9 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

Se recuerda en el 2.º Considerando que el compromiso «viene regido por el amplio y generoso concepto de la equidad» y que debe ejecutarse «más que literalmente, conforme al espíritu».

7. ARBITRAJE DE DERECHO: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *En el recurso de casación por infracción de ley contra el fallo dictado en arbitraje de derecho, no pueden denunciarse infracciones de forma, y menos aún cuando su supuesta comisión no fue objeto de denuncia durante el procedimiento.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Al amparo del núm. 2.º del art. 1.692 L. E. C. no cabe denunciar el defecto de la sentencia de haber otorgado más de lo pedido.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: *No es necesario constituir depósito previo para la interposición del recurso de casación contra el laudo dictado en un arbitraje de derecho. [S. 30 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

8. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIÓN CORPORAL: *Incurre en culpa extracontractual al actuar con elemental falta de precaución, la mujer que circula en bicicleta, portando en la mano derecha una hoz de labranza sin enfundar, asida también al manillar del vehículo.—lo que dificulta el normal funcionamiento de éste—, alcanzando a un niño de ocho años, produciéndole la amputación traumática de la mano izquierda, al nivel de la muñeca y una herida inciso-cortante en el antebrazo del mismo lado.*

CASO FORTUITO: *El caso fortuito y la culpa son términos que se excluyen por representar categorías jurídicas contradictorias. [S. 22 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

9. LESIÓN DEL HONOR: *En el Derecho patrio las lesiones contra el honor están incluidas, según jurisprudencia reiterada, en la acción de resarcimiento del art. 1.902 C. c.*

DAÑO MORAL: VALORACIÓN: *Debe reconocerse derecho a la indemnización del daño moral al comerciante contra quien se interpuso una querrela por estafas, la cual fue desestimada por sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables; estimada la realidad del daño moral, ha de valorarse por el Juzgado de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto. [S. 7 de febrero de 1962; ha lugar.]*

IV. Arrendamiento de cosas.

1. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO: ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si lo que se quiso ceder y se cedió fue el negocio de bar en pleno*

funcionamiento, el arriendo es de industria —excluido de la LAU— y no de local de negocio.

CALIFICACIÓN: COBRO DE INCREMENTOS: *No basta para desvirtuar la calificación del arriendo como de industria el hecho de que se hayan abonado incrementos correspondientes a los arriendos de local de negocio.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA: *Si los términos del contrato son contradictorios, infringe la ley la sentencia que, para determinar la naturaleza del negocio atiende exclusivamente a dichos términos prescindiendo de los actos anteriores, coetáneos y posteriores, realizados por las partes.*

CONFESIÓN EN JUICIO: REQUISITOS: *Infringen la ley las posiciones demasiado extensas y que comprenden, a la vez, distintos particulares que debieron ser objeto de posiciones diversas.*

CONFESIÓN EN CASACIÓN: *Procede estimar el motivo de casación basado en el núm. 7 del art. 1.692 LEC y en la violación del art. 1.232 del C. c., si la sentencia desconoce la realidad de un hecho reconocido en confesión. [S. 7 de marzo de 1962; ha lugar.]*

1 bis. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CAMBIO DE USO: RESOLUCIÓN:** *Teniendo en cuenta que lo arrendado fue la industria de café con sus accesorios, en condiciones de funcionar en la forma en que lo había hecho anteriormente, no puede ofrecer la menor duda que, al hacer desaparecer tal industria y sustituirla por otra en el mismo local, se produce el mayor desmerecimiento posible, cual es la extinción de la cosa arrendada.*

ARRENDAMIENTO: RECIBOS DEL ALQUILER: *Los recibos del alquiler con los aumentos de renta autorizados por la legislación de arrendamientos urbanos, no modifican la calificación jurídica del contrato. [S. 2 de febrero de 1962; desestimatoria.]*

2. **ARRENDAMIENTO URBANO: CALIFICACION DE TAL:** *Hay que estar al contenido esencial del contrato y no al nombre que las partes le den.*

ARRENDAMIENTO EN CUMPLIMIENTO DE UN LAUDO: RELACION ENTRE LAUDO Y ARRENDAMIENTO: *En virtud de un laudo que puso fin a un pleito y en el que el amigable componedor impuso al hoy recurrente la obligación de arrendar al recurrido el local, determinando la renta, surgió el contrato que liga a las partes contendientes, calificado de arrendamiento, por lo que se advierte que entre ambos actos jurídicos, laudo y arrendamiento, existe una íntima relación, dentro de la cual el primero ostenta el carácter de principal y el segundo, como derivado de aquél, el de accesorio.*

ARRENDAMIENTO EN CUMPLIMIENTO DE LAUDO: CARÁCTER COMPLEJO: *Siendo en este caso el arrendamiento uno de los términos de la transacción entre las partes, a la que el laudo dió forma, y uno de los elementos que sirvieron al amigable componedor para establecer la proporcionalidad entre los lotes que formó y que fueron objeto de reparto entre los interesados, si esa proporcionalidad se alterara o modificara, quedaria defraudada en sus intereses la parte en cuyo favor se estableció aquella estipulación, circunstancia que dota a la relación surgida entre las partes de un carácter complejo, que no se aviene con la naturaleza de clara y definida de un simple contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTO EN CUMPLIMIENTO DE UN LAUDO: COMPLEJIDAD: INAPLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Dada la complejidad de la relación existente entre las partes, no pueden (1) resolverse las cuestiones que de la misma se deriven, dentro del procedimiento especial establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, aplicable única y exclusivamente a las relaciones puramente arrendaticias y fundadas en derechos reconocidos en dicha Ley. [S. 30 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

3. LOCAL DE NEGOCIO O ALMACÉN: PRUEBA: *El rótulo «Almacén de Patatas y Frutas» que el Notario ha leído en una de las portadas, indica que el local estaba abierto al público para la venta de las mercancías a que se refiere, ya que en los almacenes propiamente dichos, sin comunicación con el público, dedicados exclusivamente al servicio de un comerciante, con establecimiento abierto en otro lugar, tales rótulos, como inútiles, no suelen ponerse.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO EFICAZ: *El informe, no documento, emitido por el Jefe de la Comisaría del Puente de Vallecas, con referencia a gestiones, sin decir cuales sean, practicadas por funcionarios, que no se nombra, efectos a dicha Comisaría, no pueden estimarse como documento eficaz para acreditar el error manifiesto de la Audiencia en la apreciación de la prueba. [S. 2 de diciembre de 1961; desestimatoria.]*

4. EDIFICACIONES PROVISIONALES: *Para calificar una vivienda como provisional hay que atender a la falta de adecuación entre la edificación y el lugar de su emplazamiento. La descripción de edificaciones provisionales realizada en la LAU no agota la materia referente a la provisionalidad de la construcción que puede resultar de la concurrencia de otros elementos apreciables por los Tribunales, siendo uno de ellos la falta de adecuación del edificio a la Zona urbana. El carácter de habitabilidad no obsta a la calificación de provisionalidad. [S. 10 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: El criterio de esta sentencia que supone la coronación de una doctrina apuntada ya en anteriores resoluciones, viene a constituir, bajo la apariencia de una jurisprudencia *praeter legem* una doctrina en abierto contraste con la letra y con el espíritu del art. 91 de la LAU. El legislador ha acotado

(1) La copia de la Sentencia, por errata evidente, dice «pueden».

con claridad y precisión el campo de las edificaciones provisionales mediante una fórmula descriptiva —barracones, casetas, chozas y chabolas— completada con una fórmula genérica —cualquier otra edificación de naturaleza análoga en cuya construcción no sea preceptiva la intervención de técnicos—. Para nada se alude a la relación que pueda guardar la edificación con las demás existentes en la misma Zona Urbana, relación que si se tuvo en cuenta en la legislación de solares a los limitados efectos urbanísticos de dicha ordenación ha sido completamente extraña a la LAU. La nueva doctrina, aparte resultar censurable, por su falta de acomodación a las exigencias de la LAU y por acusar una muestra más del criterio de interpretación restrictiva de los derechos del arrendatario que cada vez con mayor claridad manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es en extremo peligrosa, pues, por ese camino podrá llegarse a considerar edificación provisional a un inmueble de dos o tres plantas construido con arreglo a los más acabados cánones arquitectónicos por el simple hecho de que, en la barriada, la altura normal de las edificaciones sea de cinco o seis pisos. Si se tiene en cuenta la amplitud del derecho que al arrendador de edificaciones provisionales concede la LAU, en su art. 91, al permitirle desalojar al arrendatario sin otro requisito que una notificación previa y una indemnización irrisoria, se advertirá las peligrosas consecuencias que pueden seguirse de la doctrina censurada.

(J. P. R.)

5. REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: *Procede la reducción de renta, al aplicar el art. 103 de la Ley de Arrendamientos urbanos, sin que a tal aplicación pueda servir de obstáculo la circunstancia de que la renta declarada por la actora se refiera a la totalidad del piso y el contrato de arrendamiento sólo comprende algunas habitaciones del mismo, porque ello, en todo caso, solamente significaría que la reducción de la renta solicitada por el arrendatario había de ser mayor de la que pretende, a cuyo beneficio puede renunciar, al aceptar como renta de parte del piso la declarada por la propietaria para todo él.*

REDUCCIÓN DE RENTA: DECLARACIÓN POR LA TOTALIDAD DEL PISO ARRENDADO PARCIALMENTE: *Procede la reducción, porque el arrendatario no pretende, en base a la declaración total existente, que se establezca por los Tribunales la cuota que a la parte arrendada corresponde, dentro de aquella declaración global, supliendo la falta de declaración individual por lo que los Tribunales hagan, sino que acepta como renta la señalada por el propietario para todo el piso.* [S. 20 de diciembre de 1961; desestimatoria.]

6. UNICIDAD DE TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El derecho a la subrogación en el arriendo de local de negocio por fallecimiento del arrendatario lo concede la LAU vigente —como los anteriores Decretos de alquileres desde el de 1920 y la LAU de 1946— únicamente al heredero del arrendatario.* [S. 10 de marzo de 1962; ha lugar.]

NOTA: Contra el criterio de la mayor parte de la doctrina y de los órganos de instancia, sigue el Tribunal Supremo insistiendo en la doctrina según la cual el arrendatario por sucesión «mortis causa» de un local de negocio no puede, a su vez, transmitir «mortis causa» su titularidad arrendaticia a sus herederos. Como en la sentencia se reiteran los inconsistentes argumentos que ya he rebatido en anteriores ocasiones, me remito a lo expuesto en este

ANUARIO, año 1960, págs. 658 y 1075 y en la Revista Jurídica de Cataluña, 1960, pág. 207 y sigs. Sólo cabe añadir que la afirmación que hace la sentencia respecto a que la anterior legislación especial arrendaticia admitía tan sólo una transmisión «mortis causa» del derecho arrendaticio podrá responder a la particular concepción jurisprudencial, pero no al tenor de los textos legales correspondientes, de los que podía ya inferirse, aunque no de modo tan explícito como de la LAU vigente, el carácter indefinido de la transmisibilidad «mortis causa» del Derecho arrendaticio, transmisibilidad lógica en una sucesión deferida al heredero ordinario.

(J. P. R.)

7. NOTIFICACIÓN DE ARRENDADOR A ARRENDATARIO; NOTIFICACIÓN A LA MADRASTRA DEL INQUILINO MENOR: *Es ineficaz la notificación al arrendatario menor realizada en la persona de la madrastra del mismo.*

PRUEBA DE FILIACIÓN; CERTIFICACIÓN DE DEFUNCIÓN: *El certificado de defunción del padre de un menor del que se infiere que este último es hijo de la primera esposa del difunto y no de la segunda, acredita el error padecido en la sentencia al considerar, como madre del menor a la segunda esposa.* [S. 16 de marzo de 1962; ha lugar.]

NOTA: Resulta un tanto forzado, aun con arreglo a la legislación registral de 1870, atribuir eficacia probatoria en cuanto a la filiación de una persona a la inscripción de defunción del padre de la misma; la prueba de la filiación se hallaba constituida por la inscripción de nacimiento en relación, en su caso, con la de matrimonio de los padres y el dato de los hijos del fallecido estampado en la inscripción de defunción era en absoluto marginal y no parece que quedara cubierta por la fe registral. Bajo la vigente legislación la cuestión es absolutamente clara: la prueba de la filiación no puede derivar de la inscripción de defunción del padre, pues ésta, con arreglo al art. 81 de la LRC., hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece —no de otras circunstancias— y por otra parte, ha desaparecido de la inscripción ordinaria de defunción el antiguo dato relativo a los hijos que dejó el difunto.

(J. P. R.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL; RAZÓN DE SER: *La razón de ser de la causa tercera de denegación de prórroga se halla en la falta de necesidad del local puesta de manifiesto por el hecho del cierre.*

CIERRE DE LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO Y CONVERSIÓN EN ALMACÉN: *El cierre de un local de negocio destinado a la fabricación y venta de mercancías, convirtiéndolo en un simple almacén es causa de denegación de prórroga.*

CONCEPTO ESTRICTO DE LOCAL DE NEGOCIO; IDENTIFICACIÓN CON EL ALMACÉN: *Del concepto de local de negocio hay que excluir los locales destinados exclusivamente a la guarda de géneros, sin establecerse contacto con el público. A efectos de ley no son asimilables los locales de negocio y almacenes.* [S. 26 de enero de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Las declaraciones del último párrafo hay que entenderlas referidas al tema concreto de la denegación de prórroga por no uso, pues la LAU, en su art. 5, asimila expresamente los almacenes a los locales de negocio. Según el conjunto de la doctrina jurisprudencial el cambio de local de negocio

stricto sensu en almacén no es el cambio de destino a que se refiere la causa 6.ª del art. 114 de la LAU, pero supone «cierre» causante de denegación de prórroga, criterio este último un tanto discutible, pero definitivamente impuesto en la jurisprudencia.

(J. P. R.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA: *Contra la afirmación de la Sala que niega el hecho del cierre, no pueden prevalecer: un acta notarial referida a la situación del local en determinado día y hora, la certificación acreditativa de la solicitud de apertura por el arrendatario, de otro local y los datos sobre escaso consumo de energía eléctrica.* [S. 15 de febrero de 1962; no ha lugar.]

10. CIERRE DE LOCAL: JUSTA CAUSA: *Si el hecho que dio lugar al cierre del local fue un acto voluntario, imputable al arrendatario, que pudo evitarlo, no puede considerarse el cierre como producción por fuerza mayor ni apremiarse justa causa del mismo.*

ACTIVIDADES INMORALES: *Constituye causa de resolución el ejercicio clandestino de la prostitución, con grave trascendencia, hasta el extremo de provocar escándalo en personas y autoridades que procedieron a su denuncia.* [S. 26 de enero de 1962; no ha lugar.]

11. CIERRE: *En el arriendo de local de negocio es causa de resolución el cierre de local, o sea, su no apertura al público, aunque en él se ejerzan otras actividades.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear en el recurso cuestiones de competencia no suscitadas en el pleito.* [S. 31 de marzo de 1962; no ha lugar.]

12. CIERRE DE LOCAL: *Procede la denegación si el cierre, aunque iniciado bajo la antigua ley, ha perdurado por más de seis meses bajo el imperio de la nueva.* [S. 26 de enero de 1962; no ha lugar.]

13. DAÑOS CAUSADOS POR EL ARRENDATARIO: *El arrendatario debe cuidar con la debida diligencia la cosa arrendada, corriendo a su costa los daños y deterioros causados por su culpa y ajenos al uso natural o a la acción del tiempo.*

INTERPRETACION DEL NEGOCIO JURÍDICO: *La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa del Tribunal «a quo» y su criterio debe ser respetado en casación, mientras se mantenga dentro de la racional exégesis de los textos interpretados.* [S. 5 de junio de 1961; desestimatoria.]

15. LOCAL DE NEGOCIO: TRANSFORMACION EN VIVIENDA: CIERRE: *La sentencia recurrida no niega el cierre del local de negocio, sino que estima que éste se transformó en vivienda desde el año 1938, transformación consolidada por*

el tiempo y conocimiento de la arrendadora, circunstancia que la sentencia aprecia como justa causa del cierre, que, por ende, no puede considerarse causa de resolución del arrendamiento, aun sin aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos urbanos. [S. 20 de enero de 1962; desestimatoria.]

16. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE ARRENDAMIENTO: PRESUNCIONES: *Procede deducir la realidad de la cesión, de los siguientes hechos: domiciliación en el local de la entidad presunta cesionaria, tanto en la escritura de constitución y otras posteriores como en diversas declaraciones fiscales e indicación del mismo domicilio en la guía telefónica; no obsta a la anterior deducción el hecho de que la entidad tenga locales en otra población.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *No procede la estimación del recurso si el recurrente yerra en la cita del artículo que se estima infringido. [S. 13 de enero de 1962; no ha lugar.]*

17. TRASPASO ILEGAL: APORTACIÓN DE NEGOCIO A UNA SOCIEDAD: *La aportación del negocio existente en un local arrendado a una sociedad de la que pasa a formar parte el arrendatario del local supone un traspaso de este último que, si se realiza sin los requisitos legales, constituye causa de resolución.*

NORMAS SOBRE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DE CESIÓN DE VIVIENDA: *La norma de la LAU sobre caducidad de la acción resolutoria por cesión ilegal de vivienda no es aplicable a la resolución por traspaso irregular de local de negocio.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *Es causa de desestimación la falta de cita de la causa en que se fundamenta y del concepto en que la infracción se supone cometida. [S. 13 de enero de 1962; no ha lugar.]*

18. TRASPASO ILEGAL: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Del hecho de la constitución de la sociedad «B. Hermanos, S. A.» por el arrendatario y su familia y de la circunstancia de que los recibos de alquiler se expidieran a partir de entonces por el propietario en favor del B. Hermanos, puede deducirse el consentimiento del arrendador al cambio de arrendatario; este consentimiento puede prestarse en forma expresa o tácita.*

PRUEBA DE CONFESIÓN EN JUICIO: *La prueba de confesión no es superior a los demás medios probatorios. [S. 21 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

19. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *Probada la transmisión incontestada del uso de un local de negocio arrendado a una persona individual y utilizado por un conjunto de profesionales que lo aprovechan en nombre y por cuenta propia y no como meros asalariados del arrendatario, es procedente la resolución y resulta imoperante el recurso que al amparo de la causa 3.^a —infracción de ley— y no de la 4.^a —error*

de hecho pretende, sobre tales bases, atacar la sentencia resolutoria. [S. 22 de febrero de 1962; no ha lugar.]

20 CESIÓN DE ARRENDAMIENTO: CONCEPTO: *El contrato de cesión, aplicado a los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero, del uso de la cosa, operándose una novación subjetiva en la titularidad del derecho y desapareciendo en la relación contractual en la que es sustituido por el cesionario.*

CESION: CASUÍSTICA: *No se da el supuesto de cesión si el arrendatario inicial sigue siendo el único y total arrendatario del local, aunque lo ocupe junto con otras personas, sin división de la merced arrendaticia respecto al arrendador, aunque en las relaciones internas entre los diversos ocupantes se distribuya, entre éstos, el precio del arrendamiento.* [S. 21 de marzo de 1962; no ha lugar,]

NOTA: Aunque no se estimó la existencia de cesión propiamente dicha, se dió lugar a la resolución postulada, con base en la introducción de terceros en el local y el uso compartido del mismo.

21. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: UTILIZACIÓN DEL LOCAL POR TERCERO: *Reconocido por el demandado arrendatario, que en el local objeto del contrato se hallaba instalada una Compañía distinta del arrendatario y no habiéndose justificado la autorización del arrendador —ni cumplido los requisitos del traspaso— procede la resolución por cesión ilegal.*

CONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que desestima una demanda resolutoria en cuyo «suplico» se interesaba la resolución del arriendo sin especificar causa, pero en uno de cuyos «considerandos» se describía un hecho resolutorio que se estima probado.* [S. 28 de marzo de 1962; ha lugar.]

22. OBRAS DE ADAPTACIÓN: *La adaptación del local arrendado al destino pactado es consecuencia natural del contrato porque entregado para un uso determinado ha de ponerse en condiciones útiles al servicio que se dedica y consiguientemente lleva impuesta la autorización para realizar las obras precisas para la puesta en marcha o funcionamiento del negocio allí a desarrollar, pero sin que este consentimiento o autorización pueda entenderse durante la vigencia del contrato, sino que se limita al tiempo de la instalación y puesta en actividad la industria o negocio.* [S. 21 de abril de 1962; no ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTO URBANO: DEFECTOS FORMALES RECURSO: PRUEBA: *Se falta el requisito de la claridad y perfección exigido por el art. 136 LAU, cuando en un mismo motivo se citan conjuntamente las normas diversas de injusticia notoria, involucrando problemas que afectan a la apreciación de la prueba con otros relativos a la interpretación errónea.*

ARRENDAMIENTO URBANO: CONSENTIMIENTO: *Si se admite que la dueña otorgó su consentimiento para que ejecutase obras en la buhardilla para su uso, esto constituye el reconocimiento implícito de la cesión de dicho departamento y, por tanto, su ratificación, lo que justifica la tesis de que más que cesión lo que hubo fue una renuncia de la arrendataria a su derecho de usar la buhardilla.* [S. 30 de mayo de 1962; no ha lugar.]

24. ARRENDAMIENTO URBANO: CONFIGURACIÓN: *Se modifica la configuración del inmueble arrendado cuando se introduce en él un cambio esencial y sensible, cual acontece cuando se aumenta el número de sus habitaciones o dependencias.* [S. 21 de abril de 1962; no ha lugar.]

25. ARRENDAMIENTO URBANO: CONFIGURACION: *La construcción de escape-rates separados por un paso o pasillo de entrada al local, cuyo paso ha quedado abierto al exterior, sustituyendo el cierre que antes era de hierro por una puerta de madera, situada un metro más hacia el interior, no pueden estimarse como obras de adaptación, sino que se ha efectuado un cambio importante en la configuración por haber modificado la disposición de las partes que la integran y su peculiar figura.* [S. 16 de febrero de 1962; no ha lugar.]

26. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: *Levantar dos tabiques nuevos, anteriormente inexistentes, y suprimir unos pesebres, modifica la configuración del local, como afirma la sentencia de instancia, a lo que ha de atenderse esta Sala, por tratarse si no de un hecho material, el de configuración, sí de un concepto fáctico respetable, mientras no se combata con éxito por los medios legales adecuados.* [S. 30 de marzo de 1962; no ha lugar.]

27. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: PRUEBA: *La resolución de la relación arrendaticia como efecto de haber llevado a cabo el arrendatario obras que modifican la configuración del local arrendado, sin permiso del propietario, es imposible estimarla mientras no se acredite por documentos o pericia.* [S. 9 de abril de 1962; no ha lugar.]

28. ARRENDAMIENTO: URBANO: OBRAS NO AUTORIZADAS: CONFIGURACIÓN: *Las obras consistentes en un tabique de ladrillo de siete metros cuarenta y cinco centímetros de largo por dos metros quince centímetros de alto dividiendo en dos lo que antes era una habitación, aunque no llegue al techo, afectó indiscutiblemente a la configuración.* [S. 16 de marzo de 1962; no ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: ACTOS DE PERSONA DISTINTA DEL ARRENDATARIO: *No son causa de resolución las actividades inmorales realizadas, no por el arrendatario, sino por persona que con autorización del arrendador, se hallaba asociada con el mismo, para explotar en el local un negocio de hospedería y que fué apartado del negocio por el inquilino*

cuando éste se enteró de los hechos de su asociado. [S. 16 de febrero de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Se dice en la sentencia que la culpable del tráfico ilegal en la explotación del negocio, no era dependiente, sino asociada del arrendatario, por lo que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1.903 C. c. al no imputar al arrendatario responsabilidad contractual por culpa que el propio recurrente al invocar el precepto citado, considera extracontractual de la asociada.

V. Familia.

1. PATRIA POTESTAD: GUARDA DE LOS HIJOS: *El padre con patria potestad sobre sus hijos legítimos menores no emancipados tiene el derecho y el deber de haberlos en su compañía (art. 155 núm. 1.º C. c.) y pendiente proceso de separación entre los cónyuges, en el que se depositó la prole en poder de la madre, puede el titular de tal poder familiar reclamar dicha descendencia, cumplidos los tres años de edad, en juicio de mayor cuantía.* [S. 9 junio de 1961; no ha lugar.]

Se aplicaron en el pleito resuelto por la anterior sentencia los artículos 68 número 3.º C. c. y 1.887 L. E. C., o sea, el régimen anterior a la reforma de dichos cuerpos legales por leyes de 24 de abril de 1958.

2. DEPOSITO DE HIJOS MIENTRAS SE TRAMITA EL JUICIO DE SEPARACIÓN: *Aunque la hija haya cumplido los tres años de edad, si no se han probado en el proceso la existencia de circunstancias en la actuación de la madre que pudieran perjudicar al desarrollo físico, moral o intelectual de la hija, en cuyo exclusivo beneficio se ha constituido su depósito y guarda, debe respetarse la facultad discrecional del Juezador de instancia* [S. 27 de octubre de 1961; no ha lugar.]

Las medidas provisionales fueron instadas por el marido con anterioridad a la Ley de 1958: al ser la hija menor de tres años, fué depositada en poder de la madre: al llegar a esta edad el padre reclama la entrega de la hija. Obtuvo sentencia favorable en primera instancia, pero la Audiencia la revocó: habiendo recurrido el padre, el T. S. desestima el recurso.

Aunque el pleito se inició bajo la legislación derogada, se invoca en la sentencia la evolución de la legislación española orientada a conceder poderes discrecionales para determinar a quién de los padres deben ser confiados los hijos mientras se tramita el pleito de separación.

(G. G. C.)

VI. Sucesiones.

1. TESTAMENTO OLÓGRAFO: ENMIENDAS Y RASPADURAS: *El no salvar las enmiendas y raspaduras no afecta a la validez del testamento, produciendo como*

consecuencia simplemente la invalidez de las palabras enmendadas o tachadas.

TESTAMENTO OLÓGRAFO: INTERPRETACIÓN: *El tachado de la palabra «última» que en el texto precede a «voluntad», no impide que sea calificado como testamento, si del resto del documento se desprende claramente que la voluntad del autor era hacer testamento ológrafo.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *Si tiene dos interpretaciones se debe otorgar preferencia a la que le permita producir efecto.*

REVOCACIÓN PARCIAL DE TESTAMENTO: INCOMPATIBILIDAD DE LEGADOS: PRIORIDAD DE LOS ORDENADOS EN EL SEGUNDO TESTAMENTO: *Si los legados ordenados en dos testamentos son incompatibles, tienen preferencia los del segundo, siendo inaplicable, por tanto, el artículo 887 del C. c.*

ASUNCIÓN DE DEUDA: *En nuestro ordenamiento jurídico la asunción de deuda se viene construyendo doctrinalmente dentro del campo de la novación y requiere siempre el conocimiento y consentimiento del acreedor. [S. 5 de junio de 1961; no ha lugar.]*

2. TESTAMENTO ABIERTO: UNIDAD DE ACTO: *El hecho de haber recibido el Notario del testador las instrucciones previas para su redacción, y no en presencia de los testigos, no implica una falta de formalidad del acto.*

TESTAMENTO ABIERTO: DOLO O FRAUDE: PRUEBA: *El que alegue dolo o fraude en el otorgamiento del testamento tiene que probarlo, pues no se presume.*

INCONGRUENCIA: *No es preciso que la Sentencia se ajuste de un modo literal y riguroso a las peticiones de las partes, ya que tan sólo se requiere que se decidan sustancialmente todas las cuestiones propuestas de tal modo que se impida que se sustancie, sobre el mismo punto nueva contienda. [S. 31 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

NOTA: El inciso primero del art. 695 C. c. dice: «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos». La redacción de este inciso parece exigir la concurrencia de los testigos al acto de dar el testador las instrucciones al Notario. El T. S. en Sentencia de 16 de noviembre de 1918 ya declaró que basta que sea aprobado por el testador en presencia del Notario y testigos. Y la de 29 de diciembre de 1927 declaró que si en la primera edición del C. c. parecía exigirse —en el art. 695— la concurrencia de los testigos al acto de dar el testador las instrucciones al Notario, según la revisión decretada en 26 de mayo de 1889 se modificó el texto de este artículo en términos que no dejan lugar a dudas, para evitar cuestiones sobre la unidad de acto y dignificar el cargo de Notario».

(J. M. P.)

3. ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE VENTA: *Adjudicados a un coheredero determinados bienes para que como mandatario con el producto de la venta pague las deudas hereditarias y justificado por el adjudicatario que las ha pagado, el incumplimiento de la obligación de vender no puede dar origen, cuando no se ejercita una acción resolutoria, a la devolución de los bienes.*

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *Si la adjudicación está aprobada por todos los herederos, puede pe-*

dirse la resolución, con devolución de los bienes adjudicados, al amparo del artículo 1.124, si el adjudicatario incumple la obligación de venta, aunque haya pagado todas las deudas hereditarias con sus bienes propios.

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: VALORACIÓN DE LOS BIENES: *La tasación de los bienes adjudicados hecha en el cuaderno particional debe aceptar en tanto no se impugne, demostrando fehacientemente que el valor en renta de ellos era distinto.*

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: FACULTAD DE HIPOTECAR: *Si no se dice expresamente en la facultad de vender no se entiende comprendida la facultad de hipotecar para destinar los préstamos al pago de los débitos.* [S. 23 de junio de 1961; no ha lugar.]

COMENTARIO

A. HECHOS: Hecha la partición hereditaria por el comisario contador partidor, en una de las bases se hace a uno de los coherederos adjudicación de determinadas fincas «a fin de que, con el carácter de mandatario de los demás coherederos, venda lo necesario» para pago de las deudas, «y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido». El cuaderno particional fué aprobado en escritura pública otorgada por el contador partidor y todos los herederos.

El adjudicatario inscribió los bienes a su favor. Hizo varias hipotecas obteniendo cantidades muy superiores al importe de las deudas hereditarias. Las diversas hipotecas se hicieron entre cinco y once años más tarde que la adjudicación.

Sin vender ninguno de los bienes adjudicados y, por tanto, con sus propios recursos, satisfizo todas las deudas. Es de suponer que con el dinero obtenido mediante las hipotecas.

El demandante (uno de los coherederos) pedía: 1.º Rendición de cuentas; 2.º Devolución de las fincas adjudicadas por estar satisfechas las deudas; y 3.º Cancelación de las inscripciones de adjudicación.

El T. S., siguiendo al Juzgado de 1.º Instancia y a la Audiencia, sienta la doctrina reseñada.

B. Se trata de una «adjudicación para pago de deudas», en la que el adjudicatario viene obligado a vender, pagar las deudas con lo obtenido y rendir cuentas. El demandante podía haber pedido, y así lo reconoce la S. que comentamos, el cumplimiento o la resolución por incumplimiento del 1.124. Si hubiera pedido el cumplimiento, al venderse los bienes se sabría si habría o no exceso sobre la deuda y, por tanto, con obligación de devolverlo a los coherederos. Si la resolución (posible, pues, la aprobación de todos los herederos en escritura da carácter contractual a la partición hecha por el contador partidor, según la sentencia), al quedar resuelto el contrato nacería para el adjudicatario la obligación de devolver los bienes, que sin esa resolución no tiene. -Al no pedirse ninguna de estas dos cosas y sí solamente la devolución, sin previa resolución, es natural que se desestimara la demanda.

Queremos referirnos por último a la afirmación que hace la S. de que el adjudicatario para pago de deudas no puede hipotecar, si no se le concede esa facultad expresamente. La Sentencia se refiere a la adjudicación para pago de deudas en la que no se da asunción de las mismas por el adjudicatario. La doctrina es correcta; el adjudicatario viene a ser un mandatario y Jurisprudencia reiterada ha señalado que el poder para vender no autoriza a hipotecar. La Sentencia; sin embargo, no declara la nulidad de las hipotecas constituidas por el adjudicatario. La razón es clara, no se solicita la declaración de nulidad de las mismas. En realidad, tanto el Notario como el Registrador, no debieron autorizar ni inscribir las mencionadas hipotecas por falta de «poder de disposición». Tenemos aquí un caso más en que se ve la trascendencia de concretar al hacerse la adjudicación para pago de deudas, que se hace por vía de comisión o encargo para pago, y no en contraprestación de una asunción de deudas, salvo que se quiera que la adjudicación tenga este último carácter.

(J. M. P.)

4. LEGADOS GENÉRICOS: CUÁNDO PUEDE PEDIRSE SU ENTREGA: *Resulta extemporánea la petición de entrega de los legados de cosa genérica en tanto no se haya practicado en la operación divisoria el inventario y avalúo de los bienes.* [S. 4 de noviembre de 1961; ha lugar en parte.]

DERECHO MERCANTIL

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA: ART. 878, II C. DE C.: *Para que se dé la nulidad que establece el párrafo II del art. 878 C. de c. no hace falta «consilium fraudis».* [S. 20 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA: ACCIONES MIXTAS: *La atribución del conocimiento de las acciones mixtas debe regularse por el número 4.º del art. 62 de la Ley procesal civil, y establecerla a favor del Juzgado de primera instancia ante el que se presentó la demanda, no sólo porque en su término existen la mayor parte de los bienes a que, en su caso, afectarían las pretendidas nulidades, que son fundamento capital de las pretensiones, sino también por residir en él dos de los demandados.* [S. 4 de abril de 1961.]

2. COMPETENCIA: PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA: *Para conocer del litigio sobre repercusión, contra el vendedor de una finca, del impuesto de plusvalía satisfecho por el comprador, es competente el Juez del lugar donde está sita la finca y donde se pagó el impuesto por el comprador. No cabe argumentar, en contrario, que, una vez pagado el impuesto por un tercero, la acción de repercusión es puramente personal y sometida a la regla primera del art. 62 de la Ley de ritos.* [S. 3 de junio de 1961.]

3. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE CITACIÓN PARA SENTENCIA: PROCURADOR SUSPENDIDO: *Se comete el quebrantamiento de forma previsto en el nú-*

mero 4.º del art. 1.693 LEC. en relación con el 1.472 si conceder el Juzgado de que el Procurador del demandado había sido suspendido del ejercicio de su cargo, en la providencia citando a las partes para sentencia, ordenó que no se le notificase y sí al propio demandado, con lo que éste no pudo formular pretensión alguna.

FALTA DE PERSONALIDAD DEL PROCURADOR: El núm. 2.º del art. 1.693 LEC. se refiere al supuesto de que indebidamente se reconozca personalidad a quien de ella carece, pero no al caso contrario de que se le niegue. [S. 22 de diciembre de 1961; ha lugar.]

4. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ESCRITO DE FORMALIZACIÓN FIRMADO POR HABILITADO: No debe admitirse el recurso suscrito por un Habilitado del Procurador, no apoderado, al no estar permitido por las disposiciones legales, ya que la Orden Ministerial de 15 de junio de 1948 no faculta a los Procuradores para nombrar Habilitados en actuaciones propias de la representación. [S. 23 de marzo de 1962; no ha lugar.]

5. PODER DEL PROCURADOR: BASTANTEO EN APELACIÓN: Es necesario el bastanteo del poder del Procurador que se persona en un recurso de apelación, no siendo suficiente el bastanteo en primera instancia.

RECURSO DE CASACIÓN: AUTO NO RECURRIBLE: El auto que resuelve en segunda instancia una cuestión incidental no es recurrible en casación. [S. 4 de abril de 1961; no ha lugar.]

En el único considerando se expresa: «El fundamento de su resolución no está en el valor y eficacia del poder, que no desconoce, sino en una falta de formalismo legal, externa al mismo, de exigencia legal ineludible, que podrá discutirse en el terreno de los principios, pero de vigencia legal obligatoria, consignada en el art. 3.º... en relación con el 840».

En el recurso se había invocado un *usus fori* contrario a la necesidad del bastanteo en segunda instancia.

6. DEFECTOS FORMALES: SUBSANACIÓN: La subsanación de los defectos procesales debe pedirse en el curso del juicio en que se produjeron, haciendo uso al efecto de los remedios ordinarios de reparación, pero no cabe admitir que un juicio declarativo posterior sea el adecuado para obtener la subsanación o nulidad pretendida, que sólo podría intentarse por la vía del recurso extraordinario de revisión. [S. 27 de junio de 1961; desestimatoria.]

7. INCONGRUENCIA: Vid. S. 31 de mayo de 1961 (D. c., VI, 2).

8. COSTAS PROCESALES: SENTENCIA QUE NO RESUELVE SOBRE EL FONDO: Pedida en la demanda la resolución del contrato y acordado por el Juez, en la sentencia, abstenerse de conocer sobre el fondo de las cuestiones planteadas, es evi-

dente que se rechazó la petición resolutoria y, por coniguiente, en el juicio planteado, todas las propuestas por lo que debe imponerse las costas al actor al imperar el criterio del vencimiento en el proceso en cuestión. [S. 9 de abril de 1962; ha lugar.]

NOTA: En los procesos en que impera el criterio del vencimiento objetivo, viene discutiéndose largamente acerca de la procedencia o improcedencia de equiparar, a efectos de costas, la desestimación de la demanda en cuanto al fondo, a los supuestos de declaración de incompetencia o de simple vencimiento en el proceso por estimación de alguna excepción que excluye la decisión sobre el fondo: la jurisprudencia ha ofrecido en los últimos años constantes mutaciones de criterio, pero es satisfactorio advertir cómo en la sentencia a que se refiere la presente nota, así como en la también muy reciente de 13 de diciembre de 1961 se acepta el criterio más acomodado a la legalidad y a la lógica: la imposición de costas al actor cuya demanda sea rechazada, con independencia de que el fracaso del actor se deba a cuestiones de fondo o a defectos en los presupuestos procesales que impidan. Por igual razón debe imponerse las costas al actor cuando la demanda la plantee ante órgano objetiva o territorialmente incompetente.

(J. P. R.)

9. POBREZA: SALARIO O JORNAL EVENTUAL: *Cuando la petición del beneficio de pobreza se funda en «vivir de un jornal o salario eventual», ni la Ley ni la jurisprudencia exigen se determine la cuantía de estos jornales o salarios, pues su eventualidad e imprecisión no es afectada porque su cuantía sea superior o inferior al jornal doble de un bracero [S. 28 de febrero de 1962; ha lugar.]*

10. POBREZA: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: OPOSICIÓN: JUICIO DECLARATIVO: CONVERSIÓN: *La resolución que recaiga en un proceso para la protocolización de un testamento ológrafo deja a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el correspondiente juicio, lo que pone de manifiesto la directa e inmediata relación de uno y otro, su recíproca influencia, que permite afirmar que aquél es una verdadera conversión de un proceso sumario en otro de mayor relieve y avance, el declarativo ordinario que corresponda.*

POBREZA: ACREDITAR VENIR A PEOR FORTUNA: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y JUICIO DECLARATIVO: *Debió la parte a quien interesa, al promover el proceso subsiguiente a la negativa de protocolización del testamento, acreditar que vino después de la iniciación de aquél a peor fortuna, pues no es exacto que por tratarse de unas actuaciones de jurisdicción voluntaria no podía ampararse de dicho beneficio, ni que la demanda del verdadero pleito todavía no se había interpuesto, porque la pobreza viene determinada en el libro primero, común a la jurisdicción voluntaria y a la contenciosa.*

POBREZA: DEMANDA: SIGNIFICADO: *Cuando la Ley, a efectos de pobreza, habla de demanda se refiere a toda pretensión de parte, o sea, a la petición que inicia y determina el juicio, condición que no puede soslayarse y ha de aplicarse al primer escrito en que se promovió la pretensión para identificar, re-*

conocer y mandar protocolizar el testamento discutido en el primer procedimiento y que se pretende seguir discutiendo en el presente, constitutivo del mismo objeto, esencialmente de las mismas cuestiones y entre las mismas partes.

POBREZA: INICIACIÓN COMO RICO: *Siempre que se inicie un pleito como rico, ha de alegarse y probarse la venida a peor fortuna, si después se pretende asistencia gratuita.* [S. 9 de mayo de 1961; desestimatoria.]

11. TERCERÍA: ALTERACIONES EN LOS ESCRITOS DE RÉPLICA Y DÚPLICA: *La prohibición de modificar las peticiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales no impide introducir alteraciones en los escritos de réplica y dúplica que no afecten a lo sustancial de aquéllas; entre estas alteraciones se incluye la supresión o reducción de las peticiones.*

INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia si en vez de concederle la propiedad exclusiva de una finca y una cuota parte de otra, se adjudica al tercerista una cuota parte en ambas.* [S. 11 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

12. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PRUEBA DENEGADA EN SEGUNDA INSTANCIA: *Está bien denegado el recibimiento a prueba en segunda instancia cuando los extremos documentales que se interesan son de fecha anterior a los de la contestación y existían en las Oficinas que se expresan, aunque el recurrente no los tenía en su poder en forma material.*

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: *En las diligencias acordadas para mejor proveer las partes no tendrán en su ejecución más intervención que la que el Tribunal les conceda.* [S. 10 de marzo de 1962; no ha lugar.]

13. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *El artículo 148 LAU. (consignación de rentas para recurrir) es aplicable cuando interviene en el proceso derivado de la acción resolutoria deducida por el arrendador, un tercero que se opone a la misma, sustituyendo al arrendatario en el ejercicio de las excepciones tendentes al mantenimiento del contrato, para evitar el perjuicio que la resolución podría acarrearle.* [S. 28 de febrero de 1962.]

Se trataba de un acreedor que embargó el derecho de traspaso y a quien se le adjudicó el mismo en la correspondiente subasta y que compareció en autos, después de haberse allanado el arrendatario, para apelar de la sentencia estimatoria de la demanda.

14. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO; CLARIDAD Y PRECISIÓN: *No puede prosperar el recurso en que se mezclan dos causas distintas: error de hecho e infracción de Ley y doctrina.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Para que prospere el recurso fundado en error de hecho precisa que exista notoria y absoluta contradicción entre el resultado de la prueba declarado en la sentencia y el ofrecido por la prueba pericial o documental obrante en autos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. ERROR DE DERECHO: NORMA NO SUSTANTIVA: *El recurso por infracción de ley no puede fundarse en la infracción de un precepto de la ley adjetiva, máxime si se trata de disposición de carácter discrecional.*

RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: CADUCIDAD: *La norma sobre caducidad de la acción impugnatoria de cesión ilícita de vivienda no es aplicable a la acción resolutoria por traspaso ilegal.* [S. 6 de abril de 1962; no ha lugar.]

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho en la apreciación de la prueba por no haber dado a algunos de sus elementos el valor que les asigna la ley no puede ser alegado al amparo de la causa 4.ª --error de hecho--, sino de la 3.ª --error de derecho--.* [S. 6 de abril de 1962; no ha lugar.]

16. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO URBANO: PLAZO DE DESALOJO: *La sentencia que concede un plazo de desalojo de quince días en lugar del de cuatro meses previsto para las resoluciones por causa distinta del impago de rentas, infringe la LAU.* [S. 31 de marzo de 1962; ha lugar.]

NOTA: El Tribunal Supremo se había mostrado anteriormente reacio a abordar cuestiones sobre plazo de lanzamiento en el recurso de injusticia notoria: así en sentencia de 30 de junio de 1948 se afirmó que el precepto de la LAU sobre plazo de lanzamiento no podía servir de base a un recurso por quebrantamiento de forma si bien se agregó que el Juez municipal en ejecución de la sentencia de desahucio podía y debía enmendar el error material sufrido concediendo el plazo legal de desalojo. En sentencias de 6 y 12 de diciembre de 1949 se dijo que la cuestión relativa al plazo de desalojo era materia ajena --por posterior en el tiempo-- a la sentencia y que ésta en realidad no podía infringir las normas sobre plazo de desalojo hecho posterior a la misma. En la sentencia objeto de la nota se aborda la cuestión planteada como infracción de Ley --causa 3.ª-- y se da lugar al recurso rectificando el yerro padecido en la sentencia recurrida.

(J. P. R.)

17. NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación es de carácter extraordinario y está presidido por el interés público al ser su objeto primordial velar por la pureza de la aplicación de la norma y por la uniformidad de la doctrina.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Si los hay procede la inadmisión, y si se admite a trámite carece de viabilidad y ha de ser necesariamente desestimado.* [S. 23 de abril de 1962; no ha lugar.]

J. M. P.

18. RECURSO DE CASACIÓN: VIOLACIÓN, INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *Son incompatibles los conceptos de violación e interpretación errónea a los efectos*

del recurso de casación por infracción de Ley. [S. 3 de enero de 1962: no ha lugar.]

19. CASACIÓN: RECURSO DE FONDO: ARTS. 313 A 315 L. H.: RECURSO DE CASACIÓN POR ERROR DE HECHO: ART. 1.462 DEL C. C.: DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: Ver S. 12 de mayo de 1961 (D. c. II, 8).

20. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: APRECIACIÓN EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS: Ver S. 5 de abril de 1961 (D. c. II, 4).

21. RECURSO DE REVISIÓN: DESAHUCIO EN REBELDÍA: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: *Hay maquinación fraudulenta cuando el arrendador solicita el desahucio del inquilino expresando en la demanda que este último se ha ausentado de España desconociendo su paradero, constándole la ciudad en que reside y existiendo otro inquilino que cobra la renta y a través del cual llegaron a conocer el domicilio, siendo indiferentes las consideraciones relativas a la mayor o menor influencia que la presencia en autos de la demandada hubiese tenido, pues el derecho de defensa se halla consagrado con independencia de las razones que puedan asistir a las partes.* [S. 19 de diciembre de 1961; ha lugar.]

22. RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER EXCEPCIONAL: *El recurso de revisión es de naturaleza excepcional, que sólo puede desenvolverse a través de los cuatro supuestos que recoge el art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

RECURSO DE REVISIÓN: DOCUMENTOS NO DETENIDOS NI DECLARADOS FALSOS: FORMALISMO DEL RECURSO: *Los documentos acompañados, aunque pudieran ser decisivos a los fines del recurso, no pueden aceptarse, porque ni fueron retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte recurrida, sino que se encontraban a la libre disposición del recurrente en los Registros Públicos de donde emanan, ni van tampoco acompañados de la previa declaración de falsedad, cualidades indispensables para encajarlos en los números primero y segundo del art. 1.796, únicos que el recurrente ha utilizado.* [S. 23 de enero de 1962; desestimatoria.]

23. RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER: *El llamado por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil recurso de revisión es, en realidad, un proceso especial autónomo, de carácter impugnativo, que se dirige contra sentencias firmes que han ganado autoridad de cosa juzgada, pero que, por haber sido obtenidas de modo irregular, se pretende que queden sin efecto.*

RECURSO DE REVISIÓN: INTERPRETACION RESTRICTIVA: *Su admisión debe hacerse en forma restrictiva, por cuanto que vulnera el principio casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos firmes, que sólo debe ceder ante la justificación cumplida de que concurren todos los requisitos exigidos en el art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

RECURSO DE REVISIÓN: PLAZO DE INTERPOSICIÓN: *Si su interposición resulta extemporánea, no se puede entrar a examinar la cuestión de fondo que dicho recurso plantea.*

RECURSO DE REVISIÓN: RECOBRO DE DOCUMENTOS: REQUISITOS: *El número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil admite como causa de revisión de una sentencia firme el hecho de que, después de pronunciada, se recobren determinados documentos, que no pudieron presentarse durante la sustanciación del proceso en que tal sentencia recayó. Pero, se exige, en primer lugar, que esos documentos sean verdaderos y legítimos; en segundo lugar, que tengan fuerza decisiva en relación a la sentencia, de tal manera que, si ésta los hubiera tenido en cuenta, habría desembocado en un fallo completamente distinto al pronunciado; y, en tercer lugar, que su no presentación en el proceso anterior, haya obedecido inexcusablemente a estar detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia que se impugna.*

RECURSO DE REVISIÓN: RECOBRAR Y DESCUBRIR: SIGNIFICADO: *Aunque nuestra Ley procesal parece emplear como equivalentes los términos «recobrar» —artículo 1.796— y «descubrir» —artículo 1.798—, sin embargo, no tienen el mismo significado, ya que «recobrar» es volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía o poseía, mientras que «descubrir» es hallar lo que antes estaba ignorado o escondido.*

RECURSO DE REVISIÓN: DOCUMENTOS RECOBRADOS O DESCUBIERTOS: *No puede afirmar el recurrente que los documentos básicos en que apoya su recurso han sido recobrados cuando obtuvo la copia fehaciente de la escritura pública, porque no fueron antes poseídos ni tenidos por él, ni tampoco puede decir que los documentos han sido descubiertos entonces, porque no estaban escondidos ni ignorados, sino que, por hallarse en Archivos o Registros Públicos, estaban a disposición de los interesados en ellos, y, por tanto, al alcance del recurrente, como lo demostró al obtenerlos cuando le convino.*

RECURSO DE REVISIÓN: ARCHIVOS DE CONTADURÍAS DE HIPOTECAS Y JUZGADO: *Frente a la alegación de la recurrente de que las Contadurías de Hipotecas no son Archivos o Registros públicos que tengan sus asientos a disposición de quien quisiere consultarlos, y que los Archivos de los Juzgados tampoco lo son, hay que decir: Primero, que, según el art. 504, in fine, de la Ley de Enjuiciamiento civil, se entiende que están a disposición de las partes los documentos «siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que puedan pedir y obtener copias fehacientes de ellos. Segundo, que el art. 244 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944 facultaba a la recurrente para obtener copia de la escritura. Tercero, que lo mismo puede decirse de los documentos originales custodiados en el Juzgado, de los que también la recurrente obtuvo copia. [S. 27 de enero de 1962; desestimatoria.]*

II. SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *Al no definir la Ley lo que por «abuso de derecho» ha de entenderse, queda la cuestión deferida a las enseñanzas de la doctrina y de la jurisprudencia y, en definitiva, al prudente arbitrio del juzgador, por tratarse de materia que mejor se intuye que se razona.*

ABUSO DE DERECHO: REQUISITOS: *El término «manifiesto» no ha de entenderse referido a la publicidad de los actos en que traduzca el ejercicio del derecho, sino a que éstos por su naturaleza, forma y circunstancias, evidencien, sin más, lo abusivo de su puesta en práctica.*

ABUSO DE DERECHO: EXISTENCIA: *El ejercicio de un derecho ha de estimarse como abusivo cuando con él no se pretenda la consecución y efectividad del interés que motivó su otorgamiento por parte del legislador, sino contrariar las prevenciones adoptadas por el mismo (Sentencia de 24 de marzo de 1963. No ha lugar.)*

2. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *La doctrina del abuso del Derecho no puede ser aplicada a los demandantes, porque no solamente ejercieron un derecho perfectamente definido en la Ley, sino que no traspasaron los límites impuestos al mismo por la equidad y buena fe, ni actuaron con daño para terceros, ni contra ningún interés social, por lo que no concurren los elementos que caracterizan el abuso del derecho y son esenciales para su aplicación (Sentencia de 16 de enero de 1962. No ha lugar.)*

3. SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN TÁCITA: *La arrendadora conocía el fallecimiento del inquilino y el deseo de la viuda para subrogarse en el contrato, que le notificó verbalmente, a presencia de testigos, continuando el cobro de los recibos de alquiler, lo que supone el consentimiento de la arrendadora para tener a la viuda del inquilino, como subrogada legalmente en el contrato de arrendamiento (Sentencia de 10 de marzo de 1962; no ha lugar.)*

4. SUBROGACIÓN: REQUERIMIENTO: REQUISITOS: *No se debe confundir la «necesidad» con el requisito indispensable de su «justificación» que el propietario deberá acompañar al requerimiento, pues no es la negativa lo que debe justificarse en éste, sino la necesidad de ocupar la vivienda (Sentencia de 3 de febrero de 1962; no ha lugar.)*

5. SUBROGACIÓN: EXISTENCIA DE CONVIVENCIA: *La convivencia se caracteriza, a los fines de la subrogación, por el ánimo decidido de vivir, por regla general, en el lugar común, el cual no falta, cuando uno de los que convivan tenga que ausentarse por tiempo mayor o menor para atender circuns-*

lancialmente a la recuperación de la salud quebrantada, estudiar, cuidado de bienes, etc. (Sentencia de 1 de febrero de 1962; no ha lugar.)

6. ACCIÓN DE SIMULACIÓN: *La acción de simulación del artículo 53 de la LAU no tiene ninguna relación con la regulación que el Código civil dedica a los contratos simulados y su nulidad* (Sentencia de 28 de febrero de 1962; no ha lugar.)

7. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTIA CAUSA: *La justa causa ha de ser ajena y superior a la voluntad de los interesados, a quienes, por tanto, no se les podrá imputar o achacar dicho cierre y desocupación, y ha de constituir también, una situación pasajera y circunstancial; y así resulta, que sólo puede obedecer a motivos graves y necesarios, como por ejemplo, la ausencia temporal por motivos de salud o por deberes profesionales que transitoriamente obliguen a desplazarse fuera de la residencia habitual* (Sentencia de 3 de marzo de 1962; no ha lugar.)

8. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: *En el requerimiento no es preciso consignar que el mismo se practica con un año de antelación, ni la indemnización que corresponde al inquilino* (Sentencia de 25 de enero de 1962; no ha lugar.)

9. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CAUSA: *Para poder tener más de dos huéspedes, se precisa autorización expresa y escrita del arrendador, independientemente de que de un modo administrativo se haya tenido autorización de la Dirección General de Seguridad* (Sentencia de 26 de marzo de 1962; no ha lugar.)

10. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El concepto de configuración no es un concepto abstracto y rígido, sino circunstancial y flexible, y por consiguiente han de tenerse en cuenta las peculiaridades características de la dependencia (fisonomía y finalidad) para determinar en cada caso, si las obras realizadas cambian o no su configuración* (Sentencia de 14 de febrero de 1962; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. CADUCIDAD DE ACCIONES: *Cuando en la Ley se fija un tiempo de duración para el ejercicio de un derecho, sólo dentro de ese plazo es lícito que se reclame del órgano jurisdiccional su validez y eficacia* (Sentencia de 3 de febrero de 1962; ha lugar.)

2. DOCTRINA LEGAL: *Las Sentencias de una Audiencia Territorial no constituyen doctrina legal, calificación que sólo es aplicable a las del Tribunal Supremo* (Sentencia de 12 de marzo de 1962; no ha lugar.)

3. PLAZO PARA LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: *Es aplicable al ejercicio de esta acción de carácter personal el plazo preceptivo de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código civil* (Sentencia de 13 de marzo de 1962; ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALIUY

I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: *Para la calificación de estos arriendos, la nueva Ley prescinde del elemento formal y atiende al criterio objetivo de la temporalidad de la ocupación. Será arriendo de temporada el que se concierte con la finalidad de residir sólo en el verano o durante cualquier otra época del año con domicilio en otra vivienda del mismo u otro lugar* (Sentencia de 30 de marzo de 1962; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDOS; VÁLIDOS CON SIMPLE NOTIFICACIÓN: *Es causa de resolución la tenencia de un subarrendatario sin realizar la notificación, al arrendador, exigida por la LAU* (Sentencia de 13 de marzo de 1962; no ha lugar.)

3. RESOLUCIÓN POR FALTA DE NOTIFICACIÓN DE SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: *El defecto de notificación de la subrogación «mortis causa» en el arriendo de vivienda es causa de resolución. La prueba testifical no tiene valor suficiente para acreditar dicha notificación* (Sentencia de 2 de noviembre de 1961; ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA LEGAL; INEFICACIA DE LAS PRÓRROGAS CONTRACTUALES: *La cláusula que establece la prórroga tácita del arriendo, si al expirar el plazo contractual previsto no hubiere mediado aviso con tres meses de antelación, es nula y no puede impedir que al término del plazo del contrato pueda ejercitarse la denegación de prórroga legal* (Sentencia de 13 de febrero de 1962.)

NOTA: Doctrina completamente contraria a la de 15 de mayo de 1959 de la propia Audiencia: es de suponer que por su mayor simplismo y por ser más favorable al arrendador, acabará prevaleciendo la nueva doctrina aunque, sin duda alguna, la antigua es la correcta, pues nada tiene que ver la nulidad de todo pacto contrario a la prórroga forzosa con la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, y moviéndose dentro de la zona que la LAU deja a la libre disposición de las partes, prevean una prórroga convencional de la primera fase del contrato —la que pudiera llamarse convencional— anterior a la segunda, de prórroga legal, única en la que cabe ejercitar las acciones denegatorias de prórroga arrendaticia. Véase la doctrina de la anterior Sentencia en este ANUARIO, año 1959, pág. 1472.

5. EXTINGUICIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR FALLECIMIENTO DEL INQUILINO; DESALOJO DE CONVIVIENTES EXTRAÑOS: *El plazo de caducidad bienal previsto para la resolución por cesión, no es aplicable a la resolución por fallecimiento del inquilino y desalojo de extraños convivientes con él* (Sentencia de 23 de octubre de 1961; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: EJERCICIO SUCESIVO DE ACCIONES DECLARATIVA Y DE RESOLUCIÓN Y LANZAMIENTO: *No hay precepto que impida al arrendador ejercitar, primero, una acción denegatoria de prórroga y, obtenida ésta, deducir después otra de resolución y lanzamiento, máxime si el arrendatario dió lugar al segundo proceso, al oponerse a la ejecución de la primera sentencia, declarativa de la extinción del arrendamiento y en cuya resolución implícitamente podía considerarse comprendido un pronunciamiento condenatorio de desalojo* (Sentencia de 20 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

NOTA: El actor del primer juicio pidió la ejecución de la sentencia en la que se declaraba extinguido el arrendamiento por denegación de prórroga, solicitando el lanzamiento del demandado; al serle denegada la ejecución, se vió forzado a seguir un segundo proceso.

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *No es preciso indicar, en el requerimiento, el nombre de la persona con la que se piensa contraer el matrimonio base de la necesidad.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: *No es preciso que el matrimonio se haya contraído; basta el propósito formal de contraerlo* (Sentencia de 8 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *La imposición legal de un orden de prelación entre las viviendas de un inmueble a efecto de la denegación de prórroga por necesidad tiene lugar cuando la necesidad afecta a una o varias viviendas, no a la totalidad de las mismas, no siendo precisa la selección cuando el arrendador deniega la prórroga de los dos arriendos de los dos únicos pisos del inmueble para atender a las necesidades de sus dos hijas.*

NECESIDAD BASADA EN PROYECTO DE MATRIMONIO: *No es preciso que el matrimonio, base de la necesidad, se haya contraído; es suficiente la certeza de que se va a contraer* (Sentencia de 4 de octubre de 1961; no ha lugar.)

NOTA: Véase la Sentencia de 8 de abril de 1960 de la propia Audiencia en este ANUARIO, año 1961, pág. 280.

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DESEO DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: CRITERIO RESTRICTIVO: *En supuestos como el de dos hermanas que viviendo inicialmente en un piso de casa de propiedad de ambas, realizan la división del inmueble, adjudicándose una de ellas el piso de referencia y planteando la otra una denegación de prórroga del arriendo de otro piso del inmueble, para disponer de hogar independiente en piso de su propiedad, no basta el mero propósito de vivir independiente --sin constituir una nueva familia-- para que se origine la necesidad, siendo preciso probar el acacimientto de algún hecho que, a juicio del juzgador, haga imposible la convivencia* (Sentencia de 12 de febrero de 1962; no ha lugar.)

NOTA: El derecho de las personas solteras a disponer de vivienda independiente, aun respecto a la de sus próximos familiares, viene siendo reconocido por la generalidad de la doctrina de suplicación: sin embargo, la

sentencia anterior supone una fuerte desviación respecto a tal criterio explicable, quizás, porque las actuaciones anteriores de las propietarias del inmueble sugirieron la idea de un fraude.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: APRECIACIÓN SOBRE LA NECESIDAD: *El hecho de que, según se declaró probado en la instancia, la casa reclamada para satisfacer la necesidad ofrezca deficiencias de servicios, humedades, situación aislada en una eminencia de terreno, alejamiento de zona urbana y de méxicos y farmacias, no obsta a la denegación de prórroga por necesidad, si precisamente se basa ésta en la enfermedad del beneficiario de la denegación de prórroga que requiere, para su vivienda, altura, alejamiento de centros urbanos y vegetación, dado que, además, las deficiencias de instalaciones y servicios pueden ser objeto de oportuna reparación* (Sentencia de 14 de noviembre de 1961; ha lugar.)

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *La noción de necesidad es un concepto jurídico revisable en suplicación* (Sentencia de 14 de noviembre de 1961; ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: POSIBLE FRAUDE: DERECHO DE RETORNO: *El posible fraude que con el ejercicio de esta denegación pueda cometerse tiene amparo y remedio en el artículo 68 de la LAU —derecho de retorno e indemnización del arrendatario desalojado* (Sentencia de 15 de mayo de 1962; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *No constituye abuso de derecho la denegación de prórroga con base en la necesidad de vivienda independiente que tiene una hija casada que vive en el hogar paterno, aunque el piso de los padres sea de holgadas dimensiones.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CONCEPTO EN QUE SE COMETIÓ LA INFRACCIÓN: *Debe precisarse el concepto en que la infracción se reputa cometida; el recurrente debe indicar si se trata de violación, interpretación errónea o aplicación indebida, conceptos que son entre sí contradictorios* (Sentencia de 28 de mayo de 1962; no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: HIJO QUE NECESITA HOGAR INDEPENDIENTE: *El hecho de que el hijo del arrendador necesite hogar independiente, es causa de denegación de prórroga* (Sentencia de 12 de febrero de 1962.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DISPONIBILIDAD DE OTRO LOCAL: *No obsta a la denegación de prórroga el que el arrendador disponga de otro local, si éste está destinado totalmente a la industria de fabricación de espejos, aunque hubiera servido, hace unos años, de vivienda a los actores* (Sentencia de 9 de marzo de 1962; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN MATRIMONIO: *Para la denegación de prórroga por necesidad no es preciso que el matrimonio se haya contraído.*

PROYECTO DE MATRIMONIO: PRUEBA: *La asistencia de los supuestos futuros contrayentes a unos cursillos prematrimoniales no puede considerarse --por sí sola-- como acto revelador de un propósito firme de contraer matrimonio* (Sentencia de 7 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

16. RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO POR NO USO: *La norma que dispone la subsistencia del subarriendo hasta el reintegro de las cantidades satisfechas en exceso --art. 13, núm. 2 de la LAU-- no es aplicable en el supuesto de denegación de prórroga del subarriendo por no uso* (Sentencia de 14 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: *No destruye el hecho de la no ocupación, el que el arrendatario tenga algunos muebles en la vivienda. La Ley se refiere a la ocupación de la vivienda como habitación de la persona que alquila el piso para dicho uso* (Sentencia de 17 de enero de 1962.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *El hecho--acreditado por peritaje médico--de tener que pasar una temporada en otra población, para reponer la salud, constituye justa causa de no ocupación* (Sentencia de 18 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: ATRIBUCIONES DE LA SALA DE SUPPLICACIÓN RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO: *La no ocupación, como requisito para la denegación de prórroga, es un acto jurídico cuya existencia puede examinar la Sala, en suplicación, aquilatando el concepto, en cuanto ha de producir efectos jurídicos y partiendo de los hechos que pudiesen constituir y demostrar tal desocupación, hechos que corresponden apreciar al Juez «a quo»* (Sentencia de 23 de marzo 1962; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR HABER TENIDO EL ARRENDATARIO OTRA VIVIENDA A SU DISPOSICIÓN (CAUSA 5.^a DEL ART. 62 DE LA LAU): *No precisa requerimiento previo como el exigido para la denegación por necesidad* (Sentencia de 13 de mayo de 1962;.)

Nota: Se dió lugar a la demanda porque el arrendatario había adquirido otra vivienda de características análogas, enclavada en la misma población y con condiciones de habitabilidad, que había estado dedicada, antes, a hogar familiar y que el arrendatario utiliza como almacén de forraje y cuadra.

21. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE LA CALIDAD DE ARRENDADOR: *No puede negar la legitimación activa del demandante, el arrendatario que, al contestar al requerimiento denegatorio de prórroga, reconoció implícitamente la calidad de arrendador del actor. Es eficaz el reconocimiento, aunque lo hiciera una hija del inquilino en comparecencia en la que manifestó tener poder verbal de su padre, si éste en el juicio, no negó la realidad del mandato, ni alegó que se*

hubieran desbordado los límites del mismo. El arrendador no precisa acreditar su propiedad sobre el inmueble (Sentencia de 8 de noviembre de 1961; ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN DEL SUBARRENDADOR: *La autorización para subarrendar —concedida por quien tenía a su cargo la administración del inmueble— es eficaz para enervar la acción resolutoria* (Sentencia de 29 de enero de 1962; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No procede la resolución por subarriendo si en los recibos de alquiler hay una casilla correspondiente a un incremento por «realquilados» abonado por el inquilino* (Sentencia de 6 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD: «DIES A QUO»: *Debe considerarse exteriorizada la cesión, por el hecho de que el arrendatario del piso, que convivía, en él, con su hermano, pase a habitar en otra vivienda, dejando en la primera a su indicado hermano. Debe considerarse caducada la acción resolutoria deducida tras un transcurso de tiempo superior al señalado por la ley a partir del referido hecho* (Sentencia de 2 de abril de 1962; ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El hecho de que el arrendador perciba un incremento de renta por razón del ejercicio de hospedaje evidencia el consentimiento del mismo al ejercicio de dicha industria e impide la estimación de la acción resolutoria por cambio de destino* (Sentencia de 4 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO Y ACTIVIDADES PELIGROSAS: *Consta causa de resolución basada en estas dos causas, el hecho de que el inquilino tenga en su vivienda un gran número de garrafas de petróleo —264 litros en determinado momento— y se dedique, por cuenta ajena, al tráfico de petróleo, lucrándose con tal actividad* (Sentencia de 15 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. CONVALIDACIÓN DE DEFECTOS PROCESALES: COMPARECENCIA DE LOS HEREDEROS EN EL RECURSO: *Mediante la comparecencia, ante el Juzgado de Primera Instancia, de los herederos de la parte fallecida, solicitando se les tuviera como parte en la apelación quedaron convalidados los defectos invocados por la sentencia del Juez de Primera Instancia que debió haber entrado a conocer del fondo del recurso.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DECISIÓN DE FONDO SOBRE LA APELACIÓN: *No habiendo el Juez de Primera Instancia entrado a conocer del fondo de la apelación, por estimar, erróneamente, desierto el recurso, la Audiencia*

puede entrar a conocer, en trámite de suplicación, del recurso de apelación interpuesto (S. de 9 de noviembre de 1961; ha lugar).

Nota: Aunque la Audiencia da lugar al recurso, en cuanto desautoriza la decisión de la sentencia suplicada declarando desierto el recurso, al conocer, en funciones de órgano de segunda instancia, del recurso de apelación, desestima este último.

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN CONTRA SENTENCIA QUE NO ENTRÓ A CONOCER DEL FONDO DEL ASUNTO: *Procede desestimar el recurso de suplicación deducido contra sentencia que estimó un defecto legal en el modo de proponer la demanda y no entró a conocer del fondo del asunto. El órgano de suplicación no puede conocer de la infracción de normas adjetivas ni decidir acerca del fondo del asunto si en la instancia no se practicó prueba que permita realizar una declaración de hechos probados. (S. de 29 de noviembre de 1961; no ha lugar.)*

2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: *No es incongruente la sentencia que decreta la «resolución» de un arrendamiento habiéndose pedido que se declare «extinguido» el contrato. (S. de 21 de noviembre de 1961; no ha lugar.)*

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

A cargo de Julio BOXED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia o Instrucción

I. DERECHO CIVIL

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: SU ACCESORIEDAD CON RESPECTO A LA VIVIENDA ARRENDADA. *Si el concepto de su magnitud no ofrece dificultad cuando se refiere al grado superlativo por coincidir en él los aspectos económico, mecánico, industrial, laboral, etc., que sirven de factor comparativo, si los ofrece, en cambio, cuando se refieren a los grados medio y diminutivo, puesto que el concepto industria pequeña o mediana es inseguro y mudable según el factor bajo el que se mire.*

Si la industria de la construcción de carros y carrocerías requiere amplia superficie del inmueble arrendado —toda la planta baja, incluso las piezas de estabulación del ganado vacuno, actividad que prohíbe el contrato con lo que se le priva de accesoriad a aquella con respecto a la vivienda— circunstancia que caracteriza el contrato de inquilinato con local de negocio, según constante jurisprudencia—, e incluso de la pequeñez, y si además, no es ejercida exclusivamente por familiares domésticos, sino por asalariado adecuado a dicho trabajo, privándosele también del carácter de domesticidad, es claro que se trata de arrendamiento de local de negocio con vivienda y no viceversa (Sentencia de 16 de junio de 1962; desestimatoria.)

2. NECESIDAD: SU CONCEPTO: FACULTADES DE LA SALA: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 63 DE LA LAU: *Como el concepto de necesidad que, en principio, conforme a las leyes naturales, no es jurídico, ha sido configurado como tal por la doctrina legal, es indudable que puede y debe la Sala censurar si la declaración de necesidad que el juzgador de instancia hizo, como consecuencia de la apreciación de la prueba y valoración jurídica de la misma, responde o no a lo que aquella doctrina y la misma Ley determinan y como de manera expresa se establece en el párrafo 1.º del artículo 63 las presunciones de necesidad que menciona, no impide que los Tribunales aprecien otras causas de necesidad distintas, siempre que se demuestren, es obvio que no se infringió el citado precepto, pues por los razonamientos aducidos y por los elementos de prueba aportados puede el juzgador abrigar la convicción de que no se trata de un mero deseo o propósito caprichoso, sino de una verdadera precisión impuesta por la realidad y las circunstancias del negocio (Sentencia del T. S. de 14-5-48) (Sentencia de 7 de mayo de 1962; desestimatoria.)*

3. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: LA SOCIEDAD LEGAL CONTINUADA ARAGONESA NO ES FAMILIA A LOS EFECTOS DE LA LAU: *Procede la resolución por necesidad si la sentencia recurrida declara bien hecha la selección de vivienda para seneca; la prórroga del arrendamiento por no resultar suficientemente con-*

cluyente y rotunda la convivencia de la demandada con su cuñada, yerno e hijos de ambos, pues además el carácter de Ley de aplicación general que tiene la de Arrendamientos Urbanos se impone con su concepto estricto y limitativo de familia sobre la familia foral aragonesa que no fue la que sirvió de base al contrato discutido. (Sentencia de 7 de mayo de 1962; desestimatoria.)

4. VIGENCIA DE LAS NORMAS REVISORAS DE LA RENTA DE LA LAU EN LAS VIVIENDAS ACOGIDAS A LEYES PROTECTORAS: POSIBILIDAD DE FIJACIÓN CONTRACTUAL DE LA RENTA SIN LLEGAR AL TOPE MÁXIMO EN VIVIENDAS BONIFICABLES: APLICACIÓN A DICHO SUPUESTO DEL ARTÍCULO 100 DE LA LAU Y DEL DECRETO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1961: Como quiera que en el Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948 no se establecen normas revisoras de la renta y teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 1.º de la LAU, es inconcuso que las que se articulan en la legislación arrendaticia de 22 de abril de 1955 y Decreto que la desarrolla tienen plena aplicación al supuesto de autos.

No existe obstáculo legal a la posibilidad de que la renta de las viviendas bonificables fuese fijada contractualmente en cantidad inferior a la prevista, puesto que al hacerlo así se respondía a la finalidad perseguida por dicho Decreto-Ley de evitar la inflación en los precios arrendaticios. Esta renta fraccionada goza de las características y peculiaridades que la legislación especial —común de arrendamientos urbanos somete a las viviendas no comprendidas en normas especiales protectoras, pues al ser inferior al tope máximo, —renta pactada y no la reglada — entra dentro del concepto de renta legal que establece el artículo 95, afectándole, por tanto, las alteraciones que en uso de las facultades atribuidas al Gobierno por la Disposición Adicional 6.ª se acordaran siempre que los aumentos no excedan del dicho tope.

Si bien no puede pretenderse la revisión de la renta al amparo del artículo 100 de modo que sea elevada al máximo establecido, pues pactada la renta por los contratantes se quebrantarían los principios rectores de la contratación y además se violaría la potestad revisora atribuida únicamente al Gobierno, no existe obstáculo que impida la aplicación a esta clase de viviendas de los porcentajes establecidos por el Decreto de 6 de septiembre de 1961 que afectará en un 10 % la renta percibida ya que con ello no se cubre la máxima autorizada por el Decreto-ley de 19 de noviembre de 1948. (Sentencia de 1.º de junio de 1962; estimatoria.)

II. DERECHO PROCESAL

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: RECONOCIMIENTO POR ACTOS PROPIOS DE LA PERSONALIDAD DEL ARRENDADOR: No se da tal falta, ya que el Tribunal Supremo tiene declarado en numerosas sentencias que no puede impugnarse la personalidad de una de las partes quien dentro o fuera del juicio la ha reconocido y es evidente que ello ha ocurrido no solamente al satisfacer los recurrentes las rentas, sino también al pretender la subrogación, puesto que tal pretensión, como dice el artículo 24 de la LAU, debe notificarse de modo fehaciente al arrendador como así lo hicieron (Sentencia de 21 de mayo de 1962; estimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Pamplona.

A cargo de Julio BONED SOPEÑA
Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. DERECHO CIVIL

1. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EFICAZ; DEFECTO DE NOTIFICACIÓN FEHA-CIENTE; ACTOS DEL ARRENDADOR EVIDENCIADORES DE TENER POR ARRENDATARIO AL SUCESOR: *Si el arrendador con sus actos evidencia su voluntad de tener al sucesor, que no notificó en plazo legal, como subrogado en los derechos arrendaticios de su causante, no podrá posteriormente ir contra sus propios actos, negando la continuación del contrato* (Sentencia de 14 de mayo de 1962, estimatoria.)

NOTA: Se trata de un caso en que la actora que mantenía excelentes relaciones de vecindad con la demandada, el mismo día del fallecimiento del esposo de ésta, titular del arrendamiento, se personó en la vivienda de autos para dar el pésame y rezar el Santo Rosario por su alma y siguió librando recibos a nombre del difunto, aunque se le indicó los pasara a nombre de la recurrente y percibiendo directamente de ella la renta del piso durante siete meses después de pasados los noventa días que señala el artículo 58 de la LAU, sin pretexto ni reserva alguna. En el mismo sentido véase la sentencia de la misma Audiencia de 30 de noviembre de 1961. ANUARIO 1962, fascículo 1.º, pág. 273.

2. REDUCCIÓN DE RENTAS: NO PROCEDE APLICAR EL ARTÍCULO 103 DE LA LAU CUANDO SE DESCONOCE LA RENTA ASIGNADA POR LA HACIENDA PÚBLICA: *El precepto del artículo 103 de la LAU presupone el conocimiento de la renta fiscal, o sea, el producto íntegro que tenga asignado a la finca a efectos de la contribución territorial urbana, ya que si los pisos litigiosos no están incluidos en el Registro Fiscal por ser de nueva construcción y, por tanto, no satisfacen contribución, falta la base esencial para la aplicación de aquel artículo* (Sentencia de 11 de agosto de 1962: desestimatoria.)

II. DERECHO PROCESAL

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: OBLIGACIÓN DE CITAR LA DISPOSICIÓN CONCRETA QUE SE ESTIMA INFRINGIDA Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: AMBITO DE ESTA OBLIGACIÓN: *En el recurso de suplicación el concepto de infracción de ley o de doctrina legal es más restringido que en el de casación, pues si bien en ésta es lícito al Tribunal Supremo analizar la apreciación de la prueba que han realizado los Tribunales de instancia cuando se demuestra que éstos en tal valoración han incurrido en error de hecho o de derecho, tal análisis está vedado a las Audiencias Territoriales por imperio terminante del artículo 132 de la LAU que sólo admite la infracción de derecho probatorio cuando haya sido determinante de que el Juez «a quo» haya apreciado o desestimado la existencia del abuso de derecho.*

Como la suplicación es un recurso extraordinario de derecho que tiene como finalidad controlar la aplicación del mismo hecha por el Juez de 1.ª Instancia y deducir de los hechos que declara probados si ha sido o no infringido el derecho en que se basa el fallo, al implicar ello una operación lógico-jurídica, es necesario que se cite la ley o doctrina legal que se reputa infringida (Sentencia de 11 de agosto de 1962; desestimatoria.)

2. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: ES DEFECTUOSA LA QUE SE VERIFICA PARA SU INGRESO DIRECTO EN LA CAJA GENERAL DE DEPÓSITOS A LAS RESULTAS DEL PROCESO POR NO RECONOCERLE PERSONALIDAD AL DEMANDANTE PARA SU PERCEPCIÓN: La consignación para recurrir exigida por el artículo 148 de la LAU es de carácter típicamente procesal y, por ello, en méritos del artículo 150 de la misma tienen que aplicarse subsidiariamente los preceptos de los artículos 1.566 y 1.567 de la LEC. Y como el primero de ellos dispone que se requerirá al actor para que reciba las rentas consignadas dando resguardo a favor del arrendatario y sólo en caso de rehusarlas se depositarán en el establecimiento correspondiente, se infiere claramente que en la forma en que la consignación tuvo lugar privando al arrendador de hacer desde luego suyas las rentas, es defectuosa y no llena las exigencias legales para surtir efectos.

No puede ser nunca obstáculo la circunstancia de que el arrendatario haya desconocido en el proceso la personalidad del demandante porque actuando éste como arrendador y habiéndosele reconocido la condición de tal en la sentencia, por lo pronto es esta tesis la que ha de prevalecer a efectos procesales (Sentencia de 28 de junio de 1962; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR: SÓLO ES NECESARIA EN AQUELLOS JUICIOS CUYA DECISIÓN PUEDA ENTRAÑAR EL LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO: Según reiterada jurisprudencia el precepto del artículo 148, párrafo 1.º de la vigente LAU limita su alcance a los juicios cuyo objeto es el lanzamiento del locatario, ya que si bien no discrimina al aludir a los recursos los que se interponen en unos y otros procesos, de su inicial alusión a los plazos para desalojar la vivienda o local de negocio, se infiere que aquél es el verdadero sentido de la norma expuesta, además de que sólo en estos casos se justifica la citada disposición que tiene por exclusiva finalidad la de impedir que el arrendatario, pendiente el proceso en que se le condenó a desalojar el inmueble, pueda demorar el cumplimiento de ese fallo mediante la interposición de recursos sin satisfacer, entre tanto, la contraprestación de su disfrute (Sentencia de 11 de agosto de 1962; desestimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Albacete.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

1. Derecho Civil

1. ARRENDAMIENTOS MIXTOS: NO OSTENTAN ENTIDAD SUSTANTIVA EN LA LAU: ES IMPROCEDENTE LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO CALIFICADO COMO DE VIVIENDA, AL AMPARO DE LA CAUSA 5.ª DEL ARTÍCULO 62 CUANDO LA NUEVA CASA PROPIEDAD DEL LOCATARIO NO ES APTA PARA LA EXPLOTACIÓN DEL NEGOCIO DE TABERNA, EL FENÓMENO NO PREPONDERA EN EL CONTRATO: *La Ley locativa especial se halla proyectada por la doble vertiente en que encauza distintas regulaciones, cuales son las referentes al inquilinato y a los locales de negocio, con normas propias para cada una de ellas; y repudiando los arrendamientos que han venido llamándose mixtos como entidad jurídica autónoma, ha cuidado, sin embargo, de describirlos a una u otra normativa con carácter excluyente y exclusivo, atendiendo para ello al fin o elemento primordial que configure el arrendamiento contemplado.*

Si el contrato de arrendamiento ha sido calificado de vivienda por ser ésta la finalidad preponderante, aunque comprenda también un negocio de taberna, no procede la resolución con fundamento en la causa 5.ª del artículo 62 de la LAU, cuando no puede satisfacerse en la casa propiedad del locatario la explotación de dicho negocio con que subviene también a sus necesidades. (Sentencia de 15 de junio de 1962: estimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: CASUÍSTICA: *Incide en manifiesto abuso de derecho la actora que, si bien realizó actos aparentemente legales lo hizo contraviniendo sustancialmente a las normas de Derecho en general y muy en particular a las de arrendamientos, transidas de una función social que no cabe desconocer, extralimitándose manifiesta y abiertamente de los poderes que le confería el contenido de su derecho subjetivo, mediante una concepción unilateral de la norma objetiva llevada a ultranza que le condujo a desbordar los límites normales del Ordenamiento jurídico. (Sentencia de 3 de febrero de 1962: desestimatoria.)*

NOTA: Se trataba de un caso en que la actora que ejercitaba la acción resolutoria por necesidad arrendó a su hermano, sólo unos nueve meses antes de la fecha del requerimiento y para local de negocio, el bajo del inmueble que siempre había estado destinado a vivienda; se comportó pasivamente en el juicio de desahucio que se le siguió junto con su madre, manteniéndose en rebeldía y sin comparecer a absolver las posiciones formuladas de contrario; y, por último, se apresuró a notificar al inquilino la resolución del contrato por necesidad fundada en causa de desahucio en meritado proceso —reconociendo en aquel acto la certeza de los hechos generadores de la demanda— cuando ni tan siquiera se había dictado contra ella sentencia en primera instancia, alegando a la vez que deseaba poner fin a la convivencia con su madre, septuagenaria, ya que de ella se haría cargo su hermano, el mismo a quien cedió el bajo del inmueble.

3. ABUSO DE DERECHO: SU APECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES: NO INCIDE EN ABUSO DE DERECHO QUIEN PRETENDE LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD HABIENDO ACCEDIDO A LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA A VIRTUD DE DONACIÓN PREVIA: *Los Tribunales han de observar en cada caso concreto la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho con la medida y ponderación que su índole requiere, ya que se trata siempre y en todo caso, de una excepción correctiva de equidad frente al clásico principio jurídico que establece «qui iure suo utitur neminem laedit».*

No puede estimarse que encierre sin más un manifiesto abuso de derecho ni puede reputarse antisocial, la pretensión resolutoria por necesidad de quien devino propietario a virtud de donación previa, porque no va guiada por la intención malsana de perjudicar, sino por el propósito serio y legítimo de proporcionar hogar a un nuevo matrimonio, ni tampoco puede decirse que exista exceso o anomalía en aquella por la única razón de que la vivienda arrendada fué adquirida por la actora a virtud de donación de su tía, tras una mutación de la finca urbana única en varias de propiedad horizontal, pues tanto la división como la donación de una de las viviendas resultantes a su sobrina, a fin de proporcionarle hogar independiente para cuando contrajera matrimonio, fueron realizadas por la actora en el ejercicio de derechos indiscutibles. (Sentencia de 30 de marzo de 1962; desestimatoria.)

4. LA AUTORIZACIÓN AL ARRENDADOR QUE CONCEDE EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LAU NO IMPLICA SUBROGACIÓN DEL SUBARRENDATARIO EN LOS DERECHOS DEL ARRENDAMIENTO: *Fué interpretado correctamente el artículo 15 de la LAU por el juzgador de instancia, pues tratándose de subarriendo el precepto citado permite y autoriza a la arrendadora el poder exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y su participación en el precio del subarriendo, sin que esta percepción directa suponga, como pretende el recurrente, una subrogación por el subarrendatario en los derechos que confiere el arrendamiento, cuya extinción provoca la de su derecho de subarriendo.* (Sentencia de 17 de marzo de 1962; desestimatoria.)

5. CESIÓN DE VIVIENDA: SI LA ACCIÓN RESOLUTORIA HA CADUCADO ES IRRELEVANTE LA ALEGACIÓN DE VICIOS O DEFECTOS EN LA TRANSMISIÓN: *Transcurridos con exceso los dos años concedidos por el artículo 25 de la LAU y caducada, por tanto, la acción resolutoria no cabe examinar el tercero de los motivos del recurso, que se refiere a la infracción de los artículos 24 y 25 de la misma Ley por no haberse observado en la cesión de vivienda los requisitos legales, pues al haber caducado la acción se han purgado los defectos que pudiera tener dicho contrato para producir efectos frente al arrendador.* (Sentencia de 26 de abril de 1962; desestimatoria.)

6. CESIÓN O SUBARRIENDO DE VIVIENDA: SU APECIACIÓN A VIRTUD DE PRESUNCIONES JUDICIALES: FACULTADES DE LA SALA EN SUPPLICACIÓN: *Los subarrendos y las cesiones de arrendamiento han de ser probados la mayor parte de las veces mediante presunciones judiciales, dada su naturaleza ilegal y su origen casi siempre clandestino, siendo facultad del Tribunal de supli-*

cación (como ocurre en la casación ante el Tribunal Supremo) la revisión del razonamiento lógico utilizado por los jueces de instancia, respetando siempre los hechos probados.

Del hecho de que el demandado haya trasladado su domicilio a M., donde figura empadronado y posee una vivienda para residencia transitoria de sus hijos que siguen estudios en dicha capital y al propio tiempo continúa figurando en el padrón del municipio de A., donde realmente tiene su domicilio y en cuya vivienda habita, con anterioridad, su madre política, sin que conste el menor indicio de que ésta le pague renta o merced alguna o haya asumido la personalidad económica del contrato, no puede deducirse por vía de presunción judicial la existencia de un subarriendo o cesión inconsentidos. (Sentencia de 11 de junio de 1962; estimatoria.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PUEDE INSTARLA COMO ARRENDADOR EL TITULAR DEL DOMINIO ÚTIL DE LA FINCA Y ES VÁLIDO, POR TANTO, EL REQUERIMIENTO DE DESALOJO VERIFICADO CON POSTERIORIDAD A LA ADQUISICIÓN DE DICHO DOMINIO: Es evidente que siendo el dominio útil un derecho real de goce otorga facultad al censatario o enfiteuta para disponer en arrendamiento de la vivienda, puesto que no le alcanza la limitación impuesta por el artículo 1.634 del Código civil. Como el adquirente del citado dominio había sucedido al arrendador originario, desde la fecha de su adquisición, en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato y el acto del preaviso lo efectuó con posterioridad, está claro que no viene afectado del vicio de nulidad que le atribuye el recurrente. (Sentencia de 4 de junio de 1962; desestimatoria.)

8. RECUPERACIÓN DE VIVIENDA: NO HA LUGAR CUANDO SÓLO SE HA CEDIDO A TERCERO EL USO DE ELEMENTOS NO ESENCIALES A AQUÉLLA: Si el demandado que anteriormente había reclamado la vivienda para sí al amparo del número 1.º del artículo 62 de la LAU, la viene ocupando desde entonces sin interrupción y de modo normal, no habiendo cedido su uso a terceras personas nada más que de ciertos elementos accesorios y no esenciales a la vivienda propiamente dicha que constituyó el objeto del contrato, no procede su recuperación por el ex inquilino. (Sentencia de 27 de junio de 1962; desestimatoria.)

9. MOMENTO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL INQUILINO DESAHUCIADO: IRRELEVANCIA DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS: El cómputo de tres meses en que precluye el ejercicio de dicha acción ha de iniciarse, sin solución de continuidad, cuando finalicen los tres que se conceden al arrendador para ocuparla, sin que, en caso de ejecución de obras, pueda quedar subordinado a la fecha de la terminación, porque tal doctrina inspirada en el principio de la compensación es inaceptable cuando, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo declarada en sentencia de 6 de marzo de 1956, la ocupación que exige el párrafo 1.º del artículo 68 de la LAU significa más bien tomar posesión de una cosa y, por tanto, la constituye la realización de obras necesarias con el propósito de habitar cuando se encuentre el inmueble en condiciones idó-

neas para ello. De lo cual se infiere que al resultar innecesario todo aplazamiento para una ocupación en el sentido de mera toma de posesión, tampoco existe razón alguna que aconseje el aplazamiento del cómputo de caducidad. (Sentencia de 10 de marzo de 1962; desestimatoria.)

10. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 81 DE LA LAU CUANDO SE TRATE DE OBRAS DE REFUNDICIÓN DE DOS INMUEBLES CONTIGUOS: *Si las obras consistieron en la refundición, en uno sólo, de dos inmuebles contiguos de la misma propiedad es incuestionable que la situación jurídica debe incardinarse, como obras meramente tendentes a adicionar la construcción con objeto de aumentar el número de viviendas, en el artículo 92 que, si bien remite a los artículos 80 y siguientes entre los que se halla comprendido el 81, lo verifica en el supuesto exclusivo de que las obras no se hayan iniciado en el plazo de dos meses desde que quedó desalojada la vivienda; y aun así no es posible la aplicación del último de los artículos citados, dada su clara finalidad de regular el posterior retorno cuando la demolición total del edificio produzca una incertidumbre en la extensión de la nuevamente adjudicada que repercuta en la variación de la renta, al supuesto de autos en que no hay demolición o derribo total y sólo se produce la mera suspensión de la relación arrendaticia.* (Sentencia de 28 de junio de 1962; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA: CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: SU CARÁCTER: INOPERANCIA DE LA MAYOR O MENOR FACILIDAD EN LA REALIZACIÓN O EN LA DESAPARICIÓN DE LAS OBRAS: *Incide en causa resolutoria el inquilino que sin consentimiento del arrendador procede a la demolición de una cuadra y un pajar, rehaciendo las paredes del retrete que estaban adosadas a la edificación derruida, pues la realización de tales obras afecta a la configuración de una de las dependencias de la vivienda arrendada.*

El concepto de obras que modifican las configuración —aún no siendo un concepto netamente jurídico, sino más bien material y jurídico a la vez, como exponente de la relación existente entre una parte integrante con el todo de que forma parte— ha de entenderse como realización de toda alteración que se produzca en la peculiar figura del inmueble urbano, tanto en sentido vertical como en sentido horizontal y ya se trate de construcción, reconstrucción o simple demolición, siendo inoperante a estos efectos la mayor o menor facilidad en la realización del derribo o el empleo de unos u otros medios para lograr la demolición y consiguiente desaparición de la obra. (Sentencia de 10 de mayo de 1962; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: ES IRRELEVANTE SU INSIGNIFICANCIA: *No se puede tomar en consideración la alegación de que las obras que se dicen realizadas no han variado la configuración del objeto arrendado en razón a su pequeña entidad, pues es doctrina legal reiterada la de que basta que se produzca el supuesto de la alteración de la estructura o disposición de los elementos que forman y dan ser al local para que se pueda estimar esta causa legal de resolución aunque las obras sean insignificantes.* (Sentencia de 7 de febrero de 1962; desestimatoria.)

13. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA: SU INFRACCIÓN NO AFECTA A LA VIABILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR NECESIDAD: *La transformación efectuada por la actora de una vivienda de su propiedad en local de negocio (taller de carpintería) en el mes de marzo de 1960, constituye, sin lugar a dudas, una infracción clara y manifiesta de la Disposición Adicional Primera de la LAU que, aunque tiene su sanción adecuada en el párrafo 3.º de la misma, no afecta a la viabilidad de la pretensión resolutoria ejercitada.* (Sentencia de 3 de febrero de 1962; desestimatoria.)

2. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA Y LÍMITES; COSTAS: INCURRE EN MALA FE A ESTOS EFECTOS QUIEN RESALTA ABIERTAMENTE, EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO, ERRORES INVOLUNTARIOS DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, SIN OTRO ALCANCE Y AL PROPIO TIEMPO EN TEMERIDAD AL FUNDAMENTAR EXCLUSIVAMENTE EL RECURSO EN EL ATAQUE A LOS HECHOS PROBADOS: *La suplicación es un verdadero recurso de derecho, puesto que mediante él no se entrega al Tribunal Territorial el conocimiento total de las cuestiones debatidas, sino simplemente los errores jurídicos que pudiera haber cometido el juzgador «a quo» al dictar su resolución.*

Incurrir en mala fe procesal, a efectos de imposición de costas, el recurrente que patentiza abiertamente en su escrito, con el exclusivo propósito de que resalten, errores involuntarios --deslizados, sin duda, mecanográficamente-- en la resolución del juzgador de instancia y, por tanto, es acreedor a dicha condena, a mayor abundamiento, por su temeridad al desnaturalizar el alcance de este trámite procesal en el que no se pueden revisar los argumentos probatorios de la litis. (Sentencia de 11 de junio de 1962; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: CUÁNDO DEBE OPERAR EN LOS JUICIOS DE DESAHUCIO: NO ENERVA LA EXCEPCIÓN EL SIMPLE REQUERIMIENTO DE DESALOJO EN ACTO DE CONCILIACIÓN NO SEGUIDO DE DEMANDA SI EN SENTENCIA FIRME ANTERIOR SE HABÍA ABSUELTO AL DEMANDADO: *Sin desconocer que las restricciones experimentadas en el amplio campo de la cosa juzgada en su proyección a los juicios de desahucio, adquiere un especial relieve en los arrendaticios, donde, por el carácter de tracto sucesivo de la relación contractual, siempre es posible la posterior alteración de las circunstancias fácticas que hagan surgir nuevas causas resolutorias o aparecer encarnando en realidad actual otras anteriores inexistentes, para repudiar la presunción de cosa juzgada es requisito indispensable que se haya operado una transformación fundamental en la situación de hecho preexistente al momento de plantearse el proceso originario para que las profundas razones de seguridad social y certidumbre jurídica que fundamentan la res judicata puedan quebrantar la estabilidad que necesariamente debe producir una sentencia firme.*

No puede concederse calidad enervatoria de la excepción a la sola circunstancia de requerirse de desalojo al demandado vencedor en el litigio

anterior, en un acto de conciliación que no fué seguido de la correspondiente demanda, por el extraño conformismo de aquél, impropio de la forma normal del desenvolvimiento de los requerimientos denegatorios de prórroga que es evidentemente insuficiente para mutar una rechazada causa de pedir, idéntica en ambos procesos, pues en el primero se accionó con base en habitar en casa ajena y en el segundo con base en ser despedido de ella. (Sentencia de 8 de mayo de 1962; estimatoria.)

3. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: LOCAL DE NEGOCIO: COSTAS: Si el contrato de arrendamiento estriba en el uso de la finca por el arrendatario como lugar donde ejerce el oficio de barbero o peluquero, utilizando al efecto los servicios de dos de sus hijos y disponiendo al mismo tiempo de dos habitaciones «ad hoc» con acceso directo e independiente desde la calle y como sede asimismo donde mora en unión de su familia, empleando el resto de las habitaciones como vivienda, hay que concluir que el arrendamiento lo es de local de negocio, conforme al artículo 1.º de la LAU y así lo estimó el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de abril de 1951; pero es que, además, el arrendador adquirió la finca después de estar instalado en ella el arrendatario y conociendo el uso de la misma le incrementó la renta con arreglo a los porcentajes establecidos para los locales de negocio. Por ello la competencia debe declararse a favor del Juzgado de Primera Instancia y al rechazarse totalmente los pedimentos de la demanda hay que imponer las costas de primera instancia al actor, aunque su pretensión no haya sido resuelta definitivamente, pues como declaró la sentencia de 28 de abril de 1952 y ratificó la de 22 de marzo de 1961, ello es independiente de los motivos que se hayan tenido en cuenta para desestimarla. (Sentencia de 10 de marzo de 1962; estimatoria.)

4. COSTAS: NO SE PUEDEN IMPONER AL ACTOR ESTIMÁNDOSE ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA, SO PRETEXTO —EN PROCESO DE REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES— DE QUE EL ARTÍCULO 103 DE LA LAU OPERA «OPE LEGIS»: La inutilidad de postular la reducción de la renta argumentando que el artículo 103 opera «ope legis» se halla contradicha por la oposición del demandado que demuestra, con su excepción sustantiva, la existencia de posiciones jurídicas controvertidas a cuya solución, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial tenía derecho, sin que pueda ser compelido a soportar una posible demanda por falta de pago si se negaba a continuar abonando íntegramente la renta pactada. Y aunque se admitiese que la demanda a que se dió lugar inició un litigio innecesario tampoco procedería exonerar de las costas al demandado que con su oposición provocó la completa tramitación del proceso, originando una serie de gastos evitables con el allanamiento; costas que por preceptiva declaración del artículo 149 de la LAU deben gravitar sobre el vencido, aunque haya sido innecesariamente demandado, cuando formule oposición, conforme tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de octubre de 1957. (Sentencia de 10 de febrero de 1962; estimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONGRUENCIA: Es congruente la sentencia que estima ocupado el bajo de la finca en que se ubica la vivienda sobre la

que se ejercita acción resolutoria, si alegada la desocupación por el demandado, como fundamento de la presunción establecida en el artículo 63, párrafo 3.º, de la LAU, el actor alegó y probó todo lo contrario, pues es doctrina jurisprudencial reiterada, la de que la sentencia ha de guardar perfecta conformidad o relación con la pretensión y la oposición procesal en cuanto la delimitan y que cuando no la guardan adolece del vicio de incongruencia. (Sentencia de 3 de febrero de 1962; desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible.*

CASTRO LUCINI, Francisco: *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo.*

LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando: *La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

CABRERA HERNÁNDEZ, José María: *Reivindicación y deslinde: Sus diferencias.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.