

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 IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMLXII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES IBERICAS

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 renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil ⁽¹⁾

PASCUAL MARIN PEREZ
Magistrado y Catedrático de Derecho Civil

I

PRECEDENTES

Al igual que en el antiguo Derecho francés, el Derecho español antiguo, mejor dicho, algunos de nuestros antiguos juristas también se plantearon el problema de la renuncia a las leyes.

El profesor Demófilo De Buen (*Introducción al Estudio del Derecho civil*. Prólogo del también profesor español Felipe Sánchez Román y Gallifa. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932. pág. 357 y ss.), después de afirmar que la renuncia es el voluntario desapoderamiento de un derecho, dice que sólo se puede renunciar a lo que está atribuido al renunciante y en la esfera de su libre disposición. Así, puede renunciarse a determinados derechos subjetivos, pero en modo alguno a las leyes, que, lejos de pertenecer a los particulares, tienen fuerza para imponerse a ellos y obligarlos.

No es renunciar a las leyes optar por la aplicación de unas u otras. Quien tal hace, usa un derecho subjetivo que la misma ley le concede. Tampoco propiamente renuncia a una ley el que hace uso de una ley permisiva para seguir una u otra conducta, pues el que así obra está dentro de la ley y se atiene a ella; aparte de que, como observa Morató (*El Derecho civil español*, tomo I, Madrid, 1868, págs. 33-34), esas leyes, si en cierto modo carecen de efecto obligatorio, "lo producen también respecto de aquellas personas que, no estando destinadas a disfrutar del beneficio que en ellas se concede, están, por lo mismo precisadas a respetar su ejercicio por parte de los favorecidos".

El Código civil español, en su título preliminar, no habla de la renuncia a las leyes. Ha considerado innecesario sancionar una doctrina evidente. Se refiere tan sólo a la renuncia de los derechos concedidos por las leyes.

En el Derecho histórico español, en cambio, fué muy discutida la cuestión de la posibilidad de renunciar a las leyes, pretendiendo justificarla Castro (*Discurso sobre las leyes*) y Gutiérrez (*Códigos o es-*

(1) Comunicación presentada y discutida en la Asociación Henri Capitant por la Cultura Jurídica Francesa, con motivo de su XXV Aniversario (21 de mayo de 1959).

tudios fundamentales, tomo I), aunque De Buen estimó que lo que en realidad demostraron estos autores fué la posibilidad de renunciar a algunos derechos reconocidos por las leyes, en ningún caso a las leyes mismas. En el mismo sentido se manifiestan Ripert y Boulanger (*Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, tomo I, París, 1956, página 301). En vano afirmó el Código de las Siete Partidas (Ley 28, tít. IX, Part. 5.^a) que "todo pleyto, que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non deve ser guardado, maguer pena, o juramento fuesse puesto en él". La práctica fundada, como dijo el profesor Clemente de Diego (*Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo I, Madrid, 1923, pág. 689 y ss.), en un individualismo verdaderamente inorgánico, urdía para esquivar el mandato legal variados expedientes: hacíanse renunciaciones generales y especiales, se renunciaba a la ley prohibitoria de la renuncia, se apoyaba la renuncia mediante juramento.

Si las leyes estuvieran hechas en exclusivo y particular beneficio del individuo, entonces, por un acto de su voluntad soberana, declarando que no se acogía a los beneficios de la ley, podría impedirse la aplicación de ésta, pero éste no es el caso, sigue escribiendo el profesor Clemente de Diego.

Toda ley tiene un carácter obligatorio, produce en los súbditos la obligación de cumplirla; luego, no pueden ser renunciadas, pues tanto valdría como negarles aquel carácter esencial.

La ley, toda ley, por serlo, es garantía del orden social, sin él que ninguno cumpliríamos nuestro fin, se impone con fuerza incontrastable a la voluntad de todos los asociados, y por imponerse incontrastablemente a la voluntad debe ser observada y cumplida y no puede pender del arbitrio subjetivo cumplirla o no; es asunto de Derecho público, necesario, absoluto, que no puede ser modificado por el particular.

Las leyes son, pues, a juicio del profesor De Diego, absolutamente irrenunciables; la renunciabilidad sería contraria a su naturaleza. *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.*

La doctrina antigua española, al igual que la francesa, pudo sostener la doctrina de la renuncia de las leyes y ocultarla y justificarla con mil sutilezas, por ejemplo, distinguiendo leyes de interés general y de interés particular, leyes prohibitivas y permisivas, etc.

En la práctica, a pesar de las prohibiciones de los antiguos textos legales, se hacían renunciaciones generales y particulares (éstas se refieren especialmente a una ley) y hasta se renunciaba frecuentemente en los contratos la ley prohibitiva de la renuncia. Los prácticos acudieron a varias distinciones para justificar la renuncia: leyes cuyo fin primario es el bien común y, secundariamente la utilidad de los individuos, y leyes cuyo fin primario es esta utilidad, siendo renunciables éstas y no las primeras; leyes que en la intención y ejecución miran al bien común; leyes que, aunque en la intención miran al bien común, en la ejecución atienden al bien particular, como son las que disponen de los bienes de los particulares; aquéllas no son renunciables; éstas,

sí. Se acudió también al juramento para dar mayor fuerza al acto de la renuncia.

A pesar de ésto, era doctrina común de los autores que no valía la renuncia general de las leyes (por su vaguedad, pues el renunciante no sabía a lo que renunciaba) ni la particular simple o con juramento, porque toda ley va derechamente al bien común, y el juramento no debe ser vínculo de iniquidad, como dicen los moralistas, y carecía de fuerza para validar la renuncia por recaer sobre materia ilícita.

El Código civil español, en su artículo 4.º al igual que el francés en el 6.º, dando por supuesta esta doctrina de la irrenunciabilidad de las leyes, establece en el párrafo segundo del artículo 4.º que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero.

Hay veces en las que un derecho es irrenunciable porque la misma ley prohíbe expresamente su renuncia (ejemplos: arts. 646, ap. 2.º; 652, 655, ap. 2.º; 816, 1.102 y 1.935 del Código civil español).

El mismo Pierre Raynaud, *La renonciation a un Droit. Sa nature et son domaine en droit civil* ("Revue trimestrielle de Droit civil". París, 1936, págs. 763-809), se plantea el problema de ver si es posible reducir a una unidad las tan diversas hipótesis de renuncia: de si existe una noción de renuncia que tenga una estructura y un régimen propios de un acto jurídico determinado, o si, por el contrario, las diversas renunciaciones no son más que operaciones jurídicas que toman simplemente sus reglas de una o varias instituciones afines.

El Derecho romano sólo conocía para suprimir un derecho formas simétricas a las que le crearon. No obstante, la práctica conoció múltiples formas de renuncia (al Senadoconsulto Veleiano a la *exceptio non numeratae pecuniae*, etc.).

Los autores tuvieron que ocuparse repetidamente de unas y otras cláusulas y renunciaciones, pero no había acuerdo ni respecto de la forma ni respecto de los efectos de la renuncia.

Para fijarla es preciso efectuar una previa labor negativa que separe las pretendidas renunciaciones: es necesario distinguir las de las renunciaciones convencionales y de las traslativas.

La renuncia convencional o pactada, cuyo ejemplo más conocido es el perdón o remisión de deuda, no es una verdadera renuncia por su carácter contractual: las auténticas renunciaciones se caracterizan por ser unilaterales.

Las renunciaciones traslativas (*in favorem*) (renuncia a la sucesión, hecha por un coheredero en favor de otro, o incluso de un extraño) no son tampoco renunciaciones; son donaciones, ya directas (Planiol y Ripert), ya indirectas (Colin y Capitant).

La renuncia es, por su forma, un acto unilateral; por sus efectos, un acto abdicativo.

En los derechos de crédito no cabe la renuncia; el acreedor no puede romper él sólo su obligación. El campo de la renuncia se encuentra restringido a los derechos reales.

La renuncia es un acto abdicativo. El beneficiario, si existe, no lo será en virtud de la renuncia. Esta última será no el título, sino solamente la condición de la eficacia de éste.

Este doble carácter, unilateral y abdicativo, de la renuncia, concede a ésta un papel bastante restringido en la vida jurídica. De un lado, el campo del derecho de obligaciones le está vedado; por otro, no es posible utilizarla para realizar una liberalidad.

La renuncia es un acto de voluntad unilateral, abdicativo de un derecho. ¿Pero, qué derechos?

1.º Derechos que no pueden renunciarse por razón de sus caracteres técnicos.

Parece no haber duda de que *pueden* renunciarse los *derechos futuros*. Los casos que exigen esas, soluciones se apoyan en el orden público.

Capitant ha subrayado la insuficiencia de la noción de orden público para la determinación de aquellos derechos eventuales que no sean susceptibles de renuncia. En efecto, observa, “lo que se llaman derechos de orden público son precisamente aquellos que la ley prohíbe se renuncien, de tal suerte que la dificultad permanece intacta cuando la ley nada dice”. El autor piensa poder hallar un criterio de orden técnico para determinar los derechos eventuales susceptibles de renuncia. Se podría siempre renunciar a los derechos que tengan su origen en un contrato, pero, por el contrario, la renuncia a los derechos extracontractuales, directamente concedidos por la ley, no sería posible”.

A esto opone Raynaud algunas objeciones: ciertos derechos originados de un contrato no son, sin embargo, susceptibles de renuncia. Por otra parte, dice, “no se ve la razón por la cual todo derecho atribuido por la ley habría de quedar obligatoriamente sustraído de la renuncia anticipada”, y añade: “lamentamos, con Capitant, la imprecisión de la noción de orden público; pero no nos parece posible hallar, fuera de ella, la limitación al principio de la validez de la renuncia a los derechos futuros”.

¿Qué quieren decir los Códigos cuando emplean las palabras “el interés o el orden público” en el texto del artículo 4.º, el español, o 6.º francés? Distinguen los textos el *interés* y el *orden público*. Esta es materia de Derecho público, por lo que Planiol (tomo I, núm. 291) dice que el orden público comprende primero y necesariamente *todas las leyes de Derecho público*, es decir, las que reglamentan la organización y atribuciones de los distintos poderes y sus agentes, así como las obligaciones y los derechos de los particulares en materia política, elecciones, impuestos, servicio militar, etc.; son las disposiciones a que aludía Ulpiano con las palabras *privatorum convertio iuri publico non derogat* (Digesto, 50, 17, 45). Por otra parte, una ley puede pertenecer al Derecho privado y ser, no obstante, de orden público; sucede esto en todos los casos en que la disposición de la ley es motivada por la consideración de un *interés general* que resultaría comprometido si los particulares fueran libres de impedir la aplicación de la

ley. Como leyes de interés privado que interesen al orden público cita Planiol las que regulan el estado y la capacidad de las personas, las que organizan la propiedad y las que imponen a las partes prohibiciones o medidas en interés de terceros.

Demófilo De Buen estima que así como sería erróneo pensar que ningún derecho relativo al *orden público* es renunciable, pues hay situaciones individuales constitutivas de verdaderos derechos públicos que son renunciables, en tanto la renuncia no comprometa al servicio público ni dañe la causa pública, el respeto al *orden público* impide, en materia de Derecho privado, la renuncia a aquellos derechos de la personalidad (a la capacidad civil) que constituyen las condiciones elementales del ser humano y que por ello quedan fuera de todo comercio.

Según la jurisprudencia española el derecho familiar de filiación no es renunciable porque afecta al estado civil de las personas y su renuncia atentaría al *orden público* (sentencia de 20 de junio de 1909); tampoco es renunciable el derecho al propio apellido (sentencia de 16 de junio de 1916).

En cuanto a qué derechos civiles son de interés público, se fijan las siguientes observaciones:

a) No se podrá renunciar a un derecho cuando, de admitirse la posibilidad de tal renuncia, quedaría desvirtuada la finalidad de una ley. Tal sucede cuando se trata de leyes protectoras de los menores, incapacitados, personas económicamente débiles, dispuestas por su situación a admitir las condiciones más onerosas para encontrar los medios necesarios para su vida. Ejemplo: la prohibición de contrariar por pactos privados las disposiciones sobre accidentes de trabajo y, en general, toda la legislación de esta clase.

b) De igual suerte no pueden renunciarse los derechos concedidos como medios para el cumplimiento de ciertos deberes de interés social. Ejemplo: la patria potestad. Tales derechos pueden perderse, pero es por vía de pena y no de renuncia voluntaria.

El Tribunal Supremo español tiene declarado que el marido no puede renunciar a la representación legal que ostenta de su mujer (sentencias de 2 de diciembre de 1915 y 26 de enero de 1916) y que no es renunciable la administración de los bienes de los hijos, derecho integrante de la patria potestad establecida principalmente en ventaja de los menores y para el mejor orden de la familia (sentencia de 22 de octubre de 1891).

El apartado segundo del citado artículo 4.º del Código civil español, además de emplear las expresiones a las que se refieren las consideraciones precedentes, dice que no podrán renunciarse los derechos cuando la renuncia recae *en perjuicio de tercero*. Y esta expresión necesita ser aclarada. No es muy afortunada, ya que pueden hacerse muchas renunciaciones, a pesar de causar perjuicios a terceros. La renuncia de una herencia puede perjudicar a terceros, y esa renuncia es, no obstante, posible. Lo que el Código quiere decir es que no podrá renunciarse el derecho concedido a una persona, no en su provecho, sino en provecho de otra u otras. La renuncia, fuera de ello, es válida

para el renunciante aunque en ocasiones y a pesar de la validez, ciertos terceros pueden hacer valer, en su provecho, el derecho renunciado (ejemplos: los artículos 1.001 y 1.973 del Código civil).

II

EL PROBLEMA EN LA ACTUALIDAD

De lo que llevamos escrito se deduce, claramente, que es perfectamente factible distinguir dos momentos, delimitados, en el tratamiento de la cuestión relativa a la renuncia a los beneficios concedidos por las leyes: *Derecho antiguo* y *Derecho codificado*. Creo, sinceramente, que fué la etapa codificadora, extendida por todo el mundo, quien varió radicalmente el enfoque que a la cuestión le había dado el antiguo Derecho.

Por otra parte, hay que reconocer también que hasta el concepto de *orden público* ha variado radicalmente, hasta el punto de que ha sido ya reiteradamente puesto de relieve cómo las fronteras entre los llamados Derecho público y Derecho privado se van difuminando, cada vez más, hasta el punto de que, como ya he tenido ocasión de escribir en otro lugar (en mi *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 355 y ss), más que de separación conceptual de instituciones, se trata de simples perspectivas o puntos de vista desde los cuales puede ser estudiada cada institución, hasta el punto de que parece otra vez cobrar vigencia inusitada el discutidísimo texto de Ulpiano (Digesto, I, I, I, 2), según el cual "dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del Derecho: el Derecho público y el privado; es el Derecho público el que mira (o regula) la condición del Estado romano; privado, el que mira a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada; el Derecho público contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados; el Derecho privado es tripartito, porque se halla integrado por preceptos (del Derecho) natural de gentes y civil".

Cómo la doctrina va girando, cada vez más rápidamente, en torno a la unidad del Derecho, a través de las instituciones, constituye un hecho tan evidente que necesitaríamos muchas páginas para dar una referencia bibliográfica lo más completa posible y que acabaría por desviarnos del tema central de esta comunicación.

El gran jurista francés Georges Ripert (*Le Régime Démocratique et le Droit civil moderne*. Deuxième édition, Paris, 1948), ha sabido poner de relieve, como nadie, el fenómeno de la Humanidad actual, saturada por un empacho de leyes que no son siempre Derecho ciertamente. Va fijándose el notable jurista francés en el funcionamiento de la mecánica electoral, en la que la propaganda —moviéndose al compás de los más diversos factores— juega un papel decisivo eligiendo, por mayoría, a los parlamentarios. Como los electores indi-

ferentes son más numerosos que los que actúan, en el fondo, se trata de la expresión de la voluntad de una minoría. Y como sobre más de un punto los electores no tienen noción alguna y los parlamentarios son indiferentes, la Ley representa, sencillamente, la voluntad persistente de uno o de algunos hombres, extremos que hicieron preguntarse al gran Kirchman (*La Jurisprudencia no es ciencia*. Traducción castellana y escrito preliminar de Truyol y Serra (Antonio). Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949): ¿Cuál es la función del jurista? Y ya en 1847, precisamente en los albores del general florecimiento científico del siglo XIX, negó a la *jurisprudencia* su carácter de dignidad y de ciencia. ¿Para qué valen—decía—nuestros sistemas y nuestras doctrinas, si una sola palabra de la Ley puede echarlos por tierra? ¿Cómo establecer una ciencia, cuando todo depende de la voluntad de los hombres, y ésta debe adecuarse a una realidad objetiva, siempre varía y cambiante, o al menos siempre diversamente considerada?

Si examinamos la mecánica de los partidos políticos veremos que, en la mayoría de las ocasiones, sus miembros votan las leyes en los Parlamentos sin enterarse de su contenido y moviéndose al solo compás de la llamada “disciplina de partido”. Es preciso tener en cuenta también que los parlamentarios, al ser elegidos por un determinado grupo de electores, se vinculan un tanto a la voluntad de éstos, que pueden negarles su voto en las elecciones para la próxima etapa legislativa, si no hacen caso de sus indicaciones, con lo que el parlamentario—como artífice de la ley—está subordinado, en definitiva, al elector o a los intereses del grupo a que el elector pertenece.

Con estos antecedentes fácil es comprender que la Ley—como principal expresión del Derecho—carece de los requisitos imprescindibles para alcanzar la Justicia—aunque, en muchos casos, se realice por mera casualidad—, por adolecer, en su origen, de la necesaria e imprescindible vinculación al Derecho natural que debe, ante todo y sobre todo, presidir la elaboración de la norma jurídica.

¿Cuál ha sido la actividad de los juristas ante el legislador en las Democracias inorgánicas? Ninguna alusión hacen los tratados modernos de Derecho—dijo el Maestro Ripert—a esta influencia del poder político sobre la confección y transformación de las leyes, a pesar de que, como se deduce de lo que llevamos escrito, resulta decisiva. Frecuentemente señalan la torpeza del legislador; pero nunca se atreven a decir qué interés político ha dictado o deformado el proyecto. Enseñan que hay una evolución del Derecho, mas no desean conocer a quienes luchan para realizarla. Y esta verdad indudable constituye el más tremendo y gravísimo error que el mundo actual debe a la doctrina democrática inorgánica que ha llegado a deformar la mentalidad de los juristas, hasta el punto de haberse dejado eliminar de la Política y aun de la Filosofía para refugiarse en el mero estudio de la técnica, en donde se les ha dejado en absoluta libertad y se les ha animado, puesto que, para el político, tales estudios son inofensivos.

De este modo hemos llegado a la siguiente situación: la generali-

dad de los juristas estima que sólo es Derecho el plasmado en los textos positivos a los que pueden criticar *técnicamente*, pero sin indagar sus principios ni fundamentos ni, mucho menos, su atemperancia al Derecho natural, por lo que la misión del jurista pasa a convertirse en una humilde artesanía en el manejo de un sistema de normas cuya justificación no le es lícito indagar. Parece que hemos llegado a una época en que la mentalidad de los juristas ha sido de tal modo recaparada por la doctrina política de las Democracias inorgánicas que, cuando se esfuerza en defender y en trabajar sobre los textos elaborados bajo esta tendencia política, siguen repitiendo hasta la saciedad que ellos no son políticos; que los políticos tal vez sean quienes tratamos, por todos los medios, de volver nuestros ojos cansados hacia el Derecho natural, mediante una revisión conceptual total que los momentos de angustia, por los que atraviesa el mundo de nuestros días, están pidiendo con gritos de autoridad científica vigorosa. Somos tachados, desdeñosamente, de políticos por quienes se autodenominan "juristas puros". Es inútil que digamos que lo que la Revolución Francesa estimó que era Derecho (tal como la laicización de las instituciones, el individualismo exaltado frente a la comunidad y tantos otros fenómenos a los que se refiere el, tristemente fallecido, Maestro francés sigue perviviendo en numerosos Códigos de todo el mundo y, entre ellos, los españoles; el jurista prefiere ignorar todo ello y refugiarse en el estudio de la técnica o, lo que es peor, en el de la inobservancia, como ha puesto de relieve el ilustre romanista español Profesor Alvaro D'Ors (*Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*. Ateneo, Madrid, 1952, pág. 13 y ss. y *Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico 1955-1956*. Compostela, 1955, pág. 9 y ss.) al decir que "en ese caos moderno de la legislación mortorizada, como han dicho algunos, o de elefantiasis legislativa, en frase de otros, el jurista había perdido totalmente su dignidad; se había reducido, no diremos ya al papel de un mero exegeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado. Oprimido por la tiranía legislativa, el jurista se refugiaba, como decía con sal un colega de la Universidad madrileña, en el alivio de la inobservancia. Hasta tal punto la planificación política llega a asfixiar a la prudencia jurídica".

Todo esto es lo que ha hecho escribir al profesor italiano Biondo Biondi (*Arte y Ciencia del Derecho*. Versión española y prólogo de Juan Iglesias. Ediciones Ariel, Barcelona, 1953, pág. 161 y ss.) "que estamos insatisfechos, no del Derecho sino de la Ciencia del Derecho, que no ha logrado producir una idea capaz de vencer la fuerza. El hombre quiere dominar la naturaleza, y en muchos aspectos lo logra, pero no encuentra el camino para vencerse a sí mismo. Frente a la revolución de que somos víctimas y autores, en medio de las innumerables exigencias y necesidades que nos apremian, ¿qué ofrece la Ciencia del Derecho? Solemnes volúmenes y sutilísimas doctrinas, que tan sólo interesan a un reducido número de iniciados. No es crisis en la Ciencia, es decir, de métodos, puesto que éstos se pueden

derivar y perfeccionar, sino de la Ciencia; no es crisis de interés, porque el mundo está ávido de Derecho; pero aflora, más o menos abiertamente, una sensación de incapacidad de nuestra Ciencia, cuando se comprueba que el Derecho está abandonado a sí mismo, a merced del más fuerte o del más astuto. Tal comprobación es mortificante. Nuestra Ciencia se ha querido alinear con las otras; pero mientras éstas proceden con acrecentado empuje y alcanzan mayor riqueza de resultados, la Ciencia del Derecho aparece agotada, causada, impotente. Todo el glorificado progreso científico, toda la dogmática jurídica, de la que estábamos tan orgullosos, desemboca ahora en un desolado existencialismo. La observación no es nuestra, como no es nuestro el término, sino del Profesor Francesco Carnelutti. Este ilustre jurista italiano, exponente de la dogmática, entusiasta del sistema en oposición al comentario, tras haber construido monumentos de impecable lógica jurídica, no oculta su angustia ante la impotencia de nuestra Ciencia, llegando a la conclusión de que la Sociedad tiene sed de algo que la Ciencia jurídica, con todos sus volúmenes y su vigorosa dialéctica, no le ha dado. Confesar el existencialismo quiere decir que la Ciencia jurídica contemporánea ha errado el camino”.

Más recientemente, el Profesor español Nicolás Pérez Serrano (*Discursos leídos en la sesión científica celebrada el día 11 de diciembre de 1958 para conmemorar el Primer Centenario de su Constitución*, publicados por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1958, pág. 76 y ss.) ha escrito que “la conmoción sufrida no se limita a lo ya apuntado, antes bien, repercutiendo como ondulación concéntrica con radio cada vez mayor, llega hasta otros territorios, aun a los que *prima facie* podrían considerarse más inununes al estrago. Así, v. gr., hace un siglo florecía el Derecho civil puro, con sus rasgos de individualismo, racionalismo, autonomía de la voluntad creadora, etc., etc. Y como la vida respondía a un criterio liberal, de fondo contractualista, el Derecho privado se imponía por doquiera, logrando primacía sobre el Derecho público. El *Code Napoléon*, el italiano de Pisanelli, el español de 1889, el alemán, sintonizaban en esta materia: el bienestar colectivo era el resultado de fecundas iniciativas de los particulares, que movidos por su interés personal producían de rechazo el bien común. Ahora por el contrario, prima el Derecho administrativo, invasor, providencialista, inspirado por ideas primarias asistenciales y planificadoras que recuerdan al estado de policía, y que, al restringir y casi anular la libertad de pacto, cercenan y angostan de tal manera el ámbito personal, que éste no puede moverse con desenvoltura y ha de limitarse a ocupar los espacios intersticiales dejados por la tupida red de servicios públicos. El Derecho civil vuelve a ser, no el ambicioso *ius commune*, sino un modesto Derecho residual.

Y no para ahí la cosa. Subraya certeramente Villar Palasi, que en la mentalidad de nuestro siglo, y no pudiendo limitarse el Estado a garantizar la mera seguridad jurídica, patrimonio del Estado burgués de Derecho, lo vemos convertido en médico, industrial, cons-

structor, agente y arquitecto de todos sus ciudadanos, pero ello obliga a colocar en primer plano el factor eficacia, poniéndolo por encima de cualquier otro valor; la eficiencia viene a actuar como mera brújula y norte de la actividad administrativa, y de ahí deriva el hecho, sociológicamente importante, de un cierto desdén hacia las ciencias jurídicas, hasta que, en definitiva, la complicación creciente del Derecho administrativo se traduce en una ajuridización de la norma administrativa, en la que gradualmente se van infiltrando cuestiones pertenecientes a otras técnicas. La modernísima posición estima que, en manos de las técnicas clásicas, la Administración habría llegado a ser un cuerpo enfermó, tratado con malas medicinas; que la juventud del Derecho administrativo ha estado dominada por la idea de garantías frente al Poder, mostrando una desdeñosa indiferencia hacia los principios de eficacia; que la finalidad estática de la garantía debe dejar paso libre a la finalidad dinámica de la eficiencia; y que ni siquiera cabe buscar un conjunto amalgamado de técnicas viejas y nuevas, pues ello vendría a ser como un coche descacharrado, en que un chófer miope habla constantemente con los pasajeros, que le distraen sin cesar e interfieren su tarea.

A todo lo cual el Profesor Pérez Serrano dice que resulta forzoso poner un leve comentario: que aun cuando el joven y brillante administrativista entienda que la eficacia corre por las mismas venas que la justicia y de ella no puede separarse, es lícito a la experiencia encanecida no compartir tan generoso optimismo; que la técnica, como queda dicho, tiene siempre misión subordinada, y no puede convertirse en finalidad *per se* cuando su tarea es puramente instrumental; y que, en frases del propio Villar Palasi, el caos se torna cosmos a través de las categorías jurídicas, por lo que no podemos resignadamente admitir que mientras lo que se haga constituya un proceso eficiente, lo mismo da que este proceso conduzca a las estrellas o al infierno. En conclusión, rechazamos la tecnificación ajurídica del Derecho administrativo y declinamos el viaje al infierno, aun cuando se nos brinde para realizarlo un pullman confortable o un superconstellation maravilloso".

El Profesor Pérez Serrano acaba propugnando *el Estado Social de Derecho* como conciliador entre la difusión de goces y el respeto a los imperativos jurídicos.

Por lo que llevamos escrito, que hemos querido fundamentar con la opinión de juristas relevantes de los principales países latinos, veremos que la persona se encuentra totalmente aprisionada entre las garras de la Ley, hasta el punto de que se puede afirmar que lo que en un tiempo se creyó acerca de los Códigos, de la labor codificadora, ha pasado a la Historia. Como dice el Profesor español Manuel Batlle (*Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno*. Discurso leído en la solemne sesión reglamentaria de inauguración del Curso 1954-1955. Publicaciones de la Real Sociedad Económica de Amigos del País, de Murcia, 1954, págs. 26-27), "pasó ya la ilusión de los Códigos tesoros de verdades incommovibles. Un Código no tiene por

qué ser un planteamiento nuevo de un orden jurídico, sino la sistematización de una realidad jurídica ya existente". Y el gran jurista francés Georges Ripert (*Le régime...*, ya cit., pág. 404), escribió que "el Estado debería tener una Constitución civil como tiene una Constitución política, y las reglas fundamentales de aquélla sólo deberían ser modificadas por un procedimiento especial, que diese ciertas garantías contra las manifestaciones de los intereses particulares". Así, "el Derecho civil (pág. 415) no podría depender del poder político de un día; esta idea debería imponerse a la democracia, como se había impuesto al antiguo Poder Real. Quien toca este Derecho, toca el orden en la vida privada de los hombres, es decir, la civilización misma.

Es cierto que en la práctica no hay ningún medio de impedir que el Parlamento y, en algunos momentos, que el Ejecutivo, modifiquen a su voluntad las reglas fundamentales de nuestro Derecho civil, y aun, sin que ellos lo sospechen, y que trastornen todo sin poder construir nada. Pero, cuando menos, sería necesario que tales modificaciones no fuesen precedidas y seguidas del concierto de alabanzas de los juristas dedicados a describir la evolución del Derecho privado. Si se desea un nuevo Derecho, por lo menos que se diga el peligro que representa romper con la tradición, descuidar los preceptos morales, destruir derechos respetables, violar el orden contractual, imponer separaciones sin medida, desarmar todas las fuerzas y socorrer todas las debilidades".

He creído necesario partir de este largo preámbulo para hacer resaltar la necesidad de un cambio de criterio en la consideración del problema de la *renuncia* a los beneficios de la Ley en el sentido de una vuelta al ciclo del antiguo Derecho, porque si fueron los Códigos civiles y aun antes las leyes recopiladas con cierto sistema, quienes al regular la cuestión en la forma que lo hacen el artículo 6.º del Código civil francés y el 4.º del español no cabe duda de que han fracasado por las siguientes razones:

1.ª Porque el concepto de *Orden Público* se ha difuminado de tal manera que no resulta hoy posible averiguar cuáles derechos pueden estar afectados por él ante la publicación desorbitada de todas las relaciones jurídicas.

2.ª Porque, en cuanto a la Moral, será necesario el partir de un juicio previo de valor sobre la moralidad intrínseca de la Ley, a cuyos beneficios se ha de renunciar.

3.ª Porque, en cuanto al perjuicio de tercero, habían de tenerse en cuenta las razones de moralidad media que deben presidir, como fundamento elemental, la colisión de derechos que pudiera surgir entre este perjuicio por una parte y el posible que se pudiera originar a otros intereses comunitarios dignos de una mayor protección, por ejemplo, los de la comunidad familiar.

4.ª Que debido a la notoria desigualdad económica que puede darse, y de hecho se da con frecuencia, entre las partes que intervienen en un determinado contrato o convención, habrá de tenerse en cuenta otro factor que pasan por alto los Códigos que, cuales el francés

y el español, están dominados por un espíritu burgués e individualista y que han hecho factible la desintegración del Derecho civil, ya que a ello se debió la separación del Derecho del trabajo: la protección como complemento de la libertad contractual, concedida a la parte más débil de la relación.

1

En cuanto a la primera cuestión no hay problema. Las partes fundamentales en que, tradicionalmente, viene dividiéndose el Derecho civil, hacen que, tanto el Derecho de personas como el de cosas a través del condicionamiento, que todas las legislaciones del mundo reconocen a la propiedad, a la función social que viene llamada a cumplir, como en el Derecho de obligaciones y contratos, sobre todo, si tenemos en cuenta los llamados contratos de adhesión, de tarifa, mixtos, etc. como en los Derechos de familia y sucesiones, en los que, como ha escrito Durand (*La sécurité sociale*. París, 1954, pág. 4 y ss.), "las prestaciones ofrecidas al asegurado por la seguridad social suponen una garantía contra los riesgos comparable a la de la propiedad privada. De esta forma se constituye una *herencia social* superior a la que el asegurado hubiera podido constituir con sus economías y que ofrece los siguientes caracteres: 1.º El derecho conferido por las instituciones de seguridad social no es un derecho consistente en un capital que corresponda a una fortuna adquirida, sino un derecho a una *renta social* que encuentra su fuente en la realización de un trabajo pasado y de carácter temporal. 2.º El valor de este derecho se halla indeterminado hasta el momento en que aparezcan las necesidades que la seguridad social debe cumplir. 3.º Este derecho confiere una seguridad mayor que un capital, puesto que las prestaciones serán adaptadas a las modificaciones del coste de vida. 4.º La fragmentación de los gastos en el tiempo y el control ejercido sobre el empleo de los subsidios familiares evitan la dilapidación eventual por los herederos del difunto".

En vista de todo ello creo que debe admitirse la renuncia a los beneficios de la ley en todos estos aspectos, sustituyendo la desdibujada noción de *orden público* por la que se exprese en estos otros términos: *siempre que no se oponga a los Principios Generales del Derecho constituyente del Estado de que se trate, recogidos en sus textos constitucionales fundamentales.*

2 y 3

La sed de unidad jurídica que, cada día con más ansiedad, sienten las comunidades de aproximar sus normas al Derecho natural, nos incita a propugnar que en materia de renuncia a los beneficios concedidos por las leyes sea admitido un mayor margen al *arbitrio judi-*

cial para calibrar la moralidad intrínseca de la renuncia a la par que resolver sobre las posibles colisiones de intereses en juego. Se tratará, en estos casos de renuncia, de una cuestión de *hecho* y no de *derecho*.

El problema se capta perfectamente en el marco del Derecho español, en donde la diversidad de legislaciones civiles susceptibles de ser agrupadas en dos vertientes: la del Código civil y la de las llamadas legislaciones forales, nos presenta verdaderos casos de renuncia a los beneficios de la ley en interés de la familia, forzando el Código. Tal es el caso del español, que no quiere que la muerte de un padre disminuya un ápice la dignidad ni el bienestar económico del que sobrevive, y cuando no tiene una solución legal como la de los aragoneses, que le atribuyen el usufructo universal de los bienes del premuerto al supérstite, la inventa. Y los Notarios españoles saben muy bien de ciertas cláusulas testamentarias que violentando el espíritu del Código se utilizan todos los días aplicando el viejo mecanismo de la *Cautela Socini*.

Lo mismo podríamos decir, en cuanto a la renuncia a los derechos legitimarios en beneficio del patrimonio familiar inembargable.

4

Que la renuncia a los beneficios de la Ley hay que entenderla íntimamente relacionada con el *fraude*, no permitiéndola a la parte más económicamente débil de la relación contractual cuando se presume, fundadamente, que será objeto de fraude, puesto que si hoy examinamos hasta qué punto se encuentran vigentes los preceptos de los Códigos civiles y de comercio referentes a la libertad contractual, observaremos que, sin modificación esencial en los fundamentos de su vigencia teórica, existe una inmensa disminución de su campo práctico de aplicación. Los contratos siguen siendo modo de engendrar obligaciones; sus pactos siguen teniendo fuerza de ley entre las partes; la libertad de las partes para establecer en aquéllos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes sigue en vigor; pero así como cuando se promulgaron los Códigos civiles, la limitación que por referencia a las leyes establecían los citados preceptos era de muy escaso contenido, en materia de obligaciones, fuera de las normas de los propios Códigos, hoy forman un mundo jurídico de gran extensión otras normas enfocadas, principalmente, contra la notoria desigualdad económica entre los contratantes.

CONCLUSIÓN FINAL

El antiguo Derecho, sin sujetar a la persona, hasta en sus más mínimas manifestaciones de su actividad, al imperio de la norma, como lo hace el Derecho moderno, admitió la renuncia a los beneficios concedidos por las leyes en virtud de la serie de razones que han quedado expuestas.

En mi patria, concretamente en la región de Navarra, existe una resistencia denodada a que el Estado ponga sus manos sobre sus leyes milenarias: "Dios y leyes viejas", dicen en Navarra. ¿No parece que ésta sea también la única tabla de salvación para el hombre actual, a punto de perecer asfixiado entre los tentáculos legales de una planificación administrativa que no deja sin control hasta su más ínfimo movimiento volitivo?

NOTA.—A continuación, en forma de apéndices, se extracta la jurisprudencia y la bibliografía italiana, la alemana y la referencia a los clásicos españoles, reiteradamente citados por el autor alemán Ferdin. Christophoro.

A P E N D I C E

Jurisprudencia

RENUNCIA: FORMA: Ha de ser expresa, con propósito de crear un derecho o de modificar el ya constituido, y no puede calificarse de tal al hecho de no consignar los aumentos habidos, conforme a lo acordado en el presupuesto al verificar la entrega del hotel. S. T. S. 7 mayo 1957 (ADC, X-4.º, 1263).

— — Ha de ser explícita, clara y terminante, sin que pueda deducirse de frases o términos de dudosa interpretación. S. T. S. 30 marzo 1953 (ADC, VI-4.º, 1017).

— Ha de ser la renuncia clara, expresa y terminante, y no inferirse de expresiones de dudosa significación. S. T. S. 13 marzo 1958 (ADC, XI-4.º, 1276).

DERECHOS FUTUROS: La renuncia del artículo 4.º del Código civil se refiere a los derechos con vigor y eficacia actuales en el momento de efectuarse la renuncia, no a los futuros y eventuales, y, por tanto, no alcanza a los reservatorios. S. T. S. 1 febrero 1957 (ADC, X-2.º, 645).

— — No puede darse virtualidad alguna a la renuncia de un derecho no creado todavía por ninguna Ley cuando aquélla se verificó. S. T. S. 30 marzo 1951 (ADC, IV-3.º, 1239).

— — No pueden renunciarse los derechos o beneficios que pueda conceder una ley no promulgada al tiempo de hacerse la renuncia. S. T. S. 18 noviembre 1957 (ADC, XI-2.º, 622).

— — La renuncia de derechos sólo puede referirse a los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de verificarse aquélla, no a los establecidos en la legislación posterior con carácter sustancialmente diferente y bajo formas de ejercicio también distintas. S. T. S. 24 febrero 1951 (ADC, IV-3.º, 1203).

RENUNCIA SIMULADA: IMPUGNACIÓN: No está legitimado activamente para la impugnación de actos de renuncia quien los llevó a cabo

conforme al principio "nemo auditur suam turpitudinem allegans". S. T. S. 11 diciembre 1957 (ADC, XI-4.º, 1276).

RENUNCIA Y RETRASO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO: El retraso en el ejercicio de un derecho no implica la renuncia al mismo, mientras no transcurra el tiempo necesario para que se produzca la prescripción. S. T. S. 5 marzo 1948 (ADC, I-4.º, 1572).

RENUNCIA Y TRANSACCIÓN: No existe renuncia, sino transacción, cuando el arrendatario obtuvo ventaja a cambio de la que dió o prometió al arrendador. S. T. S. 14 mayo 1952 (ADC, VI-4.º, 1052).

RENUNCIA Y DONACIÓN: La relevación del cumplimiento de una obligación aun hecha sin "animus donandi", por lo cual no puede considerarse como condonación, es eficaz como renuncia unilateral de un derecho al amparo del artículo 4.º Código civil. S. T. S. 24 octubre 1955 (ADC, IX-I.º, 327).

¿DEBE SER ACEPTADA? Es eficaz una renuncia aceptada antes de que la revocara el renunciante. (En el considerando 3.º se dice: "Sin entrar a dilucidar la necesidad" de aceptación o no; el T. S., sin plantearse, pues, la cuestión, afirma que, en todo caso, la aceptación existió.) S. T. S. 11 marzo 1952 (ADC, V-4.º, 1488).

— — La renuncia de la acción puede ser realizada por decisión unilateral del demandante en cualquiera de los autos. S. T. S. 28 junio 1949 (ADC, II-4.º, 1704).

RENUNCIA A LEYES MÁS FAVORABLES: LEGISLACIÓN FORAL: Aun en el supuesto de que fuera de aplicación al caso la legislación catalana, siempre sería de tener en cuenta que el hecho de haber reconocido la demandante que al demandado le corresponde la cuota legítima que la legislación común concede al conyuge viudo, no supondría renuncia a la ley, que por ser norma obligatoria de conducta se impone a la autonomía de la voluntad, sino que supondría una mera renuncia o desapoderamiento del derecho que en la ley foral catalana asiste al heredero para recibir la herencia libre de toda carga por razón de cuota viudal, y esta renuncia de derechos subjetivos que estén en la esfera de la libre disposición de su titular es perfectamente lícita conforme al párrafo 2.º del artículo 4.º del Código civil, porque no afecta al interés u orden público la opción de una norma de derecho privado que perjudica, abandonando la que favorece, cuando no resulta desvirtuada la finalidad de la ley, ni infringido ningún precepto prohibitivo, ni se debe tener en consideración el perjuicio que a los sucesores eventuales o expectantes de quien acepta una herencia, pudiera originar, pues la aceptación y repudiación de una herencia ya causada son actos enteramente libres, conforme al artículo 988 del Código civil. S. T. S. 2 abril 1949 (ADC, II-2.º, 849).

APENDICE BIBLIOGRAFICO NO CITADO EN EL TEXTO
DE LA COMUNICACION

- PAOLO GALLERATI.—De renuntiationibus tractatus tribus tomis distinctus, adiectis etiam decissionibus... ad materiam renuntiationum. Venetiis, 1661 (Biblioteca Nacional 7/16867).
- HUBERT VAN GIFFEN.—De renuntiationibus tractatus absolutissimus. Francofurti, 1608 (B. N. 3/12962).
Tractatus praecipui de Renuntiationibus. 1701 (falta el último tratado) (B. N. 1/52786).
- JOHANNES CASSIANUS.—De institutis renuntiantium libri XII. Collationes Sanctorum Patrum. XXIV. Lugduni, 1606 (B. N. 7/13504)
— — Romae, 1580 (B. N. 2/27369).
— — Romae, 1588 (B. N. 3/6692).
- M. DE LA CÁMARA.—El nuevo artículo 1.413 (ADC, XII-2), trata de la renuncia de la mujer al régimen del artículo 1.413, en páginas 457-9.

La adquisición de la posesión en los legados

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

SUMARIO: Planteamiento: I.—1) Sistema moderno en la transmisión hereditaria de la posesión. La *possessio civilissima*.—2) De la función del heredero en relación con el legado de cosa específica y determinada propia del testador, a la función de la *honorum possessio* en la época justinianea.—3) Armonización de estas implicaciones en la organización de la disciplina que regula esta materia.—II. 1) Prohibición al legatario de tomar por sí mismo la cosa legada. Interdicto *quod legatorum*. Valor de la autorización al legatario hecha por el testador.—2) Situaciones especiales provocadas por la naturaleza del legado en relación con la institución de heredero.—a) División de toda la herencia en legados.—b) Legado de “parte alícuota”.—c) Sucesión en el usufructo de toda la herencia o de una cuota de la misma.—d) Institución *ex re certa*.—e) Legado *pro legitima*.—f) Prelegado.—3) Situaciones especiales en que pueden encontrarse las cosas legadas.—4) Casos anormales: facultades del albacea y del contador-partidor; ausencia de personas obligadas a la entrega; cuando el obligado sea otro legatario.—5) Entrega de los legados de cosa específica y determinada: *inmediatividad* del derecho a la entrega; *formas de entrega*.

PLANTEAMIENTO

A pesar de la generalidad del enunciado del tema, por razón de su misma materia, viene a resultar limitado a considerar la adquisición de la posesión de la cosa legada cuando se trate de *legado de cosa específica y determinada propia del testador* (art. 882 del C. c.), ya que en este supuesto la adquisición de la propiedad y la adquisición de la posesión se ofrecen separadamente, en dos tiempos distintos (art. 885 del C. c.), mientras que en los restantes (aun tratándose del *legado puro y simple*: art. 881 del C. c.) la adquisición posesoria de la cosa legada depende, con inmediata subsidiariedad, de la adquisición de su propiedad.

No obstante esta limitación del tema, la cuestión presenta matices muy interesantes, bien por razón de la naturaleza del legado en relación con la institución hereditaria (distribución de toda la herencia en legados, legado de cuota, etc.), bien por la situación en que se hallen los bienes (en poder del legatario por otro título, o que el testador le haya autorizado a entrar en su posesión, etc.), todo lo cual ha de ser considerado en relación con la adquisición de la posesión civilísima

de los bienes de la herencia por el heredero, y además, de acuerdo con la propia función del heredero en orden a la entrega de los legados de esta clase, o al cumplimiento, o pago, en general, de cualquiera de ellos.

Por último, habrá que examinar en el presente trabajo qué formas existen, o son posibles, para la entrega de los legados; aludiendo, también, a los medios y garantías concedidos al heredero para el cumplimiento de su función de entrega y de control de la legalidad de la disposición, en relación con el respeto debido a las legítimas, y, al legatario, para asegurar su derecho y obtener la efectividad de su legado.

I

1) *Sistema moderno de la transmisión hereditaria de la posesión. La "possessio civilissima"*.

En materia de sucesión hereditaria, en los sistemas jurídicos romanistas, se ha aceptado modernamente el principio de la sucesión *automática* por el heredero en la posesión de los bienes de la herencia, tanto en los del *grupo germánico* (Derechos alemán y francés) como en los del *grupo latino* (Derechos italiano y español), a diferencia del propio *Derecho romano* (D. 41, 2, 23, pr.; 41, 2, 30, 5; 47, 4, 1, 15, y 47, 19, 2, 1) que establecía un régimen distinto, según el cual la adquisición de la propiedad y la adquisición de la posesión seguían cursos independientes; esta transformación ha sido debida a la implicación en esta materia del concepto y función de la *Gewere* o *saisine*, que originara en la doctrina del Derecho común la noción de la *possessio civilissima* (1), si bien anteriormente con la *vulgarización* se prepara el camino de la evolución posterior a través del ensanchamiento, en las últimas fases de desarrollo del Derecho romano, de la *bonorum possessio*. Y así nuestro Código civil, en su art. 440, establece, que: "*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero, sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia*". Lo que tiene su precedente en la *Ley 45 de Toro*, que estableció este régimen para la sucesión en el mayorazgo (2), regulación que fue extendida a toda la

(1) Esta especie de posesión es ideada por BALDO, *Commentaria*, ed Veneti, 1585, ad C, I, 2, 1, 9, núm. 14. V.: BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, I, Padova, 1939, pág. 30; ROTONDI, *L'possessio quae animo retinetur*, en BIDR, 1921, pág. 144, nota 1; RUFFINI, *L'actio spolia*, Torino, 1889, pág. 443; PLANTZ, *Principios de Derecho privado germánico*, traducción española, Barcelona, 1957, pág. 156.

(2) "Mandamos que las cosas que sean de mayorazgo agora sean villas, o fortalezas o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado, que según la disposición del mayorazgo debiere

herencia por la codificación, teniendo presente el artículo 724 del C. c. francés (3), según el cual, “*los herederos legítimos y los herederos naturales son investidos de pleno derecho en los bienes, derechos y acciones del difunto*” (4).

Es ésta, pues una forma excepcional de la adquisición de la posesión, que no requiere ni *corpus* ni *animus*, teniendo lugar por *ministerio de la ley*; no se opera sobre bienes singulares, sino sobre todo el caudal hereditario. Aparece así incompatible con la adquisición romana de la posesión, y de acuerdo con su consideración *como estado de hecho*, propia de la jurisprudencia clásica, por lo que viene criticada esta concepción con referencia a los diversos Derechos nacionales de su época por SAVIGNY (5), al pensar que un estado de hecho no puede transmitirse por simples actos jurídicos; pero todo ello forma parte de la más elocuente exteriorización de un proceso de espiritualización de la posesión en su evolución al Derecho moderno; proceso que como nadie ha expuesto ROTONDI (6), y según ello, en determinados supuestos, pero sobre todo, y más aún, típicamente, en el que nos ocupa, se puede hablar de espiritualización del *corpus* o *posesión incorporal* (7), idea que parece más aceptable que aquélla que se remite a la simple *sucesión en el derecho de poseer* (8), ya que de una parte, se puede poseer sin derecho alguno para ello; y de otra, tal concepción no parece adelantarse a las situaciones a que da lugar (9). Y así, de aquella manera indicada, en primer lugar, viene reconocida por la ju-

subceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó él muerto, ó el dicho tenedor la haya dado la posesión dellas”. También existe otro precedente, en materia de reversión de donaciones, en la Ley 7.^a, tit. IV de la Partida 5.^a.

(3) Así viene reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia. La S. de 3 de junio de 1947, en uno de sus considerandos, aludiendo en principio al sistema seguido por el Derecho romano, añade, que a ello “se opone en el Derecho patrio el art. 440 del C. c. que no se inspira en el Derecho romano, sino en el art. 744 del C. c. francés, y responde a la idea germánica de la posesión al disponer..., por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero en nuestro Derecho la llamada posesión *civílsima*...”.

(4) De idéntica manera el C. c. italiano de 1865, imitó al C. c. francés, en su art. 925; si bien, ofreciendo una fórmula más perfecta que su modelo, estableciendo, que: *La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de material aprehensión*, lo que mantiene en general el art. 460 del C. c. de 1942, con precisión técnica que elude las complicaciones dogmáticas como más adelante veremos. Y, por último, el BGB, dedica a esta materia una breve fórmula en su § 857, diciendo simplemente: *La posesión pasa a los herederos*.

(5) *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1822, 5.^a ed., §§ 13 y ss.

(6) *Op. cit.*, en BIDR, 1921, págs. 2 y ss.

(7) GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1953, pág. 41; *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año y día*, en RDP, págs. 89 y ss.; y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en RDP, 1951, págs. 991 y ss.

(8) Así PUG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, Barcelona, 1953, págs. 63 y ss.; y V, Barcelona, 1961, pág. 338.

(9) En contra ESPÍN, *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión*, en RDP, 1943, págs. 593 y ss.

risprudencia (10), y por la generalidad de la doctrina (11) esta forma de adquirir la posesión.

Ahora bien, sin entrar en mayores precisiones, interesa determinar el alcance y significado de esta manera de adquisición posesoria. Para ello, en primer lugar, diremos, de acuerdo con la doctrina entre nosotros dominante —pero tratando de llamar la atención sobre el *modus operandi* en los elementos de aquélla— que lo que tiene lugar por *ministerio de la ley*, como antes de ahora hemos indicado, es la adquisición de la posesión, mediante la *ficción* del *corpus* posesorio (12), cuando por otra parte se da por supuesto el *animus*, en el concepto por el que la posesión es transmitida (13); de esta manera tiene lugar una *continuidad*, porque así parece necesario al mantenimiento de la paz social y no una *continuación, stricto sensu*, en la posesión del causante, lo que viene a confirmar, con sus particulares efectos, el régimen especial del art. 442. De esta manera, el concepto posesorio del causante se continúa en la posesión adquirida por el heredero, que subentra de este modo en el *animus* del causante, objetivando su concepción y equiparándole al concepto en que se posee (14). Pero no pro-

(10) Sobre todo las SS. de 3 junio de 1947, 12 de abril de 1951, 3 de marzo de 1952 y 17 de abril de 1959.

(11) Aparte de los autores ya citados: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas*, a WOLF, *Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS*, III, págs. 67-68; y entre las obras más recientes: VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 205 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Derechos reales, I (Doctrinas Generales: La Posesión)*, Madrid, 1958, págs. 127 y ss.; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones (Parte General)*, Barcelona, 1961, págs. 31 y ss. En contra: ROCA SASTRE, *La adquisición hereditaria de la posesión*, en RGLJ, 1953 (núm. 193), páginas 333 y ss., y ESPÍN, *Op. cit.*, en RDP, 1943, pág. 654, para quien se trata de una sucesión en sentido jurídico de la posesión del causante.

(12) No nos referimos a que el art. 440 del C. c. establezca, como entienden PÉREZ y ALGUER (*Op. cit. ibid.*, pág. 18) un supuesto de posesión fingida, sino que la adquisición de la posesión operada *ope legis*, actúa mediante la *ficción* del *corpus*, dado su claro antecedente germánico, en la vía del Derecho histórico (*Ley 45 de Toro*) y en la de la obra de la codificación (art. 724 del Código civil francés, a través del art. 554 del Proyecto de 1851), ya que las dos muestran su misma evidente raíz; lo que hace posible la subsistencia en su caso de dos posesiones sobre una misma cosa: una *material*, llamada a desaparecer y otra *ideal*, en cuanto que *finge* el *corpus*, pero *real* en cuanto puede actuar frente a la otra y vencerla, y que viene a recordar aquellas situaciones del Derecho romano en que la posesión se mantenía *solo animo retinetur*, pero cuyos ingredientes son de base más sólida y por ello hay que hallarles en la concepción de la *Rechte Gewerc*. (Así, GARCÍA VALDECASAS, *Op. cit.*, en RDP, 1944, pág. 108 y ss.; VALLET, *Op. cit.*, pág. 290, que se muestra disconforme con la opinión de PÉREZ y ALGUER, de la que parcialmente nos hemos apartado, no acepta la de GARCÍA VALDECASAS, sino parcialmente también; y ESPÍN, *Op. cit.* en RDP, 1943, página 627, cree que el art. 440 no tiene nada que ver con la *saísine*, recogiendo en cambio el principio romano de la *successio possessionis* referida a la usucapión.

(13) DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, página 206.

(14) Como también hemos defendido, en nuestra *Op. cit.*, págs. 186-187, 189, 204; igualmente MARTÍN PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 66. De esta manera no sólo

piamente en *su posesión*, pues ni siquiera el *animus* de la posesión del heredero coincide con el del causante más que en su contenido interno, en cuanto que el heredero continúa el concepto por el que posee el causante (*dominus rei, dominus in re aliena cum possessione*, derecho personal transmisible, situaciones de hecho), al que ha de añadirse, para completarle, en un todo: el *animus* específico creado por *ministerio de la ley* al tener lugar la apertura de la sucesión; de esta manera, se mezclan en este punto aspectos propios de la disciplina de la posesión y de la naturaleza de la sucesión hereditaria (15). Y aun cuando todo esto no sean más que matices, en relación con la concepción dominante, interesa resaltarlos para ser utilizados adecuadamente en el momento oportuno.

Por otra parte, es claro que la sucesión hereditaria no atribuye la posesión específica de las cosas que constituyen la herencia (pues la ley no puede modificar la realidad), lo que se daría, en cambio, en el supuesto de que el heredero continuara propiamente la posesión del causante (16), sino una posesión —*civilissima*— de toda la masa hereditaria (17), que da derecho a ocupar materialmente cada una de

se puede construir y matizar la actuación de la adquisición hereditaria de la posesión con relación al otro elemento, el *corpus*, sino también elimitar la preocupación de la doctrina antigua por la configuración del *animus*. Así ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1794, *ad leg.*, 45, número 112) al sostener que la posesión civilísima, la podían adquirir igualmente los infantes, locos y mentecatos, incapaces de cualquier *animus*.

(15) En contra de lo dicho en el texto, se encuentra la opinión de ESPÍN, *Op. cit.*, en RDP, 1943, pág. 654, para quien, “se trata de una sola posesión, la del difunto, que se transmite al heredero”, es decir, no sólo hay *continuidad*, sino también *continuación* en la posesión; a este respecto sigue la opinión de ESPÍN, MARTÍN PÉREZ, quien, a pesar de que reconoce no figura expresamente en el artículo 440 del C. c., cree que de él puede deducirse (*Op. cit.*, pág. 139). En el sentido del texto, pero llevando las cosas más lejos, entendía ANTONIO GÓMEZ (*ad leg.* 45, núm. 114) se trataba de una posesión *nova et realiter distincta*, teniendo en cuenta que se ordena especialmente su adquisición, aunque no poseyera *materialmente* el causante.

(16) Así recientemente la S. de 4 de abril de 1960, declaró, que “el principio de la posesión civilísima no es aplicable cuando uno de los herederos posee en nombre propio los bienes de la herencia “habiendo sido consentida por los demás herederos durante más de treinta años”.

(17) Pero esta posesión civilísima, no es *ideal* o *fingida*, sino que lo que es *ideal* es el *corpus*, como ya hemos indicado, lo cual es bien distinto. Para BALDO (*Op. y l. cits.*) era todavía, sin duda por respeto a los textos romanos, *ficta possessio* o *possessio artificialis*, pues no podía concebirse, de acuerdo con ellos, que la posesión pudiera adquirirse sin intervenir realmente los dos necesarios elementos: *corpus* y *animus*; pero este respeto bien pronto fue abandonado por los sistemáticos y los prácticos de la Edad Moderna, como nos lo prueba el testimonio que ofrece la citada crítica de SAVIGNY (*Op. y l. cits.*). Por otra parte, entre nuestros clásicos esto no ofrecía problema alguno, ya que era unánime el sentir de que se trataba de *verdadera y real posesión*, aunque *no material*. Así ANTONIO GÓMEZ, *Ad leg.* 45, núm. 111; COVARRUBIAS, *Practicarum questionum civilium*, en *Opera Omnia*, lib. III, cap. V, núm. 6 (Londra, 1606) y GREGORIO LÓPEZ, *Las siete partidas del sabio rey D. Alonso el nono*, II, Madrid, 1799, *ad leg.* 7.ª, tit. IV, P 5.ª, pág. 654, glosa 2; y ya LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico literal de las 83 leyes de Toro*, II, Madrid, 1827, *ad leg.*, 45,

ellas por propia autoridad, salvo lo que expresamente prohíbe el artículo 441 del C. c.; que responde a la idea de *continuidad*, pero no a la de *continuación* (18). Por ello, si alguien desconoce su condición de heredero, puede utilizar el interdicto de adquirir (arts. 1.633 y ss. de la LEC.), y, si le han perturbado, o despojado, de su posesión, ocurriendo la perturbación o el despojo antes o después de la apertura de la sucesión, aunque *no posea efectivamente y de hecho*, puede utilizar los correspondientes interdictos de retener y recobrar (arts. 1.651 y 1.652 de la LEC.).

Esta manera de producirse la adquisición hereditaria de la posesión, que implica su automatismo, hace que actúe con carácter general y absoluto, precisamente por su propia naturaleza, lo que de otra forma no le sería posible. Y así, tenemos, que aun en el *legado de cosa específica y determinada propia del testador*, aunque el legatario, conforme al art. 882 del C. c., “*adquiere su propiedad desde que aquél muere*, y hace suyos los frutos o rentas pendientes”, corriendo desde aquel “instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora”, en cambio, *no adquiere la posesión*, y así el art. 885, dice, que: “El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea cuando éste se halle autorizado para darla”. De esta manera, se mantiene un perfecto acuerdo entre la forma de adquisición de la posesión del legado y la de la herencia, establecida por el art. 440 del C. c., teniendo en cuenta su respectiva naturaleza jurídica (19). Pero, aun en el fondo de ella misma, existe otra razón que completa, dentro del sistema, la armonía de esta disciplina con las peculiares diferencias apuntadas dentro de su regulación; por otra parte, veremos como la función de la posesión civilísima en el Derecho moderno la realiza, al menos en la fase justinianea, la *bonorum possessio*; de aquella razón intrínseca,

número 67, indica, que: “Cuando se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesión, o se priva de ella al que la tenía, no debe entenderse esto materialmente porque la ley no puede hacer que el que no tiene una cosa la tenga, o el que la tiene la deje de tener, sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que según derecho causa la posesión, y así lo que la ley dispone es que la posesión que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por un acto corporal de aprehensión...”.

(18) Si hubiera sido de otra manera, seguramente el legislador hubiera mantenido la fórmula del art. 554 del Proyecto de 1851, el cual expresaba, que: “Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”.

(19) No ha faltado quien haya señalado, así DÍAZ CRUZ, una anomalía o contradicción entre el art. 882 y el art. 885, considerando extraño que un propietario no pueda por sí ocupar la cosa que le pertenece (*Los legados*, Madrid, 1951). “Pero en realidad —indica certemente OSSORIO MORALES— ello es perfectamente explicable, pues se trata de un propietario que no tiene la posesión, la cual por muerte del testador se ha transmitido *ope legis* a los herederos (art. 440), y como nadie —aunque sea el propietario— puede por acto de propia autoridad privar a otro de su posesión (art. 441), es necesario que el legatario, dueño ya de la cosa, la reclame” (*Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 375).

y de este precedente romano, vamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

- 2) *De la función del heredero en relación con el legado de cosa específica y determinada propia del testador, a la función de la bonorum possessio en la época justiniana.*

Nos referimos al legado de cosa específica y determinada propia del testador, porque de todos, como ya dijimos inicialmente, es el que ofrece verdadero problema en relación con la cuestión planteada, la cual se reduce a los siguientes términos: si bien el legatario es propietario, para tomar posesión de la cosa legada, ésta ha de serle entregada por el heredero. De manera que, aunque aquí se reduce al mínimo el papel o función del heredero, no puede desconocerse que ésta se halla presente (20); en otros supuestos de legado, en cambio, aun en el más próximo: *legado puro y simple* (art. 881 del C. c.), el legatario no adquiere más que un *derecho de crédito* y, por tanto, no puede plantearse esta situación siendo, por otra parte, mucho más amplia la función del heredero (21); de ésta no vamos a ocuparnos aquí, sino únicamente de precisar a que se contrae en el supuesto planteado, sobre todo cuando puede de ella prescindirse, según los diversos casos, considerándola siempre como regla general (22), susceptible por ello

(20) En el mismo supuesto ha de considerarse cuando el legado consista en rentas o pensiones periódicas impuestas en el testamento como carga real sobre bienes hereditarios, según se deduce del art. 47 de la L.H.

(21) LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones* de BINDER, trad. esp., Barcelona, 1953, pág. 320; ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, V, Madrid, 1957, páginas 233-234; OSSORIO, *Manual de Sucesión testada*, cit., págs. 360, 374 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cit. págs. 292 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1944 (Notarías), pág. 598; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1959, pág. 507; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, Valladolid, 1939, págs. 321 y ss.; TRAVIESAS, *Legados*, en RDP, 1931, pág. 179; MUCTUS SCAEVOLA, *Código civil español*, XV, Madrid, 1904, págs. 331 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VI, Madrid, 1898, págs. 650 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI-2, Madrid, 1910, pág. 1291.

(22) Es por otra parte desconcertante la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1291, cuando dice: "La posesión de derecho o el derecho de posesión de la cosa específicamente legada, se entiende transmitida por ministerio de la ley desde igual instante (se refiere a la apertura de la sucesión), según el artículo 440 antes citado, por analogía con lo que éste dispone para la de los bienes hereditarios y además como complemento de la adquisición de propiedad declarada en el artículo 882" Y seguidamente añade: "La entrega necesitará, sin embargo, ser realizada por el heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para ello, pues según el artículo 885, el legatario, no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión a dicho heredero o albacea." Contradicción que hay que buscar en parte, en la concepción misma que este autor tiene de la posesión, como se evidencia, sin ulteriores indagaciones de lo que él mismo afirma a renglón seguido, diciendo: "parece contradictorio este artículo (se refiere al 885) con el 440, y no es así, sin duda porque el 885 dice relación a la posesión de hecho, obtenida mediante la entrega, y el 440 a la de derecho".

de excepciones, que son las que aquí realmente hay que determinar, ante el silencio o disparidad de la doctrina; pero antes, lo mismo que hemos hecho con el principio de la posesión civilísima, vamos a referirnos al fundamento de la función atribuida por la ley al heredero.

Esta cuestión se halla en conexión bien estrecha con los temas centrales del Derecho de Sucesiones. No basta, por ello, para contestarla tener presente la distinción entre sucesión a *título universal* y a *título singular* y reconducir la primera a la herencia y la segunda al legado (23), porque a veces esta equivalencia puede no existir, y además ella sola no nos aclararía gran cosa. Es preciso acudir al *concepto mismo de heredero* para darnos cuenta exacta del alcance de la función que cumple éste con la entrega de la cosa legada al legatario, aun cuando, en el supuesto que nos ocupa, haya adquirido su propiedad desde la apertura de la sucesión el propio legatario; todo ello, con independencia de su condición de poseedor, conforme al art. 440 del Código civil, pues esto no es más que un medio técnico para facilitar el cumplimiento de una serie de fines previstos por el ordenamiento, entre los que se encuentra la función indicada.

No es suficiente la consideración de que el heredero es un sucesor a título universal simplemente, porque ello nos lleva a la concepción de la sucesión hereditaria como una sucesión en el patrimonio del causante; y no es que entendamos haya de volverse a la idea de que la sucesión *mortis causa* ha de concebirse como una sucesión en la persona, sino más bien creemos —lo que en la doctrina moderna se va abriendo paso— que hay que huir de esas dos referencias unívocas (lo cual no se halla en desacuerdo, por otra parte, con lo que resulta de armonizar los arts. 657 y 659 del C. c.) y superarlas (24). Por ello, el

(23) Para el examen de esta cuestión y de su debatida problemática téngase en cuenta la bibliografía siguiente: TRAVIESAS, *Sobre Derecho hereditario*, en RDP, 1921, págs 3 y ss.; FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, en RDP, 1923, páginas 325 y ss.; OSSORIO MORALES, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, Barcelona, 1942, págs. 115 y ss.; *Comentario a la Sentencia de 10 de octubre de 1940*, en RGIJ, 1941, págs. 149 y ss. BONET RAMÓN, *Comentario Idem*, en RDP, 1951, págs. 40 y ss.; ROCA SASTRE, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1948, págs. 181 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio*, en AAMN, 1946, págs. 525 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho Sucesorio ante la tradición española*, en RGIJ, 1951, págs. 385 y ss.; VALLET, *Afustes de Derecho Sucesorio*, págs. 227 y ss. Entre las obras generales: CASTÁN, *Derecho civil*, IV, ed. cit., páginas 159 y ss.; DE BUEN, *Notas*, a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., VIII, Madrid, 1928; OSSORIO, *Manual*, págs. 178 y ss.; PUTG BRUÉAT, *Fundamentos*, V-1, págs. 67 y ss.; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 30 y ss.

(24) Para la evolución del carácter de la herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno: BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii*, I, Torino, 1926, trabajos V, VI, VIII, XIII, XIV y XV, principalmente; también BIONDI, *Diritto ereditario romano, Parte Generale*, Milano, 1954, págs. 30 y ss., y para una apretada síntesis de teorías: CASTÁN, *La dogmática de la herencia y su crisis*

profesor LACRUZ centra la cuestión diciendo que el hecho de la sucesión hereditaria, "es un efecto de la ley y en su caso de la voluntad privada. De ésta, en cuanto ordena la sucesión en todos sus aspectos: atribución de bienes, gravamen de legados, etc. De aquélla, en cuanto organiza la particular posición jurídica del heredero, que no sucede en una *universitas*, pero sí recibe a la vez los bienes, derechos y obligaciones del causante en su generalidad, y que no continúa la personalidad del causante, pero sí sirve de término activo y pasivo a relaciones, de las que el causante, por su propia voluntad, no hubiera podido despojarse, y que ahora se insertan en la persona del sucesor con el mismo carácter personalísimo que tenían en cabeza de su anterior titular. Aún más: la propia condición de sucesor es también personalísima del heredero" (25). Así centrada la cuestión, con esta acertada perspectiva, nos permite considerar con el propio LACRUZ, por una parte, que el heredero sucede al causante no en su persona, pero sí en su esfera estrictamente personal, la cual compete al heredero por razón de tal, situación que el testador no puede alterar (26); y por otra, tener en cuenta que el heredero, no sólo recibe todas las deudas y obligaciones del causante, diferenciándose con ello del legatario —al igual que también recibe la *posesión civilísima*—, sino que, además, "ya en los límites de los derechos subjetivos, se le confiere un cargo de curador de la memoria de su causante, y a este fin se le autoriza para el ejercicio de ciertos derechos y facultades emanados de la personalidad de aquél. Este cargo, que compete regularmente al heredero en los países continentales, no puede ser nunca efecto de una transmisión, porque no atañe a derechos patrimoniales. Finalmente, adquiere el heredero derechos y obligaciones que no existían en el *decius*, y esto, sin duda, tampoco es propio de un legatario: por ejemplo, viene obligado a pagar los legados y cargas impuestas por el causante en su testamento" (27).

Por ello, MUCRUS SCAEVOLA, con acertada visión y respecto al tema concreto que nos ocupa, decía que aparece claramente el papel del heredero en materia de entrega de legados, interviniendo en esta cuestión "a título de intermediario entre el difunto y los demás partícipes singulares testamentarios", queriendo en estos casos el legislador que medie "un acto solemne y formal de entrega, de investidura simbólica de la cualidad de legatario por virtud de la tradición real o simulada de las cosas en que las mandas consistan". Añadiendo, para poner en claro, pese a lo dicho, el alcance de esta entrega, que este requisito "es complementario del cumplimiento del legado, al par que una circunstancia *sine qua non* cuando el legatario quiera, material y perso-

actual, en RGJ.J., 1959 (septiembre y octubre), sobre todo en orden al concepto de herencia en general.

(25) *Op. cit.*, pág. 47.

(26) *Op. cit.*, pág. 48 y págs. 83 y ss.

(27) *Op. cit.*, pág. 50.

nalmente, disfrutar por sí mismo, o hacer que otro a su nombre disfrute la cosa legada..., aunque nunca una condición primordial, una solemnidad previa a la efectiva adquisición del dominio de dicha cosa y a la entrada en la cualidad de legatario" (28). En suma, esta facultad-deber, o función, más bien, como inicialmente la hemos llamado, corresponde a lo que JUSTINIANO llamaba el *honor* de heredero (29), o al menos, se presenta en un campo vecino, respondiendo a la misma idea fundamental.

De forma, que no hay que buscar únicamente el fundamento de la función de entrega de la cosa legada, aun siendo específica y determinada propia del testador, en la circunstancia de corresponder al heredero la *posesión civilísima*, ya que esta función de entrega existía, en el plano histórico y dogmático, antes de que la transmisión posesoria que tiene lugar mediante el art. 440 del C. c., en general, o de la ley 45 de Toro, para el mayorazgo, fuese acordada. Y así, en la ley 37.^a, título IX de la P. 6.^a, nos encontramos con la citada obligación de entrega, referida a éste y otros supuestos, lo que nos prueba, como es obvio, que esta exigencia pertenece a la disciplina propia y común de los legados en general. Por eso, cualquier excepción, habida cuenta el doble fundamento de la regla general, para ser admitida tiene que ser sólidamente fundamentada. Además, toda esta materia tiene su antecedente en el Derecho romano, como vamos a ver seguidamente.

En este sentido, observa POLACCO certeramente, que si bien en estos casos la adquisición de la propiedad de las cosas legadas directamente por el legatario del testador, y no del heredero, emerge de varios textos romanos (30), en cambio, como propiedad y posesión son dos cosas distintas, el legatario no podía por su propia autoridad tomar posesión de las cosas legadas, y en el supuesto de que lo hubiere hecho el heredero tiene contra él el *interdictum quod legatorum* (D. 43, 31, 2, y C. VIII, 3, 1) (31), si bien este remedio concedido inicialmente por el pretor al *bonorum possessor*, no se extendió al heredero hasta el tiempo de JUSTINIANO (32). Esto hace que vinieran a confundirse los *genera legatorum*, perdiendo interés, con ello, las autorizaciones del testador para tomar posesión de la cosa legada (*sumisio, praecipito*), ya que precisamente el *interdictum quod legatorum*, como indica BRONDI, trata de eludir tales tomas de posesión (33). Cuestión ésta que ha discutido la doctrina en el Derecho moderno, como veremos (34).

(28) *Código civil*, XV, págs. 360-361.

(29) *Novela 115, cap. I^o*, a propósito de la institución *ex re certa*.

(30) Cita (*vid. infra*): D, 47, 2, 64, y D, 31, 2, 80.

(31) *Delle Successioni*, Roma, 1928, I, pág. 415.

(32) ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, Madrid, 1960, página 813.

(33) *Sucesión testamentaria y donación*, trad. esp., Barcelona, 1960, páginas 382-384. Esto no sólo es importante para la historia del legado, sino para advertir el fundamento de su regulación actual, en lo que se encuentra de acuerdo la generalidad de la doctrina: véanse referencias *ut infra*.

(34) En el Derecho italiano ha venido a cerrar la discusión el art. 649-3

No hay que olvidar, por otra parte, que esta función del heredero ampara y defiende —como toda función en derecho— unos intereses de legalidad indiscutible, lo que realiza a través del control de la inoficiosidad de legados y otras disposiciones, de la integridad de las legítimas^o (35). Esto tiene su precedente en la *cuarta Falcidia* del Derecho romano (C, VI, 50, 2 y ss.), lo que tampoco ha pasado desapercibido a la doctrina (36); teniendo en cuenta, además, que en el propio *Codex Iustinianii* (VIII, 3, 1), se indica esto, precisamente, como objeto o fin del *interdictum quod legatorum*, recogiendo el texto citado una constitución de los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO (37). Aunque es verdad que originariamente tuviera una función distinta, el hecho es, que partiendo de la *bonorum possessio*, y a través de la unificación justiniana con la *hereditas*, o antes, al ponerse en contradicción con la adquisición de ciertos legados (*per vindicationem, sinendi modo, per praeceptionem*) en los cuales era lícita la toma de posesión por el propio legatario, vino a resultar que, en la mayoría de los casos (38), el conflicto era resuelto en beneficio del *bonorum possessor* primero, y más adelante del *heres* (39), con lo que se llegó en la práctica a una situación parecida a la que ofrece el Derecho moderno. La disparidad terminológica y aun conceptual subsiste entre *bonorum possessio* y *hereditas*, pero al irse vaciando de contenido la *hereditas*, y al confundirse *propiedad* y *posesión* con la vulgarización, lo que ocurre ya en el período postclásico permaneciendo en la época justiniana en muchos aspectos (40), resulta que la *bonorum possessio* adquiere con ello función de tutela posesoria del derecho hereditario (41).

del C. c. de 1942, al completar la fórmula contenida en el art. 863 del Código derogado, disponiendo que: "El legatario debe pedir al gravado la posesión de la cosa legada, aun cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador". Pero de esto ya nos ocuparemos más adelante.

(35) Así la RDGR de 19 de mayo de 1947, e implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

(36) Recientemente, BRUNELLI-ZAPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni (Commento al nuovo Codice civile italiano)*, Milano, 1951, 5.^a ed., pág. 391; GIANNATTASIO, *Delle successioni (Commentario del Codice civile, II-II)*, Torino, 1961, pág. 270.

(37) Expresa este texto: "Si se acredita que los legados absorben la herencia, la ley Falcidia favorece oportunamente al heredero instituido concediéndole la cuarta parte de la misma. En consecuencia si el legatario o fideicomisario, sin el consentimiento de tu padre, que, según aseguras, sucedió al testador y recibió la posesión de sus bienes, se ha retenido el legado o fideicomiso que se le dejó, puedes pedir, en fuerza del interdicto concedido a los herederos, escritos contra los legatarios, que se te otorgue la posesión de los bienes para que puedas retener la cuarta parte, bien que prestando la caución exigida en tales casos."

(38) Suponía, en parte, una excepción a este régimen el legado *per praeceptionem*, en lo que tenga de herencia, lo mismo que otros legados a favor de un heredero (D, 43, 3, 1, 6).

(39) BIONDI, *Op. y l. cit.*; ARIAS RAMOS, *Op. y l. cit.*

(40) Para esto véanse las referencias que se contienen en mi libro antes citado, *Tutela interdical de la posesión*, págs. 17 y ss.

(41) VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960, págs. 601 y 192; para una conexión con el Derecho italiano moderno en esta cuestión: Grosso, I

3) *Armonización de estas implicaciones en la organización de la disciplina que regula esta materia.*

Aunque un estudio minucioso de esta materia exigiría un examen muy cuidado de fuentes, de presupuestos históricos y de concepciones dogmáticas, que luego habría que decantar y contrastar con un método adecuado, sin llegar a tales extremos, podemos afirmar que en el Derecho romano justinianeo, y aun antes, seguramente, se llega a una situación en que, a través de la *honorum possessio*, se plantea, con las peculiaridades propias de cada sistema, una organización de esta materia que en esquema responde al mismo criterio ofrecido por el Derecho moderno, salvando naturalmente las grandes distancias que ambos ofrecen sobre todo en el Derecho anterior a las *Novelas* (118 y 127) de JUSTINIANO. Las esenciales diferencias que alejan ambos sistemas se pueden reducir a dos: la estructura de la herencia clásica y la circunstancia de que la posesión como hecho no era transmisible a título sucesorio, debiendo adquirirla por sí nuevamente el heredero (D, 41, 2, 23) (42), que es lo que viene a suplir en el Derecho moderno la transmisión automática, operada por la adquisición en el heredero de la *posesión civilísima* de los bienes de la herencia. Pero a pesar de estas diferencias, y de otras, existe un evidente paralelismo en el tratamiento general de la cuestión entre el Derecho romano y el moderno; o al menos, una proporción entre adquisición de la posesión de la herencia y adquisición de la posesión del legado, lo que, dada su pervivencia en las fuentes, ha influido, como no podía por menos, en la organización de la disciplina moderna de esta materia, aunque oscurecida a través del auge que la otra implicación de la *posesión civilísima* adquiere, y conforme a la cual se ha llevado a cabo la codificación; sin olvidar, tampoco, que en la proporción que ha de establecerse ésta actúa como un principio fundamental ordenador del sistema, de base técnica más amplia, mientras que las incitaciones romanísticas provenientes de aquel otro campo presentan proporciones más modestas. Por ello, sin duda, esta cuestión se refleja certeramente en la doctrina moderna, cuando a la vez que se alude a la *possessio civilissima*, como fundamento técnico, se evoca el *interdictum quod legatorum* (43). Mientras, por otra parte, estos principios fueron seguidos, según el testi-

legati, I, Torino, s/d., págs. 219 y ss.; MARCHI, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1951, págs. 123-124; en general la bibliografía, que veremos y utilizaremos más adelante.

(42) Para esto: FADDA y BENZA, *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, V, Torino, 1926, págs. 464 y ss.

(43) Véase la doctrina española citada anteriormente; para la italiana y francesa, la que más adelante citaremos. A veces ha sido exagerada esta implicación romanística con fines polémicos, así ROCA SASTRE, *Op. cit.*, en RGIJ, 1953, páginas 357 y ss.; Notas a KIPP, *Derecho de Sucesiones*, I, en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, V-1, Barcelona, 1951, págs. 335 y ss.

monio de POTHIER, en el Derecho común y en el Derecho francés (44) y acogidos en el Código de NAPOLEÓN (45), de donde coincidiendo, en parte, con la propia tradición jurídica, se extendió a otros Códigos europeos, entre ellos el italiano de 1865 y el español.

Ahora bien, a nuestro juicio, dada la incrustación de esta implicación en un campo que ofrece las más diversas superposiciones y organizada la herencia moderna reflexivamente en este punto, no hay que pensar que el medio técnico que sirve a posibilitar la disciplina de la adquisición de la posesión del legado (posesión civilísima), venga —aparte de que tiene otros fines— fundamentalmente alterado por esta implicación cuando, por otra parte, se ofrece, aunque por planos que han sido originalmente trazados de diversa manera, dirigido a un mismo objetivo, lo que, por otra parte, un proceso de maduración, dentro de la evolución jurídica, ha ido armonizando y aglutinando hasta obtener el ajuste de las diversas piezas que componen el sistema. A lo sumo, esta implicación presentará, en los diversos matices que ofrecen los textos romanos, un acervo de soluciones que vienen a completar y a verificar idénticos o análogos principios, y sobre todo, a esclarecer su fundamento dogmático.

Pero, además, hay que tener en cuenta el otro factor que hemos apuntado, pues si bien es verdad que en el orden técnico, habida cuenta de que al heredero corresponde, en el Derecho moderno, la posesión de los bienes de la herencia, será fácil construir por la sola aplicación de este principio, y de las conexiones antes indicadas, la norma que ha de regir cada caso concreto; también es cierto que, cuando, por consideraciones ajenas a su escueto planteamiento, haya de surgir una plausible duda, pueda entonces traerse en su apoyo la implicación de la función del heredero en la entrega de la cosa legada (o del albacea en su caso cuando se halle autorizado para ello, lo que responde a fundamentos diferentes), ya que el heredero aparece como ordenador y ejecutor del cumplimiento de la voluntad del testador. Armonización que ofrece idénticas proporciones en la evolución del Derecho romano.

En cambio, en el orden estructural de la institución jurídico-privada del legado, dentro del marco general de la sucesión, la *posesión*

(44) *Traité des donations et testaments (Oeuvres complètes, IV)*, Bruxelles, 1830, V, secc. II, § 2, págs. 559 y ss.; anteriormente DOMAT, *Les lois civiles en Oeuvres complètes*, ed. Rémy, II, París, 1835, págs. 708 y ss.

(45) Así BIGOT-PRÉAMENEU, en la *Exposé des motifs du tit. II, lib. III du Code civil*, al Consejo de Estado, el 2 de floreal del año XI, en *Récueil complet des Discours prononcés lors de la présentation du Code civil...*, etc., I (Discours), París, 1938, pág. 390, y JAUBERT, en *Rapport al Tribunalado*, sobre el mismo, el 9 de floreal del año XI, *Ibid.*, págs. 409-410; aunque los autores de la codificación francesa se hallan pendientes, sobre todo, de conciliar en esta materia, y en la sucesión en general, las diferencias existentes entre el Derecho escrito y el consuetudinario, como puede verse en los textos citados, bien que por ello no se abandona la dirección indicada. Véase, también: LOCRE, *La législation civile*, etc., XI, París, 1827, pág. 44.

civilissima (al igual que probablemente la *bonorum possessio*, en la época justinianea), como recurso técnico, viene a estar subordinada al papel y función del heredero, y adaptada en este caso particular a su cumplimiento (46), aunque cómo toda construcción técnica cumpla otras funciones dentro de la ordenación de la sucesión.

De esta forma, el desarrollo del principio general, y el de sus aplicaciones en supuestos más concretos, se ofrece con perfecta armonía como una consecuencia de su fundamento ordenativo y técnico. Y así, lo que aparece claro en nuestro sistema, por la propia regulación positiva, y al menos como principio general, aunque las aplicaciones a casos concretos ofrezcan en la doctrina disparidad de opiniones, se presenta de igual modo claro en los sistemas jurídicos romanos, pues no en vano esta cuestión, que tiene sus precedentes romanos, encuentra, por otra parte, a través de la influencia germánica, su desarrollo en el Derecho común y en el Derecho intermedio, en general, a través de la atribución al heredero de la posesión del caudal hereditario. Criterio que bajo esta doble influencia es acogido en las codificaciones, no sólo por el Código civil italiano de 1865, que ofrece una notable semejanza con el nuestro en este punto (47) y que es continuado por el Código civil de 1942 (48) y aun con fórmulas más perfectas que su precedente (49), sino también, por el Código

(46) Esta prelación de criterios (dogmático y técnico) viene recogida en cualquier exposición doctrinal aunque no se presente explícitamente indicada. Así TRAVIESAS enunciaba esta disciplina de la siguiente manera: "La cosa legada puede ser objeto de posesión o no. Si es objeto de posesión, el legatario no puede ocuparla por su propia autoridad (art. 885 del C. c.). Con respecto a las cosas propias del testador tiene esto fundamento en que su posesión, de derecho, se transmite al heredero desde la muerte de aquél (art. 440 del C. c.). Si la cosa es del heredero o del legatario gravado éstos deberán hacer la entrega porque a ellos corresponderá la posesión. Tratándose de cosas genéricas o de legado alternativo, será necesaria que la elección se concrete en la cosa específica con que haya de efectuarse el pago, y desde entonces corresponderá la entrega por el heredero o el legatario gravado. Si la cosa legada..., etc." (*Legados*, en RDP, 1931, págs. 184-185).

(47) Su art. 863, disponía: "El legatario debe pedir al heredero la toma de posesión de la cosa legada". Véase: PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.^a ed., VI-2.^a, Torino, 1927, pág. 445; VENZI, *Nota* al anterior, *Ibid.*, págs. 446-447; RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, 3.^a ed., III, Torino, 1923, pág. 877 y ss.; POLACCO, *Op. y l. cit.*; LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il C. c. italiano (Commento pratico)*, Torino, 1884, págs. 377-378; DEGNI, *Lezioni di Diritto civile, La successione a causa di morte*, II, *La successione testamentaria*, 2, Padova, 1934, págs. 61-62; RUGGERO, *Institutiones de Derecho civil*, trad. esp. de la 4.^a ed. ital., II, Madrid, 1931, págs. 1180-1181.

(48) Recuérdese el artículo 649-3, anteriormente citado, y aunque el artículo 460-1, huye de las fórmulas clásicas de expresión de la transmisión automática de la posesión *ope legis*, viene a colocar al heredero en situación de actuar sus efectos, lo que en definitiva es lo mismo; así dice: "El llamado a la herencia puede ejercitar las acciones posesorias en tutela de los bienes hereditarios sin necesidad de material aprehensión."

(49) Véase: BRUNELLI-ZAPPULLI, *Op. cit.*, pág. 391; GIANNATTASIO, *Op. y vol. cit.*, págs. 269 y ss.; BENETTINI, *Compendio di Diritto Civile, secondo il nuovo Codice*, II Milano, 1940, pág. 111; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Suc-*

francés, a pesar de que en él está organizado conforme a presupuestos diferentes el Derecho Sucesorio. Efectivamente, allí no existen otros herederos que los legítimos, de manera que los demás sucesores nombrados por el causante son meros legatarios, aunque éstos pueden ser universales o particulares, según sean favorecidos por legado universal (arts. 1.003 y ss.), a título universal (arts. 1.010 y ss.), o particular (arts. 1.014 y ss.). Conforme a esto cuando existe concurrencia entre legatarios y herederos legítimos, el legatario, aunque sea universal, no recibe la *saisine* de los bienes hereditarios; en otro caso, este legatario universal efectivamente la recibe, aunque existen otras excepciones. En cambio, los demás legatarios nunca reciben la *saisine* y habrán de pedirla a los herederos (50). En el Derecho alemán, en fin, no pueden existir interferencias en la cuestión que nos ocupa: de una parte, al heredero le corresponde la posesión de los bienes de la herencia (§ 857 BGB), y de otra, el legado aparece siempre configurado como un derecho de crédito en favor del legatario (particularmente §§ 2.174 y 2.176), de manera que no existe la posibilidad de conflictos que se plantean en el Derecho español, italiano o francés (51). Aspecto parecido ofrece también la regulación de otros códigos germánicos (austriaco y suizo) (52).

cesioni per causa di morte e donazioni, 3.^a ed., Padova, 1959, págs. 446 y ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, 2.^a ed., Milano, 1952, págs. 129 y ss.

(50) Véase: RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, III, París, 1951, págs. 710 y ss.; RIPERT-PLANIOL, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., V, La Habana, 1935, págs. 696 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso*, 1. cit.; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil française*, 5.^a ed., XI, París, 1919, págs. 459 y ss.; BONNECASE, *Elementos de Derecho civil*, III, trad. cast., Puebla, 1946, págs. 362 y ss.; LAURENT, *Cours élémentaire de Droit civil*, II, Bruxelles-París, 1878, págs. 262 y ss.; TROPLONG, *Il Diritto civile spiegato delle donazioni tra vivi e de testamenti*, (Commentario del tit. II del lib. III del Codice civile, 1.^a ed., trad. ital., Palermo, 1856, II, págs. 337 y ss.)

(51) Véase: BINDER, *Derecho de Sucesiones*, trad. y notas de LACRUZ, cit., págs. 315 y ss.; KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., 2, págs. 142 y ss.; COING-KIPP, *Erbrecht*, en *Lehrbuch des Bürg. Rechts de ENNECCERUS*, Tübingen, 1953, págs. 172 y ss.; DIETZ, *Erbrecht*, Bonn, 1949, págs. 231 y ss.; BOEHMER-LEHMANN-SEYBOLD, en *Kommentar zum BGB*, de STAUDINGER, 11.^a ed., V-1, Berlín, 1954, págs. 888 y ss.; PALANDT, *BGB*, Berlín, 19A55, págs. 1791 y ss., y 1801 y ss.; STROHAL-PLANCK, *Kommentar zum BGB*, 4.^a ed., V, Berlín und Leipzig, 1930, págs. 528 y ss.; PLANCK, *Kommentar zum BGB*, V, Berlín, 1902, páginas 325 y ss.

(52) En cambio, en los códigos prusiano y sajón, se conocía un tipo de legado con eficacia real. En derecho francés se discute esta eficacia, y en "derecho inglés, el testamento, sólo contiene legados y la designación de un ejecutor testamentario, los inmuebles pasan automáticamente a los legatarios; éstos reciben los muebles a través del ejecutor testamentario, que es sucesor universal del causante" (KIPP, *Ibid.*, J.

I I

- 1) *Prohibición al legatario de tomar por sí mismo la cosa legada. Interdicto "quod legatorum". Valor de la autorización al legatario hecha por el testador.*

Como hemos anticipado, al trazar las directrices del sistema, el legatario, ni aun en el supuesto del artículo 882 del C. c., puede tomar por sí mismo posesión de la cosa legada, la cual le debe ser entregada por el heredero, o el albacea si está autorizado para ello (art. 885), disciplina que como también puede deducirse de lo ya indicado, se ofrece en forma análoga en los Derechos francés e italiano.

Asimismo, si el legatario se hubiera aventurado a tomar la posesión por sí mismo, el heredero puede recuperarla por medio del interdicto. Este remedio posesorio, denominado en el Derecho romano, *quod legatorum* (D, 43, 31, 2), reviste en nuestro Derecho la forma del *interdicto de retener* o *recobrar*, presentándose como uno de los supuestos en que pueda darse, conforme a lo que se deduce del artículo 1.652 de la LEC., según el cual ha de acreditarse en la demanda: "hallarse el reclamante o su *causante* en la posesión o tenencia de la cosa" (53); lo que está de acuerdo, por otra parte, con la norma general contenida en el artículo 441 del C. c., al establecer que: "*en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello*", y naturalmente, de acuerdo también con la atribución al heredero de la posesión de los bienes de la herencia (art. 440 del C. c. (54).

Por otra parte, esta regulación tiene su adecuado reflejo en lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos a título de legado específico de cosa propia del testador (y supuestos asimilados: créditos o pensiones consignados sobre ellos, según el art. 47), los cuales no pueden ser inscritos hasta que no tenga lugar su entrega. Esto, que se deducía de la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, y de lo dispuesto en el artículo 47, moderno y antiguo de la Ley, por cuanto se autoriza por éste, y por el 42-7º, a que el legatario pida anotación preventiva de

(53) DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, págs. 206 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 291 y ss.; MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, XV, págs. 361 y ss., etc...

(54) Así la S. de 3 de junio de 1947, viene a recoger esta doctrina, anteriormente examinada diciendo que: "aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aunque adquiera desde ese mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica determinada y propia del testador conforme al artículo 882 del C. c. le falta la posesión transmitida de derecho al heredero con arreglo al texto citado y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo cuerpo legal, según cuyos términos "el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla".

su derecho hasta tanto no se verifique la entrega y que encontraba también fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909 (55), en un plano más general, conforme a las propias directrices del sistema registral, ha encontrado al fin su expresión concreta en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, después de la Reforma de 1959, de todo lo cual nos ocuparemos oportunamente más adelante, según interese al objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, este principio general, cuyo alcance no puede ser más claro y preciso, presenta algunas excepciones, y como además se plantea por la doctrina la posibilidad de otras, es preciso que nos detengamos en el análisis de esta problemática con algún cuidado, estableciendo para ello el estudio de los posibles supuestos, agrupados de la siguiente manera: naturaleza que presente el legado en relación con la institución de heredero, situación especial en que pueden encontrarse los bienes legados o que no haya herederos o albaceas.

De todos ellos nos ocuparemos en los epígrafes siguientes para hacerlo aquí del supuesto más general y que más directamente se opone al principio formulado, consistente en la *autorización expresa del testador en favor del legatario*, para que éste por sí mismo tome posesión de la cosa legada.

Este supuesto es de reconocer, ha tenido en todo tiempo sus partidarios, en la doctrina, y hasta en la jurisprudencia la Sentencia de 26 de octubre de 1928, y recientemente la opinión de VALLET DE GORTISOLO. Frente a esto, vamos a tratar de demostrar que no existe razón alguna para admitir esta excepción.

La *Sentencia de 26 de octubre de 1928* plantea la cuestión llevándola a la voluntad del testador, entendida como ley de la sucesión, lo cual es verdaderamente cierto, dentro de sus propios límites, pero no más allá de ellos; de manera que esa voluntad pueda suplantar a las normas ordenadoras de nuestro sistema sucesorio, lo cual responde a un principio interpretativo incontrovertible dentro de este campo. No obstante, esta sentencia, que hasta el presente se encuentra aislada, indica, efectivamente, y aludiendo a unos vagos preceptos del Código, que lo son tal por no tener aplicación al caso que "la voluntad" del testador válidamente expresada es la ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos y en virtud de la disposición de aquél de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que les lega es de inexcusable obser-

(55) "Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue, o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen" (párrafo primero). Lo que debe entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 885 del C. c. y teniendo en cuenta que no se halla comprendido este supuesto entre las excepciones que a la regla general transcrita establece el propio citado artículo 20 de la LII. Posteriormente, como es sabido, esa referencia a la *posesión* es eliminada.

vancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios..., el artículo 885, no puede cohartar al testador para la autorización supradicha y sólo es aplicable en el caso de que éste no haya usado de su libre facultad". En contra de esta sentencia, se muestra la doctrina, que con profundidad y acierto desarrolla la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de mayo de 1947, a la que seguidamente aludiremos.

También es partidario de este régimen de excepción para el supuesto contemplado, entre los autores de nuestra más reciente doctrina, VALLET quien se expresa con el siguiente argumento, a nuestro juicio contradictorio: "En estos supuestos —pregunta— ¿se entenderá que el testador ha desviado la sucesión posesoria, admitida a favor del heredero —en el artículo 440— haciéndola desembocar en el legatario autorizado para ocupar la cosa por sí mismo? A nuestro juicio —contesta— ha de entenderse así. El artículo 440 consagra una *successio in possessionem*, en sustitución de la clásica *successio in usucapionem*. El testador no puede impedirlo, porque se determina por la ley como consecuencia consustancial del fenómeno sucesorio. Pero ningún inconveniente existe en que pueda desviar esa sucesión señalando un destinatario distinto de los herederos, que podrá ser un albacea, el comisario, los contadores partidores o algún legatario. La posesión se transmite *ipso iure* con la muerte del causante. No cabe dejarla interrumpida habiendo personas designadas testamentariamente para hacerla efectiva". Añadiendo, por último: "Subrayemos, por tanto, que no es característica esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario", extendiéndose en la consideración de que hay supuestos en los que el legatario puede ocupar por sí mismo la cosa legada, como en el supuesto del legatario *de facto* por haber sido instituido heredero *ex re certa*, o en el del *legado pro legitima*, o en otros análogos de diversa índole, como cuando no existieran herederos o albaceas que realicen la entrega; casos que acumula al que nos estamos refiriendo (56).

A esta argumentación, tan hábilmente planteada por este ilustre investigador, tenemos que objetar lo siguiente: 1.º) No se puede argumentar uniendo unos y otros supuestos de los indicados, ya que sin la adecuada diagnosis metodológica, la perspectiva resultante tiene que ser necesariamente equivocada, o cuando menos confusa; por esto hemos indicado el estudio de cada uno de esos supuestos agrupándoles en tres apartados distintos, porque en cada uno de ellos será distinto el criterio que ha de aplicarse, y así efectivamente no cabe involucrar el supuesto de autorización del testador al legatario con aquellos otros en que el legado, como forma de disposición testamentaria, cumple función práctica compleja o específica, y menos aún con los

(56) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 294 y 295, texto y notas.

supuestos que aquí tienen el tratamiento de excepcionales, en que no existan herederos o albaceas que realicen la entrega; aun cuando en estos casos, por otra parte, la disciplina particular que les rige en nada apoya la tesis combatida, salvo excepciones muy contadas (que por serlo ofrecen una fundamentación que nada tiene que ver para lo que aquí se debate). 2.º) No se puede aceptar como fundamento la transmisión de la posesión *ope legis* en favor del heredero, por vía de la sucesión del causante, la que se halla establecida con criterio de generalidad, sin admisión de derogación particular alguna, y extender que el testador *puede desviar* esa sucesión, ya que no existe ninguna razón para ello, aparte de que lo que es obra de la ley no puede quedar al arbitrio de los particulares, total ni parcialmente, aun cuando de ordenar su sucesión testamentaria se trate, pues por la misma razón podrían admitirse, en contrario, otras derogaciones de la autonomía privada al imperio de la ley dentro del sistema sucesorio; cuando, por otra parte, por razón de su misma materia la norma del artículo 440 del C. c. es de tal naturaleza que no puede dejarse al arbitrio privado. 3.º) Si no se involucran cuestiones que nada tienen que ver con la aquí estrictamente planteada, como hace el prestigioso autor citado, aparece con toda claridad la necesaria entrega del legado por el heredero, lo cual responde, no sólo a normas concretas de derecho positivo que no pueden olvidarse (art. 885 del C. c.), sino también a la aplicación concreta de normas más generales (art. 440 del C. c.) y, sobre todo, al indudable reconocimiento del honor y de la función del heredero, que tiene su precedente en nuestro Derecho histórico y en el proceso de maduración que alcanza el Derecho romano en época justinianea, como anteriormente hemos indicado.

Abundando en argumentos análogos, la resolución citada de 19 de mayo de 1947, recuerda que: "El artículo 882 del C. c. según el cual se transmite al legatario la propiedad del legado de cosa específica y determinada propia del testador desde que éste muere, es necesario ponerlo en relación con el 885 del mismo Cuerpo legal, que sin distinción alguna respecto de las diversas clases de legados prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, cuya entrega y posesión deberá pedir al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, doctrina que se inspira en el precedente del Derecho romano consignado en el D., 43, 3, 1, 2." Pero, por otra parte, esta resolución aporta otro argumento que viene a comprobar la doctrina indicada, así dice, que: "La Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados consigna que " cuando la cosa legada es determinada e inmueble con arreglo a los principios del Derecho la propiedad pasa al legatario

desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio”, y agrega: “que mientras llegue el caso de que la tradición se verifique justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito en la reivindicación”; y estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos” (57). Y por si ello fuera poco, la misma resolución citada, alude a supuestos distintos del planteado en el presente caso, pero distinguiendo donde VALLET implica, y así expresa que si “la resolución de 30 de diciembre de 1916, alegada por ambas partes (58), decidió un caso en que toda la herencia se había distribuido en le-

(57) Véase, *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, en *Ley Hipotecaria reformada*, edición oficial, Madrid, 1870, págs. XLII y ss. Nótese que cuando la exposición y resolución citadas hablan de tradición, emplean este término en sentido vulgar, equivalente a entrega, pero no en el sentido técnico de “modo” de adquirir, ya que se trata, no de la adquisición de la propiedad, sino simplemente de la posesión.

(58) El supuesto de hecho de esta resolución viene acogido en uno de sus considerandos: “Presentada a inscripción en el Registro de la Propiedad una escritura de aceptación de legado de cosa específica y adjudicación de ésta al legatario, con los antecedentes que se desprenden de la nota denegatoria y de los considerandos que siguen, se denegó la inscripción por el Registrador en los términos siguientes: “No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto no subsanable que impide tomar anotación preventiva, aunque se solicitara, de otorgarse de aceptación y adjudicación de la cosa legada por la propia legataria, representada por D. I. J. C., siendo así que por imperativo del artículo 885 del C. c. el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, y resultando del testamento del causante que éste no designó albaceas ni contadores partidores, con facultad de entregar legados, y que instituyó herederos por terceras partes a las personas que en él se designan, son tales herederos los que han de verificar la entrega y otorgar la correspondiente escritura para que pueda ser inscrita la cosa legada en el Registro, sin que a esta exigencia se oponga la consideración de que los legados de cosa específica y determinada propia del testador el legatario adquiere su propiedad desde que aquí muere, porque hay que relacionar el artículo 882 del C. c. que así lo establece, con el requisito formal exigido por el 885, antes citado, aparte de que una cosa es la adquisición civil de un derecho real y otra su consumación por la tradición y los requisitos formales de la entrega para que tal derecho tenga acceso al Registro, criterio que confirma la Ley Hipotecaria al establecer en su artículo 42-7, el derecho de pedir anotación preventiva al legatario, que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria, no sólo tratándose de legados de género o cantidad, sino como determina el artículo 47, también el legatario de bienes inmuebles determinados, anotación que sería innecesaria si el legatario de una finca pudiera inscribirla sin necesitar que se la entregaren los herederos del testador. “Contra esta calificación del Registrador se interpuso por el Notario autorizante de la escritura recurso gubernativo, que terminó declarando la Dirección General que la escritura no se hallaba extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.”

gados y la inexistencia de herederos, cuyo lugar ocuparon los legatarios, para la liquidación del patrimonio, permitió un criterio tolerante, "no puede llegarse a la misma solución en el presente caso por no constar la renuncia de todos los herederos". Concluyendo con señalar la resolución que comentamos, el motivo que guía al legislador a establecer esta disciplina, el cual aparece congruente con la función del heredero en esta materia y sirve de garantía a la tutela de sus intereses, como anteriormente hemos apuntado y que hay que encontrar en el posible perjuicio a las legítimas, en lo que también parece mostrarse de acuerdo implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (59).

Por otra parte, VALLET, en su argumentación, cita únicamente en su apoyo a MORELL y ROCA SASTRE (60), pero hay que advertir que siguiendo VALLET esa táctica de implicar con el tema planteado, otros que en apariencia parece que se hallan en conexión con él, resulta que de estos autores el primero no se refiere sino a supuestos excepcionales, en los cuales mediante la concurrencia de otras causas puede darse la adquisición posesoria del legado sin intervención del heredero, o cuando menos, puede ésta hacerse cuestionable, lo cual es bien distinto y de muy diferente trascendencia. Así MORELL se expresa en los siguientes términos: "En casos excepcionales en que no haya herederos ni albaceas a quien reclamar, si nadie posee los bienes en concepto de dueño, podría inscribirse el legado y pedirse la posesión judicial por los trámites marcados en los artículos 2.056 al 2.060 de la LEC. y con arreglo al 41 de la LFL., o por medio del interdicto de adquirir, si concurren los requisitos que aquella Ley exige para este juicio." Cuando, por otra parte, respecto al tema concreto que nos ocupa, se manifiesta, como no podía por menos, de la siguiente forma: "Para la inscripción del legado de una determinada finca, aunque el legatario ha de estimarse dueño de ella desde la muerte del testador, no basta la presentación del testamento y partida de defunción del causante y certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, como parecería natural y lógico, sino que ha de exigirse escritura de entrega del legado por quien corresponda, con arreglo a los preceptos de la Ley Hipotecaria y al artículo 885 del C. c. Esta era en esencia la misma doctrina admitida por la Dirección General de los Registros en sus RR. de 4 de marzo de 1867, 4 de febrero de 1880, 7 de septiembre de 1881, 3 de noviembre de 1887 y 12 de octubre de 1905." (61). ROCA SASTRE, en cambio,

(59) También MORELL, *Comentario a la Ley Hipotecaria*, 2.^a ed. III, Madrid, 1928; pág. 140.

(60) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 294.

(61) *Comentarios*, III, págs. 140--41. No obstante, es de indicar en contra la Resolución de 21 de diciembre de 1868, la cual según GALINDO y ESCOSTRA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, 2.^a ed., II, Madrid, 1890, pág. 657, "declara por el contrario, que tratándose de legados específicos de inmuebles, como el dominio lo adquiere el legatario desde la

acepta la tesis de VALLET, admitiendo este supuesto, al amparo de la Sentencia de 26 de octubre de 1928, como una excepción al principio general que establece la necesidad de la entrega de la posesión por el heredero (62). Pero esto no ha de extrañarnos en este autor, ya que tratando de fundamentar esta disciplina en exclusivas implicaciones romanas, niega la *posesión civilísima*; olvidando, por otra parte, lo que en términos generales reconoce, y sin que haya razón de peso para distinguir en este caso, ya que toda esta normativa viene confirmada por el régimen hipotecario al establecer el artículo 47 de la L.H. que: "El legatario de bienes inmuebles, determinados, o de créditos o pensiones consignados sobre ellos, podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho." Lo que no tendría sentido, si no fuera precisa la entrega de la posesión por el heredero o el albacea autorizado para ello, ya que si pudiera inscribir por sí solo el legatario la cosa legada, era inútil esta anotación preventiva (63). Además, hemos de tener en cuenta que aquellas implicaciones romanas a las que ROCA SASTRE quiere atenerse, nos vienen a poner por el camino de sus propias fuentes, en la pista de lo contrario (especialmente, D. 43, 3, 1), pues como indica BIONDI, al confundirse las diversas formas de legados en la época justiniana pierden interés las autorizaciones del testador para tomar posesión el legatario de la cosa legada, ya que precisamente con el *interdictum quod legatorum* se trató de eludir tales formas de toma de posesión (64).

Por otra parte, en la doctrina moderna, nada hemos encontrado que autorice (65) otra interpretación, en el presente caso, que la opinión que defendemos frente a la contraria, sustentada por ROCA y por VALLET, como no sean vaguedades e imprecisiones en relación con un planteamiento más general del tema, que anteriormente hemos denunciado, pero de las que no siempre se puede sacar conclusión alguna en este punto (66). Por lo que, respecta a la doctrina antigua, nos hallamos en el mismo caso, aunque haya que confesar el silencio de los autores en relación con esta concreta problemática, bien que tales principios puedan deducirse del establecimiento de otros más generales (67). Cuando además podemos encontrar un fiel reflejo del

muerte del testador, *no es necesaria la entrega de la cosa legada*, ni siquiera estar en posesión material de ella". Si bien estos autores acogen la doctrina dominante, *Ibid.*, pág. cit.

(62) *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., II, Barcelona, 1954, pág. 610.

(63) Criterio éste que viene confirmado por las R.R. de 12 de noviembre de 1927 y las ya citadas de 19 de mayo de 1947 y 19 de septiembre de 1952.

(64) *Sucesión testamentaria y donación*, págs. 382-384.

(65) Véase la bibliografía citada anteriormente.

(66) Nos referimos a las opiniones de DÍAZ CRUZ, a las expresiones inadecuadamente utilizadas por SÁNCHEZ ROMÁN y a alguna otra, no tan directamente aplicable al caso.

(67) Así FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado Histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873; págs. 520 y ss.; GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3, Madrid, 1881, págs. 523 y ss.; VISO, *Lecciones elementales de historia y de Derecho civil*, II, Madrid,

estado de la doctrina en la época de la codificación en la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, como ya hemos indicado (68).

No quita, en cambio, el que podamos encontrar entre las fuentes romanas algún texto en el que se contenga una autorización al legatario para tomar posesión directamente de la cosa legada (MODESTINO, D, 31, único, 34, 1 y ss.), pues ello no desnaturaliza el carácter de las reformas que en las últimas fases de desarrollo del Derecho romano tienen lugar. Ni tampoco el que en la *Glosa* se encuentre de ello constancia (69), porque además hay que tener en cuenta que junto a la autorización del testador se implica con ello, en el texto citado, la especial condición de la legataria, hija de aquél y por tanto legítimaria; implicación de la que se encuentra, también, la correspondiente salvedad en la glosa correspondiente, habida cuenta del régimen especial que para tal supuesto establecen las fuentes romanas (D, 43, 3, 1, 4 y 6) (70).

Pero, sobre todo, en estos casos, por medio de la *praeceptio* se trata de una verdadera institución de heredero, que reviste la forma de legado, dada la repugnancia que inspiraba a los romanos que la herencia pudiera versar sobre cosas concretas (71). Sobre esta base,

1879, pág. 398; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1877, págs. 59 y ss.; MORATO, *El Derecho civil español*, etc., II, Valladolid, 1868, págs. 165 y ss.; SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Valencia, 1803, págs. 193 y ss. En forma más decidida GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, II, Madrid, 1852, pág. 140, y BOFARULL, *El C. civil español*, etc., Madrid, 1888, II, pág. 276.

(68) Ha de añadirse también lo que representa la redacción del antiguo artículo 20 de la LH de 1909, como ya hemos indicado.

(69) VALLET, Op. cit., pág. 286, alude a este extremo, citando a GODOFREDO, en la *glosa* al texto citado y refiriéndose a ANTONIO GÓMEZ, quien da la posibilidad advertida en el texto, como opinión común de los doctores.

(70) Efectivamente, bien es cierto que GODOFREDO en su glosa al D, 31, 1, 34, 1, dice: "*testator legatario ius conferre potest legari non ab herede, sed per se hoc est semepiterno capiendi*", pero hay que fijarse en que, por una parte, la misma glosa añade, seguidamente que esta posibilidad se halla restringida por el *interdictum quod legatorum*, ocupándose después de otros supuestos distintos en que tampoco actúa el principio a que responde este remedio posesorio (GODOFREDO, *Corpus iuris civiles*, I, ed. Lugduni, 1650, col. 1034); por otra parte, que el D, 31, 1, 34, 1, no se refiere a una general autorización al testador, sino que el supuesto que sirve de base a la respuesta de MODESTINO, es como sigue: "Lucio Ticio expresó así en su testamento: Salud a Octaviana Estratónica, mi hija querida: Quiero que ella por sí misma reciba la casa de campo de Gaza con todas sus pertenencias"; y todo lo cual, no nos extraña porque, como ya hemos advertido anteriormente, e indicamos en el texto, este supuesto constituye una excepción a la disciplina común, lo que aparece recogido en D, 43, 3, 1, 4 para el legado *per praeceptionem* y en D, 43, 3, 1, 6, para otros supuestos de legado a favor de un heredero, lo que naturalmente no pasa desapercibido a la glosa; pero fuera de estos casos, en ella misma, se reconoce que la disciplina a que aluden esos textos (el *quod legatorum*) presenta una aplicación universal: "*Hoc interdictum competit contra legatarium quencunque*" (GODOFREDO, Ad., D, 43, 3, 1, 6, Op. cit., I, col. 1.530).

ninguna autoridad añade el agregar a la opinión de la Glosa la de ANTONIO GÓMEZ, aunque se refiera a la *communis opinio* de los doctores, ya que se atiene a los términos indicados (72); tampoco hay que olvidar según el autorizado parecer de BUSSI, que, “la doctrina de los legados por lo que respecta a las relaciones con el fideicomiso y en relación con la mediatividad o inmediatividad del legado, no se puede decir que haya sido particularmente profundizada por el Derecho común”, sino por las escuelas posteriores, en particular CULACIO (73) y también DONELLO, de quienes DOMAT, pero sobre todo, POTHIER, derivan su doctrina, la cual se consagrará definitivamente en la codificación. Pareciendo por todos los indicios, que el silencio sobre este punto se explica como una consecuencia de seguir el fácil camino de hacer aplicaciones a un caso concreto de un principio general (74). El cual en nuestro Derecho histórico viene expresado en las Partidas (37.^a y 38.^a, tít. IX y 2.^a, tít. X de la P. 6.^a), encontrando a mayor

(71) BIONDI, *Sucesión testamentaria*, pág. 478. Hay que tener en cuenta además que cuando acudimos al Derecho romano en estas materias, nos encontramos con un Derecho en franca transformación, en el cual una serie de fórmulas técnicas son utilizadas para su adaptación a las sucesivas situaciones sociales, y así en una materia muy próxima a ésta nos encontramos con el *legado de herencia*, que tiene su antecedente en el *legatum partitionis* de la época clásica, que viene a ser la situación inversa de la indicada en el texto, es decir, cuando uno quiere atribuir parte de la herencia sin conferir al sucesor la condición de heredero, lo que para algunos tuvo por objeto eludir la prohibición de la *Lex Voconia* que impedía instituir herederos a las mujeres, cuando el patrimonio del testador fuera superior a cien mil *ases* (BIONDI, *Op. cit.*, págs. 453 y ss.). Por otra parte, si bien la legítima puede dejarse, ya en C, III, 28, 30 y Novela, 115, cap. V, en legados, donaciones, instituciones en cosa cierta, o en otra cualquier forma sucesoria, que no sea la institución de heredero en cambio, por el *honor* del título, el legitimario que no sea heredero no puede hacer valer sus derechos a la legítima contra el testamento con la acción de inoficiosidad o de suplemento de la legítima. Situación que continúa en el Derecho común y que recoge las Partidas 6, 8, 5. Una confirmación de lo que decimos hay que hallarla en D, 43, 3, 1, 6, a propósito de la aplicación o no del *quod legatorum*, mediante *praeceptio* o prelegado. Todo esto indica que en el Derecho antiguo, al ofrecerse una maduración incompleta de cada una de estas formas jurídicas, desde nuestra perspectiva, naturalmente, se mezclarán los diversos ingredientes en las instituciones, lo que hoy, lógicamente, conviene separar. A la función de la *praeceptio* en el Derecho romano, en relación con otras instituciones afines, ya hemos aludido anteriormente en otra ocasión: DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, RDN, 27, 1960, págs. 107 y ss. y allí bibliografía.

(72) Así entre otros supuestos que aquí no hacen al caso alude a la doctrina suscitada en torno al D, 31, 1, 34, 1, en sus *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lugduni, 1701, I-XII, 10, pág. 160.

(73) *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, II, Padova, 1939, pág. 202.

(74) Y así CULACIO se ocupa únicamente de las excepciones al *interdictum quod legatorum*, en el supuesto de donación *mortis causa* y de ocupación de la cosa legada que se encuentre vacante: *Opera Juridica*, V, *Codex Iustinianus, Lutatia Parisinorum*, 1658, ad VIII, 3, 1, cols. 1171-1172; I, *Partilla, Ad*, D, 43, 3, col. 863; DONELLO, *Commentarii de iure civili*, ed. BUCHER, Norimbergae, 1822, V, págs. 195 y ss.; IX pág. 342; véanse las referencias anteriores de DOMAT y POTHIER.

abundamiento en la doctrina francesa e italiana antigua, en cuanto a la cuestión concreta examinada, nuevo apoyo, el cual tiene para nosotros interés indudable por la orientación que sigue la codificación; a todo esto, ha de añadirse, en fin, el testimonio del nuevo Código civil italiano. Así, en efecto, entre los autores franceses de la Escuela de la Exégesis domina la opinión de que el testador no tiene la facultad de relevar al legatario de que pida la entrega al heredero (75), así entre otros, DEMOLONDE (76) y AUBRY ET RAU (77), siguiendo a ZACHARIAE (78), aunque esta opinión no deje de tener contradictores. La misma situación se encuentra en la doctrina italiana antigua, siguiendo igualmente el criterio dominante, entre otros, PACIFICI-MAZZONI (79), y teniendo en contra a LOSANA (80); siendo de notar que, por existir un mayor equilibrio de fuerzas, el nuevo *Código civile*, en su artículo 649-3, ha cerrado definitivamente la discusión, estableciendo, que: "El legatario debe pedir al gravado con el legado la posesión de la cosa legada, aun cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador" (81). Con todo lo cual creemos queda más que suficiente aclarado el alcance de este supuesto, en relación con el art. 885 de nuestro C. c., cuando, por otra parte, si nos fijamos en su misma relación hallaremos, lo que ya GARCÍA GOYENA, apuntó respecto del precedente del Proyecto de 1851, que era el art. 700; y BOFARULL, reiteró en relación con el mismo precepto citado, y es que la expresión utilizada para que el legatario tome posesión de la cosa, diciendo "que no puede ocuparla *por su propia autoridad*", tiene un valor y un significado preciso en el lenguaje jurídico, cuya tradición se remonta al Derecho romano (D. 50, 17, 176 pr.) y a las Partidas (10.^a, X, P. 7.^a) (82), como principio fundamental de Derecho que afecta al orden público.

2) Situaciones especiales provocadas por la naturaleza del legado en relación con la institución de heredero.

Existen algunos supuestos en que el heredero pierde esa función de entrega de los legados y entonces el legatario tiene por sí mismo el derecho a tomar posesión de la cosa legada, pero esto sucede no porque se establezca una derogación del principio general que rige la materia y en su virtud aparezcan determinadas excepciones, sino que en

(75) Téngase en cuenta las salvedades advertidas anteriormente sobre el sistema sucesorio francés, en este punto, y sus diferencias con el español e italiano.

(76) *Cours de Code civil*, París, 1876-1884, XII, pág. 622.

(77) *Cours*, cit., XI, pág. 462.

(78) *Droit civil française*, trad. fr., II, París, 1859-1860, § 717 texto y nota 3.

(79) *Instituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(80) *Le successioni*, pág. 379.

(81) AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Successioni*, pág. 446; BRUNELLI-ZAPU-LLI, *Il libro delle successioni*, pág. 391; GANGI, *La successione*, II, pág. 129; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, pág. 269.

(82) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, II, pág. 140; BOFARULL, *Código civil*, página 276.

estos supuestos no ha lugar a la aplicación de tal principio por el hecho de que el legado no es propiamente tal, o que aún siéndolo no se ofrece con la pureza de líneas que en general le caracteriza en su distinción de la herencia.

Hay aquí, por tanto, que examinar a este respecto los siguientes supuestos: distribución de toda la herencia en legados, legado de "parte alícuota", sucesión en el usufructo de la herencia o de una cuota de la misma, institución *ex re certa*, legado pro legítima y prelegado; bien que se trata, como veremos, de supuestos ciertos que excluyen la aplicación del principio general indicado, o porque así lo ha entendido un sector de la doctrina y es preciso examinarles; o en fin, porque presentan aspectos semejantes con los anteriores.

a) *Distribución de toda la herencia en legados.*

Este supuesto es en el que aparece más claro un régimen de excepción, ya que el propio C. c. en su artículo 891, establece: "Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa", lo que es tanto como decir que en este caso no hay propiamente legados, aunque no haya tampoco sucesión universal, pues la responsabilidad de estos legatarios especiales es *intra vires hereditatis* (83), pero de todos modos, el fundamento parece lógico ya que al no haber herederos tales legatarios están autorizados para ocupar por sí mismos los bienes legados (84) y así lo reconoce la doctrina que se ha ocupado de este tema; y ya de antiguo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de diciembre 1916 (85), que viene confirmada por la anteriormente citada de 19 de mayo de 1947.

(83) OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión testada*, pág. 358; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 96 y ss.; en contra VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 298 y ss.

(84) ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, V, pág. 222; OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión testada*, pág. 359; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 98; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 295; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609; MAURANDI, *Distribución de toda la herencia en legados de cosa específica y determinada propia del testador*, en RGD, 1950, págs. 431 y siguientes.

(85) "Cualquiera que sea el alcance del art. 885 del C. c. al establecer que el legatario no debe ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea cuando éste se halla autorizado para darla, pueden concurrir en las sucesiones por causa de muerte tales circunstancias que, unidas al terminante precepto del art. 882 del C. c., permitan, cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, que el legatario, adquirente de la propiedad desde que aquél muere, tenga facultades para solicitar y obtener la inscripción de los inmuebles y derechos reales en el Registro. Uno de tales supuestos es el admitido por el art. 891, de que toda la herencia se distribuye en legados, puesto que al permitir una forma especial de sucesión hereditaria en la que se prorratean las deudas y gravámenes entre los legatarios y éstos ocupan el lugar de los herederos, transformando en cierta manera las formas de representación del causante en problemas de liquidación de

b) *Legado de parte alícuota.*

Aquí lo que verdaderamente se ha discutido, y muy ampliamente por cierto, ha sido la naturaleza del legado de parte alícuota, primero, en función de su admisión en nuestro sistema; después, tratando de dilucidarla, anteponiendo las diferencias entre legado e institución de heredero, y por último, considerándole como una simple *pars bonorum*, criterio que parece prevalece en la más reciente y autorizada doctrina; ahora bien, fuera de esto, que podía ser materia de una interesante monografía al objeto de nuestro estudio el problema se plantea de muy distinta manera, pues se trata únicamente de poner en relación el concepto más aceptable con ciertas normas complementarias de la disciplina del Código en relación con la adquisición de la posesión de los legados. No obstante, vamos a situar a esta cuestión brevemente para penetrar después en el examen y aplicación a este supuesto del problema que nos ocupa.

Al legado de parte alícuota, se refiere en primer lugar el C. c. en su artículo 655, equivocadamente, cuando tratando de quienes pueden pedir la reducción de las donaciones inoficiosas, señala a los legatarios de parte alícuota junto a los herederos forzosos, indicación superflua y evidentemente errónea, como se advierte de poner en relación este artículo con los demás del Código que aluden a esta especial disciplina (arts. 654, 636 y 817), lo que acertadamente ha puesto de relieve la doctrina (86).

patrimonio, hace innecesaria la intervención de los sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar las cosas relictas. Conexión esta última, de la que se ocupa, acertada y brillantemente LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 99.

(86) Especialmente OSSORIO MORALES, en *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, Barcelona, 1942, págs. 123 y ss., sobre lo anteriormente indicado por MANRESA, *Comentarios*, V, pág. 194 (ed. 1921) y CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, II (ed. 1930), pág. 209, nota 1 (cits. por el anterior *Ibid.*, página 123, nota 15). El error del Código procede de haber copiado al pie de la letra a su modelo el art. 1.092 del C. c. italiano de 1865, quien a su vez había copiado el art. 921 del C. c. francés. Efectivamente, el art. 1.092 del C. c. italiano, establecía que podrán pedir la reducción de las donaciones *aquellos a cuyo favor la ley reserva la legítima u otra cuota de la sucesión*, esto se explica porque en aquel Derecho se comprenden las *reservas* propiamente dichas y otros derechos sucesorios, también de carácter necesario; pues bien, tal expresión legal al no ofrecer literalmente un equivalente en nuestro Derecho, hace que nuestro legislador traduzca *cuota* por *parte alícuota*, atribuyendo la facultad de pedir la reducción de donaciones a "aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia". Hay que disculpar, si cabe, a nuestro legislador, pues también el C. c. italiano al tomar el art. 1.092 del 921 del C. c. francés, incurre en manifiesto error, pues en su párrafo tercero añade: los donatarios, los legatarios y los acreedores del difunto no pueden pedir la reducción ni aprovecharse de ella", norma insuficiente e inútil (que se reitera en el párrafo tercero de nuestro art. 655), tomada al pie de la letra del inciso final del art. 921 del C. c. francés, donde tal enumeración tiene un alcance bien distinto y cobra verdadero sentido dentro de la unidad del precepto, ya que en el Derecho francés, el concepto de *legado* se refiere, como sabemos, a todos

No obstante, entre los partidarios del legado de parte alicuota, en la doctrina más antigua posterior al C. c. se ha visto en esta alusión legal un reconocimiento de tal categoría de legado (87). Pero la atención de la doctrina se agota en esa alusión y se dirige a otras normas legales ajenas al C. c. Se trata más que del artículo 1.038-3.º de la LEC, que considera legitimado “*a cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal*” para promover el juicio de testamentaria y de otros preceptos que se dedican a reglamentar la intervención de dichos legatarios (arts. 1.039, 1.049, 1.055, etc. de la LEC), argumento que ha sido lógicamente invocado por los defensores de la admisión de este tipo de legado (88), con la natural objeción por parte de sus contradictores de su derogación por el C. c. (89), de otras normas de la Ley Hipotecaria, que dando por supuesto el régimen de la LEC, excluyen de la facultad de pedir anotación preventiva de su derecho “*al legatario que no tenga derecho según las leyes a promover el juicio de testamentaria*” (art. 42-7), que viene a ser por la indicación del artículo 1.038 de la LEC, el legatario que no lo sea de parte alicuota, lo que ha asimilado el legatario de parte alicuota al heredero en la opinión de varios hipotecaristas que han tomado como base la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (90), criterio que parece confirmar el artículo 152 del Reglamento Hipotecario de 1947, al disponer que “*a los efectos de las anotaciones preventivas, reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alicuota se consideran asimilados en todo caso a los herederos*”. Referencia que para nosotros tiene mucha importancia dado el paralelismo existente que hasta ahora hemos venido notando entre la disciplina de la adquisición de la posesión del legado y su reflejo registral cuando se trate de bienes inmuebles, ha-

los llamados por testamento. Nuestro legislador no sólo transcribió en el párrafo primero del art. 655 la extensión a los *que tengan derecho a una parte alicuota de la herencia*, en relación con la facultad de pedir la reducción de donaciones inoficiosas, sino que en el párrafo tercero del mismo, congruentemente con tal incongruencia excluyó de la enumeración de los que no tienen tal facultad a los *legatarios de parte alicuota* (OSSORIO MORALES, op. cit., págs. 125 y ss.).

(87) Así, TRAVESAS, *Legados*, en RDP, 1931, pág. 101; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1.298, aunque se reconozca o no se tenga en cuenta, naturalmente, lo incorrecto de la implicación en la que tal expresión es situada a efectos de deducir de ella alguna consecuencia que pueda redundar en su calificación jurídica.

(88) Así, SÁNCHEZ ROMÁN y TRAVESAS, *Ibid.*

(89) Lo que tiene que reconocer el propio TRAVESAS, *Op. cit.*, en RDP, 1931, pág. 101; en particular, sobre esto, OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, en *Estudios*, páginas 122 y ss.

(90) Decía textualmente, que el legatario de parte alicuota, “*más que legatario puede considerarse como heredero; su condición es parecida, en muchos casos, a la de éste*”. Entre estos autores: MORELL Y FERRY, *Comentarios*, III, página 137; GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios*, II, págs. 648 y ss. BERAUD Y LEZÓN, *Tratado de Derecho inmobiliario*, I, Madrid, 1927, pág. 527; CAMPUZANO, *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, 1925, pág. 570.

biendo observado perfecto acuerdo en el legado de cosa específica y determinada propia del testador como supuesto típico de esta implicación, por ello, necesariamente más adelante hemos de volver sobre este punto. Por el momento hemos de indicar que a la postura que dan por supuesta estos hipotecaristas en relación con *el legado de parte alicuota*, de considerarle como una situación similar a la institución de heredero, que parece viene confirmada por las SS. de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950 (91), se viene a agregar, de hecho, la de los que niegan el legado de parte alicuota como verdadero legado por hacer aplicación del criterio *objetivo* en orden a la distinción entre *herencia* y *legado* (92), y aunque esta concepción parece más acomodada al tema objeto de nuestro estudio, pues de aceptarla, se derivaría de ella misma fácilmente la conclusión de que el legatario de cuota a semejanza del heredero recibía directamente la posesión de los bienes legados. Pero esto (y aún así y todo planteado sería discutible) no nos lleva a escoger un camino fácil, pero engañoso, y tampoco a renunciar por ello, haciendo como en otras cuestiones es preciso, síntesis de los criterios *objetivo* y *subjetivo* en orden a aquella distinción, al verdadero concepto de legado de parte alicuota, que a través de sucesivas etapas y teniendo presentes los precedentes de nuestro Derecho histórico ha conquistado la doctrina. Primero, llegando a entender que el legado de parte alicuota, sólo concede a su titular un *derecho de crédito*, dirigido a

(91) La doctrina de estas sentencias viene extractada de la siguiente manera por VALLET: "1.ª) Sólo el heredero es "continuador de la personalidad de causante", característica que falta en el legado de parte alicuota. 2.ª) Ambos tienen por nota común "ser sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente", y esta nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante el legatario, como el heredero, adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar matemáticamente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando equiparados en este aspecto por idéntico interés el heredero y el legatario de parte alicuota". 3.ª) El legatario parciario "adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario". Y así, estando "supeditado como el heredero a liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ellas (en las deudas) proporcionalmente a su cuota hasta el límite del haber líquido y no más" (*Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 265-266). Pero con anterioridad y posterioridad a estas sentencias la jurisprudencia ha sido vacilante; para una exposición muy completa: PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 86 y ss.; también CASTÁN, *Derecho civil*, VI-1 (1960), págs. 79 y ss., y LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 90-91, nota 5.

(92) FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, RDP, 1923, págs. 322 y ss.; DE BUEN, *Notas a COLIN y CAPITANT*, *Curso VIII*, pág. 285; BONET RAMÓN, *Comentario a la Sentencia de 16 de octubre de 1940*, en *RDP*, 1941, pág. 40 y ss.; OSSORIO MORALES, *Op. y l. cit.*, y *Manual de Sucesión testada*, págs. 401-403; recientemente, OLAVARRÍA, *Op. cit.*, en *RDP*, 1953, pág. 397 y ss., y DÍAZ CRUZ, *Legados*, págs. 485 y ss.; en general, DE DIEGO, *Instituciones*, III, págs. 16 y ss. y puede considerarse incluido también en este grupo a CASTÁN, *Derecho civil*, VI-1, págs. 79 y ss.

obtener *in natura* una *pars bonorum*, de manera que el legatario es simple acreedor de cuota, pero no cotitular de los bienes (93); después, considerando que el legatario parciario sucede en una *cuota del activo líquido* de la que es *cotitular*; su participación no es *pars hereditatis*, sino *pars bonorum* del activo líquido, por eso, las deudas sólo le *afectan* como susceptibles de reducir el activo, pero no con otro alcance, que es hoy la doctrina que podemos considerar más en boga (94). precisando su concepto, aunque con una base bien amplia, el profesor LACRUZ decidiéndose por su admisión, congruentemente con el criterio *subjetivo* que adopta, dice, que si bien el testador puede llamar como legatario a cualquiera en una parte alícuota de la herencia, “lo que no podría hacer es llamar como legatario a una persona a la totalidad o una parte de su herencia, entendiendo como tal el conjunto del activo y del pasivo, es decir, en todas sus relaciones jurídicas transmisibles *mortis causa*, pues en tal caso por su propio llamamiento desvirtuaría la palabra *legar*, empleada por él, por cuanto configuraría, en el llamado la posición del heredero (95). Fuera de esto, es perfectamente admisible el legado de parte alícuota, sea de un valor de la herencia, o del remanente de los bienes después de pagar las deudas, o de la totalidad o una cuota de los cuerpos hereditarios, pues en todo caso se hace aquí un llamamiento a título singular” (96). Admitiendo, como claramente puede deducirse, las líneas generales de las dos formas que luego desarrolla en esa variada tipología de supuestos (de valor puro, de remanente, de activo de la herencia) en que la doctrina ha entendido admisible el legado de parte alícuota, o mejor dicho, que con ellas viene a coincidir, solución que nos parece la más acertada, siempre abierta a la necesaria vía interpretativa de la voluntad del testador; y doblemente aun, al dar por supuesto, cuando de tal interpretación así resulte que puede suponer institución de heredero, lo que por otra parte, se establece en la norma interpretativa del art. 668 del C. c.; y en este sentido lo ha resuelto recientemente la Sentencia de 30 de junio

(93) V.: VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 264-265; siguen esta doctrina SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1298; VALVERDE, *Tratado*, V, página 326-327; GAYOSO, *Nociones de legislación hipotecaria*, II, Madrid, 1918, páginas 330 y ss.; TRAVIESAS, *Op. cit.* en RDP, 1931, págs. 101 y ss.; ROAN, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria*, en RDP, 1946, págs. 746 y ss., y ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio “mortis causa”*, Sevilla, 1951, pág. 138, acentuándose en estos dos últimos el criterio *subjetivo*, en el primero de ellos, utilizando un argumento “a contrario” del art. 768, entendido como simple presunción de voluntad; en el segundo, basándose en la intención del testador al establecer que *lega* y no que instituye heredero.

(94) V.: VALLET, *Op. cit.*, págs. 269 y ss.; siguen esta doctrina: ALGUER, *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho civil*, en RJC, 1931, páginas 142 y ss.; ROCA SASTRE, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1945, págs. 189 y ss.; VALLET, *Op. y l. cit.*; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 97 y ss.; COSSTO-GULLÓN, en *Notas a CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones*, III, págs. 513 y otros.

(95) Limite impuesto por el criterio *objetivo*, según nos parece.

(96) *Derecho de Sucesiones*, págs. 89-90.

de 1956, según la cual si falta en el testamento la expresión formal de asignar el carácter de universalidad al sucesor “estaremos en presencia de un legado, que, si estriba en una cuota, será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho “aunque hay que reconocer que en otras ocasiones la jurisprudencia ha seguido un criterio vacilante” (97).

A la vista de estas breves conclusiones podemos establecer, en relación con el tema de la adquisición de la posesión del legado los siguientes supuestos:

1.º) Si no se trata propiamente de legado de parte alícuota, según se deduzca de la interpretación del llamamiento, y sí de institución de heredero, no se planteará ningún problema, pues los así instituidos recibirán la *posesión civilísima* en unión de los demás herederos.

2.º) Si consideramos se ha constituido en el testamento un legado de parte alícuota que hace al legatario únicamente acreedor de la cuota, pero no cotitular de los bienes, entonces, nos encontraremos en la misma situación que respecto a este punto ofrecen todos los legados que no sean de cosa específica y determinada propia del testador, y es que, como el legatario no adquiere por la apertura de la sucesión más que un *derecho de crédito* la adquisición de la posesión es contingente del pago del legado propiamente dicho (98).

3.º) Por último, en el supuesto de que consideremos que el legatario de cuota sucede en una *pars bonorum*, como esta se refiere al activo, aunque de ella sea cotitular, no lo es de la herencia y por ello no recibe, lo mismo que en el supuesto anterior, la *posesión civilísima*, en concurrencia con los herederos; sí en cambio recibe, a diferencia de aquél, la copropiedad de tales bienes, por lo que puede intervenir en las operaciones particionales, aunque no en todas ellas, que corresponden al heredero de no haber comisario, contador o albacea autorizado; existiendo en este caso, por otra parte, una proporción o equivalencia como mucho, con lo que sucede en el legado específico, que confiere la propiedad al legatario, pero debe pedir la posesión (99).

Las diferencias que señala el régimen de la L.H., en sus artículos 42-7 y 47, que comprenden como precedente el art. 1.038 de la L.E.C., al disponer que tiene facultad de pedir anotación preventiva “el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria”, contraponiendo el legado específico con el de parte alícuota, no pueden lícitamente trasplantarse de su propio campo para obtener con ello consecuencias a él ajenas, como sería la de entender,

(97) Véanse las referencias anteriormente indicadas.

(98) Se muestran de acuerdo con este criterio: VALVERVE, *Tratado*, V, páginas 326-327; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 655; GAYOSO, *Op. cit.*, II, página 331; también ROAN, *Op. cit.* en RPD, 1946, pág. 748, aunque no utilizando todos expresamente el mismo fundamento indicado en el texto.

(99) De acuerdo VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 276-277; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 102-103; en contra: ROCA SASTRE, *Estudios*, II, pág. 197; *Derecho Hipotecario*, II, págs. 609 y ss., no alude a este supuesto; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 92.

que en el primer caso se ofrece tal garantía de aseguramiento de los derechos del legatario, en congruencia a no beneficiarse éste de la posesión civilísima, mientras que el segundo sí. Pero este argumento, elemental y especioso, no resiste el más ligero análisis, sobre todo si tenemos en cuenta que el art. 1.038 de la LEC., al que se remite sin nombrarle la L.H., considera parte legítima para promover el juicio de testamentaría no sólo a los herederos al cónyuge, y a los legatarios de parte alicuota, sino también “a cualquier acreedor siempre que presente título escrito que justifique cumplidamente su crédito”. Por otra parte, aunque como ya vimos un grupo de hipotecaristas considerara al legatario de parte alicuota como asimilado al heredero, lo que ha venido a reiterar el art. 152 del Reglamento Hipotecario, hay que entender esta asimilación como limitada y no absoluta, lo que el propio texto del art. 152 citado, viene claramente a ofrecer, cuando la refiere “a los efectos de las anotaciones preventivas” (100).

No obstante esto, queda por determinar qué forma de aseguramiento hipotecario de sus derechos tiene el legatario de parte alicuota, porque si entendemos que únicamente se le confiere un mero crédito contra la herencia lo lógico sería implicarle en la anotación preventida de valor que establece el art. 48 de la L.H., como a legatario de cantidad; ahora bien, como no se trata de un legado de cantidad, sino de cuota, que confiere un derecho indeterminado e indiviso, pero de naturaleza semejante al del heredero no podrá pedir la anotación preventiva que establece el art. 42-7 de la L.H., pero en cambio, podrá utilizar la que establece ese mismo art. 42-6, referida a: “Los herederos respecto de su derecho hereditario; cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos”, lo que confirma el art. 46, y ha sido aclarado por los artículos 146 y 152, del vigente Reglamento, que ha resuelto la vieja cuestión planteada en el supuesto de que el testador usara de la facultad de prohibir al heredero voluntario y al legatario de parte alicuota el juicio de testamentaría (art. 1.039 de la LEC) (101), al aplicar el primero, la anotación preventiva a que se refieren los art. 42-6 y 46 de la L.H., a los legatarios de parte alicuota, y al asimilar el segundo a estos legatarios con los herederos a tales efectos; con lo que no queda en tal supuesto, ni en ninguno, sin el amparo de la correspondiente anotación preventiva y sin la facultad de promover el juicio de testa-

(100) LA RICA a este respecto indica que ha de ser de éste modo por tratarse —herencia y legado de cuota— de “figuras jurídicas diferentes” (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, I, Madrid, 1948, págs. 139 y ss.).

(101) En tal situación el legatario de parte alicuota quedaba desamparado, pues no tenía derecho a pedir la anotación: esta era la opinión dominante: GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios*, II, págs. 613-614; MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 137; CAMPUZANO, *Principios generales*, pág. 570; en contra: GAYOSO, *Nociones*, II, págs. 330 y ss.; BERAUZ Y LEZON, *Derecho inmobiliario*, I, págs. 527-528.

mentaría (102). Con ello, aunque esta cuestión sea en parte ajena a la que nos ocupa, creemos haber dejado perfectamente delimitada la referencia que hacíamos a estas normas hipotecarias, para fundamentar el ámbito de su desenvolvimiento que alcanza en su propio campo perfiles bien definidos, y que nos hacen meditar en que, a la hora de reestructurar el concepto de legado de parte alicuota, sin olvidar que puede presentar no una forma unívoca, sino una variada tipología, como entiende LACRUZ (103), no puede prescindirse del juego que presta la adecuada interpretación de estas normas cuando, por otra parte, parece evidente que en ellas llega a plena maduración un proceso legislativo de hondas raíces tradicionales, como agudamente ha puesto de relieve VALLET, quien después de afirmar el concepto de legado de parte alicuota, que como uno de sus supuestos acabamos de utilizar, dice, que su especial configuración”, “separa evidentemente el concepto de legatario parciario, según el actual régimen del que fue configurado en el Derecho romano clásico. El origen de ese cambio se halla en la innovación de las Leyes 20 de Toro y 1.^a, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que borraron las razones inspiradas en los fragmentos 26, 2 y 27, tit. único, lib. XXX del Digesto que lo entendían como legado damnatorio. Ciertamente, según vimos, que entre los clásicos castellanos no preponderó el criterio de dar tanta trascendencia a dichas innovaciones. Pero en Derecho vigente los preceptos del art. 1.038 de la LEC. y de los artículos 42-7 LH. y 146 y 152 de su Reglamento, así como las doctrinas de las sentencias de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950, nos demuestran que aquellas viejas innovaciones castellanas han dado hoy todo su fruto” (104). Por otra parte, el profesor LACRUZ, a propósito del punto de arranque de esta institución y de su configuración en nuestro Derecho, dice, “que parte de la doctrina del Derecho común a la que siguieron autores españoles como ANTONIO GÓMEZ y GUTIÉRREZ, explicaba que el derecho del heredero a pagar, a su elección, en dinero o cosas, estaba limitado al legado de cuota de los bienes, no extendiéndose al de cuota de la herencia. Mas cuando la Ley 20 de Toro determinó que las mejoras se pagasen con bienes de la herencia, la opción del heredero se entendió suprimida para todos los legados de parte alicuota”. De este modo, añade, lo que aquí es particularmente relevante, “el legatario de parte alicuota tomaba parte así, en la comunidad sobre los bienes aun cuando no recibía su posesión como los herederos” (105). “Por esto —concluye el citado profe-

(102) VALLET, *Op. cit.*, pág. 272; de acuerdo, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, pág. 101.

(103) *Derecho de Sucesiones*, págs. 89 y ss.

(104) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 270; para una exposición sucinta del legado parciario en Derecho romano y común y antiguo Derecho castellano, *Ibid.*, págs. 228 y ss.

(105) ANTONIO GÓMEZ, *Varias resoluciones*, I, cap. XII, “de legatis”, número 21, págs. 166-167; LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, I, Ad. leg. 20, págs. 220 y ss., en particular, núms. 11, 12 y 13, págs. 222-223.

sor— aludían al legado de parte alicuota los arts. 1.038, 1.049, 1.055, 1056 y 1.065 de la LEC.” (106); con lo que, la continuidad de esta regulación y la manifestación de sus concretos principios ofrecen, como vemos, una línea progresiva uniforme, que viene a confirmar lo que en relación con el tema que nos ocupa, en este punto, hemos indicado.

c) *Sucesión en el usufructo de toda la herencia o de una cuota de la misma.*

En este supuesto, se da una situación parecida a la que hemos encontrado en el precedente, bien que el supuesto, como tal, se ofrece de forma no tan complicada y discutida, aun cuando por ello no deja de presentar problemas su planteamiento, más que por abierta disparidad de criterios, por las naturales reservas a que obliga la especial naturaleza jurídica del contenido de estos llamamientos.

Efectivamente, siempre ha existido resistencia a admitir que el que sucede en el usufructo de una herencia o de una cuota de ella puede ser sucesor a título universal, es decir, heredero. Como dice el profesor LACRUZ, “en la práctica, el caso se plantea tanto en la sucesión legal —sucesión del cónyuge viudo en concurrencia con determinados herederos— como en la testamentaria (atribución del usufructo de toda la herencia o de una cuota de ella)”. Y así, añade, “los autores del Derecho común o intermedio consideraron al sucesor en el usufructo de la herencia como un legatario, siquiera con características especiales. Entre los modernos prepondera la misma opinión. Y aunque en la jurisprudencia española hay sentencias como la de 19 de enero de 1955, en las que se llama al usufructuario *heredero*, ello no pasa de ser una incorrección de léxico; en esencia —concluye— el T. S. considera al usufructuario como simple legatario” (107). Así la opinión de DE BUEN

(106) *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 88-89. De tal forma que esta institución no aparece extraña a nuestra tradición jurídica, surgiendo poco menos que de un error del legislador en el art. 655 del C. c., como pudiera parecer del sentido con que esta cuestión es tratada por algunos de sus detractores. Circunstancia que, por otra parte, no causa extrañeza en los comentaristas de la LEC., ni en relación con el art. 406-3 de la LEC de 1855 (así, MANRESA, MIGUEL Y REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada*, III, Madrid, 1857, págs. 137 y ss.), que es el precedente del 1.038 de la vigente, ni tampoco en relación con éste o sus concordantes: REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión*, II, Madrid, 1881, páginas 526 y ss.; MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada* (ed. 6.ª, aumentada y arreglada por GARCÍA VALDÉS), V, Madrid, 1946, páginas 9 y ss. Además, aunque el Proyecto de Código civil de 1851 no hiciera mención de esta institución, como indica LACRUZ, *Ibid.*, no supone que ello significara suprimirla, como reconoce el propio GARCÍA GÓYENA, *Concordancias*, II, págs. 13-14.

(107) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 64. En Derecho catalán, según indica también el citado autor, se ha seguido el siguiente criterio: “la Compilación foral catalana, siguiendo al Derecho romano, establece en el art. 110-2.” que “el heredero instituido sólo en usufructo se equipara al heredero instituido en cosa cierta.

(108) y SÁNCHEZ ROMÁN (109), aunque con alguna salvedad (110), a los que alude LACRUZ y también TRAVIESAS (111), y recientemente VALLET (112); y entre otras las SS. de 18 de noviembre de 1907, 11 de enero de 1950, 11 de febrero de 1956 y resolución de 30 de junio de 1956.

Esto es así, no porque se oponga a ello dada la natural temporalidad del usufructo, la regla romana *semel heres, semper heres*, derogada por el art. 805 del C. c., expresamente, ni porque el usufructuario de una herencia o cuota de ella "no pueda cumplir la misión de tutela del patrimonio moral del difunto y de ejecución de su voluntad propias del sucesor universal", como dice LACRUZ (113), ya que puede perfectamente cumplir estas funciones y más aún en los supuestos de sucesión legal, en los que el cónyuge viudo es considerado como un *legitimario* (arts. 807 y 855 del C. c.), con limitaciones y facultades propias del heredero (imposibilidad de ser contador-partidor, intervención en la partición, administrador nato del caudal hereditario) y con la amplia garantía que le concede de sus derechos el art. 838-2 del C. c. sobre todos los bienes de la herencia. Pero, en cambio, tal imposibilidad tiene lugar, porque aparece incompatible la sucesión a título derivativo constitutivo por la que el usufructuario adquiere un *ius in re aliena*, con la sucesión *in loco ius* del heredero; cuando más el usufructuario no recibe el todo o parte de la herencia, sino un derecho sobre una totalidad o cuota; aunque todavía ninguna de estas consideraciones sería absolutamente decisiva, ya que el testador puede cambiar la naturaleza del llamamiento y convertir a un usufructuario en heredero por medio de la *institutio ex re certa*, porque de esta manera, se cambia el *modo* con que se adquiere, siendo idéntico al derecho adquirido, el cual se encuentra en la *asignación* y no en el llamamiento (114), y siempre que además, según observa justamente LACRUZ, se imponga al instituido "la responsabilidad general de las deudas del causante en proporción a los bienes que recibe, es decir, al valor del usufructo en este caso" (115). Porque es precisamente esto lo que di-

Si no concurre con heredero universal, aunque fuese por que éste no llegase a serlo, el instituido en usufructo será legatario" (*Ibid.*, págs. 64-65). Lo que confirma el art. 112.

(108) *Notas* a COLIN Y CAPITANT, *Curso*, VIII, págs. 208 y 329.

(109) *Estudios*, VI-1, págs. 609 y ss.

(110) Cuando dice, que, "la cualidad de heredero o legatario no depende del *derecho* que se adquiere, sino del *modo* como se adquiere, según que sea a título *universal* o *particular* (*Ibid.*), aclaración que como veremos tiene su propia resonancia.

(111) *La cuota viudal y la sucesión "mortis causa"*, en RDP, 1921, pág. 8.

(112) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 26 y ss.

(113) *Notas* a BINDER, *Op. cit.*, pág. 15.

(114) De esta forma cobra sentido la alusión que anteriormente hemos hecho a la salvedad de SÁNCHEZ ROMÁN. Véase a este respecto la argumentación de VALLET, *Op. cit.*, pág. 30.

(115) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 65-66 y *Notas* a BINDER, *Op. cit.*, págs. 15-16.

ferencia al usufructuario del heredero, y así el C. c. en sus arts. 508 y 510 organiza el usufructo de herencia como una atribución a título singular, de manera que no existe homogeneidad en el reparto de las deudas entre usufructuario y nudo propietario y aquél no responde frente a acreedores y legatarios, sino únicamente *inter partes*, es decir, frente al heredero (116). Por lo que reuniendo puntos de vista, dice el profesor LACRUZ, "esta particular organización de la responsabilidad del sucesor usufructuario universal, corresponde al carácter aleatorio del usufructo, que, por estar vinculado en su asistencia ordinariamente a la vista de su titular, se resiste a una exacta determinación numérica de su valor con relación al total patrimonio hereditario", es lógico así que la posición jurídica del sucesor usufructuario "no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal" (S. 11 de enero de 1950); tampoco puede asimilarse con todo a la del sucesor a título particular (117), tiene en fin características que le separan de un legatario cualquiera y que, como ocurren en el legado de parte alícuota, le aproximan al heredero (118), en orden a la administración de los bienes hereditarios y a la división de su caudal, o en relación con la tutela de la continuidad del patrimonio moral del difunto; lo que se manifiesta además en la posibilidad del ejercicio de determinados derechos y facultades (acción de desahucio arrendaticio, resolución de una venta, recuperación de bienes del difunto) (119).

Otra de las notas que diferenciarían al usufructuario del sucesor universal es que, si bien recibe *uno ictu* su derecho de usufructo a la apertura de la sucesión, lo mismo que el legatario de cosa específica y de terminada propia del testador recibe la propiedad en tal momento, no

(116) *Cifr.* art. 510: "Si el usufructo fuera de la totalidad o parte alícuota de una herencia, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias corresponden a los bienes usufructados, y tendrá derecho a exigir del propietario su restitución sin interés al extinguirse el usufructo".

"Negándose el usufructuario a hacer esta anticipación, podrá el propietario pedir que se venda la parte de los bienes usufructados que sea necesaria para pagar dichas sumas o satisfacerlas de su dinero con derecho, en este último caso, a exigir del usufructuario los intereses correspondientes."

Y el art. 508, establece: "El usufructuario universal deberá pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos".

"El usufructuario de una parte alícuota de la herencia lo pagará en proporción a su cuota."

"En ninguno de los dos casos quedará obligado el propietario al reembolso."

"El usufructuario de una o más cosas particulares sólo pagará el legado cuando la renta o pensión estuviese constituida determinadamente sobre ellos."

(117) *Notas* a BINDER, *Op. cit.*, pág. 16.

(118) Esto es también aplicable a la cuota viudal usufructuaria del cónyuge viudo, pues si, por una parte, parecería a ello contraria la consideración y el honor de heredero que la ley le reconoce (arts. 807 y 855 del C. c.), por otra, la facultad que concede el art. 838 a los herederos para satisfacer dicha cuota en una renta vitalicia o con el producto de determinados bienes, o mediante un capital en efectivo, abona lo contrario.

(119) LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 68; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 30-31.

adquiere la posesión que permanece en el heredero (lo que es una consecuencia de no quedar obligado con las deudas hereditarias más que *inter partes*, ya que éstos pueden rebajar el caudal sobre el que se extiende su derecho) (120). Es de parecer contrario a esta opinión, para el usufructo universal ROCA SASTRE, pero las razones que alega no son nada convincentes (121). Además, la regulación hipotecaria de esta materia presenta la debida congruencia con tal alcance en este punto, en términos análogos a lo que vimos respecto del legado de parte alicuota (122).

Una excepción a la disciplina general se ofrece en el supuesto de que el usufructo haya sido asignado como *res certa* (lo que el testador puede conseguir mediante el art. 1.056 atribuyendo también la

(120) De acuerdo LACRUZ, *Op. y l. cit.* nota anterior; en el Derecho italiano, anterior al C. c. de 1942, encontramos idéntica opinión en PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, págs. 446-447, por considerar al usufructuario de una cuota o de un patrimonio como legatario o sucesores *mortis causa* a título particular, de acuerdo con el art. 509 del C. c. de 1865, de contenido muy semejante a nuestros arts. 508 y 510 del C. c. ya citados. Esto podría extrañar a primera vista, a propósito del usufructo viudal del cónyuge viudo, por ser éste legitimario, con ciertos honores de heredero, y encontrarse en situación inferior que otros legitimarios al no gozar de la tutela del art. 440, pero aun cuando este argumento comparativo no tenga ningún valor, cabe afirmar, goza en este caso el usufructuario de una protección más eficaz, la establecida por el art. 838-2 del C. c.

(121) Diciendo que "es práctica seguida que al inscribirse el título hereditario se haga constar registralmente también el referido usufructo"; aclarando que: "en las regiones de Derecho romano, especialmente cuando el usufructo universal es dejado a título de institución hereditaria o como elemento integrante del nombramiento de la viuda, como "señora, mayora y poderosa usufructuaria" (Cataluña) se prescinde con fundamento de la entrega del legado de usufructo. Aclaración que viene a desvirtuar la afirmación general. Por otra parte (téngase en cuenta lo dicho anteriormente en relación con lo regulado en la *Compilación catalana*). Y más aún, si seguimos leyendo lo que dice ROCA SASTRE "la causa de aquella práctica de no exigir la entrega del legado de usufructo universal, radica principalmente en la simplicidad con que consta el Derecho de usufructo en el Registro unido a la circunstancia de tratarse de usufructo universal". (*Derecho Hipotecario*, II, pág. 610, texto y nota 3).

(122) En la antigua L.H. de 1909, el art. 42-6.º, autorizaba al cónyuge viudo para pedir anotaciones preventivas por el derecho que le concede el artículo 838 del C. c., la que movió a sus comentaristas a viva disensión sobre la conveniencia y necesidad de esta medida (MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, página 108 y ss.; CAMPUZANO, *Principios generales*, págs. 561 y ss.), facultad que, desconocida por la L.H. de 1861, fue introducida por vez primera en la L.H. de Ultramar de 14 de julio de 1893, y que la reforma de 1944 ha suprimido en la actual (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, págs. 548-549), siendo únicamente interesante hacer notar presentaba una evidente asimilación a la anotación de legados de cosa inmueble determinada propia del testador. En la actualidad se admite que la anotación preventiva, prevista en los arts. 42-6.º y 46 de la L.H., puede ser utilizada por el cónyuge viudo para asegurar de modo efectivo su cuota legitimaria, es decir, la misma que se decía para el legado de parte alicuota, esta es la opinión de ESPIN (*Manual*, V, pág. 323). Por otra parte, este régimen parece se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.038 de la LEC., a la que en sentido contrario alude, excluyendo el art. 42-7.º de la L.H.; e integrando, de acuerdo con el 42-6.º, el art. 46 de la misma. Algo parecido podría decirse en otros supuestos de usufructo sucesorio.

responsabilidad por las deudas de la que de suyo carece el usufructuario, como no sea *inter partes* o cuando se reciba a través de una institución fideicomisaria, o se constituya en fin con facultad de disponer, pues en tales supuestos, se trata, con las salvedades correspondientes, de sucesión a título universal (123).

d) Institución "*ex re certa*"

No vamos a extendernos en plantear las bases de este supuesto en relación con el tema que nos ocupa, ya que en otro lugar a él hemos aludido con alguna precisión (124); únicamente diremos, que en este caso, dados los precedentes romanos y de nuestro antiguo Derecho (125) y la recta interpretación del art. 768 del C. c., como norma *meramente interpretativa* que no puede entenderse aisladamente (126), sino en conexión con otros preceptos del C. c. (127), pero, sobre todo, en relación con el art. 668, del cual es complemento; y así este precepto establece: "El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está aclarada acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia" (128); por lo que, conforme a lo que este precepto dispone, y teniendo en cuenta la norma del art. 675, que manda interpretar el testamento de manera que prevalezca la voluntad del testador y esto hemos de hacerlo sin olvidar el límite que marca el art. 660 del C. c., el cual no pone cortapisa alguna a esa voluntad, sino que interviene en su verificación, hallaremos que la institución en cosa cierta, lo mismo

(123) LACRUZ, *Derechos de Sucesiones*, I, págs. 68 y ss.

(124) DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, en RDN, 1960, I, págs. 199 y ss.

(125) Aparte de la solución favorable ganada en el campo institucional y dogmático por el art. 588-2 del C. c. italiano de 1942: "La indicación de bienes determinados o de un complejo de bienes, no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulta que el testador ha entendido asignar aquellos bienes como cuota del patrimonio".

(126) *El heredero instituido en una cosa cierta y determinada, será considerado como legatario*.

(127) VALLET pone de relieve esta relación con los arts. 764 ("El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero..."), 891 ("Si toda la herencia se distribuye en legados.") y 912 ("La sucesión legítima tiene lugar: ... 2.º") cuando el testamento no contiene institución de heredero, en todo o en parte de los bienes, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa"). Diciendo que de llevar a sus últimas consecuencias, el art. 768, a la vista de estos preceptos llegaríamos a conclusiones absurdas (*Op. cit.*, pág. 170 y ss.).

(128) Argumento utilizado por ORTEGA PARDO, "*Heredero testamentario y heredero forzoso*", en ADC., 1950, págs. 130 y ss.; ROCA SASTRE, *Notas*, KIPP, *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 264, ROÁN, Texto refundido de la LH, en RDP, 1944, págs. 644 y ss.; LACRUZ, *Notas a BINDER, Derecho de Sucesiones*, pág. 97; VALLET, *Ibid*, págs. 170 y ss.

en el Derecho romano (129), que en el Derecho actual puede configurar supuestos de sucesión a título universal cuando, en general, la "cosa cierta" no pierde su relación con el total del *as* hereditario, y de la concurrencia de las restantes circunstancias se evidencia la intención del testador de hacer responsables a los así instituidos de las deudas hereditarias. De manera que la institución, en cosa cierta, puede ser considerada como un legado de *facto*, que se transforma en institución hereditaria al adquirir la cosa cierta función de *cuota*, según la voluntad del testador (130). Cabe pensar como supuestos de institución *ex re certa*, los siguientes: 1) Distribución de toda la herencia en instituciones *ex re certa* (por analogía además con lo dispuesto del art. 891 del C. c., entonces los instituidos serán herederos; 2) cuando en el anterior supuesto quede alguna cosa o porción vacante, o se olvidó el testador de alguna cosa, o la adquirió posteriormente, las cosas quedan igual; 3) si el testador distribuye parte de la herencia en instituciones *ex re certa* y el resto en legados, los primeros serán sucesores a título universal; 4) ordenando, en cambio, varias instituciones en cosa cierta y el resto siendo atribuido en total a otra u otras personas dando lugar a la sucesión intestada, normalmente los primeros serán legatarios y éstos herederos, a no ser que resulte otra cosa, claramente, de la voluntad del testador (131).

Pues bien, en todos estos supuestos el instituido en cosa cierta, aunque no toma parte en la comunidad hereditaria por la especialidad de su institución, su título de heredero le permite adquirir a la apertura de la sucesión, directamente, la propiedad de la cosa en la que ha sido instituido, al igual que el legatario en el supuesto del art. 882 del C. c.

En cuanto a la adquisición de la posesión se refiere, parece que tam-

(129) En el que hubo de vencer mayor resistencia por constituir casi un absurdo al ser heredado un sucesor *in universum ius*, y sobre todo, por exigir el nombramiento *formal de heredero* (IGLESIAS SANTOS, *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, en AAMN, 1952, págs. 49 y ss.).

(130) De acuerdo VALLET, *Op. y loc. cit.*; LACRUZ, en *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 84 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 76 y ss. La regulación romana —dice LACRUZ— que todavía rige hoy directamente en Navarra y Baleares, ha pasado al artículo 110 de la *Compilación de Cataluña* (cuyo párrafo segundo anteriormente hemos transcrito) con arreglo al cual, "el heredero o herederos instituidos sólo en cosa cierta, cuando concurren con heredero o herederos instituidos sin esta asignación, serán simples legatarios de aquélla. Pero si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, se estimarán prelegatarios de ella, y exclusión hecha de la cosa o cosas ciertas, tendrán el carácter de herederos universales por partes iguales si son varios" (*Ibid.*); en contra de esta doctrina se manifiestan los defensores del *criterio objetivo* respecto de la interpretación del C. c. en relación con la regulación de esta materia. Recientemente, en esta línea con dudosa fundamentación histórica, LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, págs. 51 y ss.

(131) VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 175 y ss.; DE LOS MOZOS, *Op. cit.* en RDN, 1960, I, págs. 203-204; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, página 80; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 86-87.

bién el instituido en cosa cierta, había de recibirla *sine corpore*, por ministerio de la Ley, como tal posesión civilísima, posibilidad que dubitativamente admite LACRUZ (132), y que VALLET restringe a los legitimarios instituidos en cosa cierta, los cuales, dice, pueden ocupar por propia autoridad la cosa objeto, o más bien, vehículo de la institución, gozando, por otra parte, de la tutela interdictal como los demás herederos, apoyándose para ello en la doctrina romanista y del antiguo Derecho castellano. Pero aún dentro de estos límites hemos de admitirlo con reservas, para ello existen diversas razones:

1.^a) Sí parece lógico que el instituido en cosa cierta que no sea legitimario, no ha de recibir la posesión de la cosa directamente, porque ello supone una garantía para los derechos legitimarios de los restantes herederos, que con él concurren a la sucesión; en el supuesto de que sea legitimario, cabe la misma cautela al ser posible una atribución excesiva en relación con la cuota legitimaria. 2.^a) Por otra parte teniendo en cuenta que las autorizaciones del testador para que el legatario de cosa cierta y determinada tome por sí mismo posesión de la cosa, no pueden derogar, la norma del art. 885 del C. c. tendríamos que con la adquisición directa de la posesión la institución en cosa cierta podría servir para eludir este precepto, es decir, para actuar *en fraude* del mismo, por lo que a la vista de tal consecuencia tal efecto no parece admisible. 3.^a) Por último, en el supuesto de admitir, en general o en particular, la adquisición de la posesión en forma automática nos encontraríamos, tratando de bienes inmuebles, con que este régimen no tendría un reflejo adecuado en nuestro sistema hipotecario.

Todo esto, supone que la cuestión aunque ello implica una incorrección, hay que plantearla en un doble plano, *institucional*, en el que la postura que combatimos parece aceptable, y *legislativo*, en el que se ofrecen particulares inconvenientes que con todo no pueden ser superados. Por esto hemos dicho que el instituido *ex re certa*, es un legatario *de facto*, aunque sea heredero. Pero esta consideración no puede servir para entender que, si bien no puede tomar posesión por su propia autoridad de la cosa en que ha sido instituido, o a propósito de la cual ha sido instituido, goza en cambio de otras ventajas de la posesión civilísima, como son las derivadas de la tutela interdictal, porque como consecuencia lógica de la anterior, es evidente que no podría actuarla contra los herederos instituidos en cuota, y si esto es así, como la tutela interdictal se produce *ante omnia*, no caben distinciones en este punto. (Art. 441 del C. c.)

Ahora bien, cabe una mayor precisión en esta problemática, y así no hay inconveniente en admitir que en el supuesto en que toda la herencia se distribuya en instituciones en cosa cierta, la posesión se transmite también a los herederos. Existiendo también otro supuesto: cuando la institución en cosa cierta venga a coincidir con la partición del testador (art. 1.056 del C. c.), bien porque se haga una previa de-

(132) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 87.

signación de cuotas, bien que la asignación funcione no sólo como institución y suponga también partición, o en fin, porque la partición del testador crea herederos y no legatarios, normalmente (133). En estos supuestos las dificultades de orden hipotecario tampoco existen.

C) *Legado pro legítima.*

En este supuesto hay que tener en cuenta, aparte de la naturaleza jurídica de la legítima, la posibilidad de su adquisición como legado y si existe o no el problema de la yuxtaposición de llamamientos (legal y testamentario), y conforme a estos criterios, resolver la disciplina aplicable al objeto que nos ocupa.

No podemos aquí resolver el problema, tan discutido por la doctrina, de la naturaleza jurídica de la legítima; únicamente diremos que mientras por un lado el C. c., en su artículo 806, llama a los legitimarios *herederos forzosos*, el 815 permite que el testador pueda cumplir dejándola *por cualquier título*, cuando por otra parte, además el 1.056-2.º le autoriza a su pago en dinero para conservar indivisa una explotación, permitiendo también su pago en metálico respecto de la legítima del cónyuge viudo (art. 838-1.º), o de los hijos naturales (art. 840-2.º), dándose el caso todavía de que existan supuestos en que no hay sucesión *mortis causa* por haber dispuesto el causante de todo su patrimonio en donaciones *inter vivos*, y en cambio existen legítimas, bien porque se hayan atribuido mediante donación a los presuntos legitimarios, bien que éstos tengan el derecho de impugnarlas por inoficiosas (art. 636). Ahora bien, tampoco por esto se pueden extremar las posiciones, como hace algún sector de la doctrina, en uno u otro sentido, ya que el legitimario siempre es considerado heredero, o contrariamente, no lo sea (134). En la primera posición, se entiende, desde cierto punto de vista, que aun siendo llamado por testamento, el legitimario siempre adquiere por *ministerio de la ley* (135), o desde otro, que el testador cuando establece legados en lugar de la legítima lo que hace es simplemente utilizar

(133) DE LOS MOZOS, *Op. y l. cit.*, págs. 205-206.

(134) Entre la numerosa bibliografía sobre este punto: ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945; *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ADC, 1950, págs. 321 y ss.; ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en RDP, 1944, págs. 185 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio cit.*, págs. 117 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio: El arccimiento en la mejora*, en AAMN, 1946, págs. 499 y ss.; PORRETA CLÉRIGO, *Naturaleza de la legítima*, CCNB, 1946, págs. 195 y ss.; ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, págs. 297 y ss. y las referencias en obras generales. Para una detallada bibliografía de esta cuestión anterior a 1955, ESPIN, *Manual*, citado, V, pág. 274 y ss., y allí, también, una exposición clara y sucinta de las diferentes tendencias doctrinales.

(135) Así ESPINAR LAFUENTE, *Ibid.*

lizar la facultad que le concede el artículo 1.056 (136); en la segunda se llega a decir que el legitimario es únicamente acreedor de *un simple derecho de crédito* frente a la herencia (137), o en fin, que la legítima es *una parte alícuota del activo de la herencia* una vez deducidas las deudas (138). Ante esta disparidad de criterios que la doctrina ofrece abundantemente, de lo que lo dicho no es más que una pequeña muestra, es preferible abandonar los puntos de vista excesivamente pormenorizados de donde se han pretendido extraer conclusiones generales y atenerse, como siempre que hay que delimitar un concepto que presenta el más disperso castuismo, a la consideración de los supuestos normales, en primer término, los cuales, inevitablemente, nos traerán la noción de la legítima, para después en segundo lugar, teniendo presente las excepciones a ella referidas, completar de una u otra manera su exacto y adecuado perfil. Así efectivamente, de la combinación de los preceptos del C. c. anteriormente citados y de los otros muchos que puedan ser añadidos (arts. 763, 813, 814, 816 y siguientes, 1.037, 1.075, etc.), llegamos a la conclusión de que la legítima es la proporción de los bienes de la herencia o del patrimonio del causante, que éste se halla obligado a reservar a favor de determinadas personas que reciben el nombre de legitimarios (artículos 806, 636, 819, etc.).

Por otra parte, no ofrece duda que la legítima puede ser dejada por cualquier concepto (art. 815): donación, herencia, legado, institución *ex re certa*, legado de parte alícuota; ofreciendo, entonces, las consecuencias de la forma jurídica elegida, ya que a lo que obliga la legítima, en cualquier caso, es a la expresada reserva. En este sentido es compatible el llamamiento testamentario con los derechos que se derivan de la condición de legitimario. En otro sentido, en cambio, no es que no exista compatibilidad o incompatibilidad entre la condición de legitimario y el concepto sucesorio correspondiente, porque esto es una consecuencia de la equiparación del legitimario al heredero, o de su contraposición, sino que al plantearse desorbitadamente esta cuestión por la doctrina se llega a tal problema desde una doctrina inadecuada (139) como dice VALLET, "No cabe que se produzca ni una *yuxtaposición* de llamamientos, ni siquiera su *superposición*. Pero tampoco hay *absorción* del carácter de legitimario por la cualidad de heredero... El heredero testamentario o abintestato que sea legitimario, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; pero no viene obligado a soportar las cargas impuestas en testamento que perjudiquen a su legítima, ni las donaciones que sean inoficiosas o los actos simulados que le produjeran igual lesión. Es un heredero como otro

(136) ORTEGA PARDO, *Op. cit.*, en ADC, 1950, pág. 352.

(137) DE DIEGO, *Instituciones*, III, pág. 225.

(138) PUIG BRUTAU, en colaboración con ROCA SASTRE, en *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 142.

(139) V. ESPIN, *Manual*, V, págs. 280 y ss.

cualquiera, pero que goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar aquel mínimo señalado por la Ley" (140). Y en el mismo sentido se expresa el profesor LA-CRUZ al decir que "opera la vocación prevalente pero no la secundaria; aun cuando no supone una vocación efectiva actualmente operante en la dinámica del fenómeno sucesorio, continúa existiendo y sirviendo de freno y regulador, a través de las vicisitudes de la sucesión. Su subsistencia se revelará, así, siempre que por acontecimientos posteriores se compruebe la infracción de la legítima, autorizando entonces a modificar las vocaciones testamentarias, o abintestato, reduciendo donaciones o legados. Por lo demás —añade— el legitimario a quien se dejan los bienes por título de herencia ostenta igual posición jurídica que cualquier otro heredero (salvo en lo que se refiere a la defensa de su legítima contra las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* del *de cuius*), quedando obligado, incluso, en virtud del art. 661, al pago de las deudas". Tampoco puede el legitimario renunciar al concepto en que el causante le deja la legítima y reclamar ésta, al contrario de lo que sucede en Derecho catalán (art. 131 de la *Compilación*) (141). Pues bien, esto que se dice del legitimario a quien se le ha dejado su legítima en concepto de herencia, se puede aplicar, como una consecuencia lógica, correctamente a los restantes conceptos sucesorios, y en particular al supuesto del legado. Negar esto, supondría negar el artículo 815 del C. c. y desnaturalizar la naturaleza jurídica de la propia legítima, la cual, creemos, se ofrece, conforme ha quedado expuesta, con suficiente claridad y rigor, de la propia configuración legal y de todo el abigarrado cortejo de sus particulares consecuencias, por encima de errores terminológicos en las expresiones del C. c. y de las innecesarias complicaciones doctrinales anteriormente criticadas.

Por esto, resulta contradictoria la afirmación de VALLET cuando dice que en el supuesto del legado *pro legítima*, el legatario legitimario adquiere directamente la posesión de las cosas así legadas, razonando que: "Hay una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la Ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes para entender que la posesión del legado *pro legítima* —sea de cuota, de cosa cierta, o de género y cantidad, contenidos en la herencia— debe pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar por propia autoridad los bienes legados si estuviesen determinados. O bien, ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado" (142).

Esta afirmación, a pesar del prestigio de su mantenedor, no nos

(140) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 113-114.

(141) *Derecho de Sucesiones*, pág. 183.

(142) *Op. cit.*, pág. 295.

parece admisible de no desmontar toda la construcción jurídica que anteriormente hemos establecido, de acuerdo con los preceptos del propio C. c. y partiendo de una interpretación armónica de los mismos. Para ello, habría que admitir una *yuxtaposición* de llamamientos que niega el propio VALLET. Por otra parte, no hay razón alguna para admitir también en el supuesto de legitimario legatario de cosa cierta y determinada o de cantidad, un régimen distinto, en cuanto a la adquisición de la posesión, del que ha de regir otros aspectos derivados de la condición de heredero: intervención en el juicio de testamentaria y pago de las deudas hereditarias que no tiene y que no pueden alcanzarle (143). Esto se deduce en el primer aspecto, claramente del propio artículo 1.038 de la LEC.; no siendo obstáculo para ello las facultades que a tales legitimarios concede el C. c. en relación con la reducción de donaciones y legados (arts. 818 y ss. 289, 636), ya que puede perfectamente obtener la efectividad de sus derechos por medio del juicio ordinario correspondiente; el cual, además, si se promueve el de testamentaria, podrá ser a él acumulado por la fuerza atractiva del juicio universal sobre el singular, y de esta manera influir en su resultado. En otros supuestos, legado de cuota, institución *ex re certa*, hay que atenerse a las reglas específicas de tales formas sucesorias, sin que para nada en este aspecto resulten modificadas por establecerse a favor de un legitimario, más que en el sentido de que éste tiene derecho a que se respete su legítima, pero lo que no puede hacerse es homologar unos y otros supuestos, porque se encuentre debajo, subyacente, la cualidad de legitimario, pues esto sería admitir la *yuxtaposición* que se niega; cuando, por entenderlo así no se establece la *absorción* del pretendido llamamiento legítimo por parte del llamamiento testamentario, sino que aquella condición queda con su libre juego frente a la posibilidad de reducir las donaciones y legados inoficiosos o de exigir el suplemento de la legítima, no tiene nada de extraño que en alguno de aquellos supuestos goce el legitimario, legatario de cuota, o instituido en cosa cierta, de facultades propiamente hereditarias, como hemos visto (pero nunca la adquisición directa de la posesión del *de cuius* más que en casos excepcionales), las que le son atribuidas como consecuencia de estas formas sucesorias y con independencia de su condición de legitimario. Lo contrario sería negar la libertad testamentaria más allá del límite que impone la legítima, mientras que, por otra parte, del régimen de la legítima en sí, no se deriva otra consecuencia que la de servir de freno a la libre disposición del testador. Por eso, todos estos supuestos deben ser considerados conforme a su respectivo régimen, como hemos anticipado, de manera que en el supuesto del legado *pro legítima*, el legitimario no adquiere la posición directamente de su causante ni puede ocupar por sí mismo las cosas legadas, bien se trate o no de cosa cierta y determinada (144).

(143) VALLET entiende lo contrario. *Op. cit.*, págs. 295-296.

(144) En contra, VALLET, *Op. y l. cit.*

No puede ser a esto obstáculo la razón histórica que invoca VALLET, pues, en este sentido, no es lícito alegarlo al haber cambiado de significado la regulación del C. c., en relación con el Derecho romano y el antiguo Derecho castellano (145), como el propio VALLET reconoce (146). Efectivamente, en el Derecho romano (C. III, 28, 30 y Novela 115, cap. V) y en el antiguo Derecho castellano (Ley 5.^a, tít. VIII, P. 6.^a). La legítima había de dejarse, por el honor del título, a título de herencia para poder ejercitar las facultades que le competen como legitimario (147), criterio que abandona el art. 645 del Proyecto de 1851, antecedente del 815 del C. c., lo que destacan GARCÍA GOYENA (148) y otros autores (149).

Ni tampoco la razón práctica, alegada por el mismo VALLET (150) al pretender que, del modo que propugnamos, el legitimario-legatario se encuentra en situación de inferioridad respecto del legitimario-heredero al no recibir el primero la posesión civilísima; ya que goza de otras ventajas, como la principal de no responder de las deudas hereditarias como el heredero; teniendo en cuenta que en la realidad cumple, y puede cumplir con tales características, una función muy interesante y digna de tener en cuenta.

Por último, hay que recordar aquí también que en el tema que nos ocupa el pretender dar al legado *pro legitima* otro efecto que el indicado chocaría con el régimen de la L.H., que una vez más nos sirve de comprobante; cobrando sentido aquéllo de la sustantividad del Derecho adjetivo que tantas veces se ha repetido.

f) *Prelegado*.

En el supuesto de *prelegado* a favor de un heredero único, por l6gica, hay que admitir que el prelegatario adquiere la posesión directamente del causante, o al menos (sea éste uno de esos supuestos que no ofrecen fácil explicación conceptualmente) puede ocupar por sí

(145) El mismo valor tienen las referencias que este autor hace al Derecho catalán, cuando habla de la posibilidad de que los legitimarios, aun legatarios, pueden promover el juicio de testamentaria, citando varias sentencias del TS.; cuando nos venimos complaciendo siguiendo a LACRUZ en señalar las diferencias existentes entre el Código y la *Compilación catalana* (V. VALLET, *Op. cit.*, página 296).

(146) *Op. cit.*, págs. 282-283.

(147) Véase la glosa de GREGORIO LÓPEZ, a la Ley citada en el texto, de acuerdo con BARTOLO, JASON, BALDO, etc. *Las siete partidas del sabio Rey DON ALONSO EL NONO*, 3, Madrid, 1784, págs. 126-128; ANTONIO GÓMEZ, *Variar resoluciones*, cap. XI-1-b), pág. 134.

(148) *Concordancias*, II, pág. 95.

(149) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 937; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 316; M. SCAEVOLA, C. c., XIV, pág. 430, también citados por VALLET, *Ibid.*

(150) *Op. cit.*, pág. 295.

mismo la cosa legada (151), por coincidir en la misma persona la cualidad de legatario y de heredero; pero en los restantes supuestos hay que atenerse a la disciplina general (152).

3) *Situaciones especiales en que pueden hallarse las cosas legadas.*

Esta materia no sugiere consideraciones de tanta entidad e importancia como las anteriores, pero merece, en cambio, cierta atención. Por otra parte, su análisis es más sencillo, pues para ello contamos con algún apoyo doctrinal directamente referido al tema que nos ocupa.

El supuesto más importante es el del legatario que a la muerte del testador *se halle en posesión de la cosa legada por otro título* (depósito, comodato, arrendamiento); o cuando *coposea* la cosa legada; o cuando, *muerto el heredero, se halle la cosa en posesión del legatario*, supuesto que hay que distinguir de la adquisición tácita de la posesión, que es una forma indirecta de entrega.

En estos casos, se trata de hacer ver que no es precisa la *entrega* del legado, ya que existe un estado posesorio anterior, simultáneo o posterior a la apertura de la sucesión que facilita el camino de la adquisición posesoria o que le suple. No es que el legatario adquiera directamente la posesión de la cosa legada, sino que no precisa adquirirla porque la tiene de una u otra manera y únicamente lo que sucede con la apertura de la sucesión, o con la muerte del heredero obligado a entregarla, es que consolida aquella posición al haber adquirido el dominio; de manera que aquella autorización limitada (título posesorio anterior, *detentación*) o de hecho para poseer la cosa legada adquiere plena efectividad. Pero esta doctrina no puede ser aceptada; para imponerla vamos a analizar someramente cada uno de los supuestos contemplados:

a) Cuando el legatario estuviere en posesión de la cosa por otro título (depósito, comodato, préstamo), debe pedir al heredero la entrega de la cosa legada. La tesis contraria ha gozado de prestigio en la doctrina extranjera; aún recientemente BRUNELLI-ZAPPULLI (153) ha defendido este punto de vista, pero donde más se desarrolla esta opinión es entre los autores franceses del siglo XIX, partiendo de una errónea interpretación de un pasaje de POTHIER; así TROPLONG (154), RICARD, DURATON, COLMET DE SANTERRE, MERLIN, DELVINCOURT, GRENIER, TOULLIER, ZACHARIAE; pero la doctrina, sobre todo a partir de AUBRY y RAU, ha cambiado de dirección (155). En Italia son

(151) Así ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609, citando de acuerdo las Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900.

(152) Esta disciplina presenta también abolengo romano: D, 43, 3, 1, 6.

(153) *Op. cit.*, pág. 391.

(154) *Donazioni ed testamenti*, II, pág. 339.

(155) Citan al elenco de autores indicado en el texto, salvo el primero, AUBRY ET RAU, *Cours*, IX, pág. 461, nota 4, aludiendo al pasaje de POTHIER, en el que se plantea un supuesto de autorización tácita para tomar posesión de la

también muy escasos autores los que siguen la tesis combatida en la doctrina antigua, así BORSARI, CORTE-FENNA (156), mientras que la mayoría se muestran partidarios del criterio contrario: LOSANA (157), RICCI (158), DEGNI (159), PACIFICI-MAZZONI (160) y lo mismo sucede, con excepción de BRUNELLI-ZAPPULLI, en la doctrina posterior al Código civil de 1942: GIANNATTASIO (161), GANGI (162), AZZARITTI (163). En la nuestra, únicamente MUCIUS SCAEVOLE cita la opinión criticada atribuyéndosela a ROGROM, sin tomar partido por una u otra solución (164). En definitiva esta postura carece de fundamento serio, pues únicamente se dice por sus mantenedores que es innecesaria e inútil la petición de entrega por el legatario cuando se halle en posesión de la cosa, ya que entonces carecería tal entrega de objeto (165). Pero no se dan cuenta que no es posible eludir la entrega en tales supuestos, ya que ello implicaría una inversión en el título posesorio del legatario (*animus*) cuando nadie puede derivar de sí mismo la causa de su posesión y ello va, por otra parte, en contra de la posesión civilísima que adquiere *ipso iure* el heredero (166); ahora bien, esto no supone, como dice PACIFICI-MAZZONI, que el legatario en tales supuestos haya de efectuar la devolución de la cosa con objeto de después obtener la entrega, basta que en este caso la petición vaya dirigida a cambiar el título posesorio (167); o a lo sumo, como dicen AUBRY y RAU, cuando el legatario le reclame al heredero la entrega de la cosa, podrá reconvenir solicitando su consignación como legado (168). De todos modos, esta disciplina cuenta con un claro precedente romano que los autores de la Escuela de la Exégesis, siguiendo erróneamente a POTHIER, no supieron encontrar (169). Por esto, agudamente LOSANA entiende que ella ha de regir cuando se trate de posesión o

cosa legada al legatario por el heredero (*Des donations testamentaires*, cap. V, secc. II, 32).

(156) Cits. por DEGNI, *Op. cit.*, II, pág. 62.

(157) *Op. cit.*, pág. 379.

(158) *Op. cit.*, III, pág. 878.

(159) *Ibid.*

(160) *Istituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(161) *Op. cit.*, II-II, pág. 269.

(162) *Op. cit.*, II, pág. 129.

(163) AZZARITTI-MARTÍNEZ-AZZARITTI, *Op. cit.*, pág. 446.

(164) *Código civil*, XV, pág. 361.

(165) Así TROPLONG, *Op. cit.*, II, pág. 339; DEMOLOMBE, *Op. cit.*, XXII, página 268, etc.

(166) Así únicamente: LOSANA, PACIFICI-MAZZONI, AUBRY ET RAU, AZZARITTI-MARTÍNEZ-AZZARITTI, *Ops. y ls. cits. ibid.*

(167) *Istituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(168) *Cours*, XI, pág. 461, nota 4.

(169) Efectivamente en D, 43, 3, 1, 9, encontramos un supuesto análogo para el caso de que alguien sea puesto en posesión de los legados para su custodia o guarda, lo que es generalizado por la *Glosa* y aplicado a otros supuestos, al decir: *possidere et tenere differunt* (GODOFREDO, *In tit. "quod legatorum"*, (D, 43, 3, 1), en *Corpus iuris civilis*, I, ed. cit., col. 1530.)

quassi possessio de cosas incorpóreas o derechos (servidumbres) (170). Incluso, hay autores que van más lejos, al considerar que, aun en el legado de liberación de deuda, que es sin duda el más innaterial de todos, el legatario debe pedir la posesión al heredero (171), lo cual sí que, realmente, carece de objeto (172); pero no solamente en este supuesto, sino cuando se trate de legados de cantidad o de cosa determinada solamente en el género, en todos estos supuestos, el legatario no tiene más que una acción para exigir el pago contra el heredero, como ya hemos anticipado.

b) La misma disciplina hay que establecer cuando el legatario sea *coposcedor de la cosa legada*, por ser copropietario de ella, aun cuando tenga la cualidad de coheredero (prelegado), pues la limitación que entraña la coposesión pone las cosas en situación análoga al supuesto anterior; así LOSANA afirma que tanto vale tomar posesión de una cosa (arbitrariamente, se entiende) como invertir la material y precaria detentación (173); por otra parte, el heredero frente al legatario-coposcedor goza de la misma aptitud para defenderse con el interdicto *quod legatorum*, pues la coposesión no supone ninguna limitación en este sentido (174).

Lo mismo se ha de decir cuando la situación de comunidad provenga de la existencia de un régimen económico-matrimonial de este tipo, cuando abierta la sucesión se halle pendiente de liquidación. Así lo entienden AUBRY y RAU para la *communauté en biens*, aludiendo al caso del marido legatario de su mujer en el mobiliario doméstico, bien que haya tenido como jefe de la misma la administración de la comunidad y se hallare en posesión de las cosas legadas, y al caso inverso de la mujer respecto del marido (175). Lo que igualmente debe establecerse para nuestra sociedad de gananciales; en este sentido es muy interesante la Sentencia de 17 de abril de 1959, refiriéndose al supuesto en que la viuda legataria de su marido, pendiente de liquidación la sociedad de gananciales para obtener la posesión del legado debe pedir su entrega a los herederos (176).

(170) *Le successioni testamentarie...*, pág. 379. Esto se aplica también al usufructo en el Derecho romano, por su condición de servidumbre personal. Así, D, 43, 3, 1, 8. Y aunque la *Glosa* se refiere a este supuesto, como al anterior (depósito) la distinción antes indicada se construye sobre éste: "*possidere et tenere differunt. Huius rei hoc quodque argumentum est, quod usufructus et usus non possideatur. Ita servitutes tenentur, non possidentur*" (Ibid).

(171) RICCI, *Corso*, III, pág. 878.

(172) LOSANA, *Op. cit.*, pág. 379; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, página 447.

(173) *Op. y l. cit.*, de acuerdo, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, página 446, y explícita o implícitamente los autores anteriormente citados.

(174) V. DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, núm. 31.

(175) *Cours*, XI, pág. 462.

(176) En el *motivo de casación* (tercero del recurso) que prosperó, pues la Audiencia había sostenido lo contrario fundándose en que previamente debe liquidarse la sociedad de gananciales, se ofrecía la siguiente interesante argumentación: una cosa es que el legatario en el supuesto del art. 885 sea propietario

c) Tampoco suple la necesidad de la entrega la circunstancia de que muerto el heredero la cosa legada se encuentre en posesión del legatario, ya que se da la misma situación de inversión posesoria que advertíamos en el primero de los supuestos contemplados, ni es suficiente la explicación de que en tal caso se presume la autorización del heredero, como entendían las resoluciones de 15 de julio de 1868 y 18 de julio de 1900 y defienden ROCA SASTRE (177) y VALLET (178), teniendo en cuenta que el primero de ellos niega la posesión civilísima y el segundo considera que no va contra la naturaleza del legado la posibilidad de la adquisición *ipso iure* de la posesión (179). Cuando, por otra parte, la Resolución de 19 de noviembre de 1952 ha rectificado el criterio anteriormente sustentado por la Dirección General de los Registros, y sobre todo, a la vista de la nueva redacción dada al artículo 83 del Reglamento Hipotecario en la reforma de 17 de marzo de 1959, en la que, como ya dijimos, llenando una laguna anterior, alude directamente a la escritura de entrega.

d) ROCA SASTRE, al buscar precedentes romanos en apoyo de su tesis, respecto del supuesto anterior, se va a otro supuesto distinto (180), sobre todo, antes de la última reforma de Reglamento Hipo-

de la cosa legada y tenga incluso acción de carácter real para reclamarla, "pero de esto a admitir una especie de *constitutum possessorium*, por virtud del cual el legatario venga a adquirir el dominio de los bienes legados, es algo que pugna con la misma esencia de la transmisión *mortis causa*". Argumentación que como vemos va más allá de donde debiera al referirse al *dominio* y no a la *posesión*. Terminología sin duda equivocada, que no acoge al pie de la letra el considerando correspondiente (sexto) aunque, por otra parte, su doctrina aplicada al objeto de nuestro estudio, resultaría excesiva tomada al pie de la letra, pues no siempre es preciso, para que luego proceda a la entrega, como anteriormente hemos indicado, siguiendo a PACIFICI-MAZZONI, que primero el legatario devuelva las cosas legadas al heredero que se encuentren en su poder, lo cual no tiene sentido, en general, sino únicamente en el caso controvertido en la citada sentencia por lo que se deduce de sus antecedentes; así se dice en su *sexto considerando* citado, refiriéndose al art. 885, que: "en su consecuencia, en el caso presente, la viuda del causante está obligada a entregar al hermano y heredero del mismo los bienes que retenga en su poder y que, por ser de la propiedad exclusiva de su marido, en el momento de su muerte, tengan carácter hereditario, sin que la necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales pueda tener otras consecuencias que determinar la posible responsabilidad de tales bienes, derivada de la existencia de la sociedad conyugal, pero que no puede afectar al carácter hereditario de los mismos y fijar el haber de dicha sociedad de gananciales, dividiendo su remanente líquido entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, pero cuya liquidación no puede constituir obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén mientras llega el momento de tal liquidación en la posesión de aquél a quien la ley se la confiere de pleno derecho, y por ello es errónea la sentencia, en cuanto declara que mientras que no se liquide la sociedad de gananciales y se determinen los bienes que constituyen la herencia".

(177) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609.

(178) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 295, nota 544.

(179) De idéntica opinión, no obstante era MORELL Y FERRY, *Comentarios*, III, pág. 141.

(180) *Ibid.*

tecario, a aquel en que aparezca el *legatario en posesión de la cosa por autorización tácita del heredero*, en el que a diferencia del anterior, aunque tácitamente existe una autorización para que el legatario ocupe la cosa legada, que es bien distinto de una *presunción* de que haya sido autorizado porque se halle en posesión de la cosa, bien a la apertura de la sucesión como en los anteriores, bien a la muerte del heredero, como en el precedente. Lo que sucede, es que en este caso se plantea la dificultad de la constancia o prueba de semejante autorización, lo que constituye un problema de hecho a resolver en cada caso; aparte de esto tropieza con el inconveniente de la nueva redacción del artículo 83 del Reglamento Hipotecario. Pero vayamos por partes. Efectivamente esta materia goza de un claro precedente romano, en D, 41, 3, 1, 11, en el cual se hace consistir la autorización tácita o favor del legatario en la tolerancia del heredero, y esta pauta, muy razonablemente por otra parte, se mantiene en el Derecho intermedio (181), de acuerdo con una línea uniforme. Por esto no es de extrañar que sea aceptada esta solución por la doctrina francesa (182) y, sobre todo, por la italiana (183) y que en tal supuesto debamos propugnarla como admisible institucionalmente, ello no ofrece ninguna dificultad; únicamente para bienes inmuebles nos encontraremos con la dificultad textual que presenta el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, pero esta dificultad no es de fondo en este caso, ni siquiera insalvable, porque las líneas fundamentales de la regulación son las mismas, vienen impuestas por el artículo 885 del C. c. del que la I.L.I. en sus sucesivas redacciones no ha sido, en esta materia más que un reflejo, cuando más su Reglamento. En la práctica puede suceder que viviendo el heredero no tenga inconveniente en otorgar la correspondiente escritura de entrega, o aun negándose a ello el legatario podrá exigírselo judicialmente, en todo caso de no obtener el reconocimiento de haberla efectuado tácitamente; fallecido el heredero y no habiendo persona obligada a la entrega, el legatario se encontrará en la misma situación o a lo sumo podrá utilizar el acta de notoriedad o la información para perpetua memoria, no como medio para suplir directamente la escritura de entrega, pero sí hábil para suplirla indirectamente, como medio de acreditar el fundamento de la autorización tácita (que en la práctica puede ser expresa, pero verbal, incluso acompañada de la entrega material y tener los mismos incon-

(181) Así primeramente en la *Glosa*: V. GODOFREDO, *Op.* y *l. cit.*, después en la *Escuela Culta*: V. CUTACIO (*in tit.* "quod legatorum", lib. VIII del *Codex*, en *Operum postumorum*, V, Lutetia Parisiorum, 1658, col. 1772; como en los doctores de nuestra doctrina: ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones*, cap. XLXII-10 d), pág. 160; y por último, en su postrera etapa POTHIER, *Des donations testamentaires*, cap. V, secc. II, 2, lo que induce a confusión a otros autores posteriores, como ya indicamos.

(182) AUBRY ET RAU, *Cours*, XI, pág. 463.

(183) RICCI, *Corso*, III, pág. 878; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, V-2.^a, páginas 445-446; y allí referencias de bibliografía francesa e italiana.

venientes de adverbación) (184). En definitiva hemos de entender que en este supuesto, lo importante no es la forma de entrega, sino que el legatario no haya tomado posesión de la cosa por su propia autoridad, pues lo contrario quedará patente de la autorización tácita, a la que luego, para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, hay que buscarle el más adecuado expediente conforme a las circunstancias del caso.

- 4) *Casos anormales: facultades del albacea y del contador-partidor; ausencia de personas obligadas a la entrega; cuando el obligado sea otro legatario.*

El supuesto normal es que el obligado a entregar la cosa sea el heredero, pero puede suceder que el albacea o testamentario se halle autorizado para ello por así haberlo dispuesto el testador, conforme a las facultades que le confiere el artículo 901 del C. c. ya que en caso contrario el albacea sólo podrá satisfacer los legados de cantidad que consistan en metálico con el conocimiento y el beneplácito de los herederos (art. 902, 2.º, C. c.), de forma que en este sentido hay que entender lo dispuesto por el artículo 885 del C. c., que además resulta del tenor literal de este mismo precepto; y ésta ha sido siempre, por otra parte, la interpretación que ha dado la doctrina (185), pero la nueva redacción dada al artículo 83 del Reglamento Hipotecario, en su última reforma ha alterado este orden, al expresar que: “*los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega, o en su defecto, por el heredero o herederos*”. Ahora bien, no podemos aceptar, pura y simplemente, una derogación del artículo 885 del C. c. por este precepto reglamentario, ni en cuanto ha alterado el orden de preferencia, ni en cuanto ha introducido un nuevo personaje en la acción: el contador partidor.

En cuanto a este segundo punto, estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, en que la función del contador partidor, es contar y partir, pero no entregar —aunque al contar y partir llegue a reducirlos incluso (R. de 9 de marzo de 1927)— los legados, que es función del heredero. Únicamente cabe que el testador le haya autorizado a este cometido y entonces cumple función de albacea; en caso contrario no cabe atenerse al artículo 83 del R. H. En cuanto al primer punto, no estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, porque entiende que el artículo 83 del R. H., al alterar el orden de preferencia establecido por la entrega

(184) ROCA SASTRE invoca este remedio supletorio en el supuesto anterior, respecto del cual creemos no tiene aplicación, pues las bases son bien diferentes (*Derecho Hipotecario*, II, pág. 609).

(185) MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil*, XV, pág. 362; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 637; GALINDO Y ESCOSURA, *Leyslación hipotecaria*, II, pág. 657; MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 140; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1291; ESPIN, *Manual*, V, págs. 233-234.

de legados, conforme, no sólo al artículo 885, sino a todo el sistema que centra este precepto, ha supuesto una reforma de este artículo del Código, al echar a aquél abajo; pero si estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, al advertir la finalidad de esta reforma, para en la práctica llegar a coincidir, aunque sin extraer las consecuencias generales que él establece. Vamos a explicarnos. Hay que distinguir en la actuación del art. 83 del R. II. dos planos: el normal y el anormal; en el supuesto normal, no hay contradicción con el art. 885 del C. c. porque, o existe la autorización a favor del albacea (o del contador-partidor, y entonces es albacea en este extremo), o no existe; en el anormal, viene a coincidir el fin previsto en la reforma del R. II. con la no actuación del art. 885 del C. c. por lo que respecta al heredero. Aludiendo a lo primero, ROCA SASTRE dice que "esta reforma es evidentemente práctica. Lo natural es que sean los propios herederos los que hayan de hacer entrega de los legados. Pero ya se ha dicho que la Resolución de 19 de mayo de 1947 se queja del poco interés que a veces los herederos tienen de aceptar ciertas herencias (si bien los legatarios cuentan con la *interrogatio in iure* que permite el art. 1.005 del C. c.) y que la de 19 de mayo de 1952 preconiza que de *lege ferenda* se arbitre una fórmula más sencilla para la entrega. Al testador le queda el recurso de facultar a un albacea para verificarla, pero el albacea según la Resolución de 7 de abril de 1906, no podrá proceder a dicha entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia... Ante estas dificultades la fórmula del art. 83 del R. II. es buena desde el punto de vista práctico... Lo recomendable es que en los testamentos en que se ordenen legados y se designe contador-partidor, el testador faculte a éste para verificar la entrega". Pues bien, en estos casos no es que *padezca* el C. c., como entiende ROCA SASTRE, es decir, que se derogue (186), sino que no actúa, pues al no haber aceptado el heredero la herencia, no ha recibido la *posesión civilísima*, y de esta manera el legatario tiene un recurso más eficaz y rápido que el de la *interrogatio in iure* aludida.

En el segundo de los supuestos anormales considerados, cuando no existan herederos ni albaceas autorizados a la entrega, la doctrina ha intentado diversas construcciones que nos parecen artificiosas y discutibles. MORELL (187), MANRESA (188) y ROCA SASTRE (189), entienden que pueden acudir al procedimiento establecido en los arts. 2.056 y siguientes de la LEC.; pero esto ofrece una notable dificultad, y es que el artículo 2.056 de la LEC. exige para ello, que los bienes sobre los que se reclama la posesión judicial han de estar inscritos, excluyéndose además que los mismos bienes se hayan adquirido a título hereditario. Más convincente es la opinión de MUCIUS SCAEVOLA, siguiendo a

(186) *Suplemento al Derecho Hipotecario*, págs. 57-58.

(187) *Comentarios*, III, pág. 141.

(188) *Comentarios*, VI, pág. 640.

(189) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 610.

MANRESA (190), quien entiende que en estos supuestos, cuando nadie posee los bienes a título de dueño o de usufructuario, puede intentarse el *interdicto de adquirir* (art. 1.633 de la LEC) (191). Pero en todo caso, siempre cabe que el legatario, utilizando la facultad que le concede el art. 1.005 del C. c. se dirija contra los presuntos herederos abintestato, que no pueden faltar, pues siempre estará en último lugar el Estado (arts. 956 y siguientes del C. c.) y pedir, conforme al 1.020 que se nombre un administrador de la herencia, al cual incumbe, desde luego, de acuerdo con los arts. 1.026 y siguientes, el pago de los legados (192).

Vamos a referirnos, por último, al supuesto en que sea *otro legatario el obligado a la entrega* de la cosa legada. En este caso, aunque no lo diga el art. 885 del C. c., que se refiere sólo al heredero o albacea, parece que legatario obligado se halla lógicamente comprendido, al admitirse esta posibilidad por el art. 858 del C. c. Por otra parte, son de invocar en este supuesto todas las normas que, por analogía, sean aplicables. Hay que distinguir, no obstante, si el legatario gravado tiene ya la posesión de la cosa por haberla recibido del heredero o no. En el primer caso, habrá que reclamársela al legatario gravado (193), en el segundo, no creemos que se pueda pedir directamente al heredero, como entiende LOSANA en la doctrina italiana antigua, aun reconociendo que en la entrega debe intervenir el legatario gravado (194), ni tampoco cabe pensar, como cree RICCI, que esto puede plantearse en el caso de que el legatario gravado se la haya devuelto al heredero, porque éste no tiene por qué volver a recibirla (195); más lógico es entender que no habiéndola recibido el legatario gravado, el segundo legatario, pueda actuar subrogándose en las acciones del primero, o demandando al heredero y al primer legatario, según la diversa actitud en que éstos se encuentren. Para ello, la acción de que

(190) *Comentarios a la LEC*, VI, pág. 118.

(191) *Código civil*, XV, pág. 365.

(192) MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 141; MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, XV, págs. 364-365, después de citar al C. c. portugués y a los autores del *Febrero reformado*, y de dar muchos rodeos, no llega a formularse con claridad esta solución. Para la misión del administrador en este sentido: GUTRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 255 y ss. Bien es verdad, como dice MUCIUS SCAEVOLE, que: "si el heredero o legatario no acepta la herencia o el legado gravados (en el supuesto en que sea un legatario el obligado a la entrega), creemos que las mandas deberán satisfacerse por los albaceas, a no ser que el testador hubiera instituido a los primeros y señalándoles el referido gravamen con la condición de que *nadie más que ellos lo habrían de prestar*, en cuyo caso, claro es que el efecto cesaría con la causa que lo produjo, es decir, el legado se extinguiría por no haber quien legítimamente le entregara, y por virtud también, según lo dicho, de la intención del testador" (Ibid). En este caso la reserva hecha por el testador arrastra a la misma institución del legado, de manera que el legatario, en este caso, ni siquiera adquiere la propiedad.

(193) Así, RICCI, *Corso*, III, pág. 879; LOSANA, *Le successioni*, págs. 379-380.

(194) *Ibid.*

(195) *Ibid.*

dispone el legatario, aparte de la real *reivindicatoria*, que le compete como propietario de la cosa desde el momento de la muerte del testador, tiene la acción *ex testamento*, la cual, lo mismo que en el supuesto normal, es una acción personal, que se concede frente a determinadas personas obligadas a la entrega (*ex art. 885 del C. c.*) (196).

5) *Entrega de los legados de cosa específica y determinada: inmediatez del derecho a la entrega; formas de entrega.*

Hemos visto, anteriormente, cómo el legatario de cosa específica y determinada no puede tomar posesión de la cosa legada por su propia autoridad, teniendo que pedir su entrega al heredero. También hemos aludido, aunque de pasada, pues la cuestión no ofrece problema alguno, a las acciones que tiene el legatario como propietario de la cosa y para obtener la efectividad de su entrega. Habiendo desfilado ante nosotros, también, el *modus operandi* de toda esta actuación en los más diversos supuestos en que las cosas legadas puedan encontrarse y en relación con la diversa naturaleza que puede presentar el legado, indicándose a propósito de ellas los recursos y garantías de que puede disponer el legatario para llegar a la efectividad de su derecho, y entre tanto al aseguramiento del mismo. Por ello, no vamos a repetir aquí, de nuevo, lo que ya queda dicho y examinado, en aras de una sistemática, que aquí resultaría reiterante y pormenorizada, dado el reducido ámbito del tema objeto de nuestro estudio. Únicamente trataremos aquí, como final de este trabajo, de la *inmediatez* del derecho a la entrega y de las *formas* de entrega de los legados.

La *inmediatez* del derecho a la entrega se produce como en toda sucesión *mortis causa*, con las peculiaridades propias de este modo de adquirir, es, en este caso, una consecuencia inmediata de la conjugación de dos principios: el art. 882 del C. c., de una parte, que confiere al legatario el dominio de la cosa legada desde la muerte del testador, lo que viene a ser una réplica o aplicación concreta del artículo 657 del C. c., como se deduce claramente del artículo precedente (el 881 del C. c.); y los arts. 988 y 989 del C. c. por otra, ya que, aun adquirido ese derecho de propiedad desde la apertura de la sucesión, no podrán instar su entrega mientras la herencia no haya sido aceptada, en los supuestos normales, se entiende, pues hasta tanto no existen personas obligadas a dicha entrega. Así, el art. 1.025 del C. c., dispone, que durante la formación de inventario y el término para deliberar, los legatarios no podrán demandar el pago de los legados; y como esta entrega se realiza a través de la posesión que recibe el heredero del caudal relicto, el propio art. 440 viene a ser una confirmación de esta conjugación de principios al condicionar, lógicamente, a la aceptación la adquisición hereditaria de la posesión. Pero superado

(196) MUCIUS SCARVOLA, *Código civil*, XV, págs. 362 y ss.

este necesario *a priori*, el legatario podrá pedir en cualquier momento la entrega de su legado. Así viene a reconocerlo la jurisprudencia; aunque no se hayan realizado las operaciones particionales o liquidado la sociedad de gananciales (197).

Vamos, por último, a ocuparnos de las *formas de entrega* de los legados. Para ello, en primer lugar, advertimos, siguiendo a MANRESA, que hay que tener presente las formas de tradición, aunque aquí no se trate de propia tradición (198), que a propósito de la compraventa establece el C. c. en los arts. 1.462 y 1.463 (199), pero esto no es más que expresión de la forma técnica de llevar a cabo la entrega; para hacer una clasificación general conviene tener en cuenta otras circunstancias. Así, y remitiéndonos a los que anteriormente se han tratado podemos ofrecer el cuadro de supuestos siguiente:

a) *Por la forma técnica utilizada*: la entrega puede ser *real* e incluso manual cuando se trate de bienes muebles; *simbólica*, mediante la entrega de las llaves donde las cosas muebles se hallen guardadas, o del resguardo o recibo de depósito o consigna donde se encuentren; *instrumental*, mediante escritura de entrega (conforme lo que determina el art. 83 del R. H.) (200), u otra forma análoga, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 1.462 y en el 1.463 del C. c. para la tradición, lo que aquí puede aplicarse con evidente analogía (201).

b) *Por la forma técnica impropia utilizada*: cuando tiene lugar una entrega *tácita*, que no es propiamente entrega, sino ocupación por otro tolerada por quien debe entregar, y que tratándose de inmuebles tropieza a veces con las dificultades que anteriormente hemos indicado. No puede admitirse en cambio una forma de entrega

(197) Así, ya la Sentencia de 11 de noviembre de 1913, en un supuesto en el que el obligado a la entrega era el albacea, criterio que reitera, en general, la de 3 de junio de 1947, y posteriormente, la anteriormente citada de 17 de abril de 1959, pues ya decía a este respecto la Resolución de 12 de noviembre de 1927, planteándose que si no tiene lugar la entrega voluntaria se podrá exigir judicialmente y el Juzgado obligar a ella mientras no se presuma un conflicto, ya que los intereses del legatario en otro caso son independientes de la liquidación del caudal hereditario.

(198) Esto parece evidente, a ello ya hemos aludido con anterioridad (V. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 607, núm. 2, lo caracteriza como mera *puesta en posesión*).

(199) *Comentarios*, VI, pág. 650.

(200) Antes de la última reforma del Reglamento Hipotecario, se daba por supuesta a pesar del silencio de la Ley Hipotecaria y del Código civil, como hemos visto hacían los hipotecaristas más destacados y como entendía la generalidad de la doctrina, las resoluciones de la DGRN y la propia jurisprudencia. Entre las obras prácticas, ZARZOSO, *Instrumentos públicos*, Madrid, 1887, págs. 326-327.

(201) Este acto de entrega es un acto de mera ejecución que tiene su causa en el testamento y en la apertura de la sucesión, no siendo precisa la aceptación expresa del legatario, por que no es un donatario, sino su mera concurrencia para hacerse cargo de la entrega; por eso ZARZOSO, *Ibid.* le considera como unilateral.

presunta, aun cuando haya fallecido el heredero y la cosa legada se halle en poder del legatario como ya hemos indicado.

c) *Por la naturaleza del acto en que tiene lugar*: independiente y específico (entrega real o simbólica), cuando tiene lugar *ex proceso*; o en la *partición* misma concurriendo los legatarios (202) o en la escritura de *manifestación de herencia*, cuando se trate de heredero único.

d) *Por las personas obligadas a la entrega*: supuesto *normal*, los herederos (y aun los herederos de los herederos) y el albacea autorizado para ello (en contra de la redacción literal del art. 83 del R. H.) o aun el *contador partidor*, que también tenga la condición de ejecutor testamentario y fuese autorizado al efecto (única interpretación posible del art. 83 del R. H.); o en fin, otro *legatario* gravado a su vez con el legado (art. 858 C. c.); supuestos *anormales*: 1) cuando no se haya aceptado ni repudiado la herencia, el legatario puede acudir al albacea o contador partidor que tenga la condición de ejecutor, autorizados para entregar (art. 83 del R. H.); o utilizando la *interrogatio in iure* del art. 1.005, solicitar conforme al 1.020 el nombramiento de *administrador judicial de la herencia*, el cual, de acuerdo con el 1.026, todos del C. c., puede entregar los legados; 2) cuando no existan herederos testamentarios ni albaceas, por el camino anteriormente indicado, podrá el legatario obtener la entrega del *administrador* o de los herederos *abintestato*; o cuando nadie posea los bienes a título de dueño o de usufructuario, del Juzgado, por medio del *interdicto de adquirir* (art. 1.633 de la LEC.).

e) *Por la forma de verificarla estas personas*: entrega *voluntaria*, cuando la hacen los obligados sin coacción alguna por cualquiera de los procedimientos indicados, bien que tratándose de inmuebles el legatario tiene derecho a que se le haga en forma adecuada (203) para inscribir su derecho; a ésta se opone la *entrega judicial*, que tiene lugar en trámite de ejecución de sentencia, en la que se condene al heredero a efectuar escritura de entrega, en los supuestos normales. En los anormales, mediante la forma directa o indirecta que corresponda en cada caso (autorizando o aprobando la entrega del administrador judicial o sentencia interdictal).

f) Cuando el legatario se halle en posesión de la cosa legada por otro concepto, debe procederse a la entrega *brevis manu* y hacerse en escritura pública cuando se trate de inmuebles, como anteriormente hemos visto.

(202) Así MORELL y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 141; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 608, nota 4; GÓMEZ LLANA, *Particiones hereditarias*, II, Madrid, s/d., págs. 275 y ss.; cuando el contador partidor que es también comisario, hace la entrega: Sentencia 24 de marzo de 1928.

(203) Esto es una accesoriedad de la obligación de entrega que resulta indiscutible, y este supuesto debe quedar comprendido en la enumeración abierta, *ad exemplum* y no taxativa, que hace el artículo 886 del C. c., y por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.464 del mismo.

Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima

(Disciplina jurídica de la acción social)

LUIS SUAREZ-LLANOS GOMEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor adjunto de Derecho Mercantil en la Uni-
versidad de Santiago de Compostela.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. 1) Responsabilidad social y acción social de responsabilidad. 2) Diversificación de los intereses tutelados. 3) Carácter de las legitimaciones concedidas. Finalidad de la acción y... 4) Prescripción. II.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA SOCIEDAD. 1) Deliberación previa. 2) Junta general competente. 3) La no necesaria inclusión en el orden del día. 4) Régimen de quorum y mayorías y su posible modificación. 5) El problema del conflicto de intereses. 6) Destitución de los administradores. 7) Legitimación para actuar en juicio. 8) Renuncia y transacción. Delimitación general de posibles situaciones. 9)... Renuncia. Su peculiar esfera de actuación. 10)... Transacción. 11)... Condiciones de forma. Primer orden de efectos. 12) Quitus. Condiciones de fondo para su admisibilidad. Primer orden de efectos. 13)... Condiciones de forma. 14) Ejercicio de la acción social durante el período de liquidación de la Sociedad. 15) La acción social de responsabilidad y la quiebra de la Sociedad. III.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA MINORÍA. 1) Configuración del sujeto legitimado y modo de actuación. 2) Condiciones de ejercicio. 3)... Pasividad de la Sociedad. 4)... Acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. 5) Efectos de la renuncia y transacción acordadas por la Sociedad. 6) Especial consideración del "quitus". 7) Valoración final de las condiciones de ejercicio. Liquidación y quiebra de la Sociedad. 8) La continuación de los administradores en sus cargos. IV.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD. 1) Sujeto legitimado. 2) Presupuesto y condiciones de ejercicio. 3)... Falta de ejercicio de la acción por la Sociedad o por los accionistas. 4)... Hipótesis de renuncia y transacción. 5)... Grave amenaza para la garantía de los créditos. 6) Liquidación y quiebra de la sociedad.

I. INTRODUCCIÓN

I. Colmando una de las más importantes lagunas de nuestro ordenamiento positivo en materia de Sociedades Anónimas, la Ley de 17 de julio de 1951 ha venido a regular el tema genérico de la res-

ponsabilidad de los administradores, desde una perspectiva ciertamente clásica, pero no exenta de novedad frente a lo que constituye el derecho universal de Sociedades Anónimas.

El carácter conservador de la Ley se advierte tan pronto se tenga en cuenta que la disciplina instaurada no otra cosa supone que la adaptación a los supuestos típicos susceptibles de verificarse en el seno de la administración de una Sociedad Anónima de la normativa propia del instituto de la responsabilidad civil, que opera sobre el triple presupuesto de la existencia de un "daño", "causalmente" producido por una conducta "culposa" (1). De ahí que no pueda resultar extraño, en plena consonancia con esta perspectiva, que el punto neurálgico de dicha disciplina se encuentre precisamente en la configuración del medio adecuado para hacer efectiva (para actualizar) aquella responsabilidad, esto es, en la reglamentación de la llamada acción de responsabilidad.

Pero la adaptación al campo de las Sociedades Anónimas del instituto de la responsabilidad civil derivada del daño, se opera en la normativa de la L. S. A. por un doble cauce: por la vía de la responsabilidad a que se somete a los administradores que con su actuación gravemente negligente han causado un daño en la esfera patrimonial de la Sociedad, y por la vía de la responsabilidad que para

(1) V. GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, tomo 2.º, págs. 128 y ss.; MOSSA, *Fundación y administración de la Sociedad Anónima en el proyecto español de reforma*, R. D. M., 1950, núm. 28, págs. 24 y ss.; ESCARRA, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, París, 1959, t. 4.º, págs. 317, 321 y 345; VEAUX, *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, París, 1947, págs. 357 y ss. y referencia bibliográfica en nota (8). No ha querido nuestro legislador hacerse eco de la novedad que sobre la materia representó la publicación de las leyes francesas de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, al establecer la posibilidad, en caso de quiebra de la Sociedad, de que el Tribunal declare personalmente responsables de (parte de) las deudas sociales, al Presidente del Consejo de Administración y, eventualmente, a sus colegas administradores, siempre y cuando ni uno ni otros prueben fehacientemente que han actuado con la diligencia propia de un mandatario remunerado. El sistema, en verdad, lleva consigo un acercamiento entre la esfera propia de la responsabilidad civil y el ámbito de la responsabilidad —riesgo por las operaciones sociales (v. sobre esto último GIBÓN, *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español*, A. D. C., 1959-II, pág. 429). Con todo, la idea de la "culpa" no pierde su carácter peculiar de elemento central definidor de la existencia o inexistencia de dicha responsabilidad, si bien frente a ella (y en esto reside, principalmente, una de las más interesantes innovaciones del sistema) se opere una total inversión de la carga de prueba (v. principalmente VEAUX, *La responsabilité personnelle...* cit., págs. 356 y s. y 412 y ss.; HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, París, 1954, tomo I, págs. 777 y ss.; RIBERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 1959, t. 1.º, págs. 578 y s. con referencia también al Decreto de 10 de mayo de 1955; ESCARRA, op. cit., pág. 320. La "innovación", ciertamente, no está exenta de sugestivas consecuencias y algún autor ha pretendido utilizarla como fórmula para "combatir" el "dato fáctico de la disociación entre propiedad y control, en el ámbito de la Sociedad Anónima". Véase MINERVINI, *Per una accentuazione della responsabilità degli amministratori di società per azioni*, en *Temì, rivista di giurisprudenza italiana*, 1954, páginas 85 y ss., especialmente págs. 88-90.

los mismos administradores se deriva del hecho de haber causado un daño en la esfera patrimonial particular de socios y extraños. Una y otra se corresponden con lo que la doctrina ha denominado los "dos grandes regímenes de responsabilidad" de los administradores en el seno de la Sociedad Anónima (2). Al primero de ellos se le reserva el calificativo de especial (para la Sociedad Anónima), mientras que al segundo, inexactamente, a nuestro juicio, tal especialidad le viene negada, por virtud de una plena subsunción en la esfera del Derecho común (3).

(2) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 445.

(3) GIRÓN, op. loc. ult. cit.; GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Napoli, 1952, página 270. Cfr. URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censors de cuentas*, Dictamen. Madrid, 1955, pág. 20. En realidad la norma del art. 81 L. S. A. es tan específica del campo de las Sociedades Anónimas como la de los arts. 79 y 80. Una y otra derivan, ciertamente, por vía de especificación, de la disciplina de la responsabilidad civil de derecho común; pero no puede pensarse que el legislador del 51 ha pretendido incorporar al sistema de la Ley un precepto (el artículo 81), con el exclusivo propósito de dejar constancia de algo por lo demás evidente: que la persona física que reúne la condición jurídica de administrador de una Sociedad Anónima no por eso viene sustraída a la aplicación de la norma contenida en el art. 1.902 C. c. A mi juicio, el relegar plenamente la normativa del art. 81 al campo del derecho común, deriva como consecuencia lógica de un vicio de interpretación del citado precepto, cometido bajo la influencia fantasmagórica de la concepción orgánica de los administradores. Por regla general se valora la expresión "actos de los administradores" (sic. art. 81 in fine) en el sentido de actos, ciertamente realizados "dentro del círculo de sus actividades como tal administrador, pero no como órgano social, ya que en el marco de sus facultades legales y estatutarias no puede estar la realización de hechos ilícitos" (GARRIGUES en *Comentario...* cit., pág. 159; pero v. sobre esto último en contra FRE, *Società per azioni*, en *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1954, pág. 402, en base a que "la definición tanto del objeto social como de los poderes otorgados a los administradores, no se refiere a actos en particular, sino que se concreta en la indicación de una determinada actividad que, indudablemente, puede ser bien o mal ejercitada"). Aparte de que resulta difícil individualizar un acto que sea y no sea, al mismo tiempo, realizado dentro del círculo de las actividades del administrador "como tal administrador", es lo cierto que a tal conclusión se llega por la simple razón de que de no ser así, aquel acto sería imputable a la Sociedad, quien vendría llamada a responder, por cuanto lo actuado por un órgano vale como hecho por el ente; y ésta —se dice— no puede ser la hipótesis a que hace referencia el artículo 81, que "contempla exclusivamente el supuesto de la responsabilidad personal de los administradores frente a los accionistas y frente a los terceros". Aquí reside, a mi juicio, el vicio del razonamiento motivado por la latente presencia de la configuración orgánica de los administradores, apriorística afirmación indemostrada cuya sola utilización conduce fatalmente a una evidente petición de principio. No es, sin duda, el momento de profundizar en este tema, harto delicado e indiscutiblemente difícil; lo que no obsta para declarar mi asentimiento a la afirmación de MISERVINI, *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, págs. 2 y 362 y ss., según la cual la imputación jurídica del acto ilícito al "administrador" y no a la Sociedad, es uno de los argumentos que el derecho positivo suministra en contra de la configuración jurídica de los administradores como "órganos" de la Sociedad. (Cfr. la identidad substancial entre los artículos 2.395 C. c. italiano y 81 L. S. A.) v. también GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, pág. 321, nota (403) y GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1952, págs. 270 y s. Sobre el tema, en la doctrina

Ambos sistemas (incorporados a los artículos 79, 80 y 81 de la Ley, respectivamente) tienen de común su misma pertenencia al genérico fenómeno de la responsabilidad civil, basado en la culpa del que ha ocasionado un daño; y su diversificación se opera, únicamente, en atención a la diversa incidencia del daño producido (4). Si éste produce su impacto "directamente" en el patrimonio de la Sociedad, la responsabilidad susceptible de derivarse para los administradores culpables se dice "social". Si, por el contrario, el evento dañoso incide "directamente" en la esfera patrimonial propia y privativa de terceras personas extrañas a la subjetividad misma de la Sociedad, la responsabilidad se considera como "individual".

La responsabilidad "social" y la responsabilidad "individual" a que pueden quedar sometidos los administradores engendrarán para los sujetos dañados la posibilidad de utilizar un remedio "sustancialmente" idéntico: el planteamiento judicial de la correspondiente acción de responsabilidad para exigir a los administradores culpables la reintegración del perjuicio patrimonial experimentado (5). Ello, sin embargo, no es obstáculo para que, a meros efectos denominativos, se tittle a la acción que se deriva para la Sociedad, cuyo patrimonio ha sido directamente dañado, "acción social de responsabilidad", frente a la "acción individual de responsabilidad" con que se califica al remedio concedido a las terceras personas, individualmente dañadas (6).

2. El sector específico de la responsabilidad "social" (único al que de momento dedicaremos nuestra atención) cuenta en su seno con un interesado de primera magnitud, jurídicamente protegido: el titular del patrimonio que ha resultado dañado, esto es, la Sociedad. Como no podía ser de otra manera (siendo, como es, la responsabilidad social de los administradores una disciplina que deriva, por vía de especificación, de la genérica normativa de la responsabilidad civil), la Ley concede su protección para hacer efectivas las responsabilidades

francesa v. principalmente RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 580; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 789; cfr. GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad civil de los órganos de administración en las sociedades por acciones*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, Enero-abril 1954, págs. 18 y ss.

(4) PUIG BRUTAU, *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima*, R. D. P., 1961, págs. 367 y ss.; GARRIGUES, *Comentario...* cit., páginas 123, 134 y 157 principalmente; FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 398; ASCARELLI, *Societades y Asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1947 (trad. SENTIS MISLENDI), pág. 357; GRECO, *Le società...* cit., págs. 320 y s.; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, págs. 146 y ss.; DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale, Imprenditori-società*, Roma, 1954, pág. 304. Expresamente RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 585; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* citado, págs. 793 y s.; ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 325 y 363 y ss. (v. interesante referencia a criterios distintivos ensayados por la doctrina en págs. 323 y siguientes).

(5) Normalmente por la vía del resarcimiento de daños y perjuicios, v. sobre este tema, DE CURTIS, *In danno*, Milano, 1951, págs. 329 y ss.

(6) V. por todos GARRIGUES, op. cit., pág. 134. A ella se refiere RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., págs. 583 y s. V. cuestión terminológica en ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 327.

susceptibles de derivarse para los administradores a la propia Sociedad. Esta es el verdadero interesado en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores. Tanto es así, que aun cuando el legislador del 51 no hubiera incorporado al sistema de la Ley el tema específico de la responsabilidad de los administradores, dogmáticamente sería preciso llegar a idéntica solución a la vista de los principios ordenadores de nuestro sistema positivo vigente.

Pero la Sociedad no es solamente el verdadero interesado en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores; en rigor, es el único sujeto que posee un interés *en* dicha disciplina. Y ello porque el instituto de la responsabilidad civil se fundamenta en la existencia de un daño "directamente" ocasionado en el patrimonio de una persona. En otras palabras, la responsabilidad social de los administradores es algo que "directamente" sólo concierne a la propia Sociedad titular del patrimonio lesionado; "indirectamente"... concierne también a otros sujetos (7).

La legitimación, pues, que la Ley otorga al ente social para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es una legitimación que se le concede por derecho propio y que en realidad no podía no concedérsele, a no querer violentar los principios fundamentales inspiradores del ordenamiento positivo. Esto, claro está, no ocurre frente a los otros legitimados.

El sistema de la Ley española en punto al tema de la responsabilidad social de los administradores, extiende, como es sabido, la legitimación para actuar contra los administradores responsables, a los accionistas (que representen, cuando menos, la décima parte del capital social) y a los acreedores sociales. Y tal extensión, evidentemente, significa el reconocimiento y protección de unos intereses privativos de estos sujetos, considerados dignos de tutela por su especial conexión con el tema concreto de la responsabilidad social de los administradores.

Accionistas y acreedores no experimentan, ante el hecho causante de la responsabilidad "social" de los administradores, un daño "directo" en sus respectivos patrimonios; todo lo más que puede decirse será que experimentan un daño en el interés que unos y otros mantienen frente a la integridad del patrimonio social; pero, claro está que, en estos casos, el daño causado en esta última esfera patrimonial, sólo de un modo reflejo incide en el patrimonio particular de accionistas y acreedores. Si esto es así, es evidente que unos y otros no pueden ostentar un auténtico interés *en* la disciplina de la responsabilidad social, porque la responsabilidad social contraída por los administradores es algo que no les concierne directamente.

Ahora bien, es incuestionable que ambos sujetos ostentan un cierto interés *hacia* dicha disciplina. Sustancialmente y en plena coherencia con sus respectivos intereses frente a la integridad del patrimonio so-

(7) Véase por todos GARRIGUES, op. loc. ult. cit.

cial, accionistas y acreedores (aunque por diversa motivación) (8) poseen un "interés a que la Sociedad actúe su correspondiente interés" exigiendo responsabilidades a sus administradores cuando concurren los supuestos.

Podría entonces decirse que la relación existente entre accionistas y acreedores y el tema de la responsabilidad social de los administradores es una relación de conexión. Sus respectivos intereses se conectan directamente con la debida actuación y exigencia de aquella responsabilidad. Mientras que la relación existente entre la Sociedad y dicho tema es, por el contrario, una relación de inherencia. Su interés es algo inherente a la propia disciplina de la responsabilidad social de sus administradores (9).

Al margen por completo de la normativa legal sobre la materia, aquellos intereses de accionistas y acreedores no han pasado inadvertidos para el legislador español. Respecto a los accionistas, en el seno de la propia L. S. A. existen normas al amparo de las cuales puede verse establecida una concreta protección. Por la mecánica del artículo 67, párrafo 1.º in fine, el accionista, en efecto, tiene siempre en su mano una posibilidad de proteger sus intereses a que la Sociedad actúe su correspondiente interés en la disciplina de la responsabilidad, impugnando el acuerdo social contrario a la exigencia de responsabilidad. Naturalmente, tal posibilidad sólo tendría lugar cuando concurriesen los extremos establecidos por el legislador para dar entrada a la acción de impugnación; pero ello no supondría desamparo en sus derechos, porque precisamente tales extremos señalan adecuadamente cuándo la protección de los intereses de la minoría debe ser actuada.

Respecto a los acreedores, también el ordenamiento positivo desarrolla una especial tutela de sus intereses hacia la disciplina de la responsabilidad. Por la vía del artículo 1.111 del Código civil, el acreedor tendría también en sus manos la posibilidad de actuar contra los administradores responsables, mediante el ejercicio de una acción sub-

(8) Para los acreedores, toda disminución del patrimonio social implica una disminución de la garantía que la ley, con carácter limitado, les ofrece (sic. GARRIGUES, op. cit., pág. 134 y en general toda la doctrina) mientras que para los accionistas aquella disminución repercute necesariamente en el patrimonio de todas las personas que, en definitiva, van a ser partícipes de ese patrimonio en su calidad de socios (GARRIGUES, op. loc. cit., y PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 369, quien añade que la debida protección a las minorías exige que el voto de la mayoría a favor de los administradores no sea decisivo para excluir el ejercicio de la acción). RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 575, puntualiza que los accionistas experimentan el daño, precisamente "en su condición de accionistas"; véase FAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 787; ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 322.

(9) Las consideraciones desarrolladas hasta este momento se inspiran fundamentalmente en los puntos basilares sobre los que construye NICOLA, *Subrogatoria-Revocatoria*, en *Commentario Codice civile, Scialoja-Branca...* cit., 1953, páginas 20 y ss., su tesis sobre la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria (véase especialmente, por su interés, pág. 23).

rogatoria, tutelando de este modo su interés en relación con la integridad del patrimonio de su deudor (10).

Ante cualquiera de las dos situaciones antedichas, susceptibles de verificarse si el legislador de 1951 no hubiera incorporado a la normativa de los artículos 79 y 80 la legitimación de accionistas y acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad, no hay duda que se hace preciso excluir toda posibilidad de configurar los intereses protegidos como directamente surgidos de la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores. Pensemos que si así fuera, tanto los accionistas como los acreedores tendrían siempre el camino libre para actuar directamente contra los administradores, sin necesidad de recurrir al remedio de la acción de impugnación o de la subrogatoria. Simplemente se trata de intereses que sólo tienen de común con el que incumbe a la Sociedad el tender a la reintegración del patrimonio lesionado. Pero mientras para ésta el interés a la reintegración de su patrimonio surge directamente de la propia disciplina de la responsabilidad, para aquéllos, el interés surge del hecho de haber nacido para la Sociedad aquel interés dirigido a la reintegración. El uno sería un interés de primer orden y el otro de segundo (11).

Pues bien, a idéntica conclusión debemos llegar en presencia del sistema instaurado por la L. S. A. en los precitados artículos 79 y 80. Porque, a nuestro juicio, el legislador no ha hecho otra cosa que formular expresamente, frente a los intereses respectivos de accionistas y acreedores, una tutela que, si bien en forma menos explícita e inmediata, se encontraba ya desarrollada en términos generales. Sustancialmente, la tutela específica instaurada no difiere de aquella reconocida en un plano más genérico. Tan sólo se ha reforzado su esfera de actuación, ampliando las posibilidades de hacerla efectiva. Respecto a los accionistas, concediéndoles, en sustitución de la vía oblicua de las acciones de impugnación, la posibilidad de ejercicio subsidiario de la propia acción social de responsabilidad (si bien condicionado a la existencia de un interés minoritario de suficiente entidad). Respecto a los acreedores, otorgándoles el ejercicio de la acción reintegratoria no sólo en las hipótesis de la acción subrogatoria, sino incluso en la hipótesis en que el patrimonio social resulte gravemente amenazado (en su integridad) por la actividad de los administradores (12).

3. Esta especial tutela de los intereses tomados en consideración por el legislador ante la concreta disciplina de la responsabilidad social de los administradores, se actúa, como hemos apuntado, mediante el

(10) Cfr. GARRIGUES, op. cit., pág. 154.

(11) Véase NICOLÒ, op. cit., pág. 45, cuando afirma que "el acreedor (y podríamos añadir: los accionistas) no es titular de ninguna situación jurídica propia, ni frente al deudor (diversa de la relación de fondo existente entre deudor y acreedor) ni respecto al tercero, frente al cual se actúa el ejercicio del derecho del deudor". El propio GARRIGUES, op. cit., pág. 135, al afirmar que "los accionistas son titulares de (esta) misma acción de responsabilidad cuando la sociedad no la ejercita debiendo ejecutarla" se mueve en realidad en el mismo orden de ideas que se expresan en el texto.

(12) Sic. GARRIGUES, op. cit., pág. 154.

otorgamiento a los diversos interesados de una específica y característica legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, la legitimación otorgada a la Sociedad (párrs. 1.º y 2.º, art. 80) debe ser configurada como legitimación de primer orden. Es una legitimación que se atribuye precisamente al único sujeto que "iure proprio" ostenta un interés directo, inmediato, en la disciplina de la responsabilidad social de los administradores; una legitimación, en definitiva, consustancial con la titularidad de la acción que por derecho propio ostenta. La legitimación que, por el contrario, se atribuye a los accionistas y a los acreedores sociales es una legitimación de segundo orden, no vinculada a la titularidad de ninguna acción, porque de la acción "social" de responsabilidad no son titulares (13). Legitimación, por tanto, que se opera por mandato explícito de la Ley y cuyo único punto de apoyo reside, justamente, en una expresa declaración del legislador (14).

(13) Sobre la distinción entre titularidad y legitimación véase NICOLÒ, op. citada, págs. 22 y ss. La acoge explícitamente DE MARTINI, *Azione di responsabilità contro amministratori di società durante e dopo il fallimento*, Giur. Cass. Civile, 1947-3.º, 1166. La afirmación expuesta no es válida, en el sentir de la mayoría de la doctrina y por lo que respecta a la legitimación de los acreedores, dentro del sistema positivo italiano. La acción ex art. 2.394 C. c. viene normalmente configurada como "directa" (no subrogatoria) en atención a considerar que los acreedores hacen valer un derecho "propio", que no es el mismo que el que corresponde a la Sociedad frente a sus administradores (sic. BRUNETTI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali contro gli amministratori di Società per azioni*, Moneta e Credito, 1949, pág. 232). La tesis, como decimos, es compartida por la mayoría de la doctrina italiana con sólo contadas excepciones, entre las que destaca, últimamente MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., páginas 329 y ss., a cuya opinión nos hemos adherido con ocasión de nuestra tesis doctoral presentada en la Universidad de Bolonia, tras una particular argumentación, distinta a la que el autor desarrolla en su obra. Sobre el tema pueden verse: ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones...* cit., pág. 358; FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 156 y ss.; GRECO, *Le Società...* cit., pág. 322; DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 302; FERRARA, *Gli imprenditori e le Società*, Milano, 1952, página 324; GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., págs. 268 y s. v. también ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 321 y s. y 347 y ss. y *Cours de droit commercial*, París, 1952, pág. 501.

(14) Tanto es así que si tal declaración faltase no sería posible ver configuradas tales legitimaciones. Cfr. ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 321 y s., especialmente 347 y GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., págs. 36 y s. (texto que puede ser consultado para una visión genérica del tema responsabilidad en el Derecho comparado) véase a este respecto y frente a la legitimación de los accionistas minoritarios lo que ocurre en sistemas positivos sustancialmente análogos al español, concretamente el italiano (cfr. art. 2.409) e incluso el francés (nótese el diverso alcance de la protección concedida a los accionistas en las modalidades de ejercicio de la acción social que la doctrina engloba bajo la expresión "ut singuli"; véase más adelante nota (145)). Para el derecho mexicano véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Anónimas*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, mayo-diciembre 1954, págs. 51 y 53 y ss.; véase a este respecto PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., págs. 368 y s. Respecto a la legitimación de los acreedores véase asimismo lo que ocurre en Francia, donde sólo se les reconoce la posibilidad de accionar por la vía oblicua del art. 1.166 del Código civil (véase ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 327 y 369; HAMBL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 798

Las legitimaciones otorgadas lo son, a su vez, con carácter sucesivo (15). En cierto sentido, pues, cabe hablar de legitimaciones de primero, segundo y tercer grado con referencia a las que ostentan la Sociedad, los accionistas minoritarios y los acreedores sociales. Sin embargo, es preciso hacer constar que las legitimaciones otorgadas a los accionistas y a los acreedores sociales se desarrollan en cierto modo con independencia la una de la otra. Como tendremos ocasión de señalar, existen casos en los que la legitimación de los acreedores se origina sin que previamente se hubiera generado la legitimación de los accionistas, del mismo modo que al "no uso" de la legitimación por parte de la minoría no siempre sucede el nacimiento de la legitimación para los acreedores sociales. GIRÓN TENA alude a esta posibilidad al advertir que el ejercicio de la acción por parte de los acreedores viene permitido, en el sistema de la L. S. A., con cambio en los supuestos de fondo del régimen, puesto que se precisa que la acción trate de reconstituir el patrimonio social "porque haya amenaza grave para la garantía de sus créditos" (16).

La principal consecuencia que se deriva de las anteriores consideraciones radica en señalar que es "una sola" la acción que se deriva del hecho generador de la responsabilidad social de los administradores. La acción cuyo ejercicio se atribuye a los acreedores y a los accionistas minoritarios es la misma acción social cuya titularidad y legitimación se atribuye a la Sociedad para exigir responsabilidades a los administradores culpables. La responsabilidad frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores (de que habla el artículo 79), hay que entenderla, como acertadamente afirma GARRIGUES, como oferta de una misma acción a varios titulares (retius, a varios legitimados) (17).

Ello implica, naturalmente, la necesidad de señalar que la finalidad que se persigue a través de los diferentes (posibles) ejercicios es siempre la misma (18): la reintegración del patrimonio social disminuído por el daño causado por el administrador. "Esto explica —declara GARRIGUES— que en cuanto el daño haya sido reparado por conse-

y ss; pero véase VEAUX, *La responsabilité personnelle...* cit., pág. 361) y en Italia (véase nota anterior). Cfr. la posición del legislador mexicano y los dos supuestos en que a juicio de MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 58, se reconoce a los acreedores una acción directa contra los administradores.

(15) O subsidiario, al decir de la doctrina patria; véase concretamente ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 323, 331 y 350.

(16) *La responsabilidad...* cit., pág. 445.

(17) *Comentario...* cit., pág. 135.

(18) Es común la "causa petendi", afirma BRUNETTI, *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 232, con referencia, claro está, al ejercicio de la acción por la Sociedad y por los acreedores sociales. Véase también ESCARRA, *Traité...* cit., páginas 341 y 345 quien, sin embargo, considera que el accionista que ejercita la acción social ut singuli, no puede reclamar la reparación integral del perjuicio experimentado por la Sociedad (págs. 352, 355, 360 y ss.). Véase, sin embargo, RIFFERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 584. Cfr. MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., págs. 51 y 57; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., página 370, y URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores...* cit., pág. 19.

cuencia del ejercicio de la acción de responsabilidad por la propia Sociedad, los otros titulares pierden ipso facto todo derecho de reclamación (19). Una tal característica, preciso es advertirlo, viene expresamente formulada por el legislador en sede de legitimación de los acreedores sociales, al permitir el ejercicio por su parte de la acción de responsabilidad "cuando tienda a reconstituir el patrimonio social" (v. más adelante IV-2).

4. La unicidad de la acción arbitrada implica, asimismo, la aplicación unitaria de normas concretas; tales, entre otras, las relativas a la prescripción. La Ley de Sociedades Anónimas ha silenciado este punto, afirma GARRIGUES (20), deliberadamente; en realidad está previsto y resuelto en un principio específico del Código de Comercio, cuya vigencia ha sido declarada por el Decreto de 14 de diciembre de 1951. A tenor del artículo 949 del Código de Comercio, en efecto, "la acción contra los socios, gerentes y administradores de las Compañías o Sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración" (21).

Comentando el anterior precepto, el profesor GARRIGUES pone de relieve que la prescripción de la acción queda en suspenso mientras el administrador ejerza sus funciones. A partir del momento en que cesa en el ejercicio de esas funciones comienza a correr el plazo de prescripción de los cuatro años, aunque el hecho que motive la responsabilidad se descubra después de ese momento (22). Tal interpretación, a nuestro juicio, no sólo es acertada, sino, además, deseable. La tesis de la suspensión, en efecto, permite, en todo caso, sostener que el término inicial de la prescripción es preciso vincularlo a la realización del "eventus damni" (23); el artículo 949 del Código de comercio, en este sentido, responde a la misma "ratio" que impulsó al legislador del Código civil a incorporar a su texto la norma del artículo 1.972 (24).

(19) Op. cit., págs. 134 y s.

(20) Op. cit., pág. 155. Análoga la situación en derecho mexicano, véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 52.

(21) En el ordenamiento positivo francés, el plazo es de tres a diez años, según que la falta constituya un ilícito civil o penal. Pero aparte de ésto, existe un plazo de caducidad de un año cuando la acción se funde en hechos o en circunstancias que hubieran sido reveladas a la asamblea por el informe de los administradores o de los comisarios. El punto de partida para este breve plazo será la fecha de celebración de dicha asamblea, entendiéndose, en todo caso, que se trata de un plazo no susceptible de interrupción ni de suspensión que, además, se entiende aplicable solamente en aquellos casos en que el perjuicio hubiera sido experimentado por la Sociedad. Véase RIBERT, *Traité élémentaire...* cit., páginas 586 y s.; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 795 y s.; ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 379 y ss.

(22) Op. loc. últ. cit.; pero véase a continuación, en texto, el supuesto de "verificación" (y no ya "descubrimiento") del daño con posterioridad al momento del cese.

(23) Así expresamente en el Derecho francés, véase RIBERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 586.

(24) Se trata, en definitiva, de una suspensión del plazo de prescripción por una causa (normalmente) ya existente en el momento en que el plazo de prescripción debería comenzar a transcurrir, en virtud de la cual se produce el des-

Por ello, entendemos que si el daño derivado de la conducta de los administradores ha hecho su impacto en el patrimonio social, en un momento posterior a aquel en que se ha producido el cese de los administradores de sus respectivos cargos, será en ese momento y no al del cese al que habrá que referir la iniciación del plazo de cuatro años establecido en el artículo 949 del Código de comercio.

Aunque la fórmula empleada por el legislador diste mucho de ser precisa, creemos que tal interpretación es la más conforme con la realidad del supuesto examinado; de otra suerte resultaría que el tiempo de prescripción para el ejercicio de un derecho comenzaría su curso "antes" que el propio derecho pudiera ser ejercitado.

II. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA SOCIEDAD

1. La norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 80 L. S. A. establece textualmente que "la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la Sociedad, previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día". Con ello, el legislador ha incorporado al articulado de la Ley un principio generalmente admitido (aunque diversamente fundamentado) (25) en materia de acción social de responsabilidad contra los administradores: la competencia para deliberar sobre todos los extremos referentes al ejercicio de la misma corresponde, primaria y primordialmente, a la Junta general de accionistas. Su justificación, por otra parte, no requiere un gran esfuerzo de interpretación dogmática. El carácter "social" de la acción de responsabilidad deriva, pre-

plazamiento de la iniciación del plazo prescriptivo hasta el momento en que cesa la causa que originó la suspensión. Véase a este respecto, frente a la norma del artículo 2.941, núm. 7, Cod. civ. italiano, AZZARITI-SCARFELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, en *Comm. Cod. civ.* SCIALOJA-BRANCA... cit., págs. 583 y siguientes. Cfr. FRE, *Società per azioni...* cit., págs. 292 y s.

(25) Véase FRE, *Società per azioni...* cit. pág. 385 que ve en ello la preocupación del legislador de poner ciertas rémoras al ejercicio de la misma acción tanto en interés de la Sociedad (cuyo crédito podría quedar comprometido por una precipitada decisión sobre el tema) como de los propios administradores (que no sería justo exponerles a ataques poco ponderados); FERRARA por su parte (*Gli imprenditori...* cit., pág. 323) alude a "la gravedad e importancia" que posee la acción de responsabilidad contra los administradores, para concluir que "debe ser deliberada por la Asamblea". En realidad, la explicación dogmática ortodoxa es la que a continuación se menciona en el texto y que es compartida por la generalidad de la doctrina. Véase principalmente GARRIGUES, *Comentario...* cit., págs. 141 y s.; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 378; SOLA CAÑIZARES, *La Administración y la dirección de la Sociedad Anónima*, Revista del Instituto de Derecho Comparado, III, Barcelona, 1954, página 168; URÍA, *Derecho Mercantil*, 2.ª edición, Madrid, 1960; pág. 236; GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad civil...* cit., págs. 9 y ss., especialmente página 22; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 51; FRE, op. loc. últimamente cit. y *L'organo amministrativo nelle Società anonime*, Roma, 1938, páginas 320 y s.; MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 348; FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 138; ASCARELLI, *Societades y Asociaciones...* cit., pág. 355.

cisamente, de la lesión producida en el patrimonio “de la Sociedad”; es lógico, por consiguiente, que sea la propia Sociedad (26) el titular primordial de la relativa acción de resarcimiento; y dado que la Junta general constituye el órgano supremo de expresión de la voluntad social a ella incumbirá, necesariamente, el poder de decisión oportuno.

Pero la Ley, cuando refiere la competencia a la Junta general, determina al mismo tiempo el campo de aplicabilidad de la misma. La Junta general es competente (en condiciones de exclusividad) y el acuerdo de la misma es requisito previo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando se trate precisamente del ejercicio de dicha acción “por parte de la Sociedad”. Esto implica que cuando la Sociedad no esté en condiciones de poder ejercitar por sí misma la acción de responsabilidad (en caso de quiebra, por ejemplo) no será necesario un acuerdo favorable de la Junta de accionistas, a efectos del ejercicio de la acción por otros titulares (sindicados) (27).

Por otra parte, la comentada norma del artículo 80 es preciso circunscribirla a la disciplina de la “legitimación al ejercicio de la acción de responsabilidad” en lo que respecta a la Sociedad. Ello quiere decir que solamente en relación a dicho ejercicio por parte de la propia Sociedad cabe interpretar el requisito de la necesidad de previo acuerdo asambleario, por lo que, en definitiva, las posibles modalidades que el acuerdo pueda adoptar sólo afectarán al ejercicio de la acción “por parte de la Sociedad”, pero no así a su posible ejercicio por parte de los demás legitimados. La afirmación, no obstante, será objeto de ulterior desarrollo cuando nos planteemos el problema del alcance que la deliberación de la Junta general posee en nuestro ordenamiento, como condición de ejercicio de la acción por parte de los demás interesados.

El legislador español, al referirse a este requisito de la previa deliberación en Junta general, ha utilizado la expresión “acuerdo”, apuntando, sin duda, al resultado final de la deliberación asamblearia (28), resultado que, naturalmente, para la posibilidad de ejercicio de la acción habrá de ser favorable al mismo. Por otra parte, es preciso señalar que el acuerdo a que se refiere el párrafo 1.º del artículo en examen, ha de recaer precisamente sobre el extremo relativo al ejercicio de la acción social; ésto, que parece obvio frente a un acuerdo de tipo positivo (favorable), es preciso afirmarlo también frente a un acuerdo del que se pretenda extraer una negativa a la exigencia de

(26) Expresamente BRUNETTI, *Trattato del diritto delle Società*, Milano, 1948, t. 2.º, pág. 395, aclara que la acción compete a la Sociedad, no a la mayoría. En el Derecho francés, la titularidad de la acción es atribuida a la Sociedad, pero su ejercicio (por los representantes legales, e. d. ut universi) no está subordinado a una deliberación previa de la Asamblea, prácticamente incompetente, después del Decreto de 31 de agosto de 1937, para todo lo relativo al ejercicio de la acción social, véase ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 330, 332, 335 y 337.

(27) GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 144.

(28) Véase sobre el sentido de estas expresiones URÍA, *Comentario...* cit., tomo 1.º, pág. 496.

responsabilidad. En realidad, no otra cosa ha venido a confirmar la disposición del artículo 110 al establecer que la aprobación del Balance, cuenta de Pérdidas y Ganancias, propuesta de Distribución de Beneficios y Memoria por la Junta general no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido.

2. Algunas legislaciones extranjeras atribuyen expresamente la competencia de tal decisión a una determinada clase de Junta general (29). El problema, en realidad, no tiene razón de plantearse en nuestro Derecho. La distinción entre Junta general ordinaria y extraordinaria no se formula en nuestro ordenamiento atendiendo a un criterio sustancial, sino tan sólo en razón a la periodicidad legal o estatutaria de las mismas (30). Así, pues, si bien la deliberación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad se producirá, lógicamente —como afirma GARRIGUES (31)—, en la Junta general ordinaria, destinada a la censura de la gestión social (ex art. 50), nada impide que pueda llevarse a cabo en el seno de una Junta general extraordinaria, convocada o no (32) expresamente para tratar de la responsabilidad de los administradores.

3. El acuerdo de la Junta general —precisa el reseñado párrafo 1.º del art. 80, in fine— podrá ser adoptado aunque no conste (se entiende, el tema de la responsabilidad como asunto a tratar) en el orden del día. Con ello la propia L. S. A. formula una expresa derogación del principio general, establecido en el artículo 53, que preside la materia de convocatoria de las Juntas generales y proclama la ineludible fijación, previa a la celebración de la Junta, de los asuntos que en ella han de tratarse (33).

La doctrina suele individualizar la “ratio” de este principio general que exige la inclusión de la materia a tratar en el anuncio por el que se opera la convocatoria de la correspondiente Junta general de accionistas, en una exigencia de publicidad protectora de los accionistas: facilitar su decisión (e incluso asistencia) en la futura Junta con suficientes elementos de juicio, evitando, al mismo tiempo, cualquier sorpresa. La exigencia legal, en efecto, responde a una práctica inveterada y por esa misma razón apuntada actúa a modo de garantía ante posibles maniobras de los administradores en el planteamiento (inesperado) de asuntos (trascendentales) de la vida social (34).

(29) Así concretamente la italiana, véase artículo 2.364, núm. 4, Codice Civile.

(30) URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, pág. 509.

(31) *Comentario...*, cit., t. 2.º, pág. 142.

(32) Subrayamos esta alternativa para precisar el alcance de la afirmación del Profesor GARRIGUES, pues en rigor no es necesario que la Junta general extraordinaria se “convoque expresamente” para que en el seno de la misma pueda acordarse el ejercicio de la acción social de responsabilidad; véase artículo 80, párrafo 1.º, in fine y a continuación, en el texto núm. 3).

(33) Véase sobre el principio general URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, páginas 497 y siguiente. Sobre el ámbito de su aplicación, véase concretamente, FERRARA, *Gli imprenditori...*, cit., pág. 291.

(34) URÍA, op., loc., ult., cit., y pág. 528; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, cit., pág. 288; DE GREGORIO, *Corso...*, cit., pág. 277.

Por su parte, la justificación de la excepción contenida en el párrafo 1.º del artículo 80 se desarrolla en parecidos (más exactamente: contrarios) términos: facilitar, sin duda —afirma GIRÓN—, la adopción del acuerdo e impedir maniobras preliminares al mismo (35). Con ello indudablemente se reafirma el carácter de “excepción” (36) atribuido a la mencionada norma, respecto de la “regla general” contenida en el artículo 53, lo que en definitiva equivale a consentir en una total derogación de la “ratio” de esta norma por la aparición de una nueva razón de ser justificadora de la excepción.

Me apresuro a adelantar que tal vez, ante el texto del artículo 80, no quepa otra interpretación dogmáticamente ortodoxa, pero no puedo por menos que expresar mis dudas sobre su conveniencia. El tema es extraordinariamente delicado y... peligroso. Como que está en juego el interés de la propia Sociedad.

La citada interpretación, en efecto, se halla indisolublemente unida al mayor o menor ámbito que se reconozca al precepto en examen. Y la justificación aludida es preciso ligarla a una interpretación amplia de su tenor literal; ciertamente, el artículo 80, párrafo 1.º in fine está concebido en términos absolutamente generales, y la no necesaria inclusión del tema responsabilidad en el orden del día no viene circunscrita a ninguna Junta general en particular. De ahí que, al parecer, en cualquier Junta general (fuera de la contemplada en el artículo 53) sea posible el planteamiento de dicha cuestión, aunque no conste en el orden del día.

¿Acaso las exigencias de facilidad para la adopción de un acuerdo sobre la responsabilidad de los administradores deben prevalecer sobre aquellas otras encaminadas a posibilitar un acuerdo de los accionistas en el que hayan podido contar con los necesarios elementos de juicio? ¿No se evitarán, sí, con ello, “maniobras sospechosas” preliminares al acuerdo (por parte de los administradores, principales interesados en las mismas) para dejar paso a “maniobras” quizá más “sospechosas” de una minoría (37) que provoque en el seno de una Junta el tema de la responsabilidad, poco importándole la decisión de la mayoría, ya que cuentan con la posibilidad de ejercicio conjunto de la acción social? Pensemos que aquellas maniobras preliminares se pretenden evitar, porque o habrán de perjudicar fundamentalmente a la minoría o habrán de perjudicar a una serie de accionistas que, en base a ellas, militarán tal vez entre los que constituyen la mayoría, sorprendidos en su buena fe. En el primer caso, la minoría no viene necesitada de peculiar protección frente al caso, porque cuenta siempre con el recurso de ejercitar en vía subsidiaria la acción social de responsabilidad. Frente al segundo caso tal vez el remedio exija cortar directamente de raíz la más mínima posibilidad de “maniobras”, pero no creemos que el camino más adecuado para conseguirlo

(35) Op., cit., pág. 378.

(36) Así concretamente URÍA, op., cit., pág. 529.

(37) Véase una advertencia sobre los peligros de abuso de las minorías en URÍA, op., cit., págs. 622 y siguiente y GIRÓN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 441.

sea precisamente tal de dar entrada a otras posibles maniobras más peligrosas, igualmente capaces de sorprender la buena fe de... esos mismos accionistas.

La materia de responsabilidad de los administradores es sin duda de las más delicadas con las que puede enfrentarse una Sociedad Anónima. De su solo planteamiento pueden derivarse serios perjuicios, tanto para la propia Sociedad, cuyo crédito podría quedar comprometido por una precipitada decisión al respecto, como para la marcha normal de su administración, amén que no sería justo exponer a los propios administradores a ataques menos ponderados (38).

Es peligroso, pues, hablar de facilidades en punto a la adopción del acuerdo sobre dicho tema, porque una facilidad excesiva podría acarrear más inconvenientes que ventajas. Si el sistema de la Ley en punto a la adopción de acuerdos sociales se inspira, como hemos dicho, en la necesidad de evitar, a todo trance, decisiones precipitadas con escaso o nulo conocimiento de causa, no debería prescindirse de esta exigencia inspiradora, ante una materia tan vidriosa como la de responsabilidad de los administradores. Por la formulación general de la norma del artículo 80 parece, en efecto, que la Ley ha querido prescindir de toda cautela. Pero no olvidemos que en otra ocasión la propia Ley, sobre el mismo tema de la responsabilidad, adopta una postura radicalmente opuesta. Nos referimos a lo preceptuado en el artículo 110, párrafo 2.º: La aprobación de los documentos a que hace referencia el artículo 108... "no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido". Se excluye el efecto, porque se considera que el acuerdo versa simplemente sobre aspectos que sólo marginalmente rozan el problema de fondo de la gestión administrativa; porque, en definitiva, se adopta sin específico conocimiento de los hechos que pudieran dar origen a la exigencia de responsabilidad. Y si la Ley, en este punto, no ha hecho más que incorporar lo que en definitiva es una manifestación de aquel principio general informador de las deliberaciones asamblearias, ¿por qué no interpretar el artículo 80, párrafo 1.º, a la luz del mismo principio?

Tal interpretación, sin duda, encuentra un fuerte obstáculo, como hemos señalado, en el tenor literal del precepto comentado. En nuestra Ley de Sociedades Anónimas el problema viene planteado de modo diverso que en la legislación italiana. El artículo 2.393, párrafo 2.º, del Codice civile de 1942 permite también que la deliberación relativa a la responsabilidad de los administradores sea adoptada aunque no haya figurado en la relación de materias a tratar, pero siempre "con ocasión de la discusión del balance"; y la doctrina explica tal declaración en atención a que de la discusión del balance pueden sur-

(38) Así, FRE, *op.*, cit. retro en nota (25). Y no se olvide que la propia Exposición de Motivos de la Ley (III, párrafo 1.º, in fine) reafirma la confianza del legislador en que "el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores (dada la forma en que se regula el ejercicio de la acción) no será fuente de abusos, ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades".

gir elementos aptos para poder juzgar la gestión de los administradores (39). Adviértase en ello, no una derogación total y absoluta del principio general en materia de decisiones asamblearias, sino una simple aplicación presuntiva del mismo. La no necesaria inclusión del tema responsabilidad en el orden del día se circunscribe así a la Junta general convocada para discutir el balance presentado por los administradores, lo que, como hemos señalado, no ha efectuado nuestro legislador.

Tal vez, pues, por el camino apuntado, no sea posible llegar a una interpretación restrictiva del artículo 80, dogmáticamente ortodoxa (40). Pero el peligro de abusos que puede representar una interpretación excesivamente laxa de la Ley, creemos justifica más que sobradamente el realizar un esfuerzo constructivo dirigido a recortar la amplitud que parece desprenderse del texto del precepto. Tal restricción podría derivarse de las consideraciones siguientes:

La falta de constancia en el orden del día no impide que la Sociedad (en definitiva, la mayoría) acuerde válidamente el efectivo ejercicio de la acción de responsabilidad. En otros términos, lo que no es necesario que figure en el orden del día de cualquier clase de Junta es la eventualidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad. Una Junta general, convocada para tratar de diversos asuntos, en principio extraños al tema responsabilidad, puede, en el curso del debate, constatar la existencia de supuestos fácticos de por sí aptos para exigir responsabilidades a los administradores (un daño producido, una conducta gravemente negligente). En estos casos (y sólo en éstos) la Ley autoriza que pueda válidamente acordar el ejercicio de la correspondiente acción "sin que tal acuerdo pueda considerarse incurso en alguno de los supuestos de nulidad que contempla el artículo 67". Sólo ante un "acuerdo" (obsérvese que la Ley no dice deliberación) "positivo" (o sea, favorable) de entablar la acción, cesa la virtualidad del principio general recogido en el artículo 53. La decisión de la Junta general sobre el tema es de tal naturaleza que la Ley considera oportuno retirar de su paso todo freno susceptible de ser utilizado... por los propios Administradores (v. art. 69 in fine en relación con el 68, párr. 2.º, y 53, párr. 2.º).

La falta de constancia en el orden del día no autoriza, por el contrario, que en todo tiempo y lugar, es decir, en cualquier Junta, se plantee directamente (pensemos en un planteamiento inesperado por parte de unos accionistas) el tema de la responsabilidad de los administradores. De ser así, decíamos anteriormente, las posibilidades de abuso por parte de una minoría representante de una décima parte

(39) DE GREGORIO, *Corso...*, cit., pág. 301.

(40) Es muy posible que el legislador, al establecer la excepción al principio general del artículo 53, haya tenido presente, fundamentalmente, la Junta general contemplada en el artículo 50 (véase GARRIGUES, *Comentario...*, cit., tomo 2.º, pág. 142). Pero ante el texto del precepto no cabe formular una interpretación de este signo, por deseable que parezca. Cfr. URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores...*, cit., pág. 18.

del capital social, serían extraordinarias (41); les bastaría con plantear el tema y esperar a la decisión de la Junta; de ser favorable habrían conseguido su propósito; de ser negativa hallarían expedito el camino para el ejercicio de la acción social en vía subsidiaria, ex párrafo 3.º, artículo 80.

Lo que ocurre, en realidad, es lo siguiente: puesto que nada puede impedir que en cualquier Junta se plantee (de hecho) el tema de la responsabilidad de los administradores, la deliberación relativa sólo será válida en cuanto cristalice en un "acuerdo de carácter positivo". Si, pese a no figurar el acuerdo en el orden del día, se adopta un acuerdo y éste es "negativo", tal deliberación, o mejor dicho, tal acuerdo será "nulo". De ahí que la Junta esté en su perfecto derecho a negarse a entrar en discusión sobre la responsabilidad de los administradores y que, por tanto, tal negativa no pueda nunca interpretarse como acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad que deje expedita la vía para el ejercicio de la acción por parte de la minoría. Esta, pues, no podrá valerse de sus propias maniobras para tener acceso al ejercicio de la acción que le reconoce la propia Ley.

En el sistema de la Ley, generosa en el trato con la minoría (42), ésta tiene siempre la posibilidad de provocar una decisión al respecto; pero acudiendo al mecanismo previsto en el artículo 56 que, en lo posible, no deja margen a desagradables sorpresas. ¿Habrá de contar también con tal posibilidad en el seno de cualquier Junta? A nuestro juicio, esto precisamente es lo que debe ser evitado.

La interpretación restrictiva del precepto en examen (43) se contraría, de este modo, en condiciones de perfecta coherencia con el principio general ex artículo 53. No tanto representaría una derogación de la ratio de este precepto cuanto de los efectos vinculados a su inobservancia en el solo supuesto de decisión favorable al efectivo ejercicio de la acción social de responsabilidad. La frase del artículo 80, párrafo 1.º, in fine: "aunque no conste en el orden del día", no implica (directamente) la posibilidad de deliberar (válidamente) sobre el ejercicio de la acción en el seno de cualquier clase de Junta en cuya convocatoria no figure tal materia, sino tan sólo la supresión de la tacha de "nulidad" del acuerdo favorable al ejercicio de la misma.

(41) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 449, opina con acierto que "es interesante pensar en si debe darse a la minoría poderes que puedan ejercitarse sin ninguna responsabilidad. La Ley española no establece, siguiendo la línea conocida, más cautela que la del importe de la minoría. Es dudoso —afirma— que ésto sea suficiente.

(42) Sic. GIRÓN, op. ult. cit., pág. 441.

(43) Creemos que tal interpretación podría encontrar plena justificación en el mismo orden de ideas que ha llevado a GIRÓN, op. loc. ult. cit., a sostener que "para atender a esos riesgos (del abuso irresponsable y de la obstrucción, que presentan los derechos de la minoría) se provee, limitando los que se conceden, cuidando de individualizar los supuestos de manera que se concedan ciertos derechos no a minoría cualquiera y ocasional, sino a grupo caracterizado en alguna forma por intereses específicos, estableciendo para los derechos más "agresivos un examen *prima facie* de su fundamento, disponiendo alguna responsabilidad especial o exigiendo alguna caución".

Aquella posibilidad, pues, en términos generales, se halla sometida al régimen normal de validez de los acuerdos adoptados por la Junta general de accionistas, y, por consiguiente, para que un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad pueda reputarse válido (e integrar, por tanto, una de las condiciones necesarias para la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad) es preciso que en el orden del día de la Junta en que se adopta figure expresamente la responsabilidad de los administradores como tema a tratar.

4. El sistema de la Ley española en lo relativo a la constitución de las Juntas generales se centra en la determinación del quorum que es necesario lograr para la válida constitución de las mismas. "La Junta general ordinaria —dice el art. 51— quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado." Una vez cubierto este quorum o número mínimo de socios (o acciones) que deberán concurrir a la sesión, se declara la Junta válidamente constituida y con facultades, por tanto, para decidir válidamente sobre los asuntos de su competencia. En ningún momento la Ley se refiere, sin embargo, al número mínimo de acciones (o socios) que se precisan para adoptar válidamente un acuerdo (44); en realidad tal especificación no era necesaria ya que es susceptible de ser determinado a posteriori con toda facilidad, dado que en el seno de la Junta las decisiones se toman por mayoría, ordinariamente simple, esto es, mitad más uno, de los votos correspondientes a las acciones presentes en dicha Junta.

El sistema legal, sin embargo, es susceptible de derogación estatutaria, si bien con ciertas limitaciones; y la derogación puede asumir cualquiera de estas dos modalidades:

a) Aumento del quorum legal (45) establecido en el párrafo 1.º del artículo 51, con carácter general para la válida constitución de todo tipo de Juntas que se celebren o como presupuesto indispensable para la válida deliberación de un tipo determinado de asuntos. La posibilidad resulta clara del párrafo 2.º de este mismo artículo, así como de la declaración contenida en el párrafo i) del apartado 3.º, artículo 11. Ni que decir tiene que, en este caso, el aumento del quorum lleva consigo un aumento del número mínimo de votos necesarios para la validez de los acuerdos, permaneciendo inalterado el principio de la mayoría simple del artículo 48.

b) Exigencia de una mayoría reforzada (46) (superior a la mitad más uno) para la adopción de los acuerdos, con carácter general o con limitación a determinados asuntos, permaneciendo (o no) inalterado el

(44) URÍA, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 517. Véase, sin embargo, con referencia a la Ley mexicana, RODRÍGUEZ, *Tratado...* cit., pág. 46.

(45) "Quorum de presencia", en expresión de RODRÍGUEZ, op. loc. ult. cit., "minorías de presencia", al decir de URÍA, op. ult. cit., pág. 521.

(46) "Quorum de votación"; véase RODRÍGUEZ, op. loc. ult. cit.

mínimo legal de acciones-accionistas del artículo 51, necesario para la válida constitución de la Junta general. También, en este caso, la posibilidad no ofrece dudas ante la disposición contenida en el párrafo j) del apartado 3.º, artículo 22 (47).

Pues bien, dejando sentado a título preliminar que la materia de la responsabilidad de los administradores es objeto de deliberación (salvo disposición expresa que a continuación valoraremos) en Junta general constituida con el quorum normal del artículo 51 (48) y no con el reforzado del artículo 58, aplicable tan sólo a los supuestos que regula, ¿es válida una derogación estatutaria al sistema legal expuesto (en cualquiera de las dos modalidades antes examinadas) en materia de deliberación de la acción social de responsabilidad? ¿Pueden los estatutos exigir para tal deliberación una especial mayoría, bien directamente (mayoría "reforzada", permaneciendo inalterado el quorum del artículo 51), bien indirectamente (aumento de quorum para la válida constitución y consiguiente aumento del número mínimo de votos necesarios para alcanzar la mayoría, permaneciendo inalterada su determinación por la vía de la mitad más uno)? Tengamos presente, además, que el actual planteamiento es susceptible de doble formulación (49); porque ciertamente podemos preguntarnos si los estatutos sociales pueden prescribir para tal deliberación una mayoría más elevada (simple o reforzada) que la establecida para el resto de las deliberaciones sociales, o bien si la deliberación relativa a la responsabilidad de los administradores puede verse afectada por la especial mayoría que los estatutos de la Sociedad pudieran, eventualmente, prescribir para todas las deliberaciones asamblearias.

La derogación en términos generales del quorum legal por parte de la Sociedad para la válida constitución (y consiguiente deliberación) de las Juntas generales, abstracción hecha de los temas a tratar, no parece deba sufrir modificación cuando se trate la materia de la responsabilidad de los administradores. El carácter de orden público que normalmente se atribuye al tema de la responsabilidad (50) no debe, a nuestro juicio, ser obstáculo para tal posibilidad, porque con ella no creemos se eluda el cumplimiento de los deberes impuestos a los administradores por normas imperativas de la Ley, máxime

(47) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 233.

(48) FAIRÉN, *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas*, R. D. P., 1955, pág. 875; SOLA CAÑIZARES, *Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho español y en el Derecho comparado*, Barcelona, 1953, pág. 282; GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 142; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 368.

(49) Véase expresamente recogido en GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., página 266, con referencia a FRE, *L'organo...* cit., pág. 308.

(50) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 133, y especialmente DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., págs. 548 y ss.; véase también MINERVINI, *Gli amministratori...*, pág. 351, *ivi* nota (72) y FRE, *L'organo...* cit., págs. 310 y siguiente. En contra del mencionado carácter de orden público, expresamente FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 143.

cuando en nuestro sistema una minoría cualificada puede intentar el ejercicio de la acción, conjuntamente.

La derogación, también en términos generales, del sistema de simple mayoría y la consiguiente exigencia de una mayoría reforzada para la adopción de (todos) los acuerdos sociales, tampoco creemos que deba ser modificada ante el tema de la responsabilidad (51). La observación formulada a este respecto por DE GREGORIO (52) de que sería singular que en una asamblea en la que la mayoría (de la mitad más uno) quiera la actuación de la sanción del artículo 147 (Cód. de comercio italiano de 1882) y la minoría no la quiera (mitad menos uno), prevalezca la voluntad de esta última, aun cuando extremadamente ingeniosa, no tiene razón de ser aplicada ante la normativa de nuestra L. S. A., porque, en definitiva, aquella pseudo mayoría, si se reafirma en su creencia de que existen auténticos supuestos de responsabilidad, puede (si supera la décima parte del capital social) entablar la acción social como "minoría".

La particular actuación de tutela de la minoría en el campo de la responsabilidad de los administradores, actúa así de disolvente de cuantos recelos pudieran manifestarse ante la posibilidad de aplicar al tema responsabilidad el régimen estatutario general sobre quorum y mayorías.

El problema, sin embargo, se presenta con diversos caracteres en la hipótesis de específica derogación del régimen legal sobre quorum y mayorías para el solo supuesto de deliberación de la acción social de responsabilidad, esto es, ante la cláusula de los estatutos que exigiere para la deliberación de la acción social de responsabilidad o bien una mayoría más elevada o bien un quorum de asistencia superior al que rigiere para la válida constitución de las Juntas generales. En contra de tal posibilidad (53) se ha dicho autorizadamente que "sería inconcebible que la misma mayoría que ha podido rechazar el balance presentado por los administradores no pudiera deliberar (retius: acordar el ejercicio de) la acción de responsabilidad contra aquéllos, en base a los mismos extremos que la han inducido a la primera deliberación; en esta materia encuentra aplicación el obvio principio de que quien desaprueba tiene también el derecho de perseguir" (54). El

(51) FRE, op. loc. ult. cit. Parafraseando la argumentación de este autor en *Società per azioni...* cit., pág. 386 (véase más adelante nota (54) podría decirse que "sería inconcebible que una mayoría que no puede aprobar el balance pudiera, sin embargo, aprobar el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores".

(52) Op. loc. ult. cit.

(53) Normalmente rechazada por la doctrina; véase GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 142; PUG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 369; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 282; FRE, *Società per azioni...* cit., página 386; DE GREGORIO, op. loc. ult. cit.; GRECO, *Le Società...* cit., pág. 319, nota (400) (advuértase la inexactitud de la referencia a MINERVINI); GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 266.

(54) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 386, véase expresamente la crítica de MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 351. Una variante del argumento en ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., pág. 361; el autor, siguiendo a

argumento, es cierto, posee una fuerza indiscutiblemente acusada, pero meramente superficial; porque, como se ha dicho (55), la desaprobación del balance sólo marginalmente roza el problema de fondo de la gestión administrativa, y no puede a ella venir ligado, necesariamente, un derecho a perseguir que debe considerarse unido a otro tipo de desaprobación, precisamente a aquella desaprobación (de la gestión y no del balance) que para que adquiriera estado jurídico se pretende sea adoptada bajo determinadas condiciones de quorum o mayoría.

Contra el válido establecimiento de estas condiciones se han empleado también razones derivadas de ser la materia en examen, de orden público. Tal carácter impedirá, ciertamente, admitir como válidas aquellas cláusulas estatutarias que de antemano excluyan o limiten la responsabilidad de los administradores por dolo o negligencia grave (56). Pero con las cláusulas cuya validez examinamos no se atenta directamente contra la normativa (inderogable) de la Ley sobre la materia en cuestión, cuyos supuestos básicos y fundamentales quedan, por el contrario, en pie. La mayor dificultad para la adopción del acuerdo que se derive de un especial quorum o de una mayoría reforzada exigidos no supone en ningún caso para los administradores, una evasión del cumplimiento de aquellos deberes que les son impuestos por normas imperativas de la ley ya que en todo caso quedan sometidos al ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de la minoría o de los acreedores sociales (57).

Se dirá entonces que qué es lo que queda de la virtualidad de la exigencia de una mayoría reforzada, si aunque no se consiga ese número de votos requerido, los accionistas que han expresado su de-

una autorizada doctrina, considera válida la mayoría especial, siempre que la misma mayoría sea la competente para nombrar y revocar a los administradores.

(55) DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., pág. 554 y ss.; GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 423. Especialmente MINERVINI, op. loc. últ. cit.

(56) Aún esta solución ofrece dudas a FIORENTINO, op. cit., pág. 140, si se piensa —dice— en “la absoluta e indiscutible libertad de la asamblea de ejercitar o no la acción de responsabilidad, de renunciar a ella o de transigir”.

(57) Ciertamente, la oportunidad de este razonamiento depende de la solución que se dé a la siguiente nueva cuestión: si los estatutos exigen una mayoría reforzada para acordar el efectivo ejercicio de la acción de responsabilidad y aquélla no se logra (y, por tanto, no hay acuerdo), ¿queda abierta a una minoría que represente la décima parte del capital social y a los mismos acreedores, la posibilidad de acometer el ejercicio de aquella acción, ex art. 80, párrafos 3.º y 4.º? La respuesta, al menos por lo que atañe a los acreedores, debe ser indiscutiblemente afirmativa. Sobre ello tendremos ocasión de detenernos a su debido tiempo; el párrafo 4.º del citado art. 80 subordina el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales (entre otras cosas) a que la acción “no haya sido ejercitada por la Sociedad”. Y es claro que este no ejercicio tanto se deriva de la existencia de un acuerdo contrario como de la existencia... de una falta de acuerdo positivo. Por lo que respecta a las minorías también creemos que la solución debe ser afirmativa. El tenor literal del párrafo 3.º podría, sin embargo, ser un obstáculo a estos efectos; subordina el nacimiento de la legitimación de la minoría a la previa “existencia de un acuerdo” contrario a la exigencia de responsabilidad. Pero a nuestro juicio, la recta ponderación del espíritu de la norma debe permitir asimilar a dicho acuerdo aquella situación de imposibilidad de conseguir un verdadero “acuerdo” de tipo favorable.

cisión favorable y sobrepasan la décima parte del capital pueden entablar conjuntamente la acción. Pero claro está que la misma objeción podría plantearse de la virtualidad de un acuerdo contrario si la minoría oponente tiene en sus manos el mismo ejercicio. En realidad, la diferencia es bastante acusada (entre el ejercicio de la acción por la Sociedad y por los accionistas minoritarios) porque una serie importante de efectos (vg., la destitución de los administradores) aparecen ligados no al ejercicio de la acción social de responsabilidad, sino al ejercicio de la misma "por la Sociedad".

A nuestro juicio, pues, en el sistema de nuestra L. S. A. no existe obstáculo para admitir la validez de aquellas cláusulas que frente al tema de la responsabilidad de los administradores exijan un especial quorum de asistencia superior, claro está, al mínimo legal, o una específica mayoría reforzada. No existe obstáculo dogmático alguno ni ello supone alteración básica de los principios inderogables que presiden dicha materia (58). Es más, si cabe, pueden existir razones, dignas de tutela, que aconsejen una tal regulación estatutaria: el proceder con las máximas cautelas y con las mayores garantías en tema tan delicado. Bien es cierto, sin embargo, que ello puede representar un peligro de orden práctico: las maniobras de los administradores se facilitan ante la necesidad de un acuerdo que deba ser adoptado con mayoría reforzada. No podrán eludir, tal vez, el ejercicio de la acción por parte de una minoría. Pero al impedir el logro de un acuerdo por parte de la Sociedad habrán conseguido, al menos, la paralización de aquellos efectos secundarios, en orden, principalmente, a su permanencia en el cargo. Pero tal inconveniente puede ser obviado si, como creemos, la destitución en sus cargos puede derivarse, en determinadas circunstancias, como consecuencia del ejercicio de la acción por parte de la minoría.

5. Indudablemente, la "maniobra" (séanos permitido utilizar todavía una vez más esta expresión quizá poco académica, pero sumamente significativa) más al alcance de los administradores para desvirtuar o impedir un acuerdo social sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad consiste en participar en la votación (con los votos que pudieran corresponderles en su condición de accionistas) que ha de preceder a la formación de dicho acuerdo. Tal posibilidad, ciertamente, parece repugnar a los más elementales postulados del sentido común. Veamos si sucede lo mismo con el sentido... jurídico.

En términos positivos, en verdad, la Ley nada nos dice sobre el particular. No impone su peculiar normativa un deber jurídico a cargo de los administradores de abstenerse en la votación relativa a su propia responsabilidad. Es decir (pues en esto se concreta la proposición antedicha), no contiene ninguna norma que con fórmula positiva imponga a los administradores una obligación de abstención, del mismo

(58) Conf. MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 350 y ss. y FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 143 y ss., pero siempre que la especial mayoría se requiera también para las deliberaciones concernientes a la aprobación del balance y al nombramiento o revocación de los administradores, cuando menos.

modo que no existe ninguna norma que positivamente imponga, en términos generales, al accionista, un deber de abstención cuando en la votación de que se trate tenga un interés propio y particular (y no ya como "accionista") (59) en el asunto sometido a la decisión de la Junta general. Solamente en el seno de la Junta constituyente la Ley de Sociedades Anónimas impide que los aportantes de bienes in natura (si los hay) intervengan en ninguna de las votaciones relativas a la aprobación del valor de esta clase de aportaciones (art. 22 párr. 3.º).

El tema del conflicto de intereses (que en esta expresión se encierra toda la problemática del supuesto de hecho contemplado) ha sido uno de los más debatidos por la doctrina en materia de Sociedades Anónimas, y su carácter polémico se conserva, incluso, frente a aquellos ordenamientos cuya reglamentación positiva ha dado reconocimiento legal a lo que parecía ser casi unánime aspiración de la doctrina científica, lo que, a buen seguro, ha disminuído, no poco, la eficacia que se profetizaba al precepto (60).

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas, en este punto concreto, no ha sido inmune a tales formulaciones doctrinales, y en trance de incorporar a nuestro ordenamiento positivo una determinada posición sobre el problema ha preferido... silenciar el tema. "Se trata —aclara autorizadamente el profesor GARRIGUES, con referencia al tema específico que nos ocupa— de una laguna deliberada, cuya justificación reside en el escepticismo de los redactores de la Ley respecto de la eficacia de los preceptos legales que prohíben a los administradores tomar parte en la votación relativa a su propia responsabilidad" (61).

(59) Véase sobre esto, ampliamente, ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, en *Studi in tema di Società*, Milano, 1952, págs. 163 y ss. y *Sui poteri della maggioranza nelle società per azione ed alcuni loro limiti*, ibidem, págs. 122 y ss.; GRECO, *La Società...* cit., págs. 240 y ss.

(60) Nos referimos, fundamentalmente, al ordenamiento positivo italiano. Sobre la problemática del art. 2.373 Codice Civile pueden verse, entre otros, ASCARELLI, op. loc. últ. cit.; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., págs. 299 y siguiente; GRAZIANI, *Diritto della società...* cit., págs. 231 y s.; FRE, *Società per azioni...* cit., págs. 286 y ss. (véase en nota (1), pág. 286, amplia referencia bibliográfica anterior a la publicación del Codice civile); GRECO, op. loc. últ. cit., expresamente notas (223) y (224); MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, en *Rev. Dir. Civ.*, 1956, págs. 314 y ss. (selección bibliográfica en nota (2)).

Francia tampoco cuenta con formulación alguna positiva que expresamente imponga al accionista en conflicto de intereses un deber de abstención. Merece destacarse la noticia que a este respecto nos proporciona RIPIERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 520, de que el proyecto Lesaché (que lo establecía) fue rechazado a causa de su imprecisión. Respecto al tema concreto de la responsabilidad de los administradores, el problema no tiene razón de plantearse desde el momento en que la asamblea general no dispone de la posibilidad de pronunciarse sobre el ejercicio de la acción; véase retro nota (26). En derecho mexicano se formula expresamente la prohibición (para los administradores) frente a las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a la responsabilidad de los mismos; véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 54.

(61) *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 143, véase MANTILLA MOLINA, op. cit., páginas 54 y siguiente.

La explicación no ha parecido convincente a algunos sectores (62), pero en realidad, a nuestro entender, proporciona un enfoque altamente realista del problema, plenamente conforme con las concretas exigencias del supuesto planteado. No se trata, en realidad, que la Ley haya desconocido la virtualidad indudable del fenómeno representado por la existencia de un conflicto de intereses; pero en lugar de adoptar una posición preventiva ante el mismo (imponiendo un deber de abstención) se ha situado primordialmente en el plano de la sanción (declarando impugnables los acuerdos "que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad" —v. artículo 67, párr. 1.º, in fine—, fórmula indudablemente inspirada en el principio de que el derecho de voto no puede ser ejercitado en sentido antisocial) (63). Y es que, en realidad, la actividad preventiva plantea una serie de dificultades que me atrevería a calificar de insuperables. El votó del accionista en (pretendido) conflicto, antes de ser emitido no puede ser calificado ni como contrario ni como favorable a los intereses sociales. "Las razones que pueden haber inducido al ejercicio de un concreto voto son —como dice DE GREGORIO— incensurables (inaferribles, o para decirlo con terminología de la física moderna, "inobservables") porque, por sí mismo, es decir, aisladamente considerado, ni actúa ni viola el interés social (hasta que no se transforme en una deliberación de la asamblea)" (64). La situación de (auténtico) conflicto de intereses es algo que sólo podrá determinarse a posteriori, es decir, cuando como consecuencia del acuerdo asambleario adoptado con la concurrencia de votos en (pretendido) conflicto, se haya puesto de manifiesto un cierto daño a la Sociedad. De ahí que FERRARA (65), ante la normativa del 2.373 del Cód. civ. ital., afirme que en realidad no plantea un supuesto de "suspensión", sino de "limitación" del voto, que no debe ser ejercitado por un interés contrario a la Sociedad. Idéntico, pues, al alcance de nuestro artículo 67, párr. 1.º, L. S. A., que no ha necesitado, en cambio, formular expresamente ningún deber de abstención para incorporar a nuestro sistema la disciplina jurídica más correcta del supuesto representado por la existencia de un conflicto de intereses (66).

(62) Véase PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...*, cit., pág. 367. Pero véase en cambio, MOTOS, *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, 1953, págs. 396 y siguientes.

(63) URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, pág. 564, véase DUGUE, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, págs. 110 y ss.

(64) *Corso...*, cit., pág. 281, ASCARELLI, *Interesse sociale...*, cit., págs. 164 y siguientes.

(65) *Gli imprenditori...*, cit., pág. 299. Conforme DE GREGORIO, op., loc. cit., cit., nota (3).

(66) DUGUE, op., cit., págs. 113 y ss. estima que en nuestro ordenamiento positivo (concretamente en la L. S. A.) existe base suficiente para afirmar la presencia de un auténtico deber de abstención del socio en conflicto; el primer argumento lo extrae de la evolución legislativa de la norma ex artículo 67 de la Ley; el segundo, de la aplicación analógica del artículo 22, párrafo 3.º (véase a continuación en el texto una valoración crítica de esta posibilidad).

¿*Quid* en el supuesto de votación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad? ¿Se impone el deber de abstención por parte de los administradores-accionistas en la deliberación correspondiente? La hipótesis es calificada por alguno como especial, dentro del fenómeno genérico del conflicto de intereses (67). Su ratio —se dice— no responde tanto a la necesidad de evitar una colisión de intereses cuanto a impedir que nadie pueda ser juez en causa propia (68). Pero no es ésto lo que, de momento, nos interesa valorar.

Dentro de nuestro sistema, para llegar a la solución prohibitiva se suele acudir (aunque sin demasiado convencimiento) (69) a una extensión analógica del artículo 22, párrafo 3.º ¿Pero es idéntica la ratio en ambos supuestos? Suprimido del texto de la Ley el tan traído y llevado párrafo 2.º del artículo 68 del Anteproyecto, ha permanecido, sin embargo, la redacción del párrafo 3.º del artículo 23 del Anteproyecto. Y ante una identidad de “ratio essendi” no hay duda que ello significaría una omisión imperdonable del legislador. Nada hace pensar, sin embargo, en tal omisión. El deber de abstención que formula el citado artículo 22, párrafo 3.º, responde, en realidad, a una peculiar exigencia que es preciso derivar del sistema legal concerniente a las aportaciones no dinerarias.

El sistema, en efecto, como es sabido, se inspira fundamentalmente en la necesidad de que, también (y sobre todo) frente al supuesto de las aportaciones no dinerarias, se mantenga firme el principio de integridad del capital social, evitando en lo posible toda inexactitud en su valoración. Y su mecánica se desenvuelve a través de sucesivos controles establecidos. Para el supuesto de fundación simultánea, la primera valoración de los bienes (a aportar) se consolida tras la propuesta formulada por el aportante y aceptada por los fundadores (o, eventualmente, tras la contrapropuesta formulada por los fundadores y aceptada por los aportantes). A partir de entonces se pone en marcha el sistema de “controles” establecido. Tal valoración es objeto de revisión por los administradores de la Sociedad, una vez constituida (artículo 32). Naturalmente, en esta (primera) fase de control, el aportante no puede intervenir, so pena de desvirtuar su mismo carácter (de control). Con posterioridad a ella cabe, eventualmente, la existencia de una nueva revisión; esta (segunda) fase de control se practica por un perito nombrado por el Juez de Primera Instancia, previa solicitud de cualquier accionista (art. 32, párr. 2.º); tampoco aquí, evidentemente, cabe la intervención ni del aportante ni de los propios

(67) Así FERRARA, op., cit., pág. 300.

(68) ASCARELLI, *Interesse sociale...*, cit., pág. 165 y el mismo FERRARA, op., loc., ult., cit. En sentido contrario MINERVINI, *Gli amministratori...*, cit., pág. 349 y *Sulla tutela dell'interesse sociale...*, cit., pág. 326.

(69) GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. 2.º, pág. 144; GERÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, cit., pág. 379. La opinión favorable a la prohibición, expuesta por este último autor, es recogida por FAJEN, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 875 y PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...*, cit., pág. 367; DUQUE, op., cit., pág. 117 y ss. se pronuncia como hemos dicho, abiertamente por la viabilidad de la aplicación analógica de la norma ex artículo 22, párrafo 3.º.

administradores, cuya valoración va a ser objeto (ya cristalizada) de nueva revisión. Al Juez, por el contrario, no le incumbe una misión de revisión, ni siquiera de formulación de una ulterior valoración, sino de simple decisión entre las dos valoraciones que le vienen presentadas (la de los administradores y la del perito judicial) (70).

Para el supuesto de fundación sucesiva, la mecánica revisionista se completa con la existencia de un control más. La primera valoración de los bienes (a aportar) se consolida, esta vez, tras la propuesta formulada por el aportante y aceptada por los promotores (o, eventualmente, tras la contrapropuesta formulada por los promotores y aceptada por el aportante) (71). También aquí, a partir de este momento, se pone en marcha el sistema de controles. Pero con una diferencia con la hipótesis anterior. En la mecánica de la fundación sucesiva, al sistema revisionista del artículo 32 precede un previo control por parte de la Junta constituyente, precisamente sobre la base de la aprobación (o no) que en el seno de dicha asamblea se efectúe, de la valoración otorgada a dichas aportaciones, "con anterioridad" (artículo 21, letra c) (72). Y es claro, también, que en esta revisión efectuada, el aportante no podrá intervenir a no querer desvirtuar el carácter de la decisión que se tome al respecto.

Pero hay otra razón de índole dogmática que inspira la decisión del legislador de incorporar al párrafo 3.º, artículo 22, el deber positivo de abstención. Las decisiones, en el seno de dicha Junta constituyente, se toman por mayoría de votos. Estos se asignan a los futuros accionistas en razón al número de acciones que hayan de corresponderle con arreglo a su aportación. Frente al suscriptor-aportante de bienes in natura, la atribución de un número de votos plantea un problema... sin solución, máxime cuando la misma cuantía de su aportación (una de las variables para poder efectuar dicha asignación) se encuentra (en el momento de la deliberación relativa) en estado de esencial indeterminación. Cabe que a una aportación no dineraria le sea asignado un determinado valor (y, correlativamente, atribuido a su titular un cierto número de votos) con carácter instrumental (y provisional) para poder proceder a otro tipo de votaciones (y nótese que esto es lo que en realidad ocurre frente al aportante in natura cuando se procede por la Junta a la aprobación de las demás menciones reseñadas en el artículo 21 de la Ley, incluso cuando se procede

(70) Sin duda la argumentación expuesta puede, en sus líneas generales, situarse bajo el manto del principio general recogido por ASCARELLI, op., loc., ult., cit., de que nadie puede ser juez en causa propia; véase sobre los temas esbozados en el texto, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. 1.º, págs. 329 y ss.

(71) En este primer momento, "para evitar toda arbitrariedad y todo conato de favoritismo - dice GARRIGUES, op. cit., pág. 289— la Ley impone a los promotores la obligación de solicitar un informe técnico y de redactar una memoria que estará a disposición de los suscriptores (art. 17, párrafo 2.º)".

(72) Precisamente la valoración acordada por la Junta constituyente es la que más tarde habrá de someterse al sistema de revisión que establece el art. 32, véase GARRIGUES, op. cit., pág. 290.

a la aprobación de la valoración atribuída... a otros aportantes), pero tal instrumentalidad debe ceder cuando la misma cuantía de la aportación del propio aportante está siendo sometida a determinación.

Por las razones apuntadas no nos inclináramos pues, a manejar el argumento extraído de una interpretación analógica del artículo 22, párrafo 3.º, para fundamentar la incondicionada obligación de abstención que debería recaer sobre los socios-administradores en la votación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por ello y en ausencia, dentro de nuestro sistema positivo, de una norma que expresamente lo prescriba, parece que la única solución posible al problema planteado deba venir de una aplicación al mismo de los principios que en nuestro Derecho de Sociedades Anónimas informan el más genérico fenómeno del conflicto de intereses. Pero esto, claro está, equivale a pronunciarse por la solución negativa.

Tal resultado, indudablemente, podrá ser objeto de críticas; pero sinceramente repetimos que, no ya sólo desde un punto de vista eminentemente práctico, sino desde el punto de vista de las concretas exigencias del supuesto, tal solución parece la más coherente de entre todas las posibles. El voto que un administrador-accionista formule en la deliberación relativa a la responsabilidad en que (se dice) ha incurrido, no puede ser juzgado, apriorísticamente, como fundamentado en un interés antisocial, porque las razones que lo motivan constituyen un "inobservable". Téngase en cuenta que de no ser así, ello equivaldría a reconocer la bondad interna del acuerdo favorable al ejercicio de la acción por el solo hecho de haber sido adoptado por una mayoría de socios, lo que en definitiva justificaría sobradamente la sorpresa de dicha mayoría ante una eventual sentencia judicial absoluta para los administradores demandados. La responsabilidad civil de los administradores se fundamenta en la existencia de determinados presupuestos: conducta gravemente negligente, daño al patrimonio social y nexo causal entre ambas. El administrador al que injustamente (aceptemos la valoración en plano de hipótesis) le sea imputada la incursión en un supuesto de responsabilidad, si formula su voto en la deliberación relativa al ejercicio de la correspondiente acción no se le podrá achacar que su declaración de voluntad sea motivada por un interés antisocial. Su interés personal, indudable, de oponerse al ejercicio de la acción puede coincidir plenamente con el interés social. Es decir, puede perfectamente considerarse que no existe auténtico conflicto de intereses entre el particular del administrador y el interés de la Sociedad. Es más, cabe que el interés que le mueva a votar sea "socialmente" más puro que el que ha impulsado a otros accionistas a la formulación de sus respectivos votos, favorables al ejercicio de una acción de responsabilidad (por hipótesis, inexistente).

Claro está que esta valoración hipotética sobre el fondo de la cuestión planteada en el seno de la Junta no puede ser efectuada en el mismo seno de la Junta; pero por eso mismo no reputamos lícito que, de modo preventivo, ni la mayoría ni el mismo presidente de la Junta

pueda impedir a los administradores el ejercicio del derecho de voto que como a tales accionistas pudiera corresponder (73).

No debe reconocerse aquí, en suma, la existencia de un supuesto de suspensión del voto, sino de limitación del mismo (74). Sobre el administrador cuya responsabilidad se somete a la deliberación de una Junta general gravita el deber (75) de abstenerse del ejercicio de su derecho al voto cuando su concreta situación es de real conflicto de intereses, es decir, cuando su ejercicio se inspire en un interés contrario a la Sociedad. La Ley—insistimos—no arbitra para estos supuestos una medida preventiva, pero sí desarrolla una tutela sancionadora represiva (76). Si como consecuencia de la violación de este de-

(73) Conforme DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 281, nota (3). Expresamente en contra, en nuestro Derecho, DUGUE, *Tutela...* cit., págs. 137 y ss. (especialmente pág. 143 y s.), quien admite la existencia, en estos casos, de un “poder de exclusión” para imponer coactivamente el cumplimiento del deber de abstención. Por diversas razones que analiza (págs. 139 a 142), considera que el ejercicio de dicho poder no corresponde al Presidente de la Junta (sólo le corresponde el “poder de propuesta”; pág. 143), sino a la propia Junta, quien será en definitiva la llamada a tomar una decisión al respecto (de exclusión—cuando se reconoce la situación de conflicto—o de admisión a la votación; pág. 145). ¿Podrán participar los accionistas, en pretendido conflicto, a la formación de esta “instrumental” voluntad social? DUGUE, sostiene que no (pág. 144), porque “con independencia de la situación de conflicto, dice, es unánimemente admitido que nadie puede votar en causa propia”. ¿Y si no obstante pretenden hacerlo? Es de suponer que el Presidente de la Junta estará entonces facultado para impedirlo, invocando precisamente aquel principio fundamental; en este caso, el poder de exclusión sí estaría en manos del Presidente y a él incumbiría, en definitiva, proceder a la limitación del ejercicio de un poder del accionista invocando el que nadie puede votar en causa propia y menos en el seno de una deliberación asamblearia, porque ello (es la única razón que podemos entrever) acarrearía un perjuicio al interés social. Fatalmente “el interés social” irrumpe en escena para actuar de principio vital del... poder de exclusión; ¡el mismo interés social en atención al cual el Presidente no podía limitar el ejercicio de un poder del accionista, sino en los casos en que la Ley le haya expresamente atribuido tal poder! (DUGUE, pág. 141).

En realidad, aquel principio invocado (“nadie puede votar en causa propia”) no posee, en sí mismo, fuerza alguna. Si el accionista se vota a sí mismo para desempeñar un cargo social ¿no vota en causa propia? ¿Podrá ser excluido, en punto a la emisión del voto, por el Presidente de la Junta? No es ésta, en verdad, la opinión unánime de la doctrina; “no se ve—dice URÍA, *Comentario...* citado, t. 1.º, pág. 565—que pueda existir una verdadera colisión de intereses entre la Sociedad y el accionista que pretenda ser elegido para un cargo social”. Aquí sí que está correctamente planteado el problema. No se trata de que se vote o no en causa propia, sino de que exista o no una colisión de intereses entre el “social” y el “particular” del accionista. Detrás de toda emisión de voto en causa propia” existirá o no una situación de conflicto de intereses. Sólo cuando tal situación exista se podrá valorar positivamente aquel principio, no así en el caso contrario, que será irrelevante. Por eso, a nuestro juicio, DUGUE, en el desarrollo de su argumentación incurre en un círculo vicioso de difícil, por no decir imposible, destrucción.

(74) En el sentido en que FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 299, utiliza esta expresión, esto es, en cuanto supone que el voto “no debe ser ejercitado por un interés contrario a la sociedad”.

(75) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144.

(76) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., págs. 327 y s.

ber de abstención no se llega a la adopción de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad (esto es, se adopta un acuerdo contrario), el accionista disidente (ausente o privado ilegítimamente de emitir su voto) podrá entablar la acción de impugnación de dicho acuerdo, ex artículo 68 y ss., por tener éste la consideración de anulable, ex artículo 67, párrafo 1.º, in fine. De no querer acudir a este procedimiento, los accionistas no conformes podrán entablar (conjuntamente, siempre que su participación en la Sociedad represente, cuando menos, la décima parte del capital social) la acción social de responsabilidad en vía subsidiaria. Esta posibilidad, sin duda, no representa en sí misma una sanción explícita de la violación del deber de abstención en que hayan incurrido los administradores (77). Pero, a nuestro juicio, una especial sanción podría señalarse en sede de planteamiento judicial de la acción correspondiente, en cuanto que debidamente justificada aquella violación, debería dar motivo para una agravación de la responsabilidad de los administradores demandados, suministrando apoyo al órgano jurisdiccional para ligar a su decisión fundamental condenatoria una serie de efectos secundarios, normalmente no ligados al ejercicio de la acción social por parte de la minoría.

6. Sin duda alguna, el principal efecto secundario que el legislador ha vinculado al acuerdo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad está representado por la automática destitución de los administradores: "El acuerdo de promover la acción o de transigir —dice el art. 80, párr. 2.º, in fine— implica la destitución de los administradores." Con dicha norma se completa, en definitiva, el cuadro general que sobre el tema de la separación de los administradores de sus cargos nos ofrece la legislación especial en materia de Sociedades Anónimas.

La norma general sobre el tema se contiene en el artículo 75 de la Ley, donde, a imitación del ordenamiento positivo francés, se encuentra consagrado el principio de la revocabilidad ad nutum de los administradores con todas sus consecuencias, incluyendo dicha facultad entre las de tipo discrecional correspondientes a la Junta general de accionistas (78). Normalmente la separación de los administradores de sus cargos se opera como consecuencia de un expreso acuerdo en tal sentido de la Junta general, acuerdo que deberá ajustarse, a efectos de su validez, a las normas generales conocidas de los artículos 51 y 53, principalmente (79).

(77) Pero indiscutiblemente constituye, como afirma FAIRÉN, op. cit., página 875, "la salida legal expresa del problema".

(78) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, págs. 80 y ss.; SOLA CAÑIZARES, *La administración y la dirección...* cit., pág. 162, afirma que el principio de la revocación ad nutum es considerado de orden público (véase también *Tratado...* cit., pág. 262); ESCARRA, *Traté...* cit., págs. 89 y ss. y *Cours...* cit., pág. 490.

(79) Problema discutido y de no fácil solución es el relativo a la necesidad de que el tema, separación de los administradores, figure en el orden del día. En nuestra patria GERÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 354, se inclina por la solución negativa en base a una extensa interpretación del tenor

Otras veces, sin embargo, la separación no necesita apoyarse en una concreta deliberación de la Junta de accionistas, porque se opera automáticamente por ministerio de la Ley. Nos referimos al supuesto contemplado en el artículo 83, párrafo 1.º, para los administradores, incurso en cualquiera de las prohibiciones preñadas en el artículo 82. La destitución, en estos casos —se dice— es de Derecho coactivo y obliga al Consejo de Administración a decretarla, sin perjuicio de dar cuenta en la Junta general inmediata (80).

líteral del art. 75, concretamente de la expresión "... en cualquier momento" (véase en igual sentido FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 340, nota (2). A nuestro juicio, sin embargo, tal argumento no reviste demasiada solidez. La expresión utilizada por el legislador español tiene una significación eminentemente "temporal", más bien que modal (el art. 2.383 Cod. civ. italiano, utiliza la expresión "... en cualquier tiempo..."); atiende fundamentalmente a la vigencia de la relación jurídica que media entre la Sociedad y sus administradores. En cualquier momento de esa continuada relación, los administradores podrán ser separados, es lo que en realidad viene a determinar el mencionado art. 75. Tal vez por ello tenga razón MANFREDI (cit. por MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., página 471) al decir que la atribución a la Sociedad del poder de deliberar en cualquier momento la separación de los administradores no implica una derogación de la disciplina establecida para la adopción de los acuerdos sociales. En igual sentido se manifiesta ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 95 y ss. El propio MINERVINI, op. loc. últ. cit., utiliza como argumento contrario el hecho de que el legislador ha creído necesario dictar una norma expresa para excluir la necesidad de la indicación en el orden del día de la asamblea ordinaria, de un objeto particular que indudablemente es propio de esta asamblea (véase art. 2.393, párrafo 2.º, Cod. civ. italiano). Por la diversa formulación de esta norma en el Derecho español (art. 80, párrafo 1.º, in fine, L. S. A.) no me atrevería a manejar sin retoques este argumento; podría, indiscutiblemente, señalarse que para poder ver establecida una derogación del régimen legal sobre adopción de acuerdos ex art. 53, haría falta contar con una norma expresa que así lo estableciera (como ocurre en el supuesto contemplado por el art. 80, párrafo 1.º, antes citado). La observación adicional de FRE, op. loc. últ. cit., según la cual la expresión del legislador: "en cualquier tiempo", parece haber sido sugerida por la no infundada preocupación de que los administradores titubeasen en cuanto a incluir en el orden del día (el tema de) la propia separación o incluso la de alguno de ellos, no nos parece, sin embargo, de gran consistencia. El art. 56 L. S. A. contiene una norma apta para conjurar dicho peligro, caso de que el tema de la separación se presentase durante cualquier momento de la vida de la Sociedad (y no precisamente en el seno de una Junta).

Con todo (y con las naturales reservas por tratarse de un tema tangencial al que ocupa nuestra atención) la respuesta negativa al interrogante planteado al comienzo de esta nota me parece, en algunos supuestos, sostenible. Por de pronto cuando la destitución de los administradores se presente con carácter de urgencia (URÍA, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 529). Pero también, cuando dicho tema pudiera considerarse conectado de forma natural a otro que figure en el orden del día. Así ocurriría, por ejemplo, en el seno de la Junta llamada a aprobar y censurar la gestión social; véase expresamente ESCARRA, op. loc. últ. cit. y *Cours...* cit., pág. 490. Sobre posibilidad de deliberar acerca de asuntos que sean accesorios o derivados de los indicados en el orden del día, véase GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 219; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 291 (que, sin embargo, se muestra contrario a admitir la solución propuesta sobre el tema específico planteado); FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 23 (en pág. 22, nota (19), se muestra conforme con la solución que acabamos de proponer).

(80) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 176.

Por fin, la destitución puede producirse como efecto de carácter reflejo de una decisión asamblearia sobre materia ajena al tema estricto de la destitución. Es este el caso al que pretendemos dedicar atención y que aparece recogido en la norma del anteriormente citado artículo 80, párrafo 2.º, in fine.

La justificación de dicha consecuencia no parece presentar mayores dificultades de determinación. La tesis de la libre revocabilidad de los administradores se apoya fundamentalmente en el carácter de “confianza” que se atribuye al “cargo” de administrador de una Sociedad Anónima, siempre y en todo momento sujeto, en tal carácter, a la aprobación o desaprobación de la mayoría de los accionistas. No debe, pues, resultar extraño que la Ley haya considerado incompatible con el desempeño de dicho cargo la constatación, por parte de la asamblea, de concretos supuestos de responsabilidad en la persona de alguno o algunos de sus administradores (81), cuya conducta —como se ha dicho acertadamente— se pone desde ese momento en tela de juicio y queda en entredicho. La destitución en el cargo, en este sentido, se explica fácilmente “como medida de sanidad en la gestión” (82).

Esa “pérdida de la relación de confianza” que, sin duda, integra la “ratio essendi” de la norma en examen, debe ser utilizada, a su vez, para efectuar la oportuna delimitación del ámbito reconocido en nuestro derecho positivo a la destitución que se opera como consecuencia de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad.

La Ley —advuértase— vincula la producción de este efecto “al acuerdo” de promover la acción o de transigir (hipótesis esta última a la que dedicaremos nuestra atención más adelante). Pero ello, a nuestro juicio, significa que la destitución se opera no tanto en consideración a la materia del acuerdo: exigencia de responsabilidad a los administradores, como en atención a que es la propia Sociedad (por el régimen de mayorías) la que expresa su voluntad de exigir dicha responsabilidad. En otras palabras, no es el hecho de verse el administrador sometido al ejercicio de la acción social de responsabilidad lo que determina su destitución, sino la circunstancia de haberse producido en el seno de una Junta la decisión de la mayoría de hacer efectivo el ejercicio de la citada acción, previa constatación de unos concretos supuestos de hecho de los que se deriva la incursión de los administradores en responsabilidad. La ratio de la norma anteriormente individualizada conserva así toda la virtualidad: es la pérdida de confianza en el administrador por parte de la mayoría de accionistas lo que justifica plenamente la pérdida de un cargo basado en la confianza depositada sobre su titular por aquella misma mayoría.

Esta primera consideración sobre el ámbito en que la destitución mantiene su peculiar esfera de virtualidad, genera una consecuencia, a nuestro juicio, de sumo interés. Si la destitución de los administradores es un efecto que es preciso vincular al acuerdo adoptado en Jun-

(81) GARRIGUES, op. cit., pág. 143.

(82) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 378.

ta general, favorable a la exigencia de responsabilidad, ello querrá decir que tal efecto no podrá derivarse del ejercicio de la acción social de responsabilidad, en vía subsidiaria, por parte de la minoría o por parte de los acreedores. La afirmación me parece del todo evidente y cuenta, además, con el texto mismo del párrafo 2.º in fine, del artículo 80, que claramente sitúa el hecho de la destitución junto al acuerdo de la Junta general de promover la acción o de transigir.

Por otra parte, al desvincular el efecto de la destitución, incluso de la simple constatación en Junta general de supuestos de responsabilidad, no seguida de un acuerdo dirigido al efectivo ejercicio de la correspondiente acción, debe excluirse, en líneas generales, la posibilidad de que la mayoría (que ha realizado dicha constatación, pero que ha decidido no proceder judicialmente ni transigir con los administradores) acuerde válidamente la separación de los administradores de sus cargos, si no consta tal asunto en el orden del día (83). El supuesto tal vez sea exclusivamente teórico, pero creemos contribuye a perfilar las líneas del instituto.

La destitución, pues, se opera como consecuencia del acuerdo de promover la acción social por la propia Sociedad. Es un efecto vinculado al acuerdo mismo que, por tanto, se producirá automáticamente (84), porque en realidad, y para estos fines, el acuerdo asume —como afirma MINERVINI— el valor legal típico de revocación (85). Tal consideración, sin embargo, debe ser entendida en el sentido de que la destitución se produce sin necesidad de que la Junta general manifieste expresamente su voluntad en tal sentido. Por eso creemos, con el autor anteriormente citado (86), que la norma objeto de nuestra atención no es obstáculo para entender que la Junta general puede, en el acuerdo de referencia, excluir expresamente el efecto de la destitución, bien directamente, bien remitiendo el examen de la cuestión para otra Junta, lo que, en definitiva, equivale a calificar dicha destitución como un efecto “natural” y no “esencial” del acuerdo en sí.

No ha incorporado nuestra legislación, en este punto concreto, una norma análoga a la contenida en el párrafo 3.º del artículo 2.393 Código civil italiano, que condiciona la producción del efecto al hecho de que el acuerdo haya sido adoptado con el voto favorable de, al menos, una quinta parte del capital social. La disposición, ciertamente, constituye una notable garantía para los administradores en el caso de que la acción social de responsabilidad sea deliberada por la Junta general en segunda convocatoria (87). Pero en nuestro sistema, como

(83) Véase lo dicho anteriormente en nota (79) y FERRARA, op. cit., pág. 323.

(84) “Sin necesidad de que expresamente se haga constar”, precisa CIRÓN, op. loc. ult. cit.

(85) *Gli amministratori...* cit., pág. 469.

(86) Op. cit., pág. 350. En contra (?) FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 875.

(87) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 389; véase FIORENTINO, *Gli organi...* citado, pág. 144 y FERRARA, op. cit., pág. 323, que, no obstante, juzga de excesiva la preocupación del legislador italiano.

decimos, tal declaración no ha sido incorporada, por lo que es preciso considerar como incondicionada la producción del mencionado efecto. A nuestro juicio, sin embargo, tal condicionamiento podría ser establecido por vía estatutaria. Recordemos lo dicho poco antes acerca del carácter "natural" del efecto de destitución y pensemos que la motivación de una cláusula de este tipo podría responder a razones dignas de ser tenidas en cuenta y, por tanto, debidamente tuteladas con la sanción de su validez.

Aunque la Ley no lo diga, lógico es pensar que la propia Junta general que acuerda el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de proveer al nombramiento de nuevos administradores que sustituyan a los destituidos. Pero nada impide que silencie este último extremo, en cuyo caso la provisión de las vacantes producidas se efectuará por los cauces previstos en el artículo 73, párrafo 2.º (88). (Claro está, siempre y cuando no sean todos los miembros del Consejo los afectados por el acuerdo de la Junta y siempre y cuando en la Sociedad exista constituido un Consejo de Administración.)

7. Tampoco contiene la Ley ninguna norma explícita que reglamente el modo de personarse la Sociedad en el juicio correspondiente. El tema —opina GIRÓN— debe ser relegado a la soberanía de la Junta (89), pero el problema estriba en determinar hasta qué punto dicha soberanía no encuentra una fuerte limitación en el sistema indelegable de normas que la Ley destina a reglamentar la representación, "en juicio y fuera de él", de la Sociedad, especialmente la contenida en el artículo 76, párrafo 1.º

Que la Sociedad se persone en el juicio relativo a la exigencia de responsabilidad de sus (ex) administradores por intermedio del Consejo de Administración (integrado, tal vez, por antiguos consejeros colegas de los declarados culpables) o de los administradores que ostentan la representación de la Sociedad (y, claro es, no han sido declarados culpables y, por tanto, permanecen en sus cargos con la plenitud de sus atribuciones) puede representar un riesgo evidente para el feliz éxito de la acción entablada (90). En este sentido, el encomendar la representación para personarse en juicio a los nuevos administradores designados parece, ciertamente, la solución más normal, ¿pero es posible conferir la representación —exclusivamente para esta finalidad— a un socio (no administrador) o a un extraño (que tampoco refina esa cualidad)? ¿Hasta qué punto el sistema de representación de la Sociedad —repetimos, en juicio y fuera de él— representa un obstáculo a esta posibilidad?

(88) FRE, op. cit., pág. 390.

(89) Op. cit., pág. 379; FRE, op. cit., pág. 387; ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., pág. 355; FIORENTINO, op. loc. últ. cit.; FERRARA, op. loc. últimamente cit. y nota (13); GRAZIANI, *Diritto delle società...* cit., pág. 267; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit. pág. 51.

(90) GIRÓN, op. loc. últ. cit.

A nuestro juicio, el obstáculo existe (91) y nos parece difícil de superar. Si la administración de la Sociedad se ha concedido conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración y es a este Consejo al que corresponde de modo inderogable la representación de la Sociedad no sólo en el campo material, sino también en el procesal. El otorgamiento a cualquier persona de un poder para representar a la Sociedad en el juicio relativo al tema de la responsabilidad, tropezaría con la disposición del artículo 76, párrafo 1.º, de carácter coactivo. Si el órgano administrativo no viene configurado como tal Consejo, la representación de la Sociedad corresponderá, normalmente, a las personas designadas en los estatutos. Y si éstas permanecen en sus cargos, por no verse afectados por la cuestión de responsabilidad planteada, a ellas corresponderá, asimismo, de modo exclusivo, la representación de la Sociedad en todos los órdenes, que no podrá la Junta restringir sin proceder a una modificación de los estatutos.

Existiendo, pues, órganos que asuman las funciones representativas de la Sociedad, no podrá la Junta general amputar de su esfera de competencia lo relativo a la representación de la Sociedad en el juicio relativo a la responsabilidad de sus (ex) administradores. Ni podrá, en ausencia de ellos, atribuir directamente tal representación a una persona determinada, sino indirectamente, por el cauce de designar la persona o personas destinadas a cubrir los cargos que han quedado vacantes, es decir, los nuevos titulares del órgano representativo de la Sociedad (92).

8. Al tiempo que el legislador ha regulado las modalidades principales que presenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad, se ha preocupado, asimismo, de establecer los límites dentro de los cuales la propia Sociedad puede hacer abandono de su derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables. A ello se refieren las hipótesis de renuncia o transacción que aparecen reguladas en el párrafo 2.º del comentado artículo 80. "En cualquier momento —establece textualmente el precepto citado— la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir —añade— implica la destitución de los administradores."

La justificación del precepto parece evidente: si la acción social de responsabilidad pertenece "iure proprio" a la Sociedad, es lógico que del mismo modo que puede acordar su efectivo ejercicio (con los requisitos y modalidades que hemos examinado), pueda también pronunciarse en sentido negativo (93), bien sea adoptando un acuerdo

(91) Así lo han visto ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 329 y MINERVINI, op. citada, pág. 351 y s.

(92) En este sentido además de los autores cit. en nota anterior, RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 582.

(93) Véase GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144. La posibilidad en lo que se refiere a la renuncia ha sido expresamente excluida en el ordenamiento

desfavorable "al ejercicio" de la acción, bien, en definitiva, renunciando a la acción ya entablada (y por consiguiente, con anterioridad acordado su ejercicio) o transigiendo el pleito ya iniciado.

Esta amplia gama de posibilidades, cuya licitud no puede ponerse en duda, agota, en cierto modo, el número de actitudes que la propia Sociedad, a través de su supremo órgano deliberante, puede adoptar frente al instituto de la responsabilidad de sus administradores, dentro de la esfera de acción de la norma incorporada al párrafo 2.º, artículo 80. Esta última afirmación, sin embargo, posee un gran interés y necesita ser precisada. El artículo 80 de la L. S. A. está destinado, exclusivamente, a regular la legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad, y en tal carácter presupone necesariamente la existencia del supuesto de hecho revelador de la responsabilidad y su previa constatación tanto por la Sociedad como por los accionistas minoritarios y los acreedores sociales. Esta constatación, que habrá de efectuarse bajo la órbita del artículo 79 de la Ley, se operará al margen de la zona de influencia del artículo 80, cuya norma, repetimos, despliega su eficacia precisamente "después" que dicha constatación (afirmativa de la existencia de concretos supuestos de responsabilidad) ha sido efectuada, bien sea por la Sociedad, bien sea por los accionistas minoritarios o por los acreedores sociales. La norma del artículo 80 de la Ley no ofrece duda para esta interpretación. El párrafo 1.º refiere el acuerdo de la Junta general al "ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad (el verbo entablar debe entenderse como equivalente a ejercitar). El párrafo 2.º refiere también el acuerdo de transigir o de renunciar (así como el de promover: párr. 2.º, in fine) al "ejercicio de la acción". El párrafo 3.º, a su vez, refiere la potestad atribuida a la minoría, al "ejercicio de la acción" de responsabilidad, pero expresamente amplía la referencia cuando se refiere al acuerdo de la Sociedad contrario a la exigencia de responsabilidad (que por eso, a nuestro entender, debe ser interpretado entendiéndose por tal el acuerdo por el que la Sociedad se pronuncia en el sentido de "no haber lugar" a la exigencia de responsabilidad). En fin, el párrafo 4.º refiere también el poder de los acreedores a "dirigirse contra los administradores" cuando la acción (es decir, dirigirse mediante el "ejercicio de la acción" social) tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas, y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.

Con estas puntualizaciones a la vista, podremos entonces ensayar un cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad pueden producirse en el seno de una Junta general.

positivo francés. Véase retro nota (26); ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 338 extiende la prohibición del Decreto del año 37 a la posibilidad de renuncia por parte del Consejo de Administración, pero admite en cambio la facultad de la Asamblea para transigir sobre la acción de responsabilidad (pág. 340).

A) La Junta general de accionistas puede, en primer lugar, una vez examinados concretos supuestos fácticos susceptibles de determinar una responsabilidad de los administradores, declarar que dichos supuestos no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, que "no hay lugar" a exigir responsabilidades a los administradores. Tal decisión, naturalmente, equivale a no constatar la existencia de supuestos de hecho reveladores de responsabilidad. En segundo lugar, puede la Junta, tras examen de aquellos supuestos fácticos, declarar que sí caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, constatando, por consiguiente, la existencia de supuestos de hecho reveladores de una responsabilidad.

Ciertamente no será frecuente una decisión de este segundo tipo "químicamente pura". Las más de las veces, tal decisión habrá que considerarla implícita en la que adopta la asamblea de entablar la acción de responsabilidad. Pero en una disección de un acuerdo de este último signo será siempre posible aislar la voluntad de la Sociedad por la que se constata la existencia de supuestos de responsabilidad. Ahora bien, lo que interesa es dejar sentado que una decisión de este tipo (químicamente pura o aislada del seno de otra que la engloba) se produce al margen por completo de la normativa del artículo 80. La decisión de la Junta de "no haber lugar" a exigir responsabilidades también se produce al margen de la norma ex. artículo 80, pero es, como decíamos, la que en el seno del propio artículo 80 (párr. 3.º) el legislador ha tenido presente para concretar un aspecto de la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Aquel acuerdo de la Junta por el que se constata la existencia de supuestos de responsabilidad, aun cuando, como decimos, se opera al margen de la normativa del artículo 80, tiene, sin embargo, la virtud de atraer la disciplina normativa ex. párrafos 1.º y 2.º del artículo 80 para regular la ulterior actividad de la propia Junta general. A partir de entonces la Junta podrá manifestarse en diversos sentidos, pero, en todo caso, la decisión adoptada se producirá ya dentro de la esfera de acción del citado artículo 80, párrafos 1.º y 2.º

B) Las decisiones que es posible hipotizar dentro de este segundo grupo son las siguientes:

a) Hacer dejación o abandono del derecho que el artículo 79 de la Ley confiere a la Sociedad para exigir responsabilidades a los administradores culpables, "renunciando" al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

b) Acordar, como más conveniente a los intereses sociales, "transigir" con los administradores culpables sobre el modo de conseguir una determinada reintegración del patrimonio social.

c) Acordar el efectivo ejercicio de la acción social de responsabilidad para exigir, en juicio, a los administradores culpables, la indemnización precisa a los efectos de reintegrar, en la medida de lo posible, el patrimonio social.

Con posterioridad a este último tipo de acuerdo, y una vez efecti-

vamente entablada la correspondiente acción, podrá, asimismo, la Sociedad, a través de la Junta general de accionistas:

a') Renunciar a la acción ya entablada.

b') Transigir el pleito ya iniciado.

9. Pues bien, toda esta amplia gama de posibilidades, a nuestro modo de ver, encuentra sobrado apoyo en la normativa del artículo 80, párrafos 1.º y 2.º, de la L. S. A., o, para ser más exactos, la normativa contenida en los dos primeros párrafos del artículo 80 se dirige, precisamente, a regular estos concretos supuestos anteriormente mencionados (94). Y siendo así, creemos que con ello se puede salvar uno de los obstáculos con que tropezaba la doctrina, en orden a la interpretación del precepto citado, concretamente al tratar de precisar el "momento" al que había que referir la renuncia o la transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad (95), como condición previa imprescindible para determinar el momento oportuno en que la minoría podía ejercitar el derecho de "veto" que expresamente le reconoce el párrafo 2.º del artículo 80.

Los términos en que este, así llamado, derecho de veto viene reconocido a favor de la minoría, se derivan de haber el legislador condicionado la validez del acuerdo de renunciar o transigir, adoptado por la Junta general, a la falta de oposición por parte de socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. En consideración a esta posibilidad, entiende el Profesor GARRIGUES que "al hablar de transigir o renunciar al ejercicio de la acción, la Ley presupone que la acción está ya en marcha. La renuncia a la acción de que aquí se trata no puede referirse a la misma Junta en que se plantea la cuestión de la responsabilidad. En otro caso, se llegaría a la conclusión absurda de que el ejercicio de la acción de responsabilidad estaría siempre en manos de la minoría, dado que, aunque la mayoría adoptase el acuerdo de no entablar acción de responsabilidad, la minoría podría vetar este acuerdo, al amparo del artículo 80, interpretando que implicaba una renuncia al ejercicio de la acción" (96).

Tal interpretación, sin embargo, tiene un fuerte obstáculo en el tenor literal (97) del propio artículo 80, que frente a la hipótesis de

(94) No todas estas posibilidades son admitidas por la doctrina: así GARRIGUES, op. cit., págs. 145 y ss. rechaza las posibilidades a) y b) y en el mismo sentido se pronuncia FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 391, con referencia al derecho positivo italiano. Las admiten en cambio sin reservas MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 359 y s. y SOLA CAÑIZARES, *La administración y la dirección...* cit., pág. 169, si bien parece considerar deseable la interpretación de GARRIGUES.

(95) Véase especialmente GARRIGUES, op. loc. últ. cit. y FRE, op. loc. últ. cit.

(96) Op. cit., pág. 145. Parece del mismo sentir URÍA, *Derecho Mercantil...* citado, pág. 236; en *Responsabilidad de los accionistas censors...* cit. pág. 18, admite esta interpretación en lo que se refiere a la hipótesis de transacción; frente a la renuncia, exige sólo que sea deliberada en una Junta posterior a la que conoció el tema; véase expresamente una crítica no muy clara en GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., pág. 25, nota (50).

(97) Sic. SOLA CAÑIZARES, op. loc. últ. cit.

renuncia se expresa con fórmula indudablemente amplia: "en cualquier momento—dice—la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción". Por otra parte, el mismo párrafo 2.º in fine presenta también un obstáculo para la interpretación aludida, no desconocido para el Profesor GARRIGUES, al vincular al acuerdo de transigir la destitución de los administradores; la interpretación que de tal inciso nos proporciona: "la transacción implicará la destitución de los administradores en el caso de que no hubiesen sido ya destituidos en el momento en que se adoptó el acuerdo de promover la acción" (98), no nos parece, en verdad, muy ajustada al modo de operar de la destitución como efecto de carácter automático ligado a la adopción misma del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad. A nuestro juicio, por el contrario, el párrafo 2.º del artículo 80 es susceptible de una interpretación perfectamente coherente con el sistema legal regulador del ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando se tenga presente el ámbito dentro del cual se mueve la citada norma y los diversos supuestos de hecho que está llamado a regular. A aquél y a éstos nos hemos referido con anterioridad. Tratemos ahora de valorar aquellos resultados a la luz de la concreta normativa del artículo 80 en su párrafo 2.º

Dos son fundamentalmente las hipótesis contempladas en el mismo: la renuncia y la transacción. ¿Qué inconvenientes pueden presentarse de referir la hipótesis de renuncia a la misma Junta en que se plantea la cuestión de responsabilidad? A nuestro entender, ninguno, si logramos delimitar perfectamente la esfera de acción de la renuncia. Renuncia, en el sentido del artículo 80 de la Ley, equivale a dejación o abandono de un derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables, del que es titular la Sociedad al amparo de lo establecido en el artículo 79. La renuncia, por consiguiente, esencialmente reclama la preexistencia de lo que se renuncia (99). Y en el caso concreto que nos ocupa, la Sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad de cualquiera de estas dos maneras: renunciando a su efectivo ejercicio, es decir, a la posibilidad de perseguir en juicio a los administradores culpables, lo cual presupone la existencia de esa posibilidad en el momento en que la renuncia se produce, o bien, haciendo abandono del derecho "alegado" como fundamento de la pretensión procesal (100). Sólo en este segundo caso la renuncia se mueve en un campo estrictamente procesal; no así en el primero, que se desarrolla en el campo del derecho material. Es ésta la hipótesis cuya posibilidad se cuestiona, porque es la que, a su vez, presupone que la acción todavía no está en marcha.

Ahora bien, así delimitado el verdadero sentido atribuible a la

(98) Op. cit., pág. 146.

(99) La renuncia —dice PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951, volumen I, pág. 546— equivale en esencia a la revocación de una declaración de voluntad anterior.

(100) Así GARRIGUES, op. loc. últ. cit., recogiendo el sentir de la mejor doctrina procesalista.

renuncia, no deberá existir nunca posibilidad de confusión entre una decisión de la Junta a la que sea atribuible el carácter de renuncia en sentido técnico y una decisión contraria a la exigencia de responsabilidad. La primera, puesto que se mueve en la órbita del artículo 80, presupone, como hemos dicho anteriormente, la previa constatación de supuestos de responsabilidad, ex artículo 79 de la Ley; implícitamente presupone una decisión de la Junta de "haber lugar" a exigir responsabilidades, a la que debe vincularse el nacimiento del derecho a exigir de los administradores una determinada indemnización; este derecho es precisamente del que la Junta hace dejación (101) cuando acuerda renunciar al ejercicio de la acción instrumentada para hacerlo efectivo. La segunda decisión, por el contrario, no se mueve en la órbita del artículo 80, sino en la del artículo 79, principalmente; no "presupone", por tanto, una previa constatación de supuestos de responsabilidad porque "ella misma" encarna dicha constatación, si bien negativa (102). Ante una decisión de este tipo, pues, la minoría podrá interpretar que implica una renuncia al ejercicio de la acción, pero su interpretación será completamente infundada. La oposición al acuerdo por parte de una minoría que represente, al menos, la décima parte del capital social, no poseerá el carácter de condición necesaria para la validez del acuerdo mismo, que antes, por el contrario, deberá ser considerado perfectamente válido y eficaz.

No es, pues, totalmente exacto decir que con el derecho de veto reconocido a la minoría la Ley quiere evitar que "una vez adoptado el acuerdo, por la Junta general, de exigir responsabilidad a los administradores, la Junta renuncie al ejercicio de la acción" (103). Lo que la Ley quiere evitar debe expresarse, a nuestro entender, con fórmula más general: que una vez que la Junta general haya constatado la existencia del derecho que incumbe a la Sociedad de exigir responsabilidad a los administradores, por haber éstos incurrido en los supuestos previstos por el artículo 79, se renuncie al ejercicio de la acción que la propia Ley instrumenta como medio adecuado para obtener la reintegración patrimonial debida.

La hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción una vez que ésta ya esté en marcha, no ofrece, naturalmente, posibilidad de discusión alguna. Frente a ella operará también el derecho de veto reconocido a la minoría, y por lo que respecta a su calificación jurídica, encontramos plenamente justificado el carácter que le asigna el profesor GARRIGUES de "abandono del derecho alegado como fundamento de la pretensión procesal o la declaración que hace el autor de que su acción es infundada" (104).

10. El fenómeno de la transacción a que hace referencia el propio

(101) Véase MINERVINI, op. cit., pág. 360.

(102) Es a la que se refiere FRIE, op. loc. últ. cit., cuando alude a la posibilidad de que la Junta general "apruebe" la actuación de los administradores, liberándoles de este modo de su responsabilidad frente a la Sociedad.

(103) GARRIGUES, op. cit., pág. 145.

(104) Op. cit., pág. 146.

párrafo 2.º del artículo 80 debe ser también objeto de delimitación en lo que a su particular esfera de acción se refiere. Adelantemos que, a nuestro juicio, puede (y debe) también venir referida tanto a la misma Junta en la que se plantea la cuestión de responsabilidad como a un momento posterior, en el que la acción se encuentre ya en marcha. A la transacción llevada a cabo por la Sociedad en el primer momento (105) alude la Ley cuando atribuye al acuerdo correspondiente los mismos efectos que al acuerdo de promover la acción, en orden a la separación (automática) de los administradores de sus cargos (artículo 80, párr. 2.º, *in fine*), mientras que la posibilidad de transigir, una vez que la acción de responsabilidad esté ya en marcha, puede verse recogida en los términos generales en que se expresa el legislador en los comienzos del citado párrafo 2.º, artículo 80.

En el primer supuesto, el acuerdo de transigir responde a una decisión de la asamblea de reintegrar en lo posible el patrimonio social "a través del mecanismo jurídico de la transacción extrajudicial". En el segundo caso, la transacción tiene por objeto poner término al pleito ya iniciado, realizándose la integración del patrimonio de acuerdo con las bases de la transacción estipulada. Tanto en uno como en otro caso, será el interés social el que en cada supuesto concreto aconseje la conveniencia de acudir al mecanismo de la transacción para evitar (transacción extrajudicial) o poner fin (transacción judicial) al pleito ya iniciado.

El efecto de la destitución de los administradores debe ser vinculado al acuerdo de transigir adoptado en la misma Junta en que se plantea la cuestión de responsabilidad. Con dicho acuerdo la Sociedad no hace dejación de su derecho a exigir de los administradores culpables una cierta indemnización; el mecanismo utilizado para ello es, ciertamente, distinto, pero tanto a través del ejercicio judicial de la acción de responsabilidad como a través del instituto jurídico de la transacción la Sociedad ejercita su derecho a obtener una cierta reparación del daño causado en su patrimonio (106) por la actuación culposa de sus administradores; lo que, en definitiva, viene a hacer visible aquella "pérdida de la relación de confianza" que integraba, como hemos visto, la ratio *essendi* de la norma disciplinadora del efecto automático de la destitución.

Llegados a este punto interesa primordialmente verificar estas dos hipótesis establecidas a la luz del derecho concedido a las minorías de oponerse a la decisión de la Junta general. No parece, ciertamente, que ofrezca dificultades la posibilidad de esta oposición ante la decisión

(105) Tal posibilidad es negada, como se ha dicho, por el profesor GARRIGUES. Pero ante ella no puede tener valor el argumento utilizado al efecto (véase *retro* nota (96) porque nunca un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad podría ser interpretado como transacción. Entre el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de la acción, puede, si acaso, existir una similitud externa (no de fondo, como hemos visto), la que en ningún modo podría darse con el acuerdo de transacción.

(106) DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 303; FRE, *op. cit.*, pág. 397.

de la Junta de transigir el pleito ya iniciado; la oposición por parte de las minorías responde a la necesidad de conjurar el peligro de una decisión asamblearia tomada bajo la presión que los administradores hayan podido ejercer sobre una mayoría con la que se encuentren estrechamente ligados (107). Merece, sin embargo, atención la posibilidad de que esta oposición se formule frente al acuerdo de transigir adoptado en la misma Junta en que se plantea por primera vez la cuestión de la responsabilidad de los administradores.

A nuestro juicio, dicha posibilidad no sólo no presenta inconveniente alguno, sino que nada se opone ni a la oportunidad ni a la legitimidad de la misma. El acuerdo de transigir supone reconocimiento (expresado por la voluntad de la mayoría) de la necesidad de reintegrar el patrimonio social en la medida que ha sido "injustamente" disminuído; supone, en términos generales, la constatación de concretos supuestos de responsabilidad. Y es, como hemos dicho, el interés social el que en cada caso concreto puede aconsejar la conveniencia de acudir al mecanismo de la transacción para efectuar la reintegración oportuna, en lugar de esperar al resultado del ejercicio de la relativa acción, procedimiento más lento e incierto y siempre susceptible de acarrear perjuicios al crédito de la Sociedad. Pero también en esta decisión de la Junta general pueden tener entrada elementos que perturben la correcta interpretación del verdadero interés social, por parte de la mayoría, y de ahí la concreta necesidad de arbitrar medios en tutela de las minorías disidentes.

II. La competencia para transigir o renunciar al ejercicio de la acción viene atribuída a la Junta general de accionistas. Nada hay que añadir a este respecto. Entendemos, sin embargo, que para la validez de la renuncia o transacción se precisa una expresa decisión en este sentido de la Junta general, lo que excluye la posibilidad de que sean genéricamente autorizadas (108). La oportunidad del derecho concedido a la minoría disidente para hacer valer su oposición, entraña, precisamente, la existencia de una concreta y específica decisión a este respecto, frente a la cual aquella pueda manifestarse. Ni que decir tiene que esta posibilidad otorgada a la minoría que represente al menos la décima parte del capital social, de oponerse a la renuncia o transacción expresamente acordadas por la mayoría, actúa como auténtica condición necesaria para la validez de la decisión misma. La renuncia o transacción acordadas con la oposición indicada, por cuanto contrarias a la Ley (párr. 2.º, art. 80), serían nulas.

Podría plantearse la cuestión acerca de si será necesaria la inclusión del tema (renuncia o transacción) entre las materias que integran el orden del día para que la Junta pueda válidamente pronunciarse

(107) GARRIGUES, *Op. cit.*, pág. 146; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit, página 324; GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 267.

(108) FRE, *op. cit.*, págs. 390 y s.; MINERVINI, *op. cit.*, pág. 360. El texto del art. 2.393 Cod. civ. italiano apoya esta afirmación en su mismo tenor literal. Ello no ocurre con nuestro art. 80, pero la solución creemos, no puede ser de otra naturaleza.

sobre dichos extremos. El problema presenta mayor interés para las hipótesis de renuncia o transacción deliberadas una vez que la acción esté ya en marcha. A nuestro juicio, la respuesta debe venir dada en sentido afirmativo (109). La disposición contenida en el artículo 80, párrafo 1.º, in fine, no es susceptible, a nuestro entender, de extensión analógica al caso que nos ocupa. Tan sólo ante el supuesto de transacción que se verifica en el momento en que por primera vez se plantea el tema, me inclinaría por la posibilidad de la solución negativa; resultaría contrario a la lógica que "la misma" Junta que puede promover la acción no pueda llegar a un acuerdo de transacción (por no constar el tema en el orden del día); la equiparación que el propio legislador efectúa entre el acuerdo de promover la acción y el de transigir (art. 80, párr. 2.º, in fine) debe autorizarnos a pensar que dicha posibilidad se halla implícitamente recogida en el párrafo 1.º del artículo 80. El sentido que hemos atribuido a la no necesaria inclusión en el orden del día (retro II-3) no permite otra solución; la cual, por otra parte, no creemos que comprometa los intereses en juego (110).

El efecto característico de la renuncia, en lo que respecta a la propia Sociedad, radica en la total extinción del derecho cuya titularidad ostentaba para exigir de los administradores todo tipo de indemnización en base a los concretos supuestos que han dado origen al nacimiento de aquel derecho. Referido este efecto al ámbito de la renuncia "procesal" se traduce, naturalmente, en la necesidad de que sea dictada una sentencia absolutoria impidiendo que la alegación jurídica abandonada pueda ser reproducida en un proceso ulterior (111).

En cuanto a la hipótesis de transacción, las dos situaciones posibles deben ser consideradas por separado. La transacción judicial implica la terminación del proceso sin sentencia y adquiere para las partes la autoridad de cosa juzgada. También aquí la transacción acordada imposibilita a la Sociedad para intentar nuevamente el ejercicio de la acción en un proceso posterior. En cuanto a la transacción extrajudicial, produce el efecto primordial de evitar la provocación del pleito, solucionando la controversia por la vía convencional; y del mismo modo, impide que, en base a idénticos supuestos, pueda entablarse con posterioridad una acción judicial (112).

(109) Conforme MINERVINI, op. loc. ult. cit.

(110) La expresión utilizada por el legislador al comienzo del párrafo 2.º, art. 80: "en cualquier momento", no nos parece un obstáculo para esta interpretación (véase lo dicho antes en nota (79)). Por otra parte, el considerar necesario la inclusión del tema renuncia en el orden del día vendría a reforzar las garantías de protección a los intereses minoritarios, que el legislador, de modo específico, ha sancionado con la atribución del "derecho de oposición" ya conocido.

(111) GARRIGÜES, op. cit., pág. 146.

(112) Sobre estos temas pueden verse GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1955, vol. I, págs. 373 y s.; PLAZA, *Derecho Procesal...* citado, págs. 532 y ss.; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español* (edición revisada por COSSIO y GULÓN), Madrid, 1959, t. 2.º, págs. 376 y ss.; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona-Bolonia, 1961, págs. 952 y siguientes.

Sin duda alguna, el problema de primordial importancia que se presenta al considerar el tema concreto de los efectos de la renuncia o de la transacción, radica en la consideración de la virtualidad de estos acuerdos frente a la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría y de los acreedores sociales. Pero tal consideración la efectuaremos en su lugar oportuno al tratar de la legitimación de accionistas minoritarios y acreedores al ejercicio de la comentada acción.

12. Hipótesis que es preciso considerar por separado, pero que posee indudable influencia en orden al ejercicio de la acción social de responsabilidad, es la que tradicionalmente la doctrina individualiza con la expresión "quitus" o descargo otorgado por la asamblea que aprueba el balance y las cuentas, en favor de los administradores, de toda responsabilidad en que pudieran ser declarados incurso con referencia al período de actuación que señalaren.

En tema de decisiones asamblearias de este tipo, la Ley de Sociedades Anónimas se ha separado —como acertadamente expone GARRIGUES— decididamente de la concepción francesa al excluir la posibilidad de que exista un "quitus" tácito con motivo de la aprobación del balance (113). El artículo 110, párrafo 2.º, expresamente determina que "la aprobación (de los documentos a que se refiere el artículo 108) por la Junta no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido". En este punto, pues, los términos de la Ley no ofrecen duda; ello implica, por de pronto, que en todo caso el ejercicio de la acción social de responsabilidad podrá ser intentado por la propia Sociedad si así lo acuerda la Junta general de accionistas; y para ello no será necesario que la Junta, al aprobar los documentos a que se refiere el artículo 110 haya hecho la salvedad de que no aprueba la gestión de los administradores y que se reserva el ejercicio de la acción de responsabilidad pertinente (114). Pero, además, la declaración del artículo 110, párrafo 2.º, implícitamente reconoce y sanciona la posibilidad (y, por consiguiente, la validez) de que una decisión de descargo pueda ser expresamente adoptada por la misma Junta general que aprueba el balance y las cuentas (115). En este caso, naturalmente, la exoneración de los administradores se producirá no como consecuencia de la aprobación del balance (la aprobación del balance "nunca" implica esta consecuencia), sino en virtud de la declaración expresa de la Junta.

(113) Op. cit., pág. 422. En el ordenamiento positivo francés y a partir del Decreto Ley de 31 de agosto de 1937, se ha suprimido, como señala RIPERT, *Traité clementaire...* cit., pág. 580 el efecto clásico del voto de quitus. Ninguna decisión de la asamblea puede tener por efecto la desaparición de la acción de responsabilidad contra los administradores; de este modo, el quitus se ha convertido en una institución inútil. Véase HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 794 y siguiente.

(114) GARRIGUES, op. cit., pág. 423.

(115) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 382, y *La responsabilidad...* cit., pág. 450; GARRIGUES, op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., págs 876 y s. FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 391.

Han sido múltiples y variadas las razones que se han aducido para justificar la necesidad de excluir que a la aprobación de estos documentos pudiera otorgársele el valor de descargo para los administradores por las responsabilidades en que pudieran haber incurrido durante el período a que se refieren los documentos en cuestión. En términos generales, todas ellas parten de considerar el balance como un simple esquema de la situación económica de la Sociedad en una determinada fecha, sin que ello implique en ningún caso un acto de rendición de cuentas (116). “La aprobación del balance —escribe DE GREGORIO— implica una aprobación de la obra colectiva de los administradores no de las concretas operaciones, acerca de las cuales el balance no ofrece ninguna información” (117). Tanto es así que un balance debe siempre ser aprobado, como reflejo de la situación patrimonial de la Sociedad, aun en el caso de que sus resultados sean desastrosos (118).

En este orden de ideas debe venir interpretada la disposición contenida en el párrafo 2.º del artículo 110 L. S. A. El legislador español, haciéndose eco de estas manifestaciones, ha querido únicamente excluir que la aprobación del balance tenga “de por sí” una implícita eficacia liberatoria para los administradores, pero el mismo tenor de la disposición en examen consiente afirmar que la liberación de estos últimos, por las responsabilidades que pudieran derivarse de su gestión, puede ser expresamente deliberada.

Admitida la posibilidad de una decisión expresa de la asamblea encaminada a descargar, a liberar o, si se prefiere, a dar por “quitus” de su responsabilidad a los administradores, debemos dirigir nuestro análisis a examinar y concretar todos y cada uno de los extremos dentro de los cuales habrá de desenvolverse dicha decisión. “Para que tal alcance se dé —escribe GIRÓN— se precisa que, en efecto, el acuerdo se haya adoptado (y, por tanto, que no se haya remitido a otra Junta o que no se haya limitado a determinados extremos y, por consecuencia, alcance unos determinados), que verse sobre materias de las que haya conocido la Junta (vg., no se produciría el efecto liberatorio respecto de un contrato específico que fuera motivo de responsabilidad y que no hubiera sido indicado en la Memoria), y que el acuerdo haya devenido o sea inimpugnable (de otro modo, si la impugnación prospera, el acuerdo no surtiría sus efectos)” (119).

Normalmente, el acuerdo liberatorio se pronuncia en base al informe que presentan los administradores. Son éstos los que en reali-

(116) GARRIGUES, op. loc. últ. cit. y en general la totalidad de la doctrina. Véase ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., págs. 356 y siguiente.

(117) *De las Sociedades...* cit., págs. 554 y s.

(118) SALANDRA, cit., por BRUNETTI, *Trattato...* cit., págs. 395 y siguiente.

(119) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381; véase FAIRÉN, op., loc., ult., cit. La posibilidad anotada es admitida por RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., págs. 582 y siguiente, siempre que la asamblea fuese ella misma competente para realizar el acto llevado a cabo por los administradores y por ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 341, siempre que el quitus resultase del voto unánime de los accionistas.

dad deben marcar la pauta; su informe, base de la aprobación del balance, debe ser veraz y completo (120). Ello implica que el acuerdo alcanzará verdadera eficacia liberatoria, en tanto en cuanto verse sobre materias de las que haya conocido la Junta, a través de la Memoria presentada por los propios administradores interesados. En consecuencia, el efecto liberatorio no se producirá respecto de las materias que no hayan sido sometidas a la consideración de la Junta, ni respecto a las sometidas en el caso de que los administradores hayan incurrido en una exposición falsa o errónea de la situación de la Sociedad. Frente a estas situaciones, el acuerdo liberatorio no produce efectos, renunciando en la Sociedad la posibilidad de exigir las responsabilidades, en su caso, oportunas (121). En los demás casos, el acuerdo es perfectamente válido y, por consiguiente, con eficacia vinculadora para la propia Sociedad; ésta, que se ha pronunciado en el sentido de exonerar a los administradores de toda responsabilidad relativa a cuestiones determinadas y verazmente expuestas, no podrá intentar, en lo sucesivo, el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En este sentido, el "quitus" se nos presenta con un alcance sumamente restringido. Su admisibilidad viene condicionada por la necesaria concurrencia de dos elementos: *a*) que forme parte de un acuerdo expreso de la Junta general, y *b*) que verse sobre materias de las que haya conocido la Junta a través del informe veraz y detallado que le hayan presentado los administradores.

Tradicionalmente el "quitus" viene referido al momento de la aprobación del balance por la Junta, o si se prefiere, a la Junta ordinaria llamada a censurar la gestión social. Prácticamente, la decisión de descargo no tiene razón de ser referida a otro momento; pero aunque la hipótesis sea prevalentemente teórica, es preciso admitir la posibilidad de que una tal decisión se produzca en cualquier otra junta, frente a determinados extremos sometidos a la consideración de la misma por los propios administradores. La íntima conexión entre el problema del quitus y el hecho de la aprobación del balance obedece a la necesidad de dejar sentado el alcance de dicha aprobación, en orden a la posible exigencia de responsabilidad a los administradores. Excluida la posibilidad de que a la aprobación del balance pueda atribírsele eficacia liberatoria en relación a lo actuado por los administradores y admitida, en cambio, la posibilidad de que tal efecto se produzca como consecuencia de acuerdo expreso de la Junta, no hay razón para establecer una nueva vinculación entre ambos acuerdos, contraria a su misma esencia. La Junta general podrá, en cualquier momento, adoptar un acuerdo de este tipo para descargar a los administradores de toda responsabilidad en relación con los asuntos que con dicha finalidad le sean sometidos. También en estos supuestos, como es natural, la validez de la decisión (su eficacia liberatoria) descansa sobre la veracidad de todos y cada uno de los extremos conocidos.

(120) FAJEN, op., cit., pág. 876.

(121) GARRIGUES, op., cit., pág. 424.

A la vista de las consideraciones que anteceden, delimitadores del ámbito dentro del cual el "quitus" posee eficacia liberatoria, creemos poder estar en condiciones de afrontar el tema de su configuración. Y en este terreno, a nuestro juicio, es altamente sugerente la fórmula empleada por GIRÓN al construir, en términos generales, el descargo de los administradores "como un reconocimiento negativo de deuda, en cuya virtud la Junta declara la inexistencia de créditos de cualquier clase que esgrimir contra los administradores por el período de que se trate" (122). Si volvemos ahora la vista atrás y recordamos el cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad pueden producirse en el seno de una Junta general (retro núm. 8), es preciso considerar incluida la deliberación de descargo entre las primeras de las hipotizadas en el grupo A), es decir, entre aquellas declaraciones de la Junta que determinan "no haber lugar" a exigir responsabilidades a los administradores, porque los concretos supuestos fácticos de que ha conocido no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79 de la Ley. Esta sola consideración basta, a nuestro juicio, para establecer la separación existente entre las hipótesis de "quitus" y de "renuncia" (123), a cuyos efectos son perfectamente válidas todas las consideraciones expuestas con anterioridad con vistas a delimitar la esfera de acción propia de la renuncia (retro II-9). La Junta que decide "descargar" a los administradores de toda responsabilidad, no "renuncia" al ejercicio de la acción social de responsabilidad, porque precisamente declara que la Sociedad no es titular de ninguna acción de este tipo. Se trata, en definitiva, de una decisión que opera en un plano anterior al que es propio de la renuncia. Por eso, a nuestro entender, no es totalmente exacta la afirmación de FAIRÉN según la cual el efecto primordial de la decisión de descargo estriba en "la extinción de la acción social originaria" (124). No es éste, en realidad, el efecto inmediato de dicha decisión, sino, todo lo más, su consecuencia. El efecto inmediato hay que extraerlo de aquel carácter de reconocimiento negativo de deuda que le atribuye GIRÓN, y consiste, precisamente, en este reconocimiento que importa la pérdida de la titularidad para exigir responsabilidades a los administradores, tanto por la vía del ejercicio judicial de la acción social de responsabilidad como por el expediente de la transacción extrajudicial.

Para la Sociedad, pues, la deliberación de descargo implica la imposibilidad de que la Junta general pueda, con posterioridad, volver sobre sus propios actos y, revocando el acuerdo de exonerar a los administradores, adoptar una resolución favorable al ejercicio de la acción social de responsabilidad, en base a los mismos supuestos que en su día motivaron la decisión de descargo. Entendemos, sin embar-

(122) Op., loc., ult., cit.

(123) Expresamente mencionada por GARRIGUES, *Comentario...*, cit., pág. 145; véase en ESCARRA, *Traité...*, cit., pág. 336 una caracterización del quitus como "disposición implícita de la acción social".

(124) Op., cit., págs. 875 y siguiente.

go, que esta posibilidad debe admitirse siempre que se presenten motivos que induzcan a la Junta a considerar como falsas o erróneas las bases sobre las que se asentó el acuerdo originario, o hagan su aparición extremos de calificada importancia, desconocidos entonces; con ello no hacemos, en realidad, más que reafirmar lo expuesto anteriormente al condicionar la validez del acuerdo de descargo a la veracidad del informe suministrado por los administradores y que ha de servir de base para la adopción del acuerdo. En estos supuestos la responsabilidad renace y aún puede verse agravada por la conducta de los administradores al presentar el informe.

13. El régimen interno para la adopción del acuerdo de descargo no experimenta, a nuestro modo de ver, alteración alguna. La Junta general podrá válidamente pronunciarse en este sentido con sujeción al régimen ordinario de mayorías, bien sea éste el establecido por la Ley, bien, en su caso, el dispuesto por los estatutos. A nuestro juicio, no cabe dar entrada al sistema de oposición por parte de una minoría cualificada, como condición de eficacia del acuerdo en cuestión. Este será válido —y, por consiguiente, deberá atribuírsele eficacia liberadora—, no obstante haya sido adoptado con el voto en contra de una minoría que represente, cuando menos, la décima parte del capital social. Ya hemos tenido ocasión de delimitar el ámbito propio reconocido por la L. S. A. a este derecho de veto de la minoría; ciertamente en este punto puede sostenerse que de admitir dicha posibilidad de veto a las minorías, llegaríamos a la conclusión absurda de estimar innecesaria la atribución a éstas de la legitimación al ejercicio de la acción social por cuanto siempre estaría en sus manos la posibilidad de forzar el ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, interpretando que todo acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad debería ser considerado como “descargo” otorgado a los administradores por la actuación concreta que se cuestiona. El derecho de veto otorgado a las minorías para las hipótesis de renuncia o transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad no puede encontrar aplicación más allá de los supuestos a que viene referido, a no querer violentar el sistema legal en materia de responsabilidad de los administradores.

Frente a la deliberación concerniente al descargo de los administradores deben entenderse reproducidas todas las consideraciones expuestas con anterioridad sobre la posibilidad de concurrir a la formación del acuerdo los propios administradores con los votos que eventualmente pudieran corresponderles en su condición de accionistas. La cuestión relativa a la posibilidad de que los administradores concurren con sus propios votos a la deliberación concerniente a la aprobación del balance ha quedado hoy en día resuelta (en sentido positivo), principalmente al haberse excluído de dicho acuerdo toda eficacia en relación a las responsabilidades en que pudieran haber incurrido. Por eso mismo el problema renace cuando se trate de deliberación expresa, encaminada a producir un efecto liberatorio del tipo examinado, y ante él, como decimos, debe tener aplicación lo

expuesto anteriormente sobre el alcance que cabe atribuir en nuestro derecho, al deber de abstención que gravita sobre los administradores.

Nos parece oportuno advertir, por último, que, a nuestro juicio, la validez de la decisión de descargo debe ser condicionada a la previa inclusión del tema en el orden del día. No creemos que en este punto sea posible acudir a una aplicación analógica del artículo 80, párrafo 1.º, in fine, norma que, como hemos visto, posee un alcance bien limitado. Y no olvidemos que en este punto falta la garantía que pudiera deducirse de la existencia de un derecho, en favor de la minoría, para oponerse a tal decisión.

14. Las modalidades concernientes al ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el período de liquidación de la Sociedad presentan unas características de sumo interés que es preciso analizar con el suficiente detenimiento, máxime cuando nuestra Ley de Sociedades Anónimas no contiene precepto alguno específico sobre el particular (125).

Que en la fase de liquidación de una Sociedad Anónima pueda ser intentada una acción de responsabilidad contra los antiguos administradores, es algo que resulta del todo evidente. Si cabe, en el desarrollo de las operaciones de liquidación del patrimonio social es donde gran número de veces será posible constatar con toda evidencia, la presencia de concretos supuestos reveladores de una responsabilidad asumida por los administradores en el desempeño de su cargo, presencia la mayoría de las veces revelada por unos resultados anormales que han dejado su huella en la situación patrimonial de la Sociedad. Esto solo, proporciona suficiente interés práctico al tema propuesto y justifica sobradamente toda la atención que se preste al régimen jurídico llamado a presidir el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores durante dicha fase de liquidación de la Sociedad.

Una primera cuestión de carácter dogmático debe ser, ante todo, resuelta: ¿Qué virtualidad conserva la declaración del artículo 80, párrafo 1.º, que vincula el ejercicio de la acción al previo acuerdo de la Junta general de accionistas?; o si se prefiere, ¿será igualmente necesaria una deliberación previa de la asamblea de socios para el ejercicio de la acción? La respuesta a este interrogante exige, desde luego, la previa solución que demos a la cuestión de si la Junta general de accionistas es competente para adoptar, durante la fase de liquidación, un acuerdo semejante. Por su formulación más general, este segundo planteamiento posee el carácter de previo para la resolución de aquél, sin que, en todo caso, la respuesta afirmativa condicione la que deba corresponder al interrogante propuesto en primer lugar.

Con todo, no estará de más dejar sentado, a título preliminar, dos puntos capitales sobre los que se mueven las normas reguladoras del

(125) El artículo 2.393 del Código civil italiano alude expresamente a esta situación, confirmando la necesidad de deliberación asamblearia para el ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, véase FRE, *Società per azioni...*, cit., pág. 385.

período liquidatorio de la Sociedad. El primero de ellos se refiere a la subsistencia de la personalidad jurídica de la Sociedad durante toda la fase de liquidación de la misma. La declaración del artículo 154 de la Ley es terminante a este respecto. Para nuestros fines, esta realidad permite que pueda seguir hablándose de titularidad por la Sociedad de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (126). El segundo de aquellos dos puntos capitales concierne a la permanencia de la Junta general en su condición de órgano superior, si bien con una competencia condicionada; ello justifica, sin más, la procedencia de las cuestiones anteriormente propuestas, sin prejuzgar, naturalmente, su solución.

¿Puede la Junta general, durante la fase de liquidación de la Sociedad, adoptar un acuerdo encaminado al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los que fueron sus administradores? La competencia de la Junta durante este período tiene un sentido eminentemente funcional: se encuentra estrechamente condicionada por la finalidad misma que la liquidación persigue, que al decir del Profesor URÍA no es otra que "traspasar la titularidad del patrimonio social a los singulares accionistas en la parte o proporción correspondiente a cada uno de ellos" (127).

En puntos concretos el legislador atribuye específicas competencias a la Junta general; así el artículo 156 sobre nombramiento de liquidadores; el artículo 161, número 2.º, en lo relativo a la revocación de los poderes del liquidador; el artículo 166 sobre aprobación del balance final de liquidación; pero de un modo genérico, la principal disposición es la contenida en el artículo 158 in fine: Las Juntas generales (tanto ordinarias como extraordinarias), a las que deberán dar cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación, podrán acordar (en el orden mismo de la liquidación) lo que más convenga al interés común. En términos generales, pues, la Junta general es competente para dirigir con sus acuerdos la marcha general de la liquidación, respetando en todo caso las atribuciones que el artículo 160 confiere a los liquidadores. Lo que la Ley pretende, en definitiva, es evitar que la Junta pueda tomar acuerdos en contraste con las finalidades inherentes al período de liquidación (128).

Pues bien, entre ellos no creo pueda considerarse incluido el relativo a la exigencia de responsabilidad a los administradores culpables que antes, por el contrario, es perfectamente compatible con la esfera de competencia atribuida a dicho órgano social (129). Una tal decisión

(126) "El estado de liquidación —afirmaba con anterioridad a la publicación de la L. S. A. el profesor GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I-3, página 1227— no afecta ni a la autonomía patrimonial de la Sociedad, ni a su capacidad procesal, ni a su condición de comerciante". Véase URÍA, *Comentario...* citado, t. 2.º, págs. 734 y s. y GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* citado, pág. 576.

(127) Op. cit., pág. 730; véase también GIRÓN, op. cit., págs. 576 y siguiente.

(128) BRUNETTI, *Trattato...* cit., pág. 571, y URÍA, op. cit., pág. 755.

(129) Véase expresamente reconocida esta posibilidad en URÍA, op. cit., página 756.

se encamina, en realidad, a reintegrar, en la medida que corresponda, el patrimonio social disminuído como consecuencia de una actuación gravemente negligente de los administradores. Las normas que reglamentan el instituto de la responsabilidad de los administradores han sido dictadas para salvaguardar los intereses de la Sociedad y de los terceros acreedores en orden a la integridad del patrimonio social, y el interés de la Sociedad en que aquella reintegración se lleve a cabo no puede desaparecer por el simple hecho de haber entrado en período de liquidación. Es más, el interés a este respecto de la Sociedad (que podríamos entender como "interés común" de los accionistas, para utilizar la terminología de la Ley en el anteriormente citado artículo 158 *in fine*) puede presentarse con mayor virtualidad ante la finalidad misma de la liquidación perseguida a que poco antes hemos hecho alusión (reparto del patrimonio social—en las condiciones más favorables de integridad—entre los accionistas). La constante salvaguardia de la integridad del patrimonio social que inspira la actuación de los administradores durante la vida de la Sociedad es también motivo central informador del período liquidatorio de la Sociedad (véanse a este respecto las normas contenidas en los artículos 160, número 2.º *in fine* y 169 de la Ley) y de ahí que toda actuación dirigida a la reintegración de la masa patrimonial indebidamente disminuída (*in specie*, por una actuación dolosa de los administradores), deba considerarse, no ya compatible, sino incluída necesariamente entre las atribuciones reservadas a la Junta durante el desarrollo de la fase de liquidación.

La Junta general de accionistas puede, pues, deliberar válidamente sobre este concreto extremo. Ahora bien, ¿sigue siendo necesaria la deliberación previa de la asamblea como requisito imprescindible para el "ejercicio" de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad, o, por el contrario, puede ser ejercitada—en nombre y por cuenta de la Sociedad—por el propio liquidador, sin necesidad de contar con un determinado acuerdo en tal sentido? (130). A nuestro juicio, la respuesta afirmativa no ofrece dudas. Los liquidadores vienen investidos de la función "gestora" de liquidación de la Sociedad y, en consecuencia, subordinados a la Junta general de accionistas (131), tal y como se desprende del artículo 158 de la Ley. Los liquidadores podrán constatar en el desempeño de sus funciones la existencia de concretos supuestos de hecho de los que puede derivarse una exigencia de responsabilidad a los antiguos administradores de la Sociedad, pero no podrán entablar por sí mismos la correspondiente acción, sino deberán, en los términos del citado artículo 158, dar cuenta

(130) Este es en realidad el problema específico que se plantea ante el tema que nos ocupa y el que en realidad ha venido a resolver el Código italiano en el mencionado art. 2.393; véase MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 348. La solución contraria impera en el derecho francés, por lógica aplicación de los principios generales del sistema; véase ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 330 y 352.

(131) GURÓN, *op. cit.*, pág. 581; URÍA, *op. cit.*, pág. 755.

de ello a la Sociedad (en Junta general) para que ésta “acuerde lo que convenga al interés común”.

Incluir entre las funciones asignadas a los liquidadores el proponer, por propia iniciativa, la acción social de responsabilidad sería desorbitar el contenido de las mismas y, sobre todo, equivaldría a considerar derogada la terminante disposición contenida en el párrafo 1.º del artículo 80... por la simple entrada de la Sociedad en fase de liquidación. Pero no olvidemos que, como acertadamente afirma GARRIGUES, durante la fase de liquidación, las únicas normas que no serán aplicables serán aquellas “que tengan por supuesto la existencia de una actividad mercantil lucrativa” (132). E indiscutiblemente, la norma ex artículo 80, párrafo 1.º, no puede ser considerada entre las de este tipo.

Otro tema de interés en punto a la determinación de la disciplina jurídica de la acción social de responsabilidad ejercitada por la Sociedad durante su período liquidatorio es el relativo a los efectos que la adopción del acuerdo está llamado a producir sobre la posición jurídica de liquidador que en sí reúne la persona que ha sido declarada en responsabilidad por su anterior condición de administrador de la Sociedad. Pensemos que no hay lugar para hablar de destitución en el cargo de administrador, porque tal cualidad se ha perdido al comienzo mismo de la fase de liquidación; ¿pero puede hablarse de destitución en el cargo de liquidador que ostenta, aun cuando la responsabilidad no se haya asumido en tal carácter?

Sin duda, el simple planteamiento de esta cuestión pone de relieve que lo que en realidad se pregunta es la posibilidad de una extensión analógica de la norma contenida en el artículo 80, párrafo 2.º in fine. Y quizá la solución deba ser negativa, en cuanto a la posibilidad de tal “extensión analógica”. El efecto natural vinculado al acuerdo de la Junta general de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores en orden a la destitución automática de estos últimos en sus cargos está previsto y disciplinado en el mencionado artículo 80, con referencia a la situación “de los administradores”, en esta su condición fundamental. Tal efecto debe ser excluido, naturalmente, cuando falte el supuesto de hecho necesario para su producción, esto es, que las personas declaradas responsables ostenten, en el momento de producirse la declaración, la condición de administradores. De no ser así, es lógico, el efecto decaerá por falta de base sobre la que asentarse. Por eso creemos que no es posible hacer renacer su virtualidad sobre bases distintas y entender que la sustitución operada en el supuesto de hecho puede ser subsumida por la citada norma, en orden a la producción de aquel efecto. Como quiera que el administrador responsable no puede ser destituido de un cargo que en la actualidad no ostenta—se diría—, cabe entender que la destitución conserva su virtualidad respecto al cargo de liquidador que sí ostenta en la actualidad.

(132) *Tratado...* cit. I-3, pág. 1227.

A nuestro juicio, sin embargo, una posibilidad de considerar producida la destitución automática en el cargo del liquidador como consecuencia del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad contra la persona que lo ostenta, por daños ocasionados en el desempeño de sus pasadas funciones administrativas, podría, a lo sumo, verse en el caso de que el ex administrador culpable ostente la condición de liquidador por una declaración genérica de los estatutos o de la propia Junta general que, en punto a la provisión de este cargo, lo haya conferido genéricamente a "quienes en el momento de producirse la disolución de la Sociedad, reúnan la condición de administradores de la misma". En esta hipótesis, el ex administrador culpable ha recibido (automáticamente) la investidura de su condición de liquidador por su carácter de administrador y no por un tipo de designación "intuitu personae". Podría, pues, en este caso, considerarse operada la destitución en su posición de liquidador por desintegración de las bases sobre las que se asienta tal carácter, del mismo modo que el acuerdo de exigir responsabilidades al presidente del Consejo de Administración lleva consigo la destitución en el cargo de consejero y al mismo tiempo el cese en su condición de presidente de la Junta general que eventualmente pudiera corresponderle exclusivamente por aquella su condición de consejero.

En los demás supuestos, la incursión en un supuesto de responsabilidad no debería producir automáticamente la destitución en un cargo del que ha sido investido con independencia del carácter de administrador que ostentaba. En la práctica una tal solución no implicará la existencia de situaciones graves, porque lógicamente la Junta general acompañará al acuerdo dirigido al ejercicio de la acción social de responsabilidad otro encaminado a la separación del liquidador de sus funciones, claro está, por los cauces del artículo 161, número 2, de la Ley.

¿Qué régimen habrá de seguirse para determinar la forma en que la Sociedad habrá de personarse en el juicio correspondiente? La única variante que habremos de añadir a lo expuesto anteriormente con motivo del planteamiento del problema durante la vida normal de la Sociedad será la de considerar a los liquidadores de la Sociedad facultados para ostentar la oportuna representación. Dentro del fin genérico atribuido a los liquidadores de "velar por la integridad del patrimonio de la Sociedad" (art. 160, núm. 2.º, in fine), cabe perfectamente incluir las gestiones encaminadas a procurar la reintegración del mismo por la vía del ejercicio judicial de la acción de responsabilidad contra los administradores declarados culpables, aspecto éste, por consiguiente, al que es preciso considerar referida la representación que ostentan, a tenor de lo establecido en el número 8.º del mencionado artículo 160 de la Ley.

Un último tema merece, en fin, una breve atención. La Ley (artículo 160, núm. 6), como es sabido, atribuye a los liquidadores, de modo expreso, la facultad de "concertar transacciones y compromisos cuando así convenga a los intereses sociales", y la doctrina suele in-

interpretar dicha atribución con gran amplitud, extendiendo tal facultad sin excepción alguna a las cuestiones relativas a toda clase de bienes y derechos, lo mismo en cuestiones litigiosas promovidas con anterioridad a la liquidación que en las que puedan surgir en el curso de ésta, sin otro límite que la conveniencia de los intereses sociales (133). A nuestro juicio, sin embargo, en la valoración de estas facultades sobre el tema de la responsabilidad de los administradores, debe ser establecida una derogación del principio; porque el artículo 80, como hemos visto (y recordemos la aplicación de la norma durante la fase de liquidación), atribuye la facultad de transigir sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad a la Junta general de accionistas.

Ahora bien, la limitación de las facultades de los liquidadores en este punto no se produce por el simple hecho de estar atribuída la facultad de transigir a la Junta general, sino porque ha sido concedido a una minoría de socios el derecho de oponerse a ella, derecho que, como se ha dicho, actúa como auténtica condición de eficacia para la validez de la decisión misma, y del que se vería privado la minoría, caso de que la facultad de transigir fuese encomendada, sin limitación, a los liquidadores de la Sociedad.

15. Especial atención merece también el estudio de la posibilidad (y modalidades) de ejercicio de la acción social durante el estado de quiebra de la Sociedad; el tema no ha sido objeto de específica regulación legal en nuestro ordenamiento positivo (134), y por ello la determinación de su disciplina jurídica forzosamente deberá ser establecida por vía de aplicación del sistema general normativo del procedimiento de quiebra.

Una cuestión previa debe, ante todo, ser objeto de puntualización. La acción social de responsabilidad contra los administradores tiene como fundamental finalidad la de conseguir la reparación del daño causado, reintegrando, en la medida de lo posible, el patrimonio social, disminuído por la actuación gravemente negligente de los administradores. La sola formulación de este principio pone ya de manifiesto la especial vocación de este instituto para formar parte, por derecho propio, de las operaciones concernientes al procedimiento de quiebra; en la medida que la acción tiende a reintegrar el patrimonio de la entidad quebrada, será, indiscutiblemente, uno de los instrumentos destinados a procurar el aumento de los bienes repartibles entre todos los acreedores (135); y en este sentido, es claro que su ejercicio no puede resultar indiferente a cuantos intereses se encuentran especialmente tutelados por dicho procedimiento de ejecución universal.

Esta consideración, por su parte, unida a la titularidad que en relación con dicha acción ostenta por derecho propio la misma Sociedad

(133) Uría, op. cit., pág. 779.

(134) En éste otro de los puntos de contraste con el ordenamiento positivo italiano donde no sólo la Ley de quiebras dedica normas específicas al tema en cuestión (arts. 146 y 206), sino el propio Codice civile en su art. 2.394, párrafo 3.º.

(135) Así, expresamente, DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., pág. 510.

quebrada, implica, a su vez, la necesidad de incluir el ejercicio de la misma en la esfera de atribuciones asignada a los síndicos para la consecución de los fines immanentes a la institución de la quiebra. Como acertadamente ha puesto de manifiesto el profesor POLO, el síndico "ostenta, *por vía de sustitución* como titular de ejercicio, todas y cada una de las facultades que correspondían al deudor, de las que ha sido desposeído en virtud de la declaración de quiebra" (136).

El poder de decisión oportuno en lo relativo al planteamiento de dicha acción de responsabilidad es un tema que, a nuestro juicio, debe quedar sometido al régimen legal vigente en materia de administración de los bienes de la quiebra. Por de pronto, debe excluirse la posibilidad de considerar subordinado el ejercicio de dicha acción al previo acuerdo de la Junta general de accionistas, a tenor de lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 80, L. S. A. Como sostiene GARRIGUES, las normas contenidas en este último precepto legal presuponen que la Sociedad se encuentra "in bonis" (137); y en verdad, a otra conclusión no podría llegarse ante la situación de inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, esencialmente ligada a la propia declaración de quiebra, ex art. 878 Cód. de com. (138). Por otra parte, debe también excluirse que dicho ejercicio pueda estar subordinado a una decisión oportuna de la Junta de acreedores, en cuya limitada esfera de competencia no puede considerarse comprendida una deliberación de este tipo (v. arts. 1.266, 1.346, 1.364, 1.380 y 1.392 L. E. C. y 899 Cód. de com.) (139). ¿Precisará el Síndico la autorización del Juez o del Comisario para el ejercicio de la comentada acción? A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa en lo que respecta, al menos, a la autorización del Comisario; la norma del artículo 1.369 L. E. C. creemos puede ser utilizada en apoyo de esta solución, establecida, por otra parte, en las más recientes legislaciones extranjeras sobre la materia (140).

La viabilidad de la acción en el curso del procedimiento de quiebra puede ofrecer dudas cuando sobre la misma haya precedido un acuerdo de la Sociedad que implicara la extinción del derecho de la propia Sociedad a perseguir en juicio a los administradores (141). Sobre el tema, naturalmente, deben considerarse de aplicación las normas que en nuestro ordenamiento positivo reglamentan el sistema de reintegración de la masa de la quiebra, cuando concurren los supuestos. Pero

(136) *Dictamen sobre la Quiebra de "Barcelona Traction"*, Barcelona, 1951, págs. 51 y 55; DE MARTINI, *Azione di responsabilità...* cit., pág. 1166; ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 320 y 330; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., páginas 51 y siguiente.

(137) *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144.

(138) Cfr. MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 356, y nota (86), donde se refuta opinión contraria sostenida por FERRI en *Liquidazione coatta amministrativa e azione di responsabilità contro gli amministratori*. Assic. 1945-6, II, páginas 16 y ss.

(139) POLO, op. cit., pág. 568; GARRIGUES, *Curso...* cit., II, pág. 481.

(140) Cfr. art. 146 Legge fallimentare italiana.

(141) Véase FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 396.

el problema específico que se plantea estriba en determinar si la normativa propia del artículo 79 L. S. A. puede suministrar apoyo a la sindicatura para proceder directamente contra los administradores ejercitando una acción que ha sido reglamentada no sólo en interés de la propia Sociedad, sino también en interés de accionistas minoritarios y, sobre todo, de los acreedores.

El problema puede a su vez ser objeto de un planteamiento diverso, pero íntimamente ligado con el formulado anteriormente. ¿Pueden los acreedores sociales, tras la declaración de quiebra de la Sociedad, ejercitar la acción ex párrafo 4.º, artículo 80, L. S. A., contra los administradores? Existe, indudablemente, una razón aparente justificadora del interrogante: se está —podría decirse— en presencia del ejercicio de una acción por parte de terceras personas extrañas a la Sociedad, contra otras terceras personas también extrañas a la propia Sociedad (los administradores) (142), y, por consiguiente, su peculiar régimen jurídico no debe experimentar cambio alguno por el hecho de la declaración de quiebra de la Sociedad. Pero la razón existe, indudablemente, tan sólo en apariencia; la afirmación sería válida siempre y cuando la titularidad de la acción perteneciere iure proprio a los acreedores y su finalidad se dirigiera a la reintegración del patrimonio particular de los propios acreedores (143). Y esto, como hemos apuntado, es precisamente lo que no ocurre. Los acreedores sociales se encuentran, sí, legitimados al ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores, pero de una acción cuya titularidad corresponde exclusivamente a la Sociedad y cuya misión consiste en reintegrar debidamente el patrimonio social. La legitimación de los acreedores es, en cierto sentido, análoga a la que en términos generales les incumbe frente al instituto de la subrogatoria, lo que en todo caso significa que ante el tema de la responsabilidad de los administradores no cuentan con una acción directa susceptible de ser ejercitada, sea cual fuere la situación en que se encuentre la Sociedad.

Pero el que la declaración de quiebra impida el ejercicio “personal” de la acción por parte de los acreedores sociales (preciso es reiterar que la normativa del artículo 80 presupone que la Sociedad esté “in bonis”) no significa que desaparezca el interés de estas personas a que la responsabilidad sea exigida, en el seno, claro está, del procedimiento de quiebra. Es más, su interés, si acaso, se habrá acrecentado, pues en juego se halla no ya la garantía, sino la propia satisfacción de sus créditos.

Pues bien, si esto es así, si en la normativa de la L. S. A. el interés de los acreedores no sólo no decae (como más adelante examinaremos), sino que se encuentra tutelado (precisamente) ante una situación de pasividad (en el más amplio sentido del vocablo, comprensivo de una actitud contraria) de la Sociedad por lo que respecta a la exi-

(142) MINERVINI, op. cit., pág. 335.

(143) MINERVINI, op. loc. últ. cit. Véase sobre el tema ASCARELLI, *Societades y Asociaciones...* cit., pág. 359; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 325.

gencia de responsabilidad de sus administradores, ¿habrá que considerar esfumada aquella tutela justamente en el momento en que los intereses de los acreedores alcanzan una mayor consistencia? La respuesta no puede ser más que negativa. El acuerdo eventualmente adoptado por la Sociedad con anterioridad a la declaración de quiebra, del que se deriva la extinción de su derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables, hace surgir precisamente el interés de los acreedores a ejercitar la acción social de responsabilidad en vía defectiva, y es claro que tal interés no puede quedar desprotegido por el sometimiento de la Sociedad al procedimiento de quiebra. De ahí que resulte inevitable reconocer, en todo caso, como posible, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los Síndicos de la quiebra, aun cuando la Sociedad se hubiera pronunciado con anterioridad en sentido contrario (144).

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA MINORÍA

I. El párrafo 3.º del artículo 80 dispone, como es sabido, que “los accionistas que representan la porción de capital que queda establecida en el párrafo anterior (la décima parte del capital social) podrán entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad...”. Prescindiendo de consideraciones de orden sistemático, es preciso, ante todo, detenerse en el estudio de los elementos que sirven para caracterizar la figura de este legitimado de segundo grado al ejercicio de la acción social de responsabilidad (145).

(144) ASCARELLI, op. loc. cit., solución que fundamenta en que la responsabilidad de los administradores trae origen de las normas dirigidas a la tutela de la integridad del capital social. Véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilità...* cit., pág. 18.

(145) La legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción social no es reconocida por el ordenamiento positivo italiano aunque no faltan autorizadas voces que verían con agrado su implantación. Entre ellas destaca la de ASCARELLI que en muy diversas ocasiones ha venido propugnando un reforzamiento de los poderes de la minoría, en aras del establecimiento de una tutela (de las minorías) que en definitiva y por lo que respecta sobre todo a las grandes Sociedades Anónimas, con acciones muy repartidas entre el público, se traduciría en una tutela de la “mayoría” de los partícipes en la Sociedad (Véase en la colección *Studi in tema di Società*, principalmente: *Principi e problemi delle società anonime*, págs. 32 y ss., nota (62); *Sui poteri della maggioranza...* cit., págs. 127 y ss., nota (41); *In margine alla tutela della minoranza nelle società per azioni*, págs. 139 y ss. e *Interesse sociale...* cit., págs. 149 y ss.). La única posibilidad que a las minorías se le ofrece en el Derecho italiano, es la reconocida en el art. 2.409, en virtud del cual una minoría que represente la décima parte del capital social, puede denunciar los hechos susceptibles de engendrar una responsabilidad para los administradores, ante los Tribunales, para obtener, o bien la celebración de la Asamblea (que delibere el ejercicio de la acción) o bien el nombramiento de un administrador judicial, entre cuyos poderes figura el de acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad. Véase FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 142.

En el sistema francés al ejercicio de la acción social de responsabilidad son también llamados los accionistas minoritarios, si bien la doctrina no está totalmente de acuerdo en la delimitación teórica de los diversos supuestos. Además

Dos consecuencias de tipo negativo pueden servirnos de introducción al estudio de este tema: la acción social de responsabilidad queda expresamente excluida de la esfera de actuación de una minoría que presente una porción de capital inferior a la décima parte del mismo; del mismo modo, queda excluida la posibilidad de su ejercicio por los accionistas aislados (146). Ahora bien, así como aquella afirmación es plenamente incuestionable, esta última, por el contrario, es sólo parcialmente válida.

La exclusión de esta posibilidad se justifica normalmente en base a una doble consideración; una de carácter general: la necesidad de evitar que la acción de responsabilidad vaya a parar a manos de accionistas aislados que puedan, quizá, convertirla en instrumento de coacción y de escándalo (147); la otra, derivada del tenor literal del precepto en examen, concretamente del adverbio "conjuntamente", que parece autorizar a pensar en una "pluralidad" de accionistas (148). La primera consideración posee indudable validez en cuanto de ella se desprenda que el sistema de la L. S. A., en punto a la delimitación de este legitimado de segundo grado, no ha creído conveniente facultar a cualquier accionista (abstracción hecha de la mayor o menor cuantía de su participación capitalista en la Sociedad) para ejercitar la acción social de responsabilidad. La tutela de intereses minoritarios que como contrapeso a los ilimitados poderes de la mayoría ha puesto en práctica a lo largo del sistema de la Ley el legislador español, tiene en este punto concreto de la responsabilidad de los administradores un alcance ciertamente más restringido, puesto que sólo se otorga a unos intereses minoritarios de entidad superior a un límite prefijado (149) (véase el distinto alcance que la tutela asume en orden a la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales, ex art. 69 de la Ley).

de la acción social de responsabilidad (acción fundada en el perjuicio experimentado por el patrimonio social) ejercitada por los representantes de la Sociedad, existe la posibilidad de ejercicio de dicha acción por un grupo de accionistas que represente la vigésima parte del capital social (con obligación de nombrar un mandatario que los represente) e incluso, según algunos (HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 797, ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 327 y s. y 346 y siguientes); véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., págs. 26 y ss.) por un accionista aislado; en uno y otro caso se habla de acción social ejercitada ut singuli. RIÉPÉRT, sin embargo, critica esta última denominación en lo que afecta al ejercicio de la acción atribuida individualmente al accionista ("como tal accionista" y, por consiguiente, distinta de la acción individual que le corresponde por el daño directamente sufrido), que en ningún caso considera de naturaleza social (*Traité élémentaire...* cit., págs 582 y 858). Véase amplia referencia al derecho comparado en GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 20 y ss.

(146) Como por el contrario se admite por la doctrina francesa (véase referencia en nota anterior).

(147) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 149; FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 877.

(148) Así parece desprenderse de GARRIGUES, op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, op. cit. página 878; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit. pág. 369; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit. pág. 380. Todos ellos resaltan la significación del adverbio "conjuntamente".

(149) Véase FAIRÉN, op. cit., pág. 877.

En esto en realidad se concreta la virtualidad de la consideración expuesta sobre el tema específico de la legitimación al ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de una "minoría".

La utilización en el texto de la Ley del adverbio "conjuntamente", por ello, no debe inducirnos a pensar que la acción social de responsabilidad no pueda ser ejercitada eventualmente por un solo accionista. Cuando la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 80 establece que una cualificada minoría podrá entablar la acción "conjuntamente", lo que en realidad pretende es excluir la posibilidad de que los accionistas singulares que integran esa minoría puedan "aislada o individualmente" ejercerla; sólo dentro de estos términos debe ser excluida la posibilidad de ejercicio individual de dicha acción por parte de los accionistas aislados. Porque, a nuestro modo de ver, es perfectamente posible y admisible que un accionista que por sí solo represente la décima parte o más del capital social pueda tener acceso al ejercicio de la acción social de responsabilidad. A efectos de caracterización de este legitimado de segundo grado el acento hay que situarlo en la participación en el capital social superior al límite mínimo prefijado; éste es en realidad el criterio que el legislador ha adoptado en la determinación de la existencia de un interés digno de protección, y claro es que de acuerdo con este criterio, tan dignos de protección son dos o más accionistas que entre sí reúnan esa cifra de capital como el singular accionista que por sí sólo la represente. La legitimación, pues, al ejercicio de la acción social de responsabilidad corresponde, en el sistema de la L. S. A., a la participación de una décima parte o más en el capital social, bien que ésta encarne en varios accionistas (en cuyo caso deberán ejercitar la acción "conjuntamente"), bien lo haga en uno solo. La Ley, ciertamente, parece tener en cuenta solamente el primer supuesto, y a él en realidad se refiere literalmente ("los accionistas que representen (en su conjunto) la porción de capital...", dice el párrafo 3.º del art. 80); pero con ello, a nuestro entender, no hace más que aludir al supuesto normal, a un caso típico ideal, pero no al único posible (150).

La constitución de estas minorías (con las salvedades antedichas puede utilizarse esta expresión para aludir a este legitimado de segundo grado) no siempre depende de los votos formulados en Junta general "contra" el parecer de la mayoría de no exigir responsabilidades a los administradores (151). La "minoría" se determinará de esta forma cuando efectivamente haya existido un acuerdo desfavorable a la exigencia de responsabilidad. En este caso, la minoría protegida en sus derechos por la Ley, estará integrada por los accionistas que hayan votado en contra del acuerdo. Pero la Ley declara —como

(150) Nos parece exacta la consideración de GIRÓN, op. cit. pág. 379, de que "el cómputo se refiere al capital social, y por tanto, no deben establecerse diferenciaciones en función de derecho de voto, o de series de acciones, puesto que la Ley no distingue".

(151) Véase en este sentido que se rechaza, FAIRÉN, op. cit., págs. 877 y siguiente.

tendremos ocasión de examinar— la posibilidad de ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad por parte de una minoría, aun en el supuesto de que haya existido un acuerdo de la Junta general “favorable” al ejercicio de la misma, siempre que éste no haya sido intentado (por la Sociedad) dentro de los tres meses siguientes, contados a partir de la fecha del acuerdo. En estos supuestos es claro que la minoría, como sujeto legitimado al ejercicio subsidiario de la acción, se integrará lógicamente por una parte de los mismos accionistas (con representación de una décima parte del capital social, al menos) que en la Junta general han votado a favor del acuerdo de exigir responsabilidad a los administradores mediante el ejercicio de la acción social originaria.

Cuando el legitimado sea concretamente una minoría integrada por varios accionistas, la Ley prescribe, como hemos visto, el ejercicio conjunto de la acción contra los administradores. Ello significa que la legitimación corresponde al “grupo” en cuanto tal y no a cada uno de los accionistas que lo componen. En su vertiente procesal, el ejercicio conjunto de la acción hace pensar en la automática constitución de un litis consorcio “necesario” activo de accionistas, que deberá litigar con una sola representación procesal y una sola defensa letrada (152).

2. La minoría adquiere la consideración jurídica de sujeto legitimado al ejercicio de la acción social, es decir, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los administradores, “cuando la Sociedad no lo hiciere, dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad” (art. 80, párr. 3.º, *in fine*). La norma tiene una importancia extraordinaria porque determina expresamente las condiciones bajo las cuales dicha legitimación se produce. En base a ella, como hemos visto (v. retro I-2 y 3), es preciso establecer, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario de la acción que la Ley otorga a una cualificada minoría para exigir responsabilidad a los administradores (153); desde otro punto de vista, sin embargo, la mencionada norma señala el momento a partir del cual la acción puede ser ejercitada por dicha minoría.

Dos son las hipótesis contempladas por el legislador a estos efectos, a cada una de las cuales atribuye el carácter de condición de ejercicio de la mencionada acción: la falta de ejercicio efectivo de la acción por parte de la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la fecha del acuerdo de la Junta general, “favorable” a la exigencia de responsabilidad, y el acuerdo contrario a la exigencia de dicha res-

(152) FAIRÉN, *op. cit.*, pág. 878; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal...* cit. I, págs. 173 s.; “las alternativas posteriores a la demanda, de esa minoría —sostiene GIRÓN, *op. cit.*, pág. 380 y recoge PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 369— no parece que deban entenderse esenciales para que se mantenga la acción; basta que en el instante de entablarse exista la minoría”. Véase sobre el tema, GARRIGUÉS, *op. cit.*, págs. 149 y s. y ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 351, nota (4).

(153) Sobre el tema véase ampliamente GIRÓN, *op. cit.*, págs. 377 y s. y 380.

ponsabilidad. La disyuntiva incorporada al texto del párrafo 3.º, in fine, para contraponer dos tipos de acuerdos sociales, autoriza, a nuestro juicio, sin lugar a dudas, a proponer tal distinción (154) y a valorar el acuerdo a que se refiere el legislador como punto de partida del plazo de tres meses señalado, como acuerdo "favorable" al ejercicio de la acción (no seguido de efectivo ejercicio de la misma en los tres meses siguientes), en oposición al acuerdo "contrario" a que explícitamente hace referencia a continuación.

Esto indica, por de pronto, que una sola es, en realidad, la condición a la que la normativa de nuestra L. S. A. vincula el nacimiento de la legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción social de responsabilidad: "la falta de ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad, bien que esta falta se derive de la existencia de un acuerdo de signo negativo, bien que se desprenda de una pasividad de la sociedad en la ejecución de un acuerdo de por sí favorable a dicho ejercicio. Si hablamos, pues, de doble condición (en sentido alternativo) de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría, lo hacemos para resaltar la dualidad de hipótesis contempladas por el legislador, pero, en puridad, ambas hipótesis deben ser subsumidas en una única categoría conceptual.

3. La primera de ellas, como hemos dicho, apunta a una situación de "pasividad" de la Sociedad en la ejecución de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social de responsabilidad. La correcta valoración del plazo de tres meses manejado por el legislador no permite, en verdad, otra interpretación; tal valoración, sin embargo, exige un cierto esfuerzo interpretativo porque la redacción gramatical de la norma se presta, sin duda, a confusión, principalmente por la peculiar situación en la frase de los diversos signos ortográficos (155).

Una lectura superficial del párrafo 3.º, artículo 80, podría, en efecto, sugerirnos cualquiera de estos dos significados: a) Los accionistas, cuando la Sociedad no lo hiciere, podrán entablar... la acción de responsabilidad dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; o bien, b) los accionistas... podrán entablar... la acción de responsabilidad, cuando la sociedad no lo hiciere dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o

(154) Véase recogida en GIRÓN, op. cit., pág. 380; URÍA, *Derecho Mercantil...* cit., pág. 237 y el propio GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 150.

(155) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 449, nota (53), afirma que la lectura y dicción gramatical de la ley no le ha producido ninguna duda (véase *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380). Tampoco parece que la haya sentido SOLA CAÑIZARES en *Tratado...* cit., pág. 282, pero este autor en *La administración y dirección...* cit., pág. 168, adopta una interpretación contraria, la misma mantenida por GARRIGUES, op. cit., pág. 150, y recogida por FARRÉN, op. citada, pág. 878. A nuestro juicio la interpretación correcta es la sostenida por GIRÓN, pero ello no impide reconocer que la dicción gramatical del precepto en examen es en extremo ambigua y susceptible de dos significados completamente distintos, uno de los cuales será preciso rechazar en base a consideraciones de orden lógico.

cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. En el primer caso, el término de tres meses vendría referido al ejercicio de la acción por parte de la minoría, actuando como plazo de caducidad de dicha acción; en el segundo, por el contrario, el término haría referencia al ejercicio (*retius*: al no ejercicio) de la acción por parte de la Sociedad.

El profesor GARRIGÜES mantiene una interpretación de dicho plazo en consonancia con el primer significado. “La acción —nos dice— ha de ser entablada precisamente dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. La Ley, con ello —añade—, quiere evitar que los administradores acusados puedan quedar expuestos a la acción de responsabilidad ejercida por la minoría mucho tiempo después de haberse tratado el asunto en la Junta general” (156).

La interpretación, sin embargo, aun cuando pudiera considerarse deseable (157), no nos inclinamos a compartirla. Pensemos que dicha interpretación sólo tendría sentido en el caso de que el acuerdo de que se trate fuese “contrario” al ejercicio de la acción por parte de la Sociedad; y ello porque, desde el día siguiente a una deliberación de este tipo, los accionistas minoritarios tendrían “seguridad” sobre la falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad. El establecimiento de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que un acuerdo negativo se produce, podría tener efectividad como plazo dentro del cual los accionistas se verían impelidos al ejercicio de la mencionada acción, precisamente porque suficientemente constatada la falta de ejercicio de la acción por la Sociedad (¡qué mejor constatación que un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad!) la minoría podría acometer dicho ejercicio “en cualquier momento”, dentro de esos tres meses.

Pero esto no ocurre cuando estamos frente a un acuerdo social favorable al ejercicio de la acción de responsabilidad. Ante un acuerdo de este tipo, en efecto, la minoría de accionistas no podrá contar, desde el primer momento, con la seguridad de una falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad. Es más, en realidad tendrán una cuasi-certeza sobre la favorable disposición de la Sociedad al ejercicio de la acción social de responsabilidad; certeza que, en definitiva, se consolidará cuando la Sociedad efectivamente ejercite la acción, pero que, lógicamente, se irá debilitando a medida que el tiempo transcurra sin que la Sociedad plantee la acción efectivamente.

Ahora bien: si desde el día siguiente al acuerdo de que se trata no existe seguridad (no puede existir) sobre la falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, no puede tener sentido alguno establecer un plazo de tres meses, contados a partir de la fecha del

(156) Op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, op. loc. últ. cit.; SOLA CAÑIZARES, *La administración y dirección...* cit., loc. cit.

(157) Las razones que aduce el Prof. GARRIGÜES, op. loc. últ. cit., son indiscutiblemente interesante y tal vez deberían haber encontrado oportuna sanción en el sistema de la Ley.

acuerdo, “dentro del cual” una calificada minoría podría considerarse legitimada al ejercicio de aquella acción; tal posibilidad de ejercicio quedaría reducida al último mes, cuando no, a los últimos días del plazo, momento en el que, “tal vez”, podría el Juez constatar la pasividad de la Sociedad frente al ejercicio de la acción anteriormente acordado, como condición necesaria de admisibilidad de la acción en ejercicio subsidiario por parte de la minoría.

En este último orden de ideas encuentra, sin embargo, explicación el plazo de tres meses aludido por la norma en examen. Porque, a nuestro entender, no hay duda que dicho plazo no se refiere al ejercicio de la acción por parte de los accionistas, sino precisamente a la “falta de ejercicio” por parte de la Sociedad, tras un “acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad”. En otras palabras, el término ha sido establecido por el legislador en interés de aquella minoría y no de los administradores; pura y simplemente indica el período de tiempo, transcurrido el cual la Ley “presume” consolidada la dejación o la pasividad de la Sociedad, por lo que respecta el ejercicio de la acción sobre el que se había pronunciado con anterioridad en sentido favorable, equiparando dicha pasividad a una efectiva falta de ejercicio y considerando, en consecuencia, suficientemente verificada la condición de ejercicio de la acción en lo que atañe a la legitimación de la minoría. La presunción, pues, actúa en favor de la minoría en cuanto a que desde aquel momento (al término de los tres meses) tienen abierto el camino para su legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. Sólo de este modo se explica el que la Ley haya desvinculado los dos tipos de acuerdos (favorables o bien contrarios) y que solamente en el ámbito del primero de ellos haya insertado el plazo de los tres meses (158).

4. La segunda hipótesis contemplada por el legislador en la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 80, a cuya verificación se vincula, asimismo, el nacimiento de la legitimación concedida a la minoría, hace referencia explícita a un “acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad”. También aquí, la correcta delimitación del supuesto de hecho previsto por la norma, presenta un indiscutible interés para determinar el alcance de la condición esencial de ejercicio de la acción por parte de la minoría.

Por de pronto cabe decir que el acuerdo (por parte de la Sociedad) contrario a la exigencia de responsabilidad opera el nacimiento de la legitimación de la minoría, en cuanto importa necesariamente la falta de ejercicio de la acción por la propia Sociedad. Adviértase, sin embargo, que la Ley no utiliza la expresión “acuerdo contrario” refiriéndola al ejercicio de la acción social de responsabilidad”. La diferencia de matiz, tal vez involuntaria por parte del legislador, es, a nuestro juicio, harto elocuente y expresa de modo técnicamente

(158) Véase en este sentido GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* citado y *La responsabilidad...* cit., loc. cit.; URFÁ, op. loc. últ. cit.

perfecto el alcance atribuible a esta segunda hipótesis que examinamos.

Con anterioridad (v. retro II-8) hemos tenido ocasión de ensayar un cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad podían producirse en el seno de una Junta general. Dentro del primer grupo incluíamos todas aquellas decisiones en virtud de las cuales, la Junta general, una vez examinados los concretos supuestos fácticos susceptibles de determinar una responsabilidad de los administradores, declaraba que dichos supuestos caían o no dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, había o no lugar a exigir responsabilidades a los administradores. Si el acuerdo fuese de tipo positivo—decíamos— automáticamente la ulterior actividad de la Junta quedaba subsumida bajo la esfera de acción del artículo 80 en sus párrafos 1.º y 2.º. Así, la Junta podía: a) hacer dejación de su derecho, “renunciando” al ejercicio de la acción de responsabilidad, b) “transigir” con los administradores culpables, c) acordar el efectivo ejercicio de la acción social que la Ley le concede. Tras este último acuerdo, veíamos cómo la Sociedad podía, a través de la Junta general de accionistas (159), expresar su decisión de a) renunciar a la acción ya entablada, o b) transigir el pleito ya iniciado. Si, por el contrario, el acuerdo fuese de tipo negativo (contrario a la exigencia de responsabilidades), es claro que al no implicar una subsiguiente actividad de la Sociedad sobre esta materia, no existe razón de aplicar la normativa contenida en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 80.

Pues bien, cuando la Ley, en el párrafo 3.º del precitado artículo 80, establece como condición de ejercicio de la acción social por parte de la minoría, la existencia de un acuerdo “contrario a la exigencia de responsabilidad”, está pensando precisamente en un acuerdo de ese último tipo, es decir, en una decisión de la Junta general, en virtud de la cual se declara que los supuestos fácticos examinados no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, no hay lugar (“acuerdo contrario”...) a la exigencia de responsabilidad.

Hasta aquí, la afirmación expresada, no creemos que ofrezca duda alguna en cuanto a su admisibilidad. Sí podría ofrecerla el posterior desarrollo de la misma. Porque, a nuestro entender, cuando la Ley habla de acuerdo “contrario a la exigencia de responsabilidad” se está, sí, refiriendo a un acuerdo de ese tipo señalado, “pero sólo a ése”. Es decir, no integran la estructura de condición de ejercicio de la acción por parte de la minoría, las diversas hipótesis de decisiones asamblearias previstas en el párrafo 2.º del artículo 80 y expuestas anteriormente sub a), b) (naturalmente, c)), a’) y b’).

5. A nuestro juicio, en efecto, los acuerdos de renunciar o tran-

(159) Adviértase que no incluimos la hipótesis de pasividad (situación ciertamente posterior a un acuerdo de este último tipo señalado) ya que exclusivamente nos referimos a decisiones “expresas” de la Sociedad, a través de la Junta General de accionistas.

sigir, en materia de responsabilidad, adoptados por la Sociedad, no operan el nacimiento de la legitimación de la minoría, al ejercicio en vía subsidiaria de la acción social de responsabilidad. Dicho en otros términos: la renuncia o la transacción válidamente acordadas son en todo caso oponibles a los accionistas aislados, quienes en base a una decisión de este tipo no podrán ejercitar conjuntamente la acción social de responsabilidad (160).

Las razones de esta afirmación son, a mi entender, evidentes. Frente a las hipótesis de renuncia o transacción la Ley ha desarrollado, como hemos visto, una especial disciplina protectora de los intereses de la minoría, confiriéndoles la posibilidad de hacer uso de un auténtico derecho de veto, al condicionar la validez misma del acuerdo a la no oposición de socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. En relación, pues, con los accionistas minoritarios, los efectos de la renuncia o transacción acordadas por la Sociedad vienen expresamente considerados en el párrafo 2.º del artículo 80. Por eso, cuando el legislador, en desarrollo de una nueva disciplina protectora de los accionistas minoritarios, establece las condiciones para el ejercicio en vía subsidiaria de la acción social de responsabilidad, no puede lógicamente reproducir la situación. La tutela frente a una decisión de renuncia o transacción se actúa precisamente con la atribución a los minoritarios de un derecho de oposición, cuyos efectos son, precisamente, la invalidez de la decisión misma. No parece, pues, lógico pensar que la Ley ha querido atribuir el ejercicio de la acción social de responsabilidad a unos accionistas que han tenido en sus manos la posibilidad de "obligar" a la Sociedad a proceder a su ejercicio.

Tal vez podría objetarse que la conclusión a que hemos llegado deja en completo desamparo a los accionistas ausentes en la Junta general que acordó renunciar o transigir. Y así es en verdad; pero con todo consideramos más ajustada a derecho la solución propuesta. La Ley no puede dictar una disciplina pensando en que una serie de accionistas no acudea a las Juntas generales. Salvo excepciones expresas que contemplan la realidad de la vida de las Sociedades Anónimas, todo el sistema de la Ley está pensado sobre la base de la idea democrática de decisión de los asuntos sociales por mayoría de votos en el seno de una Asamblea formada por (todos) los accionistas. Por otra parte, la solución contraria a la propugnada vendría a favorecer, si bien indirectamente, el absentismo de los socios en lo que atañe a la concurrencia a las Juntas generales. Y éste sí que es un efecto que,

(160) En contra, para la hipótesis de renuncia, GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380. Las razones que utiliza para excluir el ejercicio minoritario de la acción social ante la transacción acordada, son de dos tipos: a) que de lo contrario se quebrantaría el carácter subsidiario y b) que se desvirtuaría la posibilidad misma de transigir que da la Ley a la Junta. No aporta, sin embargo, justificación alguna en orden a la procedencia de la acción en la hipótesis de renuncia.

a nuestro entender, debe ser evitado al máximo en toda labor interpretativa de las normas de nuestro ordenamiento positivo (161).

Pero además no es cierto que el accionista ausente (y el ilegítimamente privado de emitir su voto) se encuentre en completo desamparo. La Ley ha sido ampliamente generosa para con él en materia de impugnación de acuerdos sociales, atribuyéndole la legitimación para proceder a tal impugnación. Por eso en sus manos siempre estará el atacar, por el procedimiento del artículo 70, el acuerdo de renuncia o transacción si lo estima lesivo para los intereses de la sociedad y beneficioso para uno o varios accionistas, o bien considera que ha sido adoptado en contra de una disposición legal o estatutaria (162).

6. Hipótesis ante la cual no nos inclinamos a propugnar idéntica solución es la del descargo acordado por la Junta general sobre la responsabilidad de los administradores, según las modalidades que ya conocemos (retro II-12 y 13). De los términos que hemos tenido ocasión de exponer a su debido tiempo resulta claramente que la decisión de descargo debe ser incluida entre aquellas por virtud de las cuales la Junta declara no haber lugar a la exigencia de responsabilidad; y de acuerdo con lo expuesto anteriormente debe considerarse implícita dicha deliberación entre los "acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad" de que habla el artículo 80, párrafo 3.º in fine. Por las razones también en su momento apuntadas, frente a una decisión de este tipo no cabe dar entrada al sistema de oposición por parte de una minoría cualificada, como condición de eficacia del acuerdo en cuestión. En consecuencia, de no querer ver desvirtuada la tutela desarrollada por el legislador en el párrafo 3.º del artículo 80 (todo acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad podría ser considerado como "quítus" a efectos de impedir el acceso de la minoría al ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad), debemos concluir afirmando que la decisión de descargo produce su efecto tan sólo en cuanto a la posibilidad de que la acción social pueda ser ejercitada por la propia Sociedad (163).

7. La legitimación, pues, de los accionistas minoritarios se produce bien sea ante una situación de pasividad de la Sociedad en lo que respecta al ejercicio efectivo de la acción social de responsabilidad previamente acordada, bien ante un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. En uno y otro caso, como puede advertirse, es del todo imprescindible la previa existencia de un acuerdo social, esto es,

(161) PÉREZ SERRANO, *Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas*, en A. D. C., 1949, pág. 1342; véase en relación con la legitimación que el art. 69 otorga a los "accionistas ausentes", GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., págs. 331 y siguiente.

(162) Cfr. con la solución que propugna MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., págs. 53 y s., para el socio minoritario que no alcanza el nivel requerido para ejercitar la acción de minorías. Véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., pág. 37.

(163) En contra GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 382, "porque, de otro modo, se quebrantaría la garantía del número implícito en el sistema".

la previa toma de contacto de la Sociedad, a través de su órgano deliberante, con el tema concreto de la responsabilidad de sus administradores.

Quiere esto decir que los accionistas aislados no podrán, en cualquier tiempo y lugar, intentar por sí solos el ejercicio de la comentada acción, si el tema de la responsabilidad no ha sido objeto de consideración en el seno de una Junta general. Durante la vida de la Sociedad, un determinado número de accionistas puede llegar a tener conocimiento de una actuación del órgano administrativo apta para generar una responsabilidad de sus miembros; pero en tal supuesto la minoría, si quiere ver actuada dicha responsabilidad, deberá someter la situación de hecho de que ha tenido conocimiento, a la deliberación de la Junta general de más próxima celebración, por si ésta considera oportuno que sea la propia Sociedad quien intente el ejercicio de la correspondiente acción. De no ser así, es evidente que entonces se habrá originado la verificación de una de las condiciones a las que la Ley vincula la legitimación de la minoría y ésta podrá, en consecuencia, ejercitar por su cuenta la relativa acción (164).

Esta (necesaria) previa toma de contacto de la Sociedad con el tema de la responsabilidad implica, naturalmente, que la legitimación de la minoría sólo podrá tener oportuna verificación cuando la Sociedad esté "in bonis", esto es, cuando la Sociedad se encuentre en situación de deliberar, a través de la Junta general de accionistas, lo concerniente al tema de la responsabilidad de sus administradores. Esto excluye que tal legitimación pueda producirse una vez que la Sociedad haya sido declarada en quiebra. El sistema legitimatorio del artículo 80 cesa, como hemos visto, durante la quiebra de la Sociedad, para dejar paso a la legitimación de los síndicos de la quiebra en el ejercicio de aquella única acción social de responsabilidad, en interés tanto de los acreedores del quebrado como de los propios accionistas (165).

La solución no puede ser de este tipo durante la fase de liquidación de la Sociedad. El régimen normativo del artículo 80 no sufre en este caso—como hemos tenido ocasión de señalar—modificación alguna y conserva su plena vigencia. La Sociedad puede (y debe si quiere) pronunciarse válidamente sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad y, en consecuencia, es perfectamente posible la verificación de aquellas condiciones necesarias a las que el legislador ha vinculado el nacimiento de la legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción de responsabilidad. La entrada de la Sociedad en fase de liquidación no puede implicar decaimiento del in-

(164) Véase ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 351, que se inclina por la negativa, pero en presencia del régimen instaurado por el Decreto de 31 de agosto de 1937 que priva a la Asamblea de todo poder sobre el ejercicio de la acción social.

(165) Véase ESCARRA, op. cit., pág. 353 y RIPERT, *Traité élémentaire...* citado, pág. 583.

terés de los accionistas minoritarios (166) en el ejercicio de una acción que, como la de responsabilidad, se encamina a procurar una reintegración del patrimonio social del que, precisamente, van a ser inmediatamente partícipes.

8. ¿Producirá el mero hecho del ejercicio de la acción social por la minoría la destitución de los administradores en los cargos que ocupan? La respuesta, como hemos dicho, no puede ser más que negativa. La destitución es un efecto que es preciso vincular no tanto al hecho de verse sometido el administrador al ejercicio de la acción social de responsabilidad, como a la circunstancia de haberse producido en el seno de una Junta general la decisión de la mayoría de hacer efectivo el ejercicio de la mencionada acción; la pérdida de confianza en el administrador, por parte de la mayoría de accionistas, es precisamente el elemento justificador de la pérdida de un cargo basado en la confianza depositada sobre su titular por aquella misma mayoría; y es claro que ante el hecho del ejercicio de la acción por unos accionistas minoritarios, tal elemento justificador carece de propia entidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, tal efecto secundario debería poder considerarse ligado de algún modo a la sentencia condenatoria eventualmente pronunciada por el juez en la fase decisoria del juicio entablado. Tal vez no resultase fácil fundamentar la posibilidad de que el juez pudiese perfilar la producción de dicho efecto en su propia decisión condenatoria (167), pero, a nuestro juicio, quizá no resultase violento entender que la deslealtad en que han incurrido los administradores, confirmada por la sentencia judicial, sería susceptible de poner en movimiento la normativa del artículo 83, principalmente en su párrafo 2.º, en base a una extensión analógica de los supuestos contemplados. En este caso, es cierto, los accionistas minoritarios (no necesariamente todos los que, agrupados, entablaron la acción; basta uno solo de ellos) habrían de solicitar a la Junta general un acuerdo declaratorio del cese de los administradores en sus respectivos cargos; pero ante un posible acuerdo contrario a la propuesta de cese, aquéllos podrían contar, como afirma GARRIGUES, con un fundamento firme al eventual ejercicio de una acción de impugnación ex artículos 67 y siguientes de la Ley (168).

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS ACREEDORES SOCIALES

I. Como tercer sujeto legitimado al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, la L. S. A. designa a los acreedores sociales. "Los acreedores de la Sociedad—dice el párrafo 4.º del artículo 80—sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social,

(166) Véase ESCARRA, op. cit., pág. 352.

(167) Dicha posibilidad la admite expresamente ESCARRA, op. cit., págs. 98 y siguiente.

(168) *Comentario...* cit., pág. 178.

no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.”

En orden a la caracterización de este legitimado de tercer grado, la Ley no establece distinciones. Basta, en consecuencia, la simple posesión de la cualidad jurídica de “acreedor social” para poder considerar integrada la posición de legitimado al ejercicio de la mencionada acción, sea cual fuere la cuantía de su crédito o el título por el que devenga acreedor (169). El tema, pues, no ofrece mayores dificultades. Cualquier acreedor de la Sociedad (170), por el mero hecho de serlo, tendrá a su alcance el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores; y claro es que—aunque la Ley no lo imponga expresamente—cuando sean varios los que pretendan el ejercicio de la acción, deberán actuar bajo una sola representación procesal y una sola defensa letrada.

2. Pero también aquí la legitimación no se opera sino en presencia de determinadas condiciones. La doctrina suele entender como tales los tres requisitos que expresamente señala el legislador en el párrafo 4.º del artículo 80, esto es, 1) que la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, 2) que no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y 3) que se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos (171). En realidad, sin embargo, tan sólo los dos últimos poseen el carácter de condiciones de ejercicio en sentido técnico.

El primero de ellos, en efecto—“que la acción tienda a reconstituir el patrimonio social”—, más que auténtica “condición” a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad, evoca precisamente el presupuesto necesario sobre el que la legitimación está llamada a operar. En cierto sentido, pues, la declaración resulta superflua. Todo el artículo 80 de la Ley está concretamente destinado a regular la legitimación al ejercicio de la acción “social” de responsabilidad, que se deriva del hecho de haber los administradores causado un daño en el patrimonio social, con malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Si esto es así, es claro que tanto la legitimación conferida a la Sociedad en el párrafo 1.º, como la otorgada a los accionistas minoritarios y a los acreedores, en los párrafos 3.º y 4.º, presuponen necesariamente la existencia de concretos supuestos de responsabilidad de los que se deriva el nacimiento de una acción que, en cuanto encaminada a reparar el daño causado, debe necesariamente tender a reconstituir el patrimonio social, esfera en la que, justamente, incide el daño. Que la acción, pues, tienda a reconstituir el patrimonio social no es en realidad una condición a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores; es el presupuesto necesario para que pue-

(169) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380.

(170) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 396; FIORENTINO, *Gli organi...* citado, pág. 159.

(171) Véase en este sentido, GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 153; GIRÓN, op. cit., págs. 380 y s.; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 283.

da, después, hablarse de legitimación. Y en este sentido también es aplicable—aunque la Ley no lo diga—a los demás legitimados. También los accionistas podrán entablar conjuntamente la acción de responsabilidad contra los administradores (ante todo y sobre todo) cuando ésta tienda a reconstituir el patrimonio social. Y lo mismo cabría decir de la propia Sociedad.

La declaración, además, podría dar pie a una interpretación absurda. Al no haberse mencionado este requisito al tratar de la legitimación de la minoría, podría argüirse, en efecto, que los accionistas se hallarían legitimados al ejercicio de la acción social de responsabilidad aun cuando ésta no se examinara a la reconstitución del patrimonio social. Ahora bien, es claro que una tal posibilidad choca abiertamente con la naturaleza misma de la acción a ejercitar. Esto mismo, a su vez, revela el carácter supérfluo de la declaración comentada, en atención, sobre todo, a que del propio texto del párrafo 4.º, artículo 80, resulta claramente que la acción cuyo ejercicio se otorga a los acreedores es la misma que pudo (y no quiso) ejercitar la propia Sociedad.

La conclusión a que habría de llegarse ante el texto de la norma ex párrafo 4.º, artículo 80, en ausencia de una declaración de este tipo, no podría ser de otra naturaleza. La subordinación del ejercicio de la acción por parte de los acreedores a que ésta “no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas” no deja lugar a dudas sobre la identidad de la acción que se atribuye, ni, por consiguiente, sobre la finalidad de la misma: reparación (o reconstitución) del daño causado en el patrimonio social (172).

Que “la acción tienda a reconstituir el patrimonio social” es una declaración formulada por el legislador meramente a efectos aclaratorios, en un afán de eliminar posibles (aunque, a nuestro juicio, remotas) y dispares interpretaciones; concretamente, tal vez —como afirma GARRIGUES—, para que no pueda nunca confundirse la acción de que aquí se trata con la acción reconocida en el artículo 81, que se concede en el caso de lesión directa del patrimonio del acreedor y del tercero (173). Y así, desde el punto de vista de obvias exigencias de certeza y seguridad del ordenamiento positivo, la declaración comentada podría ser calificada de conveniente, aun cuando hubiera sido de desear fuera incorporada al texto del artículo 80 en distintas condiciones de redacción gramatical; porque en cuanto declaración finalista debería más bien venir acompañada de la preposición “para” que del adverbio “cuando”. Tal vez en los siguientes términos: “los acreedores de la Sociedad podrán dirigirse contra los administradores, para reconstituir el patrimonio social, solamente cuando la acción no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos”.

3. Auténtica condición a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales al ejercicio de la acción social

(172) Véase FAIRÉN, *op. cit.*, pág. 878.

(173) *Op. loc. últ. cit.*

de responsabilidad, es la que la Ley menciona en segundo lugar: "que (la acción) no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas". La declaración indica, como se ha puesto de manifiesto, el carácter defectivo de la acción atribuída a los acreedores. Indudablemente —como afirma GARRIGUES—, si la acción se ejercitó por la Sociedad o por los accionistas, la finalidad de reintegración del patrimonio social podrá conseguirse por este camino, y por ello sería inútil conceder a los acreedores una misma acción con la misma finalidad (174).

¿Qué hipótesis son susceptibles de ser englobadas bajo la expresión falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad o sus accionistas? El carácter de legitimación "de tercer grado" podría inducirnos a pensar en la siguiente conclusión: Los acreedores sólo podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando dicha acción no hubiese sido ejercitada por la minoría no obstante haber surgido para ellos la oportuna legitimación. Si los accionistas minoritarios se encuentran legitimados cuando la Sociedad no ejercita la acción dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha del acuerdo favorable a su ejercicio o cuando la Sociedad adopta un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad (no identificable, como hemos visto, al acuerdo de renuncia o transacción), los acreedores sólo tendrán acceso al ejercicio de la acción tras la oportuna verificación de cualquiera de aquellas hipótesis (en lo que se refiere a la actitud de la Sociedad) seguida del no ejercicio de la acción por parte de la minoría. La legitimación de tercer grado de estos sujetos se establecería, de este modo, siempre a remolque de la correspondiente a los legitimados de segundo grado, de suerte que allí donde esta legitimación de segundo grado no hubiera tenido oportuna verificación (vg., ante la hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción por parte de la Sociedad) no podría advenir la legitimación de tercer grado que corresponde a los acreedores (175).

Referida a la Sociedad, la falta de ejercicio de la acción social que opera, ex párrafo 4.º del artículo 80, el nacimiento de la legitimación propia de los acreedores, vendría, de este modo, valorada de forma idéntica que ante el nacimiento de la legitimación de la minoría. También aquí se correspondería, entonces, la falta de ejercicio de la acción por la Sociedad con cualquiera de las dos hipótesis, antes estudiadas, de pasividad o acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, lo que implicaría, en definitiva, una oponibilidad de la renuncia y de la transacción (supuestos excluidos de la hipótesis: acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad) a los acreedores sociales.

Pero tal conclusión, a nuestro juicio, no puede reputarse exacta. Es cierto que puede hablarse de legitimaciones "sucesivas" (176) al

(174) Op. loc. últ. cit. y págs. 148 y s.

(175) Nuestra doctrina apenas presta atención a la valoración de este primer requisito.

(176) O subsidiarias; en ésto está conforme toda nuestra doctrina.

ejercicio de una idéntica acción social de responsabilidad (legitimaciones de primero, segundo y tercer grado), pero tan sólo allí donde una misma actitud del legitimado de primer grado, opera por igual el nacimiento de las legitimaciones de los otros dos sujetos. En este caso sí es cierto que la legitimación de la minoría es de segundo grado en relación con la de los acreedores, que es de tercer grado. Pero hay casos en que un mismo supuesto de hecho no genera el nacimiento de legitimación para estos dos sujetos. Por ejemplo: como hemos de ver, la legitimación de los acreedores exige la presencia de un acuerdo que amenace "gravemente" la garantía de los créditos. No cualquier tipo de daño causado en el patrimonio social por los administradores implica la posibilidad de ejercicio de la acción por los acreedores sociales, sino precisamente aquel que significa una grave amenaza para la garantía de sus créditos. Si tal gravedad no se alcanza, no se operará la legitimación de los acreedores, pero sí la de la Sociedad e incluso la de los accionistas minoritarios. Estos serán ciertamente legitimados de segundo grado, pero en el orden de legitimaciones existentes no seguirá un legitimado de tercer grado. Paralelamente a esta situación planteada: la hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad no opera el nacimiento de la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad (la tutela de sus intereses la desarrolla el legislador concediéndoles la posibilidad de "vetar" el acuerdo), pero sí, en cambio (como hemos de tener ocasión de señalar), genera el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales (de otra forma la tutela de sus intereses, desarrollada por el legislador en el párr. 4.º, art. 80, sería ilusoria). En este caso, al legitimado de primer grado (la Sociedad) sucederá directamente la legitimación de los acreedores, que no será ya de tercero, sino de segundo grado.

Es decir, que las legitimaciones al ejercicio de la acción social en vía subsidiaria, por parte de los accionistas y por parte de los acreedores, se desarrollan, en cierto modo, con independencia la una de la otra. Una es la esfera propia en la que se opera la legitimación de los accionistas al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Otra (coincidente o no con la anterior) es la que produce la legitimación que, en el mismo orden de cosas, se deriva para los acreedores sociales. Cual sea ésta, es cuestión a determinar seguidamente.

La Ley, como hemos dicho, vincula el nacimiento de esta legitimación a que (la acción) "no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas". Una primera observación sobre el tenor literal de la frase se impone: la norma alude a los dos primeros legitimados, separándolos por una disyuntiva. Y ello, a nuestro juicio, implica una perfecta coherencia con las consideraciones expuestas anteriormente. Los acreedores, en este sentido, tendrán acceso al ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando ésta no haya sido ejercitada por los accionistas (lo cual presupone que no haya sido ejercitada por la Sociedad), o bien, simplemente, no haya sido ejercitada por la Sociedad (lo cual implica que no ha existido la posibilidad de ejercicio por

parte de los accionistas). De no querer separar estas dos hipótesis, el legislador habría referido la falta de ejercicio únicamente a los accionistas (y ello, repetimos, presupondría la falta de ejercicio por parte de la Sociedad. ¡La legitimación de los accionistas se opera como consecuencia de una falta de ejercicio por parte de la Sociedad!) o habrían (con expresión más ambigua) declarado que procedería el ejercicio de la acción por los acreedores cuando ésta no hubiera sido ejercitada “ni por la Sociedad ni por los accionistas”.

Tal conclusión se reafirma si consideramos, además, la misma expresión: “no haya sido ejercitada” (la acción), utilizada por el legislador. La primera condición de ejercicio de la acción social por los acreedores recibe ya en el propio texto del artículo 80 párrafo 4.º, una formulación distinta a la precedentemente examinada condición de ejercicio de la acción por los accionistas minoritarios. Lógico es pensar, en consecuencia, que debe ser objeto de diversa valoración.

Referida la falta de ejercicio de la acción a los accionistas minoritarios, no parece ofrecer mayores dificultades su oportuna delimitación. La expresión alude, sin más, a la materialidad del no ejercicio de una acción por parte de un sujeto legitimado al ejercicio de la misma, dentro, naturalmente, del ámbito de su legitimación. De un modo indirecto, dicha referencia, tiene la virtud de atraer en favor de la legitimación de los acreedores toda la esfera legitimatoria propia de los accionistas minoritarios. El no ejercicio efectivo de la acción por parte de la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la fecha del acuerdo favorable a su ejercicio, integrará un supuesto al que la Ley vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores de un modo mediato, en tanto en cuanto genera una posibilidad de ejercicio de dicha acción por parte de la minoría que puede ser no realizada. Del mismo modo, la existencia de un acuerdo social contrario a la exigencia de responsabilidad (acuerdo por el que se declara “no haber lugar” a la responsabilidad, no identificable con el acuerdo de renuncia al ejercicio de la acción) será también susceptible de operar el nacimiento de la legitimación de los acreedores, “a través” de la posibilidad de “no ejercicio” de la acción por parte de la minoría (177).

(177) Problema que conviene afrontar a este respecto es el de determinar en qué momento puede entenderse que los accionistas minoritarios “no ejercitan la acción social de responsabilidad cuya legitimación les corresponde”. Nada nos dice la Ley sobre este punto (no olvidemos que el plazo de tres meses a que alude el párrafo 3.º, art. 80, se refiere a la falta de efectivo ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, y no a un período breve dentro del cual la acción debería ser intentada por los accionistas minoritarios bajo pena de caducidad; de haber sido así, es claro que el simple transcurso de esos tres meses sería dato suficiente para constatar la falta de ejercicio de la acción por la minoría). Por ello creemos que la determinación de dicha situación de pasividad (o inercia) de los accionistas, en cuanto no otra cosa implica que una valoración de simples hechos, deberá ser efectuada, en cada caso concreto, por el propio Juez, “sobre la base de reglas de experiencia y de las circunstancias de hecho que sean sometidas a su examen” (Sic. NICOLÓ, *Surrogatoria...* cit. págs. 153 y s.), sin olvidar, naturalmente, aquella pauta de los tres meses que explícitamente señala el propio legislador al resolver una cuestión (como la de “fijar” la pasividad de la

4. Pero la falta de ejercicio de la acción social viene también referida a la propia Sociedad. En sentido riguroso —decíamos—, esta alusión va, sin duda, referida a aquellas hipótesis de “no ejercicio” directamente contempladas por la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 80. Tales son, como hemos visto, las de renuncia o transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

La renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad acordada por la Sociedad, “antes que la acción haya sido efectivamente planteada”, no puede, indudablemente, impedir el ejercicio de la acción por parte de los acreedores. De otro modo, la declaración contenida en el artículo 79 (los administradores... responderán... frente a los acreedores, del daño causado) sería susceptible de quedar sin efecto por una simple declaración de voluntad de la Sociedad, del mismo modo que quedaría sin efecto la legitimación otorgada a los acreedores, en el párrafo 4.º del artículo 80, cuando la acción “no haya sido ejercitada por la Sociedad”. Adviértase que, a diferencia de los accionistas minoritarios, los acreedores no cuentan con una específica tutela de sus intereses en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores, frente a la decisión de renuncia acordada por la Sociedad. En la deliberación de renuncia el acreedor social no tiene posibilidad de participar en modo alguno; es un tercero respecto a ella y, en consecuencia, no puede serle opuesta cuando pretende el ejercicio de un derecho que el legislador le ha reconocido.

Igual conclusión creemos debe imponerse cuando la decisión de renuncia se efectúa una vez que la acción ya ha sido judicialmente planteada. Es, si cabe, el supuesto de renuncia en el que más peligrosamente pueden tener entrada motivaciones antijurídicas de carácter fraudulento, por lo que, con mayor razón aún, debe descartarse la posibilidad de que pueda ser opuesta con fines de impedir el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad (178).

La renuncia al ejercicio de esta acción, acordada por la Sociedad, tiene en realidad el carácter de renuncia a la legitimación que la Ley otorga a la propia Sociedad para obtener, por vía judicial, la reparación de un daño causado en su patrimonio. Pero es lógico que una tal renuncia a actuar un derecho que le ha sido reconocido no puede impedir la oportuna actuación de un derecho que también ha sido reconocido a los terceros acreedores.

Sociedad respecto al efectivo ejercicio de la acción social) indiscutiblemente análoga. La solución, tal vez un poco tímida, me parece preferible al intento de una interpretación “*stricta sensu*” analógica del plazo de tres meses, siempre peligrosa y máxime en materia de prescripción o caducidad.

(178) En el ordenamiento positivo italiano el problema ha sido específicamente regulado por el legislador en el párrafo 4.º del art. 2.394. En él se establece que la renuncia a la acción por parte de la sociedad, no impide el ejercicio de la acción por parte de los acreedores sociales”; véase sobre este tema MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 345; BRUNETTI, *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 233; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 325; GOLDSCHMIDT, *La responsabilità...* cit., pág. 17.

Frente a la hipótesis de transacción, sin embargo, la solución no puede ser de este tipo. La transacción acordada, en cuanto implica un acuerdo del que lógicamente se deriva una falta de "ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad, sería, en principio, susceptible de integrar el supuesto de hecho al que la Ley ha vinculado el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social. Pero la transacción (también en principio) posee, en cambio, la virtualidad de hacer decaer el interés de los acreedores sociales en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores, "en la medida que supone una reintegración del patrimonio social lesionado". En rigor, pues, lo que ocurre no es que la transacción no integre uno de los supuestos de hecho previstos por el legislador bajo la expresión "falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad", sino que la transacción, en tanto en cuanto por su medio se opera una cierta "reconstitución" del patrimonio social (179), trae consigo la desaparición del interés de los acreedores al ejercicio de una acción que, como sabemos, les viene reconocida a fin de reconstituir el patrimonio social.

Las posibilidades de fraude son, también en este caso, evidentes. Frente a ellas el acreedor contará, sin duda, con el remedio de la revocatoria. Pero ante una tal situación (transacción acordada en fraude de acreedores que no implique una reintegración plausible del patrimonio social, con subsistencia, por consiguiente, de la debilidad de éste en su consideración de objeto de garantía de los acreedores), a nuestro juicio, la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores debe ser admitida. Su interés en la disciplina de la responsabilidad renace (en realidad no había decaído), si bien la admisibilidad de la acción por la autoridad judicial se hallaría subordinada a la prueba fehaciente que suministrara el acreedor de la existencia del fraude y de la ineficaz (o nula) reconstitución del patrimonio social llevada a cabo por medio de la fraudulenta transacción.

La precedente construcción es, a nuestro entender, perfectamente coherente con el tenor literal del precepto en examen. La falta de ejercicio de la acción cuando viene referida a los accionistas minoritarios no otra cosa significa que el "no ejercicio material" de una acción al que se encuentran legitimados en virtud de la norma ex párrafo 3.º, artículo 80. La falta de ejercicio de la acción cuando viene referida a la propia Sociedad no puede aludir tampoco a otra cosa sino a la materialidad del "no ejercicio de la acción" por la propia Sociedad, sean cuales fueran las causas por las cuales este no ejercicio se origina. En sentido riguroso, sin embargo, esta última situación debe referirse exclusivamente a las hipótesis de no ejercicio de la acción derivadas de un acuerdo de renuncia o transacción. Frente a ellas, la legitimación de los acreedores es de segundo y no de tercer grado. Las concretas situaciones de no ejercicio de la acción por parte de la Socie-

(179) DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 303; FRE, *Società per azioni...* cit., página 397; FERRARA, op. loc. últ. cit.

dad, derivadas de la existencia de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad o de la pasividad de la Sociedad en el trimestre subsiguiente a haber adoptado un acuerdo favorable al ejercicio de la acción, son hipótesis no contempladas por el legislador "directamente" en punto a determinar el nacimiento de la legitimación que incumbe a los acreedores sociales, sino "indirectamente" al vincular tal nacimiento a la falta de ejercicio de la acción por los accionistas. Frente a estas hipótesis, como es fácil advertir, la legitimación de los acreedores es, sin duda, de tercer grado, correspondiendo la de segundo grado a la minoría de accionistas.

5. La segunda condición a cuya verificación el legislador ha subordinado el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales, viene textualmente señalada en los siguientes términos: que "se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos" (art. 80, párr. 4.º, *in fine*).

GIRÓN TENA ha excluído expresamente la posibilidad de que el "acuerdo" mencionado pueda hacer referencia a la decisión de renuncia de la acción por parte de la Sociedad (180). Tal conclusión, en efecto, es evidente; el "acuerdo" al que alude el legislador no puede ser otro que aquel del que nace la responsabilidad de los administradores, y en consecuencia, no puede si no venir referido a los propios administradores, en idénticos términos que en la declaración final del artículo 79. Por otra parte, es preciso hacer constar que el sentido del término trasciende su significado estrictamente literal; debe, en efecto, entenderse que el legislador ha querido referirse a la "decisión" de los administradores y no necesariamente a un verdadero acuerdo (no susceptible de producirse en el supuesto de administrador único, por lo que será preciso —como afirma GARRIGUES— atribuir idénticas consecuencias a los actos a los que no haya precedido un acuerdo formal (181).

Con todo (y esto tiene mayor trascendencia de índole interpretativa), parece que el legislador ha querido referirse, única y exclusivamente, a una simple decisión que permanece todavía en el ámbito del Consejo de Administración o, más genéricamente, del órgano administrativo. Una expresión análoga ha sido utilizada por el legislador, como hemos apuntado, en el artículo 79, *in fine*; pero en dicha ocasión, expresamente se refiere a los "acuerdos que hubieren causado daño", lo que equivale a poner decididamente el acento en ese "daño", que se ha producido como consecuencia de dichos "acuerdos". Ciertamente no podía ser de otra manera; si el daño no se hubiera verificado, no tendría sentido hablar de exención de responsabilidad de quienes han salvado su voto en la relativa deliberación; no tendría sentido, en definitiva, hablar de existencia de responsabilidad.

Pues bien, aunque la Ley no lo diga expresamente, no hay duda

(180) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381.

(181) *Comentario...* cit., pág. 153 y s.; GIRÓN, *op. loc. últ. cit.*; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 283.

que a idéntica solución es preciso llegar en presencia de la declaración normativa comentada. El acuerdo a que alude el legislador en el párrafo 4.º del artículo 80 es preciso valorarlo, justamente, en función del daño experimentado por el patrimonio social, como consecuencia del acuerdo adoptado, porque precisamente en consideración a ese daño surge el interés de los diversos legitimados a proponer la acción de responsabilidad (182).

Pero el interés, en lo que respecta a los acreedores, surge en calificadas circunstancias; surge desde el momento en que el daño adquiere frente a ellos un cierto valor: el constituir una grave amenaza para la garantía de sus créditos. Aquí reside la novedad del sistema de nuestra L. S. A. respecto a otros ordenamientos positivos extranjeros; porque nuestra Ley no exige que el patrimonio social devenga "insuficiente" para la satisfacción de los créditos, sino se contenta con una grave amenaza para la garantía de los mismos (183). En este orden de ideas debe también ser valorada la expresión utilizada por el legislador, porque es obvio que la "grave amenaza" a que alude el precepto citado no se refiere tanto al acuerdo en sí (como parece desprenderse del tenor literal de la norma) como a la situación patrimonial creada por la actuación de aquel acuerdo. La gravedad del daño causado (su entidad) al patrimonio social es lo que "amenaza" la realidad de la garantía con la que cuentan los acreedores para la satisfacción de sus créditos, y lo que hace surgir su interés a actuar contra los administradores responsables.

Por eso, una cierta relación, al menos conceptual, debe ser establecida entre la situación contemplada por el legislador y la situación de insuficiencia patrimonial. Esta última, en efecto, constituye la más grave de las amenazas a la garantía de los derechos de los acreedores y es precisamente la situación que viene "temida" en cuanto significa la pérdida de realidad de la garantía patrimonial. Por eso también será de la proximidad de la situación creada por la actividad culposa de los administradores con el estado de insuficiencia patrimonial, de donde podrá constatarse la medida de la gravedad del daño, a los efectos de atribuir a los acreedores la legitimación para actuar frente a aquéllos. Y claro es que la apreciación de dicha gravedad es una cuestión de hecho ante cuya elasticidad, como afirma GIRÓN, habrá de estar al sentido de las cláusulas generales, teniendo siempre presente que un cierto riesgo en la gestión social deberá en todo caso existir (184).

6. El tema concerniente a la posibilidad de ejercicio de la acción social, por los acreedores sociales, durante el período liquidatorio de la Sociedad, no debe ofrecer mayores dificultades. En reiteradas

(182) Véase FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 155 y siguiente.

(183) GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 154; sobre valoración del término "gravemente", véase GIRÓN, op. loc. últ. cit. y *La responsabilidad...* cit., página 446. Cfr. distinta posición del legislador italiano en FIORENTINO, op. loc. últimamente citada.

(184) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381.

ocasiones (retro II-14 y III-7) hemos señalado que el régimen normativo del artículo 80 no experimenta en estos casos modificación alguna, conservando plenamente su vigencia. No creemos, por tanto, necesario insistir sobre el tema, que ha de encontrar su solución por vía de especificación de las consideraciones generales con anterioridad mencionadas.

De mayor interés, sin duda, es el tema relativo a la mayor o menor virtualidad que a la legitimación de los acreedores sociales debe otorgarse en presencia de una Sociedad en estado de quiebra. También sobre ello hemos tenido ocasión de detenernos anteriormente (retro II-15). Séanos permitido, en consecuencia, recordar tan sólo la conclusión entonces apuntada: la declaración de quiebra impide el ejercicio "personal" de la acción por parte de los acreedores sociales; pero ello no significa que desaparezca su interés a que la responsabilidad sea exigida, en el seno, claro está, del procedimiento de quiebra. "El representante de la masa—dice BRUNETTI—ejercita la acción de responsabilidad que corresponde a la Sociedad quebrada en cuanto se dirige a reintegrar, en interés de todos los acreedores, el patrimonio disminuído. Por ello—añade— la separación que al menos teóricamente era concebible (entre las dos acciones) antes, ya no lo puede ser después de la iniciación del procedimiento de quiebra" (185). Si tenemos en cuenta la diversa posición teórica que la doctrina italiana asume frente a la configuración jurídica de la acción atribuída a los acreedores sociales, dicha reflexión necesariamente habrá de reforzar la conclusión sentada como valedera para nuestro ordenamiento positivo.

(185) *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 233. En contra, DE MARTINI, *Azione di responsabilità...* cit., pág. 1166.

El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta

MANUEL RAMIREZ JIMENEZ

Profesor Ayudante de la Universidad de Granada

Conócese bajo la denominación de “Fuero del Baylío” el privilegio jurídico consistente en la absoluta comunicación que de todos sus bienes hacen quienes bajo su imperio contraen matrimonio. Así entendido, es preciso concebir esta institución como un régimen consuetudinario conyugal que afecta a la constitución misma de la sociedad económica nacida a raíz de toda unión matrimonial y que, en los territorios donde viene a estar vigente, priva, salvo expresa renuncia, sobre el legal supletorio de gananciales determinado por nuestro actual Código civil español.

Al estudio del Fuero del Baylío se han consagrado, desde el año 1898, sugestivas consideraciones en torno a su origen histórico, naturaleza, alcance y contenido. La que hoy hacemos persigue, y no con escaso empeño, dar un poco de luz sobre uno de los extremos que a diario los estudiosos de la institución abordan y sobre el que es preciso constatar una casi general ausencia de adecuada y necesaria documentación. Nos referimos a la vigencia del Fuero en la ciudad de Ceuta, vigencia que estimamos indiscutible y sobre la que pretendemos innovación argumental mayor, fruto legítimo de las investigaciones que antes de enunciarla hemos realizado.

Somos conscientes, sin embargo, de que una sistemática, siquiera sea rudimentaria, nos obliga a hacer unas consideraciones previas acerca de la multiplicidad de cuestiones que sobre el Fuero del Baylío se han suscitado.

ESTADO DE LA DOCTRINA.—Aunque el primer estudio sobre el Fuero del Baylío de que tenemos noticia es el de Boza, es la obra que en el año 1915 publicara Borrallo Salgado bajo el título “El Fuero del Baylío: estudio histórico-jurídico”, la que ha devenido clásica en la doctrina en torno al Fuero. No es gratuito afirmar que es Borrallo quien resucita al campo doctrinal la institución y que de su interesante estudio han de partir todos los autores posteriores. Sienta Borrallo el origen portugués del Fuero, aboga por su vigencia actual, delimita con cuidada precisión su ámbito de aplicación territorial, considera los supuestos de dudosa aplicación y contradice ya el criterio del Tribunal Supremo sobre el momento de su entrada en vigor. El autor declara, asimismo, la vigencia del Fuero del Baylío en Ceuta, con una sugestiva tesis que más adelante abordamos.

Años más tarde, en 1925, Martínez Pereda viene a separarse notablemente de la opinión de Borrallo en dos apartados de interés: el ori-

gen del Fuero y su vigencia en Ceuta. Sostiene Martínez Pereda el origen celtibérico de la institución, aunque no excluye la existencia de otra costumbre portuguesa en el mismo sentido; y rechaza, según veremos, la vigencia del Fuero en Ceuta con base a la supuesta carencia de documentos acreditativos de su actual aplicación.

Poco más de original encontramos en los restantes tratadistas del Fuero. Gómez Villafranca, en el prólogo que hace a la obra de Borrallo, aboga por el origen musulmán del Fuero. Moutón y Ocampo y, más tarde, Mingujón militan en la misma línea que Borrallo, si bien el primero de ellos apoya la postura del Tribunal Supremo con respecto al momento en que empieza a ser eficaz el Fuero.

Más interés tiene la opinión de Rafael de Ureña, que se inclina por la no vigencia del Fuero por considerarlo derogado por el Código civil, si bien afirma, en relación con la cuestión de la vigencia en Ceuta, que al aparecer dicho cuerpo legal continuaba rigiendo en esta ciudad el Fuero del Baylío. Castán reconoce el pronunciamiento que jurisprudencia y práctica hacen en favor de la vigencia del Fuero, si bien no toma partido definitivo en este punto ni en otros más discutidos, como el que hoy nos ocupa y sobre los que se limita a apuntar opiniones de otros autores.

Por último, es Madrid del Cacho quien recientemente ha ahondado de nuevo en el estudio y consideración del Fuero del Baylío, por cuya defensa se define incluso con el esbozo de un sugestivo proyecto de normación del mismo.

Al detallado estudio de todos estos autores y alguno más hemos de volver al tratar concretamente los puntos sobre los que de más sobresaliente es posible calificar la aportación particular de cada uno de ellos. Entonces tendremos ocasión sobrada de comentar y dar la referencia exacta de las obras correspondientes.

ORIGEN HISTÓRICO DEL FUERO.—Ya en 1595 es posible leer en el *Tractatus de partitionibus...*, de Antonio Ayerve de Ayora (1), que, en el Reino de Portugal y en algunos lugares de Castilla a él limítrofes, “como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal”, no se guardan las leyes del Fuero de Castilla sobre régimen de bienes en el matrimonio, “sino la costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la muger, son comunes: y lo mismo es en la dote de la muger, y en otros cualesquier bienes que el marido y la muger truxeren, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la muger y sus herederos”.

No cabe duda que el autor se está refiriendo al régimen comprendido bajo la denominación del Fuero del Baylío, aunque así no se le llame expresamente.

Ante la carencia absoluta que hasta el momento padecemos de carta

(1) AYERVE DE AYORA: “Tractatus de partitionibus bonorum”. Prefacio. Folio 1.º.

o documento alguno de concesión del privilegio que, a más de concedernos el contenido preciso de su alcance, viniera a fijar la fecha exacta de su otorgamiento como tal Fuero, preciso es acudir al primer texto legal que otorga fuerza a la observancia. Se trata de la Ley 12, título 4.º, libro X de la Novísima Recopilación, que contiene una Pragmática de Carlos III del año 1778, en la que el monarca aprueba "la observancia del Fuero del Baylío, concedido en la villa de Albuquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, rey de Portugal; conforme al cual todos los bienes que los casados llévan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales: y mando que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen a él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Albuquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos".

Sin embargo, bien pronto se observa que en el texto transcrito el rey se limita, por un lado, simplemente a recoger y aprobar una observancia ya existente en Albuquerque, Jerez de los Caballeros y demás pueblos "donde se ha observado hasta ahora", con lo que nada o casi nada se nos dice en torno a su origen, si no es el lugar común de que la costumbre es anterior a la fecha de la Pragmática. Pero es que, además, el texto de ésta, a más de parco en historia, es palpablemente erróneo en muchas de sus afirmaciones. Se atribuye en él, en efecto, la fundación de la ciudad de Albuquerque y la consiguiente concesión del Fuero a la misma, a un tal Alfonso Téllez, que se dice ser "yerno de Sancho II", cuando es notorio que Albuquerque en 1166 había sido ya reconquistada a los almohades por el rey Fernando II, ya que, como nos dice Julio González (2), en ese año este rey y su mujer dan el castillo de la ciudad a la hija de Pedro Peláez. Además, es opinión común que Sancho II no tuvo hijos y que, por ende, hubo de carecer necesariamente de yernos. Moutón y Ocampo (3) recoge, no obstante, la cita del único autor que atribuye a Sancho II de Portugal una hija natural, a cuyo marido pudiera hacer referencia la Pragmática. Se trata de Mares, que, en su "Fenix Troyana", dice que Albuquerque fué fundada en 1220 "por Alfonso Téllez de Menesses, esposo de doña Teresa Sánchez, hija natural del rey Sancho I (?) de Portugal y de doña María Páez de Rivera". No es posible, añade Moutón y Ocampo, tener en cuenta la opinión de Mares, ya que equivoca los reyes a que se refiere, cita la fecha de 1220 como la de fundación de Albuquerque, a cuya anterioridad ya hemos aludido, y admite la posibilidad inverosímil de suponer que el rey San-

(2) GONZÁLEZ, Julio: "Regesta de Fernando II". Madrid, 1943; pág. 391.

(3) MOUTÓN y OCAMPO: "Fuero del Baylío". Enciclopedia Seix; pág. 694 y siguientes.

cho II, a los doce años, tenía una hija natural con edad suficiente para contraer matrimonio.

Abandonada, pues, la cita de la Pragmática en cuanto al origen de la concesión del Fuero a la villa de Alburquerque (creemos que éste es el sentido verdadero de su alcance y no el desmesurado del origen mismo del Fuero), se aboga, en la generalidad de los comentaristas del Fuero, por el origen portugués del mismo. Es, en efecto, la ley portuguesa "de miatade" una vieja costumbre lusitana, con arreglo a la cual partíanse por mitad los bienes matrimoniales, que pasa de las Ordenações Alfonsinas y Manuelinas al artículo 1.108 del Código Civil Portugués de 1867: "O casamento segundo o costume do reino, consiste na communão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei". Previamente, el artículo 1.098 de este mismo Código declara, a falta de expresa estipulación en contrario, que se considera como régimen legal supletorio en Portugal el que acabamos de describir. Esta costumbre de la Carta de ametade, como también se la conoce, estaba extendida entre los siglos XII al XV por algunos lugares españoles y se conocía bajo la denominación de Fuero del Baylío. El nombre parece responder a que dicha institución tenía práctica de costumbre generalmente admitida en el Bayliato del Temple, que a la sazón existía en la ciudad de Jerez de los Caballeros, cuyo baylío es posible que autorizara o ratificara los matrimonios celebrados en sus dominios, si bien sin llegar a conceder carta especial alguna.

Esta opinión sin embargo, ha sido contradicha en dos ocasiones. Gómez Villafranca, en el ya citado prólogo a la obra de Borrallo (4), cree que el Fuero, como institución sancionada por la ley, es dos o tres siglos anterior a la Carta de ametade y, como mera costumbre, probablemente fuera observada desde tiempo de los musulmanes, lo mismo en Extremadura que en Portugal. Martínez Pereda, en un sugestivo trabajo aparecido en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en el año 1925 (5), considera el Fuero como "una supervivencia de una costumbre celtibérica, salvada gracias, por un lado, al exclusivismo del ius civile", ya que "vige la comunidad universal de bienes en el matrimonio en los territorios menos romanizados". Y, por otra parte, "se salva también a través de la monarquía de los Concilios de Toledo." En cuanto al origen portugués, sostiene Martínez Pereda que si para referirse a la Carta de ametade, las más antiguas leyes portuguesas dicen "Costume foi en estos Regnos, longamente usado e julgado", no se contradice con ello el abolengo celtibérico: la costumbre se observó de una misma manera y con el mismo sentido en territorios extremeños y lusitanos siendo en ambos tradicional la comunidad de bienes desde el momento mismo del matrimonio.

(4) BORRALLO SALGADO, Teófilo: "Fuero del Baylío". (Estudio histórico-jurídico.) Biblioteca extremeña. Badajoz, 1915.

(5) MARTÍNEZ PEREDA, Matías: "El Fuero del Baylío". Revista citada; página 213.

Nos parece prudente y acertado adoptar en este punto una posición intermedia. Creemos que, en efecto, no se puede otorgar al Fuero un origen exclusivamente portugués, ya que, a nuestro entender, no se trata más que de una comunidad universal de bienes “en mano común”, de cariz germánico. En la época de la Reconquista se conocen en los reinos cristianos de la península (no sólo en Portugal) distintas variantes de los sistemas de comunidad. No es, por tanto, probable que el régimen del Fuero del Baylío sea peculiar de Portugal, aunque haya prevalecido como régimen común en el país vecino, de la misma manera que en Castilla prevaleció la comunidad de gananciales, cuyo origen germánico y naturaleza de “mancomunidad” nadie se atreve a poner en duda. El régimen, así entendido, del Fuero habría subsistido como costumbre en Portugal y en algunos pueblos de Extremadura. Otra cosa muy distinta ocurre con las plazas de Olivenza y Ceuta, donde, por el hecho de la ocupación portuguesa que experimentaron y que luego examinamos con detalle, sí parece que la vigencia del Fuero se deba exclusivamente a influjo y supervivencia posterior del régimen de a metade portugués.

En apoyo de nuestra opinión, podemos traer el valioso testimonio de Merea, que también se inclina a integrar la institución en el tipo histórico-jurídico de la “propiedad común” (6). Este mismo autor recoge un importante pasaje de las Ordenações Alfonsinas que dan definitivo golpe de gracia al argumento de Gómez Villafranca sobre el origen musulmán del Fuero como costumbre. Se trata de la indicación dada por una comisión de jurisperitos musulmanes a Don Juan I, y según la cual “o casamento árabe exigía como condição a prestação de arras, sendo desconhecido o casamento por carta de metade” (II, 28: “de como Elrei deve herdar os mouros forros, etc.). Por lo demás, el hecho de que Ureña (7), Minguijón (8), Moutón y Ocampo y casi el resto de los tratadistas del Fuero coincidan en el origen portugués del mismo, se debe, sin duda, al nunca disimulado influjo del criterio de Borrallo, más que a un detenido estudio sobre la cuestión.

AMBITO TERRITORIAL.—Todas las consideraciones que los diversos estudios hacen sobre cuál sea la demarcación territorial donde el Fuero del Baylío tenga vigencia, tienen como punto de partida el Mapa del Fuero confeccionado por Borrallo en la página 18 de su obra citada. El ámbito de aplicación del Fuero, según este autor, se encuentra constituido, además de por la ciudad de Ceuta, por los siguientes pueblos: Alburquerque y la Codosera (partido judicial de Alburquerque), Burguillos, Fuentes de León y Valverde de Burguillos (partido judicial de Fregenal de la Sierra), Atalaya y Valencia del Ventoso (partido judicial de Fuentes de Cantos), Jerez de los Caballeros, Oliva de Jerez,

(6) MERA, Manuel Paulo: “Evolução dos regimes matrimoniais”. Tomo II; página 128.

(7) UREÑA, Rafael de: “Derecho Foral”. Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI; pág. 136.

(8) MINGUIJÓN, Salvador: “Fuero del Baylío”. Nueva enciclopedia Seix, tomo X; pág. 301.

Valencia de Monbuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahinos (partido judicial de Jerez de los Caballeros), Olivenza y sus agregados Santo Domingo, San Jorge, San Benito y Villarreal, Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno (partido judicial de Olivenza).

Ya apuntábamos con anterioridad cómo la costumbre del régimen por mitad estaba extendida antes del siglo xv en el Bayliato o Encomienda de la Orden del Temple, con capital en Jerez de los Caballeros. La concesión del Fuero es posible, a juicio de Martínez Pareda (9), que incluso tuviera lugar con motivo de la reconquista de Jerez, bajo el reinado de Alfonso IX. Sea como fuere, lo cierto es que la vigencia del Fuero en este territorio que, por demás, le da nombre, nunca se ha puesto en duda.

La vigencia del Fuero en la villa de Alburquerque fué expresamente confirmada por la Pragmática de Carlos III. Poníase en tela de juicio hasta ese momento, ya que la villa no había pertenecido al Bayliato y los Tribunales llegaron a negar su vigencia. Sin embargo, el rey, tras oír la opinión de los fiscales del Consejo de Castilla, declara que el Fuero se observa en Valencia del Ventoso y Fuentes de León, que tampoco habían pertenecido al Bayliato, así como Alburquerque, Jerez de los Caballeros “y demás pueblos en que se ha observado hasta ahora”. Con ello, el rey otorgaba autoridad a un derecho consuetudinario, con independencia de cuál fuera la extensión del Bayliato, con base, únicamente, a que dicho derecho se hubiese observado hasta el momento de aparecer la Pragmática.

Olivenza y Ceuta tienen razón común para conocer la vigencia del Fuero: la pertenencia de ambas a Portugal. Olivenza y sus aldeas pasaron a ser portuguesas en el año 1297, con motivo de las paces ajustadas en aquel año entre Castilla y Portugal. La ciudad continúa sometida al reino lusitano hasta 1805, en que es reintegrada a España tras la promesa que Carlos IV hace de respetar como vigentes los usos y costumbres de sus vecinos y, por tanto, el Fuero del Baylío entre ellos. Una Resolución de la Dirección General de Registros de 19 de agosto de 1914 ha ratificado la vigencia en esta ciudad.

Por lo que a Ceuta se refiere, ya hemos anunciado que fué durante la dominación portuguesa cuando se generaliza la práctica que el Fuero supone. Conquistada Ceuta en 1415 por el Infante portugués Don Enrique, sigue bajo la bandera portuguesa hasta que, al ser proclamado el Duque de Braganza rey de Portugal bajo el nombre de Juan IV y separarse de esta forma los reinos de España y Portugal, sus habitantes, por obra y gracia de un españolismo verdaderamente ejemplar, manifiestan en 1640 su deseo de pertenecer a la Corona de Castilla, es decir, a España, a la que, en suma, siempre habían estado unidos de una u otra forma. La aplicación del Fuero en Ceuta es para Borrallo una razón más para la defensa del origen portugués del mismo: “explicándose la razón de usarse en Ceuta como lugar conquis-

(9) Obra citada; pág. 215.

tado por los portugueses en 1415 e influido por sus leyes y costumbres” (10). La opinión de que el Fuero del Baylío estuvo vigente en Ceuta no ha sido, en verdad, contradicha por ningún autor, como no podía ser menos. Sino que, muy por el contrario, la aplicación del mismo en suelo ceutí es argumento que todos los tratadistas aceptan. En lo que dichos tratadistas o, a mejor decir, en lo que un par de autores discrepan es en la vigencia actual del Fuero después de la publicación del Código civil actual y, en consecuencia, su vigor en nuestros días. A contradecir estas opiniones y demostrar su gratuidad en base a una palpable falta de conocimiento de la realidad jurídica en cuestión, hemos prometido dedicar el último apartado de este trabajo.

Es sumamente sugestiva, sin embargo, la afirmación que Borrallo hace sobre la vigencia del Fuero, no ya sólo en la ciudad de Ceuta, cuyos datos estadísticos, en lo que se refiere a extensión superficial, confiesa abiertamente ignorar, sino también a la zona de influencia española en Marruecos. El texto dice así: “La antigua y reducida plaza militar de Ceuta comprende hoy mayor territorio que nuestra zona de influencia nos reconoce en Marruecos, al cual probablemente alcanza el Fuero del Baylío, extendido en lo antiguo por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses, y cuyos datos estadísticos, en lo que se refiere a su actual extensión superficial, ignoramos” (11).

La afirmación de Borrallo merece, ciertamente, mayor atención de la que Martínez Pereda y Castán (12) le han dedicado para asegurar a ciencia cierta su improcedencia. Han entendido estos autores que Borrallo se refería, sin lugar a dudas, a la zona española del protectorado en Marruecos. Por supuesto que, de ser ese el pensamiento de Borrallo, el texto que hemos copiado literalmente, así lo habría declarado expresamente. Pero somos de la opinión de que fué otra cosa muy distinta lo que el ilustre comentarista del Fuero quiso decir y de hecho dijo. Una detenida lectura del párrafo, nos advierte que en la conciencia del autor estaba el hecho, confirmado por la realidad, de que la “actual extensión superficial” de Ceuta, es decir, la que Ceuta tenía en la fecha de escribir su obra y que reconoce ignorar, comprendía “mayor territorio que nuestra zona de influencia reconoce en Marruecos”, o, expresado de otra forma, que, de hecho y nunca de derecho, la influencia territorial y, por ende, social y cultural, de la ciudad de Ceuta afectó, hasta el instante mismo del otorgamiento de la independencia política al pueblo marroquí, a algunos lugares colindantes que, en rigor, ya no eran territorio ceutí, territorio nacional español. A estos lugares es, a nuestro juicio, hacia donde parece apuntar la afirmación de Borrallo: a ellos “probablemente alcanza el Fuero

(10) Obra citada; pág. 23.

(11) Obra citada; pág. 18.

(12) CASTÁN TOBEÑAS: “Derecho Civil Español Común y Foral”. Tomo V; vol. 1.º; págs. 649 y siguientes.

del Baylío". Es, en efecto, muy posible que entre los antiguos habitantes del ahora pueblecito marroquí de Castillejos o acaso entre los que vivían en la actual parte marroquí de la Bahía de Benzú; algunos contrajeron matrimonio canónico según el Fuero del Baylío, ya que, a más de ser españoles, esos habitantes vivían al socaire de las costumbres de la ciudad de Ceuta, de su derecho y, repetimos que como mera situación fáctica, de su manera de ser social y política.

Posiblemente sí sea más discutible la afirmación que Borrallo hace en base a la aplicación del Fuero del Baylío "en lo antiguo" extendido "por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses". Es probable que, por ejemplo, en la ciudad de Tánger, ocupada por las tropas portuguesas en 1471 y que pasó al dominio inglés en 1662 como dote ofrecida por el rey Juan IV de Portugal a Carlos II que casaba con su hija Doña Catalina de Braganza; o en la de Mazagán, construída en el año 1510 por los portugueses y tomada por los musulmanes en 1769, tras orden de abandono dada por José I de Portugal; es posible, digo, que en alguna de estas ciudades o en otras del litoral africano llegara a aplicarse antaño el Fuero del Baylío. Sin embargo, ninguna noticia nos ha llegado sobre el particular y, desde luego, cualquier vestigio que de su antigua aplicación hubiera, ha tiempo que habría sobradamente desaparecido.

VIGENCIA ACTUAL.—A raíz de la entrada en vigor, en el año 1889, de nuestro actual Código civil vigente, sale a la luz pública una extensa gama de comentarios en torno al alcance preciso de su disposición final (art. 1.976) por la cual "quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes". De la simple lectura del precepto, dedúcese que será preciso atender al ámbito en que su derogación no es aplicable: al ámbito que no constituye Derecho civil común. Y este ámbito no es otro que el señalado en el párrafo segundo del artículo 12 de este mismo Cuerpo legal, al que implícitamente la Disposición final remite: "en lo demás (es decir, en lo que no concierna a lo detallado en su párrafo primero) las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán, por ahora, en su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales".

Traemos a colación la letra de estos artículos, así como la noticia de los comentarios sobre su alcance, ya que el Fuero del Baylío, que hoy nos ocupa, tras el reconocimiento de su existencia hecho por la Pragmática de Carlos III, ha visto en peligro su vigencia después de la promulgación del Código civil. Aunque, en verdad, si hacemos exclusión de la firme oposición a la vigencia del Fuero formulada por Ureña, ningún otro tratadista la ha puesto en duda, ya que la postura

de Castán al respecto, pese a un cierto matiz ecléctico e incluso negativo al principio, acaba reconociendo "que la práctica y la jurisprudencia se van pronunciando en sentido favorable a la subsistencia de dicho Fuero" (13). Y, en buena lid, no podía por menos de ser así.

Aboga Ureña (14) por la no vigencia del Fuero, en base a la equiparación, que se nos antoja un tanto arbitraria, de "el Derecho civil llamado de Castilla", palabras contenidas en la primitiva edición del artículo 1.976, a las de "Derecho civil común" que hoy expresa, después de la nueva redacción del artículo. Y estima, por tanto, Ureña que el Fuero del Baylío, al pasar de esa forma a ser derecho común, escapa al radio de subsistencia del artículo 12 y queda derogado en virtud de "la derogación absoluta y completa" de todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen aquel derecho, el común, en las materias objeto del Código, según declara su artículo 1.976.

Creemos que es difícil sostener la opinión de Ureña que, a más de no parecernos sólidamente justificada, olvida el espíritu que animaba al legislador, expresado tanto en la redacción del artículo 12 del Código como en la exposición de motivos elevada a las Cortes por Decreto de 7 de enero de 1885: "No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres, ni aclimatar novedades", se decía, añadiéndose más adelante "y todo lo que hoy es y se estima por los Tribunales Derecho foral, queda en la misma situación y estado que hoy tiene... subsistiendo, una vez promulgado el Código, cuantas instituciones, leyes, usajes, recopilaciones, fueros y costumbres respetan y cumplen hoy los Tribunales como derecho foral o de excepción en todas las provincias, pueblos y lugares que hoy los tienen reconocidos a su forma".

Las afirmaciones que hemos reproducido no pueden ser más generosas con respecto a las "instituciones, leyes, usajes, recopilaciones, fueros y costumbres", con el único requisito de que fueran respetados y se cumpliesen en los Tribunales como derecho foral o de excepción. Y no cabe duda de que el Fuero del Baylío, en su consideración de derecho consuetudinario, entra sobradamente en la amplia referencia del legislador y era, además, a la sazón considerado como tal por los celadores de la justicia tal como lo demuestra una larga práctica al respecto. Pero es que, además, esta buena disposición que en cuanto simple exposición de motivos, con tener indudable valor, acaso no fuera suficiente, es preciso verla en la nueva redacción del artículo 12 del Código en que se califica al régimen jurídico foral que se declara subsistente de "escrito o consuetudinario", con lo que se abre la puerta de vigencia a instituciones como la del Fuero del Baylío, carentes de un documento escrito de concesión, pero de arraigado carácter consuetudinario. Y se traduce, de igual forma, esa predisposición, y con valor de mayor abundamiento, en los términos vigorosos del artículo 5.º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 e incluso

(13) Obra citada; pág. 651.

(14) Obra citada; pág. 145 y siguientes.

en esa sustitución de las palabras "Derecho civil llamado de Castilla" por "Derecho civil común", que Ureña caprichosamente equipara, y en la que es mejor ver que no se deroga el derecho foral de algunos lugares de Castilla.

No mayor consistencia tiene el que hemos llamado eclecticismo inicial de Castán o, a mejor decir, su inicial oposición. Aduce el ilustre civilista que "los territorios donde se aplica el fuero del Baylío no tuvieron nunca autonomía legislativa" y que, "además, la vigencia de dicho Fuero, en el Derecho anterior al Código, procedía de un precepto de la Novísima Recopilación y, por tanto, formaba parte aquél del Derecho común derogado por el artículo 1.976 del nuevo Cuerpo legal" (15). Contra la primera afirmación, opone, con razón, Mingujón (16) que en la Ley de Bases del Código (Base 13) y en las disposiciones referentes a las Comisiones que habían de redactar los proyectos de ley sobre las instituciones forales que conviniera conservar, se incluyó a Galicia al igual que las demás regiones forales, cuando, como el mismo Castán consigna, Galicia nunca ha tenido autonomía legislativa. No parece, por otra parte, que dicha autonomía sea requisito sine qua non para la subsistencia de una institución tan arraigada y de tan larga vida a la promulgación del Código que en su artículo 12 admite régimen escrito y consuetudinario: y lo consuetudinario, por demás, nada tiene que ver con esa autonomía legislativa para su habitual desarrollo.

Que la vigencia del Fuero procedía de un precepto de la Novísima Recopilación, base en la que apoya Castán su segunda afirmación contraria a la vigencia del Fuero, nos parece algo muy dudoso. Ya apuntábamos con anterioridad que la Pragmática de Carlos III se limita únicamente a reconocer, en relación con el recurso del procurador síndico que la motivara, una observancia o costumbre que ya existía, como tal costumbre, en la misma villa de Alburquerque (en el mismo recurso se dice que todas las participaciones se venían haciendo conforme al referido privilegio "como antes de contraerse matrimonio no se hubiera estipulado casar con arreglo al Fuero de León"), Jerez de los Caballeros "y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora". El rey se limita, pues, a ratificar, a reconocer, a resolver una duda particular en torno a algo que, por la fuerte pujanza de una extendida práctica, ya existía, y de ningún modo a poner en vigencia el Fuero, como apunta Castán. La costumbre no necesita, para nacer y desarrollarse como tal, de texto alguno que la ponga en vigencia. Entre otras cosas, porque cuando así no ocurra y la costumbre necesite de un precepto o texto que la reconozca, habrá perdido gran parte, si no toda, de su naturaleza de costumbre para devenir una verdadera ley.

Por todo esto, y aun dentro del campo meramente doctrinal, creemos, con la casi totalidad de los autores, en la indudable vigencia del

(15) Obra citada; pág. 651.

(16) Obra citada; pág. 301-303.

Fuero del Baylío, en base a su consideración de derecho foral consuetudinario declarado subsistente "en toda su integridad" por el artículo 12 del Código civil.

En el terreno jurisprudencial que, en definitiva, es lo que más nos interesa, la cuestión de la vigencia no admite discusión, ya que ha sido declarada, sin vacilación alguna, por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de fechas 19 de agosto de 1914 y 10 de noviembre de 1926. Si el explícito reconocimiento que de la vigencia del Fuero hace la sentencia de nuestro primer tribunal guarda sólo escaso valor por referirse a un matrimonio contraído en el año 1878 y, por ende, con anterioridad al Código civil, en que aún estaban vigentes las disposiciones a que hace referencia, no es posible decir lo mismo de las dos Resoluciones citadas. Ya está, en efecto, implícito el reconocimiento de la vigencia del Fuero en la primera de ellas, en la del año 1914, al decir que "La institución jurídica conocida por Fuero del Baylío produce, según la jurisprudencia, la comunicación de todos los bienes existentes en el momento de la disolución del matrimonio". Y se declara explícita y contundentemente en la de 10 de noviembre de 1926, que afirma: "El Fuero del Baylío es una institución foral vigente en ciertas localidades del reino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Código civil, pues se trata de un régimen consuetudinario conyugal, que no ha sufrido alteración por la publicación del Código".

A la vista de esta eficiente jurisprudencia y de la clara conciencia que, traducida en una abundante práctica, de la aplicación del Fuero del Baylío existe en los territorios donde subsiste, toda especulación teórica en relación a su vigencia ha de quedar forzosamente ceñida al voluble marco del arbitrio personal de los comentaristas.

ALCANCE PERSONAL DEL FUERO DEL BAYLÍO.—Admitida la vigencia del Fuero del Baylío, urge examinar dos cuestiones previas a toda posterior especialización de carácter local. Hacemos referencia a los no menos discutidos apartados de quiénes sean los sujetos expresos y concretos de la institución y de cuál venga a ser el alcance del contenido de ésta.

Dado el régimen de absoluta libertad que nuestro actual ordenamiento civil concede a quienes van a contraer matrimonio para que estipulen "las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código", resultaría absurdo pretender que para que el privilegio que supone el Fuero del Baylío viniera a ser válido y causar efectos en un matrimonio celebrado entre personas que luego aludiremos, pero, por supuesto, sometidas territorialmente al Fuero, fuera preciso que los contrayentes se acogieran a él expresamente. Y ello, porque, de ser así, los esposos no harían más que acogerse a esa libertad que les concede el artículo 1.315, al que hacemos mención, y la institución foral, al estar al alcance de todo aquel que bajo su amparo contrajera matrimonio mediante manifestación expresa de su deseo, perdería toda

razón de ser en aquellos lugares en que rigiera como tal Derecho foral. En realidad, y en este caso de la sumisión expresa de los contrayentes, basta, para la entrada en vigor del Fuero, con que estos no contravengan las "limitaciones" señaladas por el Código y se acojan a él no "de una manera general" (art. 1.317), sino específica y detalladamente, cualquiera que sea el lugar donde las nupcias se celebren y, cualquiera que sea la condición de los sujetos.

Es preciso concluir en la afirmación de que el régimen de bienes matrimoniales establecido por el Fuero del Baylío será aplicable en todos aquellos lugares donde el Fuero esté vigente, salvo expresa y terminante renuncia por parte de los cónyuges. Es decir, a falta de una específica determinación del régimen de bienes hecha en la escritura de capitulaciones matrimoniales y de una expresa renuncia al Fuero, será éste y no el régimen supletorio legal de gananciales del artículo 1.315 el que vendrá a regular los matrimonios que, entre aforados, se celebren en la medida que a continuación detallamos. MOUTÓN y Ocampo refuerza esta afirmación en base a que "en el recurso del procurador síndico de Alburquerque se dice que todas las particiones se venían haciendo conforme al referido privilegio, como antes de contraerse matrimonio no se hubiera estipulado casar con arreglo al Fuero de León" (17) y que como Carlos III, al aprobar la observancia del Fuero del Baylío, nada resolvió en ese punto concreto, "parece lógico que siga aceptándose la costumbre de que no habiendo estipulación expresa en contrario, se sobrentiende que los matrimonios contraídos en las poblaciones donde dicho Fuero rige, se celebran con arreglo al privilegio indicado y que sólo cuando de un modo terminante declaran en documento público los cónyuges que no quieren someterse al régimen del Fuero del Baylío quedan excluidos del mismo".

Pero si cuanto hasta aquí llevamos dicho en torno a los sujetos del Fuero escasas dudas puede suscitar, no ocurre otro tanto con cuáles han de ser las condiciones de esos sujetos. Defendía BORRALLO (18), en la fecha de publicación de su libro (1915), que casándose dos aforados en territorio donde rija el Fuero, a él se halla sometida la sociedad legal con relación a sus bienes, cualesquiera que fuesen la clase de esos bienes y el lugar donde radicaran. Lo mismo ocurría en el caso de que sólo el varón fuese aforado. Mas, a juicio de este autor, no entra en vigor el Fuero del Baylío al casarse dos personas no aforadas o sometidas a la ley común, aunque sus bienes estuvieran en territorio aforado y en él se celebrase el matrimonio, como tampoco en el caso de que sólo fuera aforada la mujer, incluso si los bienes de ambos contrayentes estuviesen ubicados en territorio de vigencia del Fuero. Y añadía Borrallo, a modo de aclaración, que para determinar la condición de aforado es preciso acudir no sólo a la naturaleza de origen del sujeto sino también a la vecindad que, claro está, puede variar con

(17) MOUTÓN Y OCAMPO: Obra citada; págs. 694 y siguientes.

(18) BORRALLO: Obra citada.

relativa facilidad, alejándole de su primitiva condición, de acuerdo con lo establecido por el Código civil en su artículo 15 y siguientes.

Años más tarde, una Resolución de la Dirección General de Registros, de fecha 10 de noviembre de 1926, la que viene a sentar base sobre el asunto de los sujetos del Fuero, confirmando, en su mayor parte, las opiniones del primer tratadista del Fuero del Baylío. Tras declarar expresamente la vigencia del privilegio que el Fuero representa y que ya hemos comentado, agrega esta Resolución que, con arreglo al criterio legal estatutario del Código civil, "debe regir el Fuero del Baylío cuando se trata de dos aforados que se casan en lugar en donde rige el Fuero, o en localidad donde éste no está vigente, así como en el caso de que sólo el marido sea aforado y se contraiga el matrimonio en lugar foral". Y añade: "si el marido es aforado y no la mujer y el matrimonio se contrae en territorio de Derecho común, las opiniones se dividen, apreciando unos que la ley aplicable es la del marido, por seguir la mujer casada la condición del mismo, con arreglo al párrafo tercero del artículo 15 del Código civil, mientras que otros estiman que debe someterse el régimen económico matrimonial al Derecho común, porque "locus regit actum". Concluyendo la resolución con defensa de esta última opinión, porque "parece más ajustada al espíritu del Derecho civil vigente y a la presunta voluntad de los cónyuges al verificar el acto en lugar no aforado".

En aras a una mayor precisión y claridad de los casos que, tras estas referencias, pueden plantearse en el ámbito personal de aplicación del Fuero del Baylío, séanos permitido el siguiente esquema:

1.^{er} caso: Dos aforados que contraen matrimonio en lugar aforado. es decir, en lugar donde habitualmente se aplica el Fuero. No cabe duda de que, salvo renuncia expresa, el matrimonio se regirá de acuerdo con el régimen establecido por el Fuero, que será, pues, el legal supletorio en todas las ocasiones.

2.^o caso: Dos aforados que contraen matrimonio en lugar no aforado. Según la Resolución citada, el Fuero tiene también aplicación, siempre que los contrayentes no hubiesen ganado vecindad en aquel lugar en el momento de contraer matrimonio por haber transcurrido los diez años que a estos efectos señala el artículo 15, sin que los interesados hayan manifestado voluntad contraria a la adquisición de esa nueva vecindad. Cabría preguntarse aquí si estos contrayentes, al no estar vigente el Fuero en el lugar donde contraen matrimonio, necesitan o no acogerse a él expresamente. Creemos, en base al razonamiento que ya antes hacíamos en relación al sistema de absoluta libertad existente para la regulación del régimen matrimonial establecido en el artículo 1.315 del Código civil, que esto no es necesario. Los contrayentes, salvo renuncia, quedarán "ipso iure" sujetos al régimen del Fuero que, por demás, a sensu contrario de lo que establece el número 3 del artículo 15, les será a ellos plenamente aplicables al no haber ganado vecindad.

3.^{er} caso: El marido es aforado y la mujer no y el matrimonio se contrae en lugar aforado. El Fuero tiene plena aplicación, ya que

la mujer, a tenor de lo que establece el párrafo 3.º del artículo 15, "seguirá la condición del marido", que, en este caso, es además la del lugar donde contrae matrimonio.

4.º caso: El marido es aforado y la mujer no y el matrimonio se contrae en lugar de Derecho común donde no está vigente el Fuero. En este punto es donde vacila la Resolución de la Dirección General de Registros de 1926. Nosotros, ante la fuerza indubitable del ya citado párrafo 3.º del artículo 15, y ante el muy dudoso valor absoluto de la fórmula "locus regit actum", abogamos por la sumisión al Fuero del matrimonio así celebrado.

5.º caso: La mujer es aforada y el marido no y el matrimonio se contrae en lugar aforado o no aforado. En ambos casos, la mujer seguirá la condición del marido y el Fuero no se aplicará.

Somos conscientes de que en algunos casos, y sobre todo en los dos últimos, puede surgir la duda en torno a lo absoluto de las conclusiones a que hemos llegado, pero en tanto subsista el espíritu y la letra que alimentan el párrafo 3.º del artículo 15 creemos que, en buena lid jurídica, es imposible alterarlas. Máxime cuando, en materia de casamiento de española con extranjero, el artículo 1.325 del Código civil prescribe que, en caso de celebrarse la unión en país extranjero y los cónyuges no hubiesen establecido nada con respecto a sus bienes, se entenderá "que se casa (la española) bajo el régimen del Derecho común en el país del varón". La remisión, aun en la simple, pero siempre provechosa base de la analogía, viene, a nuestro entender, a confirmar la tendencia del Código a someter en todo a la mujer casada al "status" o condición del marido en conflictos internacionales y forales que, en definitiva, son muy parejos a los primeros.

CONTENIDO Y MOMENTO DE LA COMUNIDAD DE BIENES.—Según los términos de la Pragmática de Carlos III aprobatoria de la observancia del Fuero del Baylío, contraer matrimonio bajo su amparo supone que "todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales". Este es, pues, el contenido legal del Fuero: el establecimiento de una absoluta comunidad de bienes que se extiende no sólo a aquellos que los contrayentes aportasen al matrimonio, sino también a todos los que, por cualquier razón, adquiriesen después. Los de ambas categorías se comunicarán, es decir, se harán comunes y se sujetarán a posterior partición como gananciales.

Mas el efectivo alcance de esta comunidad y, por ende, el contenido preciso del privilegio, guarda, a simple vista, estrecha relación con el momento en que dicha comunidad venga a producirse efectivamente. Dos corrientes interpretativas se contraponen en este punto: la jurisprudencial, partidaria de que la comunidad de bienes nace únicamente al disolverse el matrimonio, y la doctrinal, más acorde con la realidad del Fuero, que aboga por el criterio de que tal comunicación tiene lugar desde el instante mismo en que se contrae el matrimonio. Fácil es suponer las consecuencias de una y otra. En base

a la primera, podrán los cónyuges disponer libremente, a lo largo de todo el tiempo que dure la sociedad conyugal, de cuanto constituya su patrimonio particular, tanto del anterior al matrimonio como del que, durante éste, adquiera a título lucrativo, y el marido podrá enajenar los gananciales, de acuerdo siempre a lo que el artículo 1.413 dispone. Los esposos, en este caso, sólo harían una efectiva comunicación de aquellos bienes de los que durante el matrimonio no hubiesen dispuesto, y ello al quedar disuelta la sociedad conyugal. Mientras que, con el criterio de la segunda opinión, al efectuarse la comunicación de bienes en el instante mismo en que el matrimonio se contrae, el marido nunca podría enajenar los bienes que integran esa nacida comunidad sin el consentimiento de la mujer, ya que ambos, marido y mujer, han devenido comunes propietarios de toda la masa de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo a la que ya hemos aludido, de fecha 8 de febrero de 1892, toma partido en la primera postura y considera que "la observancia mandada guardar por la Ley 12, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero llamado del Baylío, en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales, o sea, al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo a la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por tanto, que durante el matrimonio pueden los sometidos a dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio". Y apoya su declaración nuestro primer Tribunal en "que esta inteligencia de la observancia citada es, además, conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes o por los pactos particulares, y a la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al Derecho común".

Idéntica doctrina sostiene la Dirección General de Registros de 19 de agosto de 1914, que reitera "la comunicación de todos los bienes existentes en el momento de la disolución del matrimonio y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del prenuerto, a virtud del acto jurídico particional"; si bien la Resolución, como no podía ser menos, se apoya o, a mejor decir, parte de lo ya establecido por la sentencia del Tribunal Supremo.

Fué Borrallo, claro está, quien primero hizo observar la manifiesta oposición que existe entre una interpretación real, justa e históricamente acorde del Fuero y la ofrecida por la en verdad desdichada sentencia del Tribunal Supremo. Defiende Borrallo (19) la comunicación de bienes durante el mismo matrimonio, porque a lo con-

(19) BORRALLO: Obra citada; págs. 71 y siguientes.

trario, a la conservación del dominio privado hasta su disolución, “no nos autoriza ni los antecedentes de las leyes portuguesas, donde clara y terminantemente se manifiesta esa fusión que excluye el dominio privativo para hacerlo común, ni la misma ley recopilada, al expresar que los bienes se comunican y parten como gananciales, porque no hay medio de comunicar los bienes de los casados más que separándolos de la propiedad de cada uno para dársela a los dos, careciendo de sentido la frase de *se comunican* si esta comunicación se aguarda para después de la muerte, precisamente cuando no hay posibilidad material de comunicar nada”. Y cuando, añadimos al irónico razonamiento del ilustre tratadista del Fuero, se daría la paradoja de que el Fuero vendría a tener vigencia y efectividad para personas que ciertamente a él no se sometieron: los herederos de los cónyuges.

Pero es que esta inicial comunicación no sólo está latente en el capítulo I, libro II, título II del Código civil portugués, que, a lo largo de su articulado, desarrolla la antigua Ley “de a metade”, sino que, acaso sin quererlo, está también manifestada en otra sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de enero de 1896. En ella, con relación a materia internacional que ahora no hace al caso, encontramos la sugestiva afirmación de “que en Portugal ha venido siendo costumbre general, sancionada después por el artículo 1.108 de su Código civil, que el matrimonio produce la *completa comunicación* de todos los bienes aportados y adquiridos por los esposos, salvo que otra cosa pactasen, de modo que ha venido rigiendo allí el Fuero de Baylío, que impera también en algunos pueblos de España, como Alburquerque y Jerez de los Caballeros”. Aquí, a juicio del mismo Borrallo, se reconoce todo lo contrario a lo manifestado en la anterior sentencia.

Rafael de la Escosura y Escosura (20) abunda en esta misma opinión, que nosotros compartimos por supuesto, de que la comunicación comienza desde el matrimonio, y estima que toda la problemática se resuelve aceptando que la comunidad es legal, no convencional, y que “la enajenación de todos y cada uno de los bienes del matrimonio aforado se ha de hacer en nombre y con consentimiento de ambos cónyuges”. Y ello porque, como bien dice Castán (21), “el sentido de la legislación portuguesa y de la práctica extremeña anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 contrarios a esa facultad del marido de enajenar sin consentimiento de la mujer, que es, además, poco conforme con la naturaleza de la comunidad universal de bienes y muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves”.

Será urgente añadir al respecto que esta sentencia por sí sola no sienta doctrina, ya que, a juicio general, son necesarios, al menos,

(20) ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael de la: “La reforma legislativa”. Abril, 1888.

(21) CASTÁN TOBEÑAS: Obra citada; pág. 653.

dos fallos del Tribunal Supremo para que ello ocurra. Máxime después de la identificación que entre el Derecho portugués y el Fuero del Baylío hace la sentencia de 1896.

Por todo esto estimamos que no más desacertada pudo ser la sentencia de 8 de febrero de 1892, que, en minuciosa crítica de Martínez Pereda (22), es: 1.º, históricamente falsa, ya que hace decir a la Pragmática lo que ésta no dijo; 2.º, doctrinalmente inadmisibile, pues la comunidad conyugal no se concibe sino como un régimen "entre cónyuges" y "para cónyuges" ni tiene otra finalidad esencial que la de "igualar patrimonialmente a dichos cónyuges" y no se puede admitir que esa comunidad no ha regido "durante" el matrimonio; y 3.º, prácticamente inicta, por la diferencia de trato que establece entre los cónyuges.

Más justo y acorde con el origen del privilegio que supone es, por tanto, admitir, y admitir sin vacilación alguna, que la efectiva comunidad de bienes surge desde el momento mismo en que se contrae el matrimonio y desde ese instante es preciso el consentimiento de ambos cónyuges para actos de enajenación y disposición que, de otra forma, bordearían en muchas ocasiones los linderos de la injusticia.

VIGENCIA DEL FUERO EN CEUTA.—Anunciábamos al inicio de estas líneas que nuestro somero estudio del Fuero del Baylío tenía como meta concreta la ratificación expresa de la vigencia actual de la institución en Ceuta. Y añadíamos que a esta categórica afirmación precedía un minucioso examen de la práctica jurídica local unido a la valiosa constatación de las opiniones, creencias y aun suposiciones de quienes, de una u otra forma la encarnan. Hija de ambos, examen y constatación, es la postura que nos caracteriza: el Fuero del Baylío no sólo tuvo efectiva vigencia en Ceuta a raíz y como consecuencia de la conquista portuguesa de la ciudad, sino que la instantánea comunicación de bienes que él supone ha subsistido a ese período portugués de la historia ceutí y, a falta de expresa derogación posterior, se encuentra en la actualidad plenamente vigente. Y esto, no sólo en el puro terreno teórico que, aun con gran valor, pondría en peligro la vida misma del Fuero por desuso, sino, y con muy superior trascendencia, en el terreno práctico jurídico.

Que el Fuero del Baylío hubiese tenido aplicación en Ceuta con anterioridad a la conquista de los portugueses, es algo que escapa aun a nuestro más generoso campo de posibilidades. La tesis de Martínez Pereda ya citada, propugnando un origen celtibérico del Fuero o incluso un paralelismo entre esta costumbre así entendida y su simultánea aplicación y con el mismo sentido en territorios españoles y lusitanos, es francamente difícil de mantener en el caso de Ceuta. En el de Olivenza, el autor llega a sostener que la costumbre que supone el Fuero se observó sin interrupción "antes, durante y después de la dominación portuguesa de la plaza" (23).

(22) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; págs. 213 y 353.

(23) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; pág. 222.

Los avatares históricos que la ciudad de Ceuta cuenta en su haber se resisten a admitir una vigencia de la costumbre del Fuero con anterioridad a la época portuguesa. La ciudad de Ceuta sufre la invasión musulmana, como el resto de España, hacia el año 710, a raíz de la ya conocida traición del Conde Don Julián, a la sazón gobernador de la plaza. A partir de este instante y hasta el año 1415, Ceuta va a reflejar en el libro de su historia todas las vicisitudes que la nunca bien estimada dominación árabe sufrió en España. Así, doscientos veinte años más tarde, en el 931 exactamente, Abd-al-Rahaman III la conquista como Plaza de Soberanía del ya floreciente califato cordobés. La ciudad comienza a vivir una dura etapa como plaza fuerte, sede y punto de partida de cuantas incursiones hacia el interior del continente este califa y sus sucesores van a emprender, en continua lucha con las restantes tribus y dinastías que por aquel tiempo poblaban el norte de Africa. Es, pues, una época de lucha continua y, por ende, de constante movimiento personal, de agitación en suma. Más tarde, en las últimas épocas del Califato, todavía va Ceuta a convertirse en ciudad califal con Ali-ibn-Hamud al frente y a iniciar una intensa acción de reconquista sobre la península para acabar, por último, perteneciendo al reino taifa de Málaga, en su eterna unión con la Península, hasta el año 1415. Que durante todo este período de franca variabilidad hubiera subsistido una anterior costumbre foral de cariz, por demás, ajeno a la cultura dominante, y permaneciese pura a lo largo de estos siglos, es, a todas luces, algo inverosímil.

Más acertado nos parece creer que es a partir de este año de 1415, en el que la ciudad es conquistada por el Infante Enrique, el Navegante, para Portugal, y desde el que, a juicio de Borrallo (24), la ciudad se ve influida "por sus leyes y costumbres", cuando el Fuero del Baylío, con la denominación portuguesa de la Carta a miatade o Ley de miatade, toma carta de naturaleza en la práctica matrimonial de sus habitantes, muchos de los cuales llegaron del mismo Portugal. La práctica se confirmó y popularizó, sin duda, a lo largo de todo el período de posesión portuguesa, que, como es sabido, superó los dos siglos. La costumbre sería respetada cuando, en el año 1640 y con motivo de la separación de los reinos de España y Portugal, la ciudad se pronuncia por Castilla y pasa a integrar su corona. A partir de este instante, la costumbre foral se españolizaría, tomando el nombre, ya extendido en los pueblos extremeños donde estaba vigente, de Fuero del Baylío. Y con esta denominación se la ha conocido y practicado antes y después de la publicación del Código civil.

Y es en este punto, ya que no en otro, en el que los autores se dividen. Para unos, en efecto, el Fuero estaba vigente en Ceuta al momento de promulgarse el Código civil y, por tanto, al declarar éste vigente en su artículo 12 el derecho foral, escrito y consuetudinario en las provincias y territorios en que subsistiera, también está en completa vigencia tras la citada promulgación. Para otros, sin embargo,

(24) BORRALLO: Obra citada; pág. 23.

el Fuero no está vigente, en base a diversas razones que luego examinamos.

Borrallo encabeza el primer grupo de autores en los términos que ya hemos sobradamente analizado al abordar el estudio del ámbito territorial del Fuero. Ureña (25), tras considerar las razones de vigencia del Fuero en Olivenza, añade “y algo análogo ocurre en Ceuta, conquistada por los portugueses, y que permaneció en el dominio de España cuando el Duque de Braganza fué proclamado rey de Portugal bajo el nombre de Don Juan IV en 1640. A la publicación del Código civil, continuaba en ella rigiendo la Ley de matade o Fuero del Baylío”. El texto demuestra un notorio conocimiento de la realidad por parte del autor. Moutón y Ocampo, en esta misma línea, al efectuar la cita donde “actualmente” se observa el privilegio del Baylío, incluye a Ceuta, añadiendo: “Su vigencia es indiscutible en las mismas, según la opinión general de los letrados del territorio que se han ocupado de la costumbre jurídica mencionada” (26). Bencyto (27) cree que la vigencia en Ceuta y otras plazas de población lusitana apoya el origen portugués del Fuero, si bien nada añade en torno a la actual subsistencia. Minguijón (28), por su parte, acepta, siguiendo a Borrallo, la inclusión de Ceuta como territorio de aplicación del Fuero, si bien se apresura a remitir rápidamente al criterio de Castán, que ahora abordaremos.

Tres son, por el contrario, los autores que militan en la opinión de la no subsistencia del Fuero del Baylío en Ceuta, si bien estimamos que las dos últimas se apoyan, directa o indirectamente, en el desdichado criterio de la primera. Es Martínez Pereda quien da lugar al error, siendo él su primera víctima: “Lo de su vigencia en Ceuta ya es otra cosa. Allí no está, como en los 19 pueblos extremeños, en los protocolos y Registros, la prueba de su observancia al promulgarse el Código civil de la comunidad absoluta, sino que lo que regía eran los gananciales. No estamos conforme con Borrallo respecto de su vigencia en tal plaza africana, porque en Derecho consuetudinario, aunque la Ley la respete, la inobservancia de una institución es su muerte; cuando se pierde la conciencia jurídica social (“convicción común” de Savigny) y además el uso, surgiendo, por el contrario, para regir la misma relación matrimonial, costumbre distinta, ¿qué queda de la vieja costumbre? Evidentemente, una institución tal, allí donde no se observa, ha muerto. Y no tomamos ni en cuenta lo de su vigencia en la zona española del protectorado después de lo que decimos anteriormente” (29). Si hacemos exclusión del último punto, ya en otro apartado de este trabajo suficientemente comentado, y, desde luego, muy arbitrario en la interpretación de la opinión de Borrallo, podemos afir-

(25) UREÑA: Obra citada; pág. 146.

(26) MOUTÓN Y OCAMPO: Obra citada; págs. 694 y siguientes.

(27) BENEYTO PÉREZ: “Instituciones de Derecho Histórico Español”. Volumen I; pág. 102.

(28) MINGUIJÓN: Obra citada; pág. 303.

(29) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; pág. 222.

mar que, en definitiva, la no vigencia del Fuero de Ceuta, sostenida por Martínez Pereda, tiene por base el que en los protocolos y Registros ceutíes no se encuentra prueba de su observancia. En esto apoya luego el autor el posterior razonamiento de que, en Derecho consuetudinario, la inobservancia de una institución constituye su muerte, aunque la misma Ley la respete. La conclusión es, cuanto menos, muy peligrosa de ser aplicada tajantemente en muchos aspectos del Derecho foral y aun común consuetudinarios; pero, en suma, prescindimos de ella por tener su base, como luego veremos, en una premisa falsa: la susodicha inexistencia de pruebas de vigencia.

Es Castán quien, más tarde, no logra, acaso porque no estuviera en su ánimo intentarlo, evadir su siempre autorizado criterio, del craso error sentado por Martínez Pereda. Así, podemos leerle: "Es totalmente injustificada la opinión de Borrallo, según la que la aplicación del Fuero del Baylío alcanza hoy probablemente a la zona española de influencia en Marruecos. En la misma plaza de Ceuta parece que no estaba ya en uso —a diferencia de lo que sucedía en los pueblos extremeños— al promulgarse el Código civil, la comunidad absoluta que el Fuero del Baylío representa (véase sobre este punto el citado trabajo de Martínez Pereda)" (30) La remisión que en el paréntesis que hemos reproducido hace Castán a la obra de Martínez Pereda, nos libera de todo comentario, toda vez que el ilustre jurista elude tras un "parece" la responsabilidad de la afirmación y trae a Martínez Pereda de testigo.

Al momento de redactar estas líneas, nos llegan noticias de la tercera de las opiniones contrarias a la vigencia del Fuero en Ceuta, sostenida en una Tesis Doctoral leída el 14 de noviembre de 1961, en la Universidad de Sevilla, sobre el Fuero del Baylío. Su autor, Madrid del Cacho, viene a decir que la falta de estabilidad en los habitantes de la ciudad y su escasa raigambre en generaciones anteriores, se opone a la vigencia del Fuero en ella y, cómo no, incide en lo que a partir de Martínez Pereda ha devenido desgraciado tópico: que el Fuero no se aplica en Ceuta desde antes de la promulgación del Código civil.

Que en los protocolos y Registros de Ceuta no se encuentran pruebas de la observancia del Fuero del Baylío es una afirmación carente del más elemental rigor científico y reveladora de una notoria ignorancia de la vida jurídica de la ciudad. Ignorancia que, pese a estar a menudo generalizada en otros y más importantes aspectos integrantes de la más elemental realidad ceutí, merece nuestra repulsa por el carácter radical y absoluto en que Martínez Pereda hace tal afirmación. Hubiéramos, por supuesto, preferido la leal y confesada ignorancia de Borrallo a una premisa tan aparentemente segura y en la que, por demás, iban a, cuanto menos, apoyar sus conclusiones otros autores posteriores.

Cualquier observador, a poco que lo sea, tiene oportunidad de com-

(30) CASTÁN: *Obra citada*; pág. 651.

probar, a través de un suficiente diálogo con juristas ceutíes, que en todos o casi todos ellos y, de manera especial, en los prestigiosos abogados de larga y antigua residencia en la ciudad, existe plena conciencia y absoluto conocimiento sobre el Fuero del Baylío y su aplicación en Ceuta. Y ese conocimiento, claro está, se manifiesta a diario en sus escrituras de capitulaciones, Cuadernos de Particiones y escritos en general.

Varias son, en efecto, las escrituras de capitulaciones hechas en Ceuta, en las que los contrayentes, de una manera expresa, rechazan la sumisión al Fuero. Así en escritura de capitulaciones de 19 de agosto de 1932, efectuada ante el Notario don Fernando García Pajares, es posible leer en la cuarta estipulación: "Los comparecientes hacen expresa renuncia del Fuero del Baylío, *de aplicación en esta plaza*, conforme a lo prevenido en el artículo doce del Código civil y, por consecuencia, a la disolución del matrimonio no se harán comunes los bienes, sometándose la liquidación de la sociedad conyugal a lo establecido para el régimen común de gananciales, adoptado por estipulación expresa de los futuros contrayentes." La escritura puede comprobarse en el documentado bufete de don Francisco Olivencia Ruíz, ilustre abogado, a quien, por demás, debemos algunas otras generosas noticias sobre el Fuero. En ella, los contrayentes excluyen una institución "de aplicación en esta plaza", es decir, hay una perfecta conciencia de esa aplicación y, como se desprende del texto reproducido, un perfecto conocimiento de su contenido. Otro tanto es posible deducir de la de fecha 7 de octubre de 1939, ante el Notario don Francisco Javier Dotres Aurrecoechea, y que, por el momento, consta en protocolos de la Notaría de Ceuta. En ella, los contrayentes, tras declarar su sumisión al régimen de gananciales, lo que, de no existir otro régimen económico, resultaría superfluo dada la suplencia legal del mismo, añaden: "con exclusión de cualesquiera otros, sean fueros o costumbres especiales, a los que expresamente renuncian, y singularmente al llamado Fuero del Baylío".

La reproducción de estos dos documentos que, en orden cronológico, y aun sistemático, debieran seguir a los que más abajo exponemos, tiene razón de ser en orden a la comprobación de la existencia de una indiscutible conciencia de la vigencia del Fuero. Conciencia que lleva, a quienes quieren escapar de su dominio, a hacer expresa renuncia del mismo en sus escritos de capitulaciones.

Mas no olvidamos que de aplicación y de aplicación no menos expresa se trata. En el Archivo Notarial de Algeciras, donde, sin que sepamos la razón, se integran progresivamente los documentos procedentes de la Notaría de Ceuta, es posible hallar repetidas pruebas de la aplicación del Fuero del Baylío en Ceuta y, de manera especial, en los cuadernos particionales avalados por don Aquilino Adolfo Abete Sánchez, ilustre y muy querido Notario de la ciudad de Ceuta durante los últimos años del siglo pasado y primeros del actual. Es curioso observar que este Notario aplicaba siempre el Fuero del Baylío en todas sus intervenciones sobre régimen económico matrimonial y

que, por ende, son múltiples las citas que de esta época crucial para la vida del privilegio podríamos hacer. En aras a la brevedad, nos limitaremos a mencionar, como exponentes de este período histórico, algunos documentos relativos a matrimonios contraídos antes de la promulgación del Código civil.

En el testamento de D. Francisco X, otorgado el 7 de abril de 1898, es decir, nueve años después a la publicación del Código, en presencia de D. Aquilino Adolfo Abete, es posible leer: "También declara que a dicho matrimonio no aportaron bienes ningunos, habiéndolo celebrado bajo el Régimen de la Comunidad de bienes que establece el Fuero del Baylío, vigente en esta Plaza, y haciendo, por consiguiente, gananciales todos los bienes que en la actualidad poseen" (Archivo de Algeciras: Año 1898, folio 253). Más interés posee, por el hecho de que sólo uno de los cónyuges era de Ceuta (la mujer era de Gibraltar), la liquidación del caudal de D. José X y D.^a Ramona X, en cuya Base Tercera se dice: "Que los bienes quedados al fallecimiento del cónyuge premuerto (ambos fallecieron el 24 de octubre de 1897), que son los que figuran en el inventario, son gananciales, toda vez que el matrimonio se contrajo bajo el régimen legal del Fuero del Baylío, vigente en esta ciudad" (Archivo de Algeciras: Año 1898, folio 889).

De unos años más tarde, del año 1900 concretamente, son dos cuadernos particionales de gran interés. El primero de ellos, y bajo el Supuesto Quinto "Sobre el matrimonio de D. Jacobo X y D.^a Dolores X y sociedad conyugal de los mismos", dice: "ésta, natural de la plaza y ambos vecinos de ella desde hace más de veinte años, contrajeron matrimonio bajo el régimen legal de la comunicación o comunidad de bienes que establece el Fuero del Baylío vigente en esta Ciudad por costumbre inmemorial y sancionado por nuestra antigua legislación en la Ley doce, título 4.^o, Libro 3.^o, de la Novísima Recopilación. Por dicho Fuero todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, cualquiera que sea su procedencia, y los que adquiriesen durante el mismo se comunican y sujetan a partición como gananciales". Más adelante, y tras el habitual examen de los bienes que cada cónyuge aportara al matrimonio, añade el Partidor D. Guillermo X, que D. Jacobo, es decir, el esposo, "enajenó la mayor parte de dichos bienes, quedando reducido el caudal a una sola finca, que se inventaría, de valor insuficiente a cubrir el importe de las aportaciones de cada cónyuge, pero que se reputa y considera ganancial sin tener en cuenta dichas aportaciones, por virtud de la mencionada costumbre y Ley del Baylío de la mancomunidad de bienes de los casados en esta Plaza". El Cuaderno Particional tiene fecha de 26 de junio de 1900, lo avala D. Aquilino Adolfo Abete y se halla en el Archivo citado: Año 1900, folios 529 a 546. Es significativa la explicación que en este Cuaderno se da sobre las enajenaciones efectuadas por el marido y que llegan a mermar notablemente el caudal, y cómo se justifica, por virtud del Fuero, el no "tener en cuenta dichas aportaciones". Todo se apoya expresamente en la "mancomunidad de bienes de los casados en esta Plaza", frase esta última que generaliza a

los demás casos de matrimonios celebrados en Ceuta, con lo que se está aludiendo a que la costumbre era general.

De no menor importancia documental es el Cuaderno Particional del Contador-Partidor D. José X sobre testamento de D. X. X, que en el Supuesto Sexto "Sobre la Sociedad Conyugal del causante de esta herencia", dice: D. X X y D.^a María del Africa X contrajeron matrimonio el año 1867... bajo el régimen de la comunidad de bienes o comunicación foral que establece la Ley del Baylío". La vigencia del Fuero se califica en este momento como "por costumbre inmemorial", lo que indica una antigüedad de aplicación y una posterior repetición de la costumbre, que no deja lugar a dudas. El Cuaderno Particional, con la firma del mismo Notario, D. Aquilino Adolfo Abete, está extendido en Ceuta, con fecha 24 de julio de 1900, y se encuentra en Archivo de Algeciras: Año 1900, folios 708 a 755.

Insistimos en que cuanto hasta aquí llevamos reproducido no es sino mero ejemplo de lo que, a buen seguro, puede ser fácilmente aumentado. Mas no juzgamos éste el momento más idóneo para agobiar al lector con una, a todas luces, molesta serie de citas y transcripciones que, por demás, están al alcance de quien pueda interesar. Si tratamos, únicamente, de refutar con energía la afirmación ya comentada de la falta de pruebas de vigencia del Fuero del Baylío en Ceuta. Vemos, pues, que este Fuero no sólo se aplica en Ceuta "por costumbre inmemorial", es decir, desde su introducción por los portugueses, sino que se seguía aplicando cuando se promulga el Código civil y después de él también.

Mas no se crea que los testimonios de aplicación del Fuero se limitan a esta época ya examinada, sino que, en 1938, es posible leer en el Supuesto Tercero del Cuaderno Particional de D. Pedro X, de fecha 11 de julio de 1938: "Teniendo en cuenta lo manifestado por el causante en la Cláusula segunda del testamento de 11 de mayo de 1927, y las circunstancias de ser naturales, tanto aquél como su tercera esposa, de esta Ciudad y haberse en la misma contraído matrimonio, les es aplicable el Fuero del Baylío, vigente en Ceuta" (Cuaderno Particional recogido en Protocolo núm. 227). El matrimonio a que se alude habíase contraído el 31 de mayo de 1917 bajo el Fuero del Baylío, y más de veinte años después, en 1938, se sigue afirmando en el documento referido que dicho Fuero está "vigente en Ceuta".

Por último, como jalón postrero del recorrido histórico-documental que nos hemos prometido examinar someramente, la aplicación del Fuero del Baylío se puede comprobar en el Cuaderno de Particiones, protocolizado el 9 de febrero de 1959 (¡1959!), en escritura otorgada ante el Notario D. Eladio Barrueco e inscrita en el Registro con fecha 27 de junio de 1959. Dice el Cuaderno en su Cláusula Tercera que es desecho del causante "que a su fallecimiento todos los bienes sean considerados como gananciales, los señalados primeramente por serlo conforme a la ley común, y los adquiridos por herencia por aplicación del denominado Fuero del Baylío, de aplicación en esta Plaza". Esta

última afirmación, hecha en un documento del año 1959 nos releva de todo comentario.

La segunda objeción a la vigencia del Fuero de Ceuta, la formulada por Madrid del Cacho, con base a la falta de estabilidad de la población ceutí, casi no merece especial comentario después de las pruebas citadas, índice de lo mucho que pudiera traerse a colación. Si existen, y en abundancia, pruebas de la aplicación del Fuero por vecinos de Ceuta y si la Resolución de la Dirección General de Registros de 10 de noviembre de 1926 admite que el Fuero del Baylío rige entre dos aforados, incluso si contraen matrimonio en localidad donde éste no esté vigente, ¿tiene, en realidad, mucha consistencia esta objeción? El Fuero se ha concedido a la ciudad y, en concreto, a quienes según las normas prescritas por la legislación son considerados como vecinos de ella, con independencia de su anterior origen, ya perdido al ser declarado vecino de Ceuta, y, por supuesto, sin que por ello la aplicación del Fuero sufra en nada. Además, no es posible extremar esa falta de estabilidad hasta el punto de creer en la no existencia de gran número de familias de auténtico abolengo ceutí que, sin duda, constituyen parte muy respetable de la población aunque no la integren en su totalidad. Casi todas las personas citadas en los documentos a que hemos hecho referencia, han dejado hijos y nietos naturales de Ceuta y en Ceuta residentes, por cuyo motivo hemos silenciado los apellidos en cuestión. En definitiva, ni el conjunto de la población ceutí es tan inestable como se pretende por Madrid del Cacho, ni esta inestabilidad, reducida a sus justos términos, afecta a la vigencia del Fuero, toda vez que existen pruebas demostrativas de su aplicación asidua.

De todo lo dicho se infiere, con meridiana claridad, que el Fuero del Baylío ha estado y está vigente en la ciudad de Ceuta, en contra de las opiniones de quienes, con base en un arbitrario e indocumentado criterio, lo habían puesto en duda. Y en nada merma esta afirmación el hecho, por demás general en toda la práctica jurídica de nuestro país, de que cada día sean más escasas las escrituras de estipulaciones matrimoniales, ya que, dado que no es preciso acogerse expresamente al Fuero del Baylío cuando se dan las circunstancias de territorio y vecindad como establece la última resolución citada, las estipulaciones matrimoniales sólo serán necesarias cuando de excluir la aplicación del Fuero se trate. Tampoco la debilita la posibilidad, en Ceuta confirmada, de matrimonios contraídos bajo el régimen de gananciales por quienes carezcan del requisito de vecindad necesario, matrimonios que, en todo caso, son perfectamente coexistentes con los sometidos al Fuero del Baylío. En suma, que todos los matrimonios contraídos en Ceuta a raíz de la entrada en vigor del Fuero (época portuguesa) por vecinos de Ceuta que no hayan manifestado debidamente lo contrario, se entienden contraídos bajo el régimen del Fuero del Baylío, hayan o no efectuado escritura de estipulaciones matrimoniales acogiéndose a él. No a otra conclusión es posible llegar tras el estudio de la naturaleza de esta vieja institución consuetudinaria, si

es que pretendemos ser consecuentes con las afirmaciones a que en cada apartado hemos llegado.

De aquí la necesidad de abordar en serio una firme divulgación de los pormenores del Fuero, labor iniciada ya, y no con escaso ardor, por Madrid del Cacho. La tarea podría, en el caso concreto de Ceuta, tener un sugestivo entronque con todo lo que, de una u otra forma, constiuye especialidad jurídica, foral o no, de la ciudad, hasta devenir un detallado estudio del régimen vigente en ella. El proyecto, al que acaso en alguna ocasión volvamos, sería un paso decisivo hacia la fijación de términos definitivos, muy necesaria en la peculiar coyuntura de la ciudad.

B I B L I O G R A F I A

1. AYERVE DE AYORA, Antonio: "Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios, ac haeredes eorum". Año 1595.
2. GONZÁLEZ, Julio: "Regesta de Fernando II". Madrid, 1943.
3. MEREIA, Manuel Paulo: "Evolução dos regimes matrimoniais". Coimbra, 1913. Tomos I y II.
4. MEREIA, Manuel Paulo: "Estudos de Direito Visigótico". Año 1948.
5. SCHÖDER, Richard: "Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte". 6.^a edición. Berlín-Leipzig, 1922.
6. BOZA: "Fuero del Baylío", Fregenal, 1898.
7. ESCOSURA: Revista "La Reforma Legislativa". Abril 1888, Madrid.
8. BORRALLO SALGADO: "Fuero del Baylío, estudio histórico-crítico". Badajoz, 1915.
9. MARTÍNEZ PEREDA: "El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico: errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho fuero". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año 1925.
10. BENEYTO: "Instituciones de Derecho Histórico Español", volumen I. Barcelona, 1930.
11. UREÑA: "Derecho Foral", Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI.
12. MOUTÓN Y OCAMPO: "Fuero del Baylío". Enciclopedia Jurídica Seix.
13. MINGUIJÓN, Salvador: "Fuero del Baylío". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, 1960. Tomo X.
14. CASTÁN TOBEÑAS: "El Fuero del Baylío". Derecho civil español Común y Foral. Tomo V. Volumen I. Madrid, 1958.
15. MADRID DEL CACHO: Tesis doctoral sobre "El Fuero del Baylío". Sevilla. Noviembre de 1961.
16. LERÍA, Manuel: "Un siglo medieval en la historia de Ceuta". Ediciones C. H. C. Ceuta, 1961.

VIDA JURIDICA

IN MEMORIAM

Prof. JOSEPH HAMEL, mercantilista

Con la muerte del profesor Joseph Hamel, ocurrida en mayo de 1962, desaparece el último gran representante de una brillante etapa de la Escuela francesa de Derecho Mercantil. Esta etapa está indisolublemente unida a los nombres y las obras de Georges RIPERT (*Traité élémentaire de Droit Commercial*, tercera edición, París 1954, y cuarta edición, revisada por DURAND y ROBLOT, París 1959); Jean ESCARRA (*Cours de Droit Commercial*, nueva edición, París 1952) y Joseph HAMEL (*Traité de Droit Commercial*, en colaboración con Gastón LAGARDE, tomo I, París 1954). Todos ellos, siguiendo ciertamente caminos muy distintos, fueron dignos continuadores de la ilustre tradición mercantilista francesa, que renovaron con ricas y variadas aportaciones.

La obra más representativa del profesor HAMEL en el ámbito mercantil es el citado *Traité de Droit Commercial*, cuyo primer tomo, hasta ahora el único publicado, se consagra a la introducción y doctrinas generales del Derecho mercantil, comerciante individual y sociedades, y actividades mercantiles del Estado. En esta obra HAMEL continúa manteniendo su original, aunque discutible, construcción del Derecho mercantil como el Derecho de los negocios. HAMEL cree que la instauración del llamado «Sistema objetivo» por obra de los mercantilistas franceses del siglo XIX constituye un progreso indudable. Por esta causa critica todos los intentos de volver a un sistema profesional y subjetivo (como, por ejemplo, la doctrina de la empresa defendida por ESCARRA) y propugna una reafirmación del sistema objetivo, que en el futuro debe fundarse no en el acto de comercio, sino en un concepto nuevo: *l'opération d'affaires*. Mas no por ello deja HAMEL de abordar la compleja problemática de la empresa. Antes bien, HAMEL se hace eco de la discusión promovida por los mercantilistas europeos en torno a la empresa a la que, por su parte, concibe como una institución en la cual han de incluirse tan sólo los elementos personales (empresario, dirigentes y trabajadores) y no los elementos patrimoniales. El *Traité* de HAMEL y LAGARDE se caracteriza justamente por analizar todos los problemas jurídicos que la actual vida económica plantea: la empresa y participación de los trabajadores en la misma; arbitrajes internacionales; regulación administrativa del comercio interior y exterior; diversas formas en que el Estado y demás entes públicos desarrollan actividades mercantiles, etc.

Otras dos grandes obras del profesor HAMEL deben ser aquí mencionadas. La primera es también mercantil: *Banques et Opérations de Banque* (tomo I, París 1933; tomo II, París 1944), obra que por la riqueza de datos históricos y económicos y profundidad del análisis jurídico debe situarse entre los más sobresalientes libros del Derecho Bancario europeo. La segunda, que otorga a HAMEL un puesto destacado entre los civilistas, es el estudio sobre el contrato de compra-venta que forma parte del volumen X

(segunda edición, París 1956) del *Traité pratique de Droit Civil Français*, de PLANIOL y RIPERT.

Mas el profesor HAMEL no sólo nos ha legado estos frutos directos de su trabajo personal, sino que supo también promover el trabajo en equipo, fenómeno no muy frecuente en la ciencia jurídica. Por virtud de su iniciativa se realizaron en Francia ejemplares trabajos colectivos en que por varios juristas se acomete con éxito el estudio de importantes instituciones mercantiles. *Le Contrat de Commission* (París 1949); *La Vente commerciale de Marchandises* (París 1951); *Le Gage commercial* (París 1953) y *Le Contrôle de Changes* (París 1955), monografías todas ellas dirigidas y prologadas por HAMEL, prueban la fecunda labor de creación colectiva impulsada por el ilustre Maestro.

La incansable actividad del profesor HAMEL se extendió asimismo al movimiento para la unificación internacional del Derecho Privado. La muerte le sorprendió cuando en calidad de miembro del Comité especial participaba en la tarea de elaborar una Ley Uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales. Su nombre queda de este modo unido al de aquellos otros grandes juristas europeos (RABEL, CAPITANT, GUTTERIDGE) que tampoco pudieron ver convertida en realidad legislativa la obra por ellos iniciada en 1930.

CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA.

PERSONALIDAD DEL PROF. HAMEL

Este ANUARIO, conforme a su costumbre, ha encargado la redacción de la nota «In memoriam» del prof. HAMEL, ilustre tratadista de Derecho mercantil, a un especialista de esta rama del Derecho. A ella, como tal, no cabe agregar nada. Mas como en dicha nota se indica, Joseph HAMEL trabajó intensamente en pro de la unificación del Derecho. Esto me da ocasión o, si se me permite decirlo con toda claridad, me proporciona el pretexto para añadir algunas palabras a las del prof. A. FERNÁNDEZ-NOVOA, y no sólo sobre la obra de HAMEL en la unificación del Derecho, sino también y, sobre todo, para decir algo de lo que pienso y siento acerca de la pérdida que supone la muerte del prof. HAMEL.

Fué HAMEL uno de los siete expertos que en 1930 se encargaron de redactar un Anteproyecto de Ley internacional uniforme sobre el Derecho de venta; terminado en 1934, fué presentado en 1935 a la Sociedad de Naciones. Para tener en cuenta las observaciones de los Gobiernos, se crea un comité de cuatro miembros, luego reducido a tres, del que formó parte también HAMEL. Dicho Comité redacta el Proyecto de Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales, segunda redacción de 1939. Este texto fue examinado en la Conferencia diplomática convocada al efecto en La Haya, 1952; ella decidió el nombramiento de una Comisión especial que revisase el Proyecto, atendiendo a sus indicaciones. La Comisión especial designada termina su trabajo en 1956 y redacta un nuevo Proyecto; en él colaboró intensamente HAMEL, y a él se le debe la *Introduction*, extensa y detallada exposición de motivos, en la que se resume y explica

una labor de cerca de treinta años. Poco días antes de su muerte, el profesor HAMEL trabajaba todavía en este Proyecto, estudiando las respuestas de los Gobiernos y preparando así material para la anunciada segunda Conferencia diplomática sobre la venta.

HAMEL ha sido también miembro del Consejo de Dirección del Instituto Internacional de Derecho Privado de Roma, desde el año 1952; como tal y como miembro de varios comités de expertos, ha intervenido directa y continuadamente en todas las actividades de este Instituto; en especial, recuerdo, los proyectos sobre formación del contrato de venta, comisión, representación, transporte y efectos de comercio.

Además de ser un maestro de mercantilistas, entusiasta de la unificación del Derecho, dueño como nadie de la técnica jurídica, conocedor profundo de la dogmática, a la vez que experto en la práctica del Derecho, HAMEL poseía de modo insuperable otras condiciones más raras y preciosas; tenía tal claridad mental y rapidez de intuición, que era el redactor nato de los textos más discutidos; lo más indeciso o complicado quedaba, «poniendo su mano en la pasta» —según su frase—, preciso y diáfano. Sobre todo ello, para los que durante tantos años tuvimos la suerte de tratarle y trabajar con él, nos queda el recuerdo vivo e imborrable de sus generosas cualidades humanas. Amable, cordial siempre, atento a la opinión ajena, aun a la más contraria a la suya, aparte de su obra escrita, nos deja un ejemplo de objetividad, de honradez científica y de entrega desinteresada al servicio de los más altos valores del Derecho. Y es que, por qué no decirlo, las condiciones humanas, de bondad y finura espiritual, potencian todos los valores y también los de la ciencia y el Derecho; ellos son, sobre todo, los que hacen que la pérdida que hemos sufrido —mercantilistas, Instituto de Roma, compañeros de comités, todos y cada uno de sus amigos— sea tan grande, tan irreparable y tan hondamente sentida.

F. DE C.

I. NOTICIAS

A). Nacionales

1. La propiedad y sus problemas actuales

Discurso leído por el Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el día 15 de septiembre de 1962

El Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, bajo la rúbrica general que antecede, pronunció el discurso inaugural del año judicial 1962-63, poniendo de relieve, en primer término, la actualidad del problema, no obstante la antigüedad del mismo, desde un punto de vista jurídico —por no poder hablarse de un concepto unitario de propiedad, sino más bien de diversas propiedades, guardando cada tipo aspectos propios que exigen un tratamiento adecuado a su especial naturaleza—, que desde el plano económico social.

Presenta como fundamento de la propiedad para la doctrina científica actual, los principios de orden racional y los de orden sociológico, aunque se muestra partidario de que ambas categorías se integren en el concepto y no se desunen y enfoquen de manera separada; sólo se deben distinguir, dice, pero no se deben separar de modo que hermanadas proporcionen el sentido católico que debe presidir la propiedad, no siendo otra la doctrina Pontificia, puesto que León XIII en la Encíclica *Rerum Novarum*, cuando enlaza la propiedad con la necesidad del hombre y las agrupaciones humanas de apropiarse de las cosas del mundo exterior, para tender a su conservación y perfeccionamiento. La Escuela católica clásica, la patrística, y la filosofía católica medieval, han estimado, al igual que Aristóteles y los jurisconsultos romanos, como esencia de la propiedad, su calidad de institución de derecho natural, aunque con ciertas reservas, y lo mismo puede decirse de la filosofía iusnaturalista en sus dos vertientes, católica y racionalista, claro es que sin las reservas aludidas y del pensamiento católico contemporáneo del movimiento neo-escolástico y de las enseñanzas pontificias, apuntando la aparición de unas posiciones de última hora, que sin negar la concepción iusnaturalista de la propiedad, conjugan este principio con el de la realidad social, histórica y cambiante del derecho de propiedad.

Seguidamente hace el Sr. Castán un estudio ejemplar de lo que denomina vertiente social de la propiedad, y cuya realidad no ofrece discusión; lo que niega es que su origen deba ser situado en lo social, pues la propiedad, afirma, nace naturalmente, siendo de esencia que atienda al orden social,

sin que sea válido el arrinconamiento de lo que denominan prejuicios ius-naturalistas, del mismo modo que sería desestimable la afirmación de un naturalismo asocial. Si la propiedad debe ser configurada como un derecho general humano, pueden indicarse como justificación, muy diversos fundamentos; entre los humanos, desarrolla el de la personalidad, el de la garantía de la dignidad y de las manifestaciones fundamentales de la libertad del hombre, el de la fuerza propulsora de la expansión humana, y entre los fundamentos familiares, estudia los de la iniciativa e impulso en la vida económica y de la estabilidad social y de progreso.

Analiza a continuación las estructuras históricas del derecho de propiedad, separando la primitiva, la individualista y la colectivista. Al estudiar la génesis de la propiedad presenta diversas teorías que pretenden descubrirla, sentando como más acusada la del régimen colectivista privado (Bachofen, Engels, Laveleye), y la de la coexistencia de la propiedad mobiliaria y la colectiva, y la de la propiedad familiar previa a la individual (Hedemann). Sin embargo, añade, no es posible ofrecer un sentido general o línea uniforme de evolución del derecho de propiedad: ésta puede representar sólo unos rasgos, como acertadamente señala el profesor Ruiz Jiménez en su obra «La Propiedad, sus problemas y su función social». Respecto de la estructura individual, realiza una visión panorámica de los factores que la produjeron, señalando como más relevantes los de carácter dogmático-jurídico, entre los que figuran la tradición romana pandectista, los ideológicos, integrados por el racionalismo y el liberalismo, y los de carácter económico-social, presentando como sus prototipos, el Capitalismo, la Revolución Francesa y la Codificación Napoleónica, modelo de casi todos los Códigos europeos y americanos.

Con relación a la estructura colectivista, dice que con independencia de unos brotes primitivos representados por la propiedad del grupo familiar o tribal y la feudal en la Edad Media, puede fijarse la aparición de la colectivización a partir de 1914, y como expresión singular de ella, la legislación marxista y totalitaria de la Unión Soviética, plasmada en el nuevo Código civil, que debió entrar en vigor el 1 de mayo de 1962, como consecuencia de la redacción de la Ley de Bases de la Legislación Civil de la U. R. S. S. y de las Repúblicas Federadas, de 1960.

Dedica el Sr. Castán gran parte de su interesante trabajo al estudio y análisis de lo que se ha dado en llamar crisis de la propiedad, o del «caso de la propiedad», según frase de Márquez de la Cerda, por existir una manifestación de la crisis tanto en el campo del Derecho positivo como en el científico y el doctrinal, es decir, crisis institucional y conceptual, produciéndose en la vida jurídica una serie de propiedades sin propietarios y de propietarios sin propiedad: ello, no obstante, el autor considera que aun en las legislaciones más avanzadas en el terreno social, y lo mismo en las posturas científicas, se observa un regreso al concepto eterno del derecho de propiedad y que no existe un acabamiento de la misma sino una simple transformación a impulso de los imperativos de la vida económica y social, que proporciona una idea cierta de la plasticidad infinita del derecho de propiedad; de la propiedad-derecho, se pasa a la propiedad función.

A seguido presenta un esquema de la propiedad en el campo científico

exponiendo las posiciones doctrinales muy diversas que han existido y las notas características o facultades que integraban el concepto, para concluir que en el momento actual únicamente pueden ser estimados como válidos caracteres de la propiedad, el de su generalidad, el de su independencia, el de su abstracción y el de su elasticidad.

Presenta asimismo el Sr. Castán un exhaustivo cuadro de definiciones del Derecho de propiedad en el que destacan las analíticas, de inspiración espiritualista y cristiana, las analíticas modernas, que destacan su aspecto natural y social, las de tipo sintético que caracterizan a la propiedad por la amplitud y generalidad del señorío, o las que condensan el concepto en sus finalidades morales y sociales y, por último, las de condición mixta, entre las que resalta la definición contenida en el artículo 832 de moderno Código civil italiano.

Frete a los «poderes» que el Derecho de propiedad representa, se alzan, moderándolos, no sólo las «dimitaciones» como elementos consustanciales de cualquier Derecho subjetivo, sino, lo que es más trascendente, los «deberes» y obligaciones» que el propietario debe cumplir por su condición, que representan muy singularmente unos vínculos de carácter positivo y que suelen tener fundamentos de carácter moral y legal, es decir, sumisión de la propiedad al bien común, lo que da idea de su función social, y reconocimiento de que el Derecho de propiedad no es absoluto y no se compone sólo de facultades, sino que lleva implícita la idea de cumplimiento de determinadas actividades.

En su docta conferencia el señor Castán pone de relieve que el artículo 348 del Código civil español, tachado de individualista, ha sido influenciado sin duda por el moderno concepto de la propiedad y por el principio de su función social, y sin modificar una sola palabra de la definición, a través de una técnica legislativa y jurisprudencial, se ha conseguido un cambio radical en el sistema. Son ejemplos de ello las disposiciones legislativas sobre la propiedad rústica y la urbana; entre las primeras cita la Ley de expropiación de fincas manifiestamente mejorables, las que constituyen el llamado Derecho de colonización y el Derecho agrario, y entre las segundas, la legislación sobre arrendamientos urbanos, la Ley de solares, la Ley del suelo y ordenación urbana, y la reguladora de la propiedad horizontal.

En el campo de las leyes fundamentales del Estado Nacional Español, en base de los puntos 12 y 13 de F. E. T. y de las J. O. N. S., la declaración 12 del Fuero del Trabajo, el artículo 30 del Fuero de los españoles y el punto X de la Ley Fundamental de Principios, se produce la indudable consecuencia de que en la concepción económico-jurídica del Movimiento, la propiedad, además de comportar un interés particular, representa un interés social y colectivo de claro signo.

Concluye su estudio haciendo hincapié en que los polos de la política de la propiedad son el interés privado y el colectivo y que todo el problema descansa en encontrar un término medio conciliatorio en el que ambas categorías de intereses contrapuestos puedan coexistir y desenvolverse, como bien observa Pugliatti, exponiendo a seguido los postulados de una justa y armónica política de la propiedad que se condensan, en el mantenimiento del principio de la propiedad individual, en la generalización y difusión de la propie-

dad privada y en el reconocimiento y revalorización de las formas de propiedad colectiva y pública

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

2. El tema de la adopción, en el I Congreso Nacional de la Infancia

Durante los días 28 de octubre a 3 de noviembre de 1962 ha tenido lugar en Madrid el I Congreso Nacional de la Infancia, organizado por la Comisión Española de la Oficina Internacional Católica de la Infancia. Las cuatro Ponencias generales del Congreso —relativas, respectivamente, a necesidades generales, necesidades biológicas, necesidades educativas y necesidades religiosas de los menores— han sido otros tantos cauces por los que se ha conducido el estudio de un amplio (acaso excesivamente) número de temas relacionados con el niño. Los temas jurídicos, con cretamente, tuvieron su encaje en la primera Ponencia, que fué dividida en tres secciones: una, referente especialmente a la adopción; otra, relativa al trabajo de los menores, y una tercera, consagrada al problema de la delincuencia infantil. En esta crónica resumiremos exclusivamente las tareas de la sección que ha estudiado el tema de la adopción de menores, único que, entre todos los tocados, pertenece plenamente a la esfera del Derecho civil.

Algunas de las comunicaciones presentadas al Congreso, en relación con aquél se refirieron a las condiciones de la adopción, coincidiendo en general en la aspiración de que las mismas sean rigurosas. En esta línea, una comunicación de doña Dolores Gramunt defendió la conveniencia de un examen médico-psicológico para realizar una severa selección entre los adoptantes y descartar entre los candidatos aquéllos cuya petición esté movida por consideraciones egoístas, o aquéllos otros cuyas características personales dificulten la consecución de los fines de la adopción. El señor Rojo Villa sostuvo que la religión católica debe ser una de las condiciones exigidas al adoptante. Y el Patronato del Niño Jesús del Remedio propugnó, a través de su presidenta, que se restrinja la adopción de niños españoles por extranjeros.

Una comunicación de D. Valentín Soria estudió el impedimento matrimonial nacido de la adopción y, después de pasar revista al Derecho extranjero sobre este punto, señaló que el impedimento de cognación legal, en las naciones en que tiene vigencia, es de grado menor.

La figura jurídica actual española de la «adopción plena» fue estudiada por el P. Beristain, S. J., quien, después de elogiar la reforma del régimen legal de la adopción por la ley de 24 de abril de 1958, sugirió algunos nuevos pasos que a su juicio podrían darse en el camino abierto por dicha ley. Apuntó así el ilustre jesuita como aconsejable el admitir dentro del campo de la adopción plena a los huérfanos, superando con ello los términos legales actuales que hablan de «expósitos» y «abandonados». Igualmente insinuó que se extienda esa adopción a los niños no huérfanos cuyos padres (o cuya madre, en los casos de paternidad desco-

nocida) sean indignos de mantener sobre los hijos la patria potestad. Finalmente, para los casos en que la patria potestad no pueda suspenderse, propuso como una solución —parcial, pero eficaz— el régimen que llamó de «adopción de vacaciones», que permitiría vivir vida de familia, al menos temporalmente, al interno en un centro benéfico.

Un «estudio médico social de la adopción» fué presentado al Congreso por el Dr. Zamora Tiffon, quien examinó, desde el punto de vista médico, algunas de las cuestiones planteadas por este instituto.

En relación, por último, con el expediente de adopción, hizo algunas observaciones, a través de los debates de la sección, D. Francisco Vives Villamazares.

El resumen de todos los trabajos fué presentado al pleno del Congreso por D. Blas Piñar López, como ponente general de la primera Ponencia, en la sesión del día 2 de noviembre. A través de un brillante discurso, el Doctor Piñar ofreció a los congresistas una visión de conjunto de las necesidades generales de la infancia en el mundo actual. En relación con el concreto tema de la adopción —en el cual goza Piñar de especial autoridad, por haberle consagrado, como es bien sabido, diversos estudios— formuló algunas observaciones dirigidas al perfeccionamiento del instituto. Recordó así los requisitos exigidos hoy por el Código español para la adopción plena del abandonado o expósito, poniendo de relieve que son muchas y graves las cuestiones planteadas en la nueva disciplina. Que la adopción se realice matrimonialmente —afirmó— es un acierto, como lo es su imposibilidad en todo caso de separación de derecho o de hecho. El interés del niño exige su ingreso en un hogar sin desavenencias, donde el clima sea grato y propicio para su educación y bienestar. Por idénticas razones es un acierto que se prohíba la adopción, por exigencia general de un requisito de fondo enumerado en artículo 173, a los esposos que tengan descendientes legítimos, legitimados y, por ampliación de la reforma, hijos naturales reconocidos. La prohibición —observó— no descansa, como podría afirmarse en el Derecho anterior, en la circunstancia de que el instituto, encaminado a proporcionar hijos a quien carece de ellos, no tenga finalidad cuando tales hijos existen. Aquel desplazamiento del centro de gravedad de la institución encarece la conservación de la norma.

Es verdad —señaló también— que un deseo de aproximación a los Derechos forales de fondo romano, pediría que la existencia de prole legítima, legitimada o natural reconocida no fuera obstáculo para la adopción. Más aún, siguiendo a algunos autores como Germán Gamba Alix, la permisón del instituto en presencia de dicha prole, hace que la ordenación catalana del mismo sea, a pesar de su vetustez, más progresiva que la del Código civil. En esta misma corriente doctrinal, Alonso Lambán pide que por razones históricas se derogue dicho impedimento al reformarse el Apéndice foral aragonés. Se alega a favor de la tesis, que la adopción no perjudica los derechos sucesorios de los descendientes *ex sanguinis* salvaguardados por el sistema de legítimas. Este argumento, a juicio de Piñar, pone de relieve hasta qué punto se ignoran las repercusiones humanas de la adopción: «El adoptado no encaja ni se acomoda en un hogar con hijos, donde automáticamente y por reacciones que

escapan a todo control, es colocado y asume un puesto secundario. Los complejos psíquicos y morales de esta postura, a los que es preciso añadir los derivados de una ocultación reticente y sospechosa de su estado civil de origen, aconsejan mantener a toda costa la prohibición e incluso extenderla a todo el país, propugnándola no por afán de unificación a todo trance, sino por superación y reconocimiento del interés del adoptado, mucho más importante que el prurito de mantener legislaciones diferentes».

Por ello, en opinión de Piñar, es «excesivo reducir la presunción de esterilidad a sólo cinco años de matrimonio; imprudente no distinguir entre matrimonio estéril y matrimonio con hijos muertos; y ligero facultar al viudo sin más exigencia de edad que la genérica de treinta y cinco años para adoptar con plenitud». La tendencia a facilitar la adopción —subrayó, finalmente, el ilustre notario— no debe saltar ciertas barreras. Si la superveniencia de hijos daña al adoptado, y si la realidad prueba que son innumerables los matrimonios prolficos después de cinco años de infecundidad; que el haber tenido descendencia, aunque la misma haya desaparecido por enfermedad natural o por accidente, es anuncio de prole ulterior, y que son muchos los viudos y viudas que van a segundas nupcias fecundas después de los treinta y cinco años, es evidente que la reforma, como ya apuntó Condomines, debió ser más cauta y exigente en la materia. El informe de Piñar, denso en el contenido y brillante en la forma, fue seguido con gran interés por la totalidad de los congresistas.

El Congreso de la Infancia ha servido, sin duda, para una toma de contacto entre numerosas personas —varios centenares— entregadas por profesión y por vocación a tareas educativas y protectoras de los menores. Juristas, economistas, maestros, puericultores, sacerdotes, han colaborado con entusiasmo. Ello es indicio de inquietudes comunes que, aunadas a través de este Congreso y encauzadas en el futuro por los organismos que lo han promovido, pueden representar aportaciones positivas. Es de desear que en posibles Congresos del porvenir se concreten en número menor los temas escogidos; los jurídicos, en particular, pueden reducirse a uno, o a lo sumo a dos (uno de Derecho público y otro de Derecho privado), con objeto de poder ser estudiados con algún detenimiento. En el campo del Derecho civil, instituciones como la adopción, la patria potestad y la tutela pueden ofrecer a los Congresos de la Infancia temas del más vivo interés.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ.

B). Extranjeras

Las Jornadas de la Asociación Capitant, en Turín,

La *Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française* ha celebrado en Turín, durante los días 4 a 6 de junio de 1962, sus jornadas anuales. Presidió dichas Jornadas el nuevo presidente de la Asociación, profesor Robert Le Balle, y asistieron a ellas miembros de los Grupos francés, belga, español, luxemburgués, holandés, suizo, italiano y brasi-

leño. El tema general escogido para esta reunión era el de *Inexistence, nullité et annullabilité des actes juridiques*, estudiado en un tripe cauce: civil, procesal y administrativo.

Las sesiones de trabajo del día 4 de junio se consagraron al primero de aquellos aspectos: *Inexistence, nullité et annullabilité en droit civil*, actuando como *rapporteur général* el ilustre civilista Dr. Jean Chevalier, profesor en la Universidad de París. La aportación española a este tema estaba integrada por tres comunicaciones: una, del Dr. Luis Díez-Picazo, acerca de la *Inefficacité des actes juridiques*; otra, del Dr. Pascual Menen, sobre *Le régime des nullités*, y una tercera, del autor de esta crónica, acerca de *Nullité, annullabilité et revocation de l'adoption en Droit espagnol*.

Abrió el trabajo, en su calidad de ponente, el profesor Chevalier, quien, a modo de introducción al tema, y para delimitación del mismo, ofreció una sugestiva exposición del estado doctrinal de la cuestión de la ineficacia del negocio jurídico. Después de poner de relieve las dificultades de la materia, agudizadas en nuestros días por la diversidad y complejidad de los actos jurídicos y el aumento de las reglas imperativas que les son aplicables, expuso en síntesis la teoría que se puede llamar clásica acerca de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa. Recogió luego la crítica de esa teoría a comienzos del siglo xx, exponiendo la doctrina (basada más en la realidad que en los conceptos) de Gaudemet y Japiot, e hizo notar que los autores contemporáneos conservan las líneas de la doctrina clásica, aunque repudiando el dogmatismo, y que existen razones para dudar de la posibilidad de conservar la clasificación bipartita.

Así centrada la materia, el profesor Chevalier esbozó un estudio de la misma a través de dos puntos o momentos principales: la atribución del derecho de perseguir la nulidad y la extinción de tal derecho. En relación con el primero, recordó que, en Derecho francés, la nulidad, absoluta o relativa, debe ser constatada judicialmente. Designar al beneficiario del derecho de perseguir la nulidad es, pues, indicar la o las personas que están calificadas para prevalerse de él por vía de acción o de excepción, pero siempre en justicia. En este sentido —añaló— podría ser de interés el erigir la *inexistencia* como categoría distinta de la *nulidad absoluta*; la inexistencia se separaría por la inutilidad de la declaración judicial. Ahora bien, si la nulidad debe siempre ser declarada judicialmente, no siempre lo es en las mismas condiciones, pudiéndose distinguir según las personas que pueden prevalerse de ella en justicia. A este respecto, Chevalier resumió la doctrina clásica y la moderna, poniendo de relieve la necesidad de abrir camino a una mayor variedad de categorías que la que conocía la doctrina clásica.

En orden al segundo punto —extinción del derecho de perseguir la nulidad—, el ponente expuso el juego del concepto de la *confirmación* en relación con las nulidades, según la doctrina clásica. La confirmación —subrayó— formaba la piedra angular del edificio. Sólo el acto expuesto a una nulidad relativa podía ser confirmado; sólo se cura a los vivos, sólo se confirma lo que realmente ha existido. En la doctrina moderna —apuntó después— la noción de la confirmación se encuentra transformada. La confirmación supone la renuncia a invocar la nulidad, pero no extingue

más derecho que el de aquel de quien ella emane. No se sigue que un acto originariamente nulo no pueda ser ulteriormente convalidado; pero ello es ajeno a la técnica de la confirmación y se reduce a una consolidación que resulta eventualmente de un simple hecho jurídico que permite conciliar la satisfacción de los intereses que el legislador tenía a la vista con la conservación del negocio originariamente irregular. Lo que es cierto de la confirmación —observó, por último— lo es también de la prescripción, aunque no haya entre ellas ningún vínculo lógico.

Abiertos los debates acerca de este tema, intervinieron representantes de todos los Grupos nacionales presentes en las Jornadas, para constatar los puntos de vista de sus respectivos Derechos acerca de la materia. El autor de estas líneas consumió allí un turno en hacer una sucinta exposición sobre el alcance de los términos «inexistencia», «nulidad» y «anulabilidad» en el Código civil español y en nuestra doctrina.

Las sesiones del día 5 tuvieron por objeto el tema *Inexistence, nullité et annullabilité dans la procédure civile et pénale*, en el que desempeñó las funciones de ponente general el Dr. Vittorio Denti, profesor en la Universidad de Pavía. Las sesiones del día 6, finalmente, versaron sobre el tema *Inexistence, nullité et annullabilité en Droit constitutionnel et administratif*, actuando de ponente el también profesor italiano Dr. Severo Ciannini.

El profesor Le Balle, en discursos de apertura y clausura de las Jornadas, dio a conocer algunos proyectos encaminados a una expansión de la Asociación Capitant con la incorporación de nuevos grupos nacionales. Es de desear que tales proyectos, realizándose plenamente, cooperen a dar una vitalidad creciente a esta Asociación, que tanto se esfuerza en promover el contacto entre juristas de los diversos países de un mismo sistema jurídico.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI
y José Luis LLORENTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

EL TIEMPO: DÍAS INHÁBILES: PROVINCIA DE BARCELONA: Véase *infra*, «*Obligaciones y contratos*», 1.

2. Derecho de la persona.

1. LA NACIONALIDAD: EXTRANJEROS: REQUISITOS ESPECIALES PARA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES: Véase *infra*, «*Derechos reales*», 1.

2 REGISTRO CIVIL: ORGANIZACIÓN EN POBLACIONES DE MÁS DE UN JUZGADO MUNICIPAL: *En estas poblaciones el Registro Civil será único, si bien el servicio se distribuirá en tantas oficinas como Juzgados Municipales existan en su respectivo término, señalándose aquéllas con el mismo número del Juzgado a que correspondan* (Justicia, Decreto de 24 de mayo de 1962; B. O. de 1 de junio.)

De conformidad con lo que dispuso el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, mediante el presente Decreto se viene a ordenar la distribución del servicio en las ciudades con más de un Juzgado Municipal. A tal efecto, se sustituye el sistema de turnos que en el reparto de asuntos estableció la Orden de 7 de febrero de 1946 por un sistema centralizado de Registro único, pero distribuyendo el servicio en tantas Oficinas como Juzgados Municipales existan en el respectivo término y determinándose, a su vez, la competencia entre aquéllas por la letra inicial del primer apellido de la persona sujeto de la inscripción que se solicite.

El nuevo sistema se aplicará a los Municipios que determina el Decreto (art. 7.º) y que son como queda dicho, los que tienen más de un Juzgado Municipal, con excepción de Madrid y Barcelona, cuya ordenación se aplaza por los especiales problemas que presentan y a los que alude el Preámbulo de la disposición que anotamos.

3. Derechos reales.

1. ADQUISICIÓN POR EXTRANJEROS DE FINCAS RÚSTICAS SITUADAS EN ZONAS DE INTERÉS MILITAR: *Continuará sujeta, cualquiera que sea la extensión superficial de dichas fincas, al régimen de limitaciones y garantías establecido en*

las leyes de 23 de octubre de 1935 y 12 de mayo de 1960 y Reglamento de 23 de febrero de 1936 (Orden del Ministerio de Justicia de 21 de agosto de 1962; *Boletín Oficial* del 28.)

Las leyes de 1935 y 1960 y Reglamento de 1936 que acaban de citarse establecen un régimen especial de garantías y limitaciones respecto a la adquisición por extranjeros de fincas situadas en zonas estratégicas o de interés militar para la defensa del territorio nacional. El Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 (1) sometió, a su vez, a los requisitos de autorización gubernativa e inscripción constitutiva la adquisición por extranjeros de fincas rústicas sitas en *todo* el territorio nacional, pero limitando aquella exigencia a las fincas que *excedieren de la extensión superficial que señalaba*. La Orden Ministerial que ahora se anota tiene por finalidad aclarar el Decreto-Ley de 1962 en el sentido de que el régimen especial contenido en el grupo de disposiciones citadas en primer lugar continúa en vigor para las fincas situadas en zonas de *interés militar, cualquiera que sea la extensión superficial de aquéllas*.

2. INSCRIPCIÓN DE BIENES QUE APAREZCAN REGISTRADOS A NOMBRE DE PERSONAS INTERPUESTAS: *Se hace extensiva a favor de cualquier persona natural la aplicación de la Ley de 11 de julio de 1941, la de 1 de enero de 1942, el Decreto de 15 de junio del mismo año y demás disposiciones complementarias, ya vivan actualmente, hayan fallecido o desaparecido los interpósitos (Decreto-Ley de 28 de junio de 1962; B. O. de 6 de julio.)*

Las leyes de 1941 y 1942 arbitraron un procedimiento judicial mediante el cual la Iglesia y los Entes públicos podran reivindicar e inscribir a su nombre lo bienes que, para eludir la acción de las disposiciones persecutorias de sus facultades dominicales dictadas por la República, hubieran sido registradas a nombre de personas interpuestas. El presente Decreto-Ley amplía la esfera de aplicación de aquellas leyes a las personas naturales que «en aquellos tiempos de persecución, hubieron de acudir a determinados expedientes defensivos, más o menos incluidos en los llamados negocios fiduciarios» (Preámbulo del actual Decreto-Ley)

3. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: TEXTO REFUNDIDO: Véase *infra*, «OTRAS DISPOSICIONES».

4. Obligaciones y contratos.

1. MORATORIA: PROVINCIA DE BARCELONA: *Además de otros beneficios de diversa índole, se concede moratoria de obligaciones de pago de toda clase y se suspende la ejecución de lanzamientos, con ocasión de las inundaciones recientemente padecidas en determinados Municipios de la provincia de Barcelona (Decreto-Ley de 11 de octubre de 1962; B. O. del 16.)*

Prescindiendo de beneficios de otro carácter concedidos por la disposi-

(1) Anotado en esta misma Sección del ANUARIO, tomo XV, fasc. 2.º.

ción que anotamos (moratoria fiscal, Subsidio de Paro, «adopción» de los Municipios afectados, etc.), interesa destacar en este lugar los siguientes:

1.º *Días inhábiles.*—Se declaran como tales, a toda clase de efectos civiles, notariales, mercantiles, administrativos y judiciales, los días 25 de septiembre al 6 de octubre de este año, ambos inclusive, en los términos municipales o áreas geográficas afectadas por las inundaciones de la provincia de Barcelona (art. 1.º).

2.º *Moratoria.*—Se concede para las obligaciones de pago vencidas o que venzan en el periodo de 25 de septiembre de 1962 a 15 de enero de 1963, ambos inclusive, respecto de los créditos hipotecarios y pignoratícios, cuando los bienes gravados hayan sufrido daños y estén situados en el área geográfica a que alcance el beneficio de la moratoria, y respecto de los demás créditos de toda clase, cuando los deudores poseyeren en aquel área fincas, instalaciones o explotaciones que hubiesen sufrido daños como consecuencia de los temporales. Esta moratoria no será aplicable cuando el deudor sea un establecimiento bancario o de crédito (art. 9.º).

3.º *Suspensión de lanzamientos.*—Se suspenden por un plazo de seis meses, contados desde la fecha de publicación de este Decreto-Ley, los lanzamientos acordados en ejecución de sentencias de desahucio y resolución de contratos de locación de viviendas que se refieran a fincas urbanas enclavadas en los términos municipales de la provincia de Barcelona afectados por las inundaciones (art. 14).

2. MORATORIA: PROVINCIA DE BADAJOZ: *Se concede moratoria de obligaciones de pago de toda clase en las zonas afectadas recientemente por el pedrisco en la provincia de Badajoz* (Decreto-Ley de 8 de noviembre de 1962; *Boletín Oficial* del 9.)

El alcance de la moratoria concedida por esta disposición es análogo al de la establecida para la provincia de Barcelona en el Decreto de 11 de octubre de 1962, antes anotado, con la salvedad de que el periodo a que se extiende es el comprendido entre 22 de septiembre de 1962 y 15 de enero de 1963, ambos inclusive.

3. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PROTEGIDOS: AMPLIACIÓN DE PRÓRROGA FORZOSA: *Se amplía hasta un total de seis años la prórroga forzosa que estableció el artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954 para los arrendamientos rústicos protegidos anteriores a 1 de agosto de 1942* (Decreto-Ley de 28 de junio de 1962; B. O. de 6 de julio.)

Mediante el presente Decreto-Ley se modifica el párrafo 1.º del artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954 (2) que queda redactado en la forma siguiente: «Al finalizar el periodo de prórroga que establece el artículo 1.º, el arrendador podrá optar entre consentir la continuación del arriendo por seis años más, a cuyo término dispondrá libremente de la finca o recabar la entrega de la misma para cultivarla directamente, notificando al colono su propósito en tal sentido con seis meses de antelación como mínimo a la finalización del año agrícola correspondiente y comprometiéndose a llevar en esta

(2) Puede verse en este ANUARIO, tomo VII, fasc. 4.º, pág. 1203

forma su explotación durante el plazo de seis años». Los arrendamientos a que afecta esta prórroga son los «protegidos» (es decir, aquéllos cuya renta anual no exceda de la equivalencia de 40 quintales métricos de trigo, y en que el arrendatario cultive la finca en forma directa y personal) que el artículo 1.º de la Ley de 1954 había prorrogado, a partir de 1.º de octubre del mismo año, por periodos de 6, 7, 8, 9, 10 ó 12 años, según que, respectivamente, la renta actual fuere superior a 30, 25, 20, 10 ó 5 quintales métricos de trigo o inferior a esta cantidad.

4. CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO LEGAL DE «TRABAJADOR»: *Se da nueva redacción al artículo 6.º del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 27 de enero de 1944, incluyendo en el concepto de «trabajadores», a efectos de dicha Ley, a las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios con arreglo a las instrucciones de los mismos (Ley de 21 de julio de 1962; Boletín Oficial del 23.)*

El artículo 6.º del Texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 27 de enero de 1944 estableció el concepto de «trabajador», a los efectos de la legislación laboral. La ley que ahora anotamos da nueva redacción a aquel precepto, debiendo destacarse dos innovaciones de interés:

1.ª Se mejora la terminología del texto originario, agregando a los trabajadores comprendidos en el artículo la denominación de «por cuenta ajena», distinguiéndose así de los que trabajan sin sujeción a un contrato que les ligue en la clásica relación laboral.

2.ª Se incluyen en el concepto de trabajadores «aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad, las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios con arreglo a las instrucciones de los mismos, siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligadas a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación. Su situación laboral será regulada específicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe del de Comercio y oída la Organización Sindical» (párrafo 2.º del art. 6.º reformado)

5. CONTRATO DE TRABAJO: TRABAJADORES QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES DE COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS POR CUENTA AJENA: *Se regula la situación laboral de estos trabajadores, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley de Contrato de Trabajo, según la nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1962 (Decreto de 20 de septiembre de 1962; B. O. de 5 de octubre.)*

Una nota destacada del peculiar régimen laboral aplicable a estos trabajadores es que en caso de despido declarado improcedente, la sentencia impondrá al empresario únicamente el pago de una indemnización, que fijará el Magistrado de Trabajo a su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda ser inferior a dos meses ni superior a un año del importe de los ingresos

percibidos por el despido, computado según el promedio anual obtenido durante los dos años anteriores al despido (arts. 1.º y 2.º del Decreto) (3).

II. DERECHO MERCANTIL

1. ORDENACIÓN BANCARIA: BANCA OFICIAL: BANCO DE ESPAÑA: *Se nacionaliza y reorganiza* (Decreto-Ley de 7 de junio de 1962; B. O. del 13.)

La nacionalización y reorganización del Banco de España, que mediante el presente Decreto-Ley se realiza, constituía uno de los puntos esenciales previstos en la Ley de Bases para la Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962 (4). El contenido de la disposición que ahora se anota comprende, fundamentalmente, tres aspectos: a) Naturaleza y régimen jurídico del Banco de España; b) Enumeración y facultades de sus órganos de Gobierno (Gobernador, Consejo ejecutivo y Consejo General), y c) Funciones y operaciones del Banco (Asesoría y ejecución de la política monetaria y de crédito del Gobierno; Servicio Central de Información de Riesgos; Inspección y control de la Banca privada; emisión de billetes de curso legal; Servicio de Tesorería del Estado, etc.).

2. BANCA OFICIAL: INSTITUTO DE CRÉDITO A MEDIO Y LARGO PLAZO: *Se crea en cumplimiento de lo dispuesto en la base 3.ª de la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca* (Decreto-Ley de 7 de junio de 1962; B. O. del 13.)

3. BANCA OFICIAL: BANCO DE CRÉDITO INDUSTRIAL: *Se nacionaliza y organiza, en cumplimiento de lo dispuesto en la base 4.ª de la Ley de Bases para la Ordenación del Crédito y la Banca* (Decreto-Ley de 19 de julio de 1962; Boletín Oficial del 20 (5)).

4. BANCA OFICIAL: BANCO DE CRÉDITO AGRÍCOLA: *Se crea y organiza, como continuador del hasta ahora «Servicio Nacional del Crédito Agrícola»* (Decreto-Ley de 20 de julio de 1962; B. O. del 24) (6).

5. BANCA OFICIAL: BANCO DE CRÉDITO LOCAL: *Se nacionaliza y organiza, en cumplimiento de lo dispuesto en la base 4.ª de la Ley de Bases para la Ordenación del Crédito y la Banca* (Decreto-Ley de 20 de julio de 1962; Boletín Oficial del 24) (7).

6. BANCA OFICIAL: BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA: *Se nacionaliza y organiza en cumplimiento de lo dispuesto en la base 4.ª de la Ley de Bases para*

(3) Diferencia principal con el régimen laboral común: Desaparece la posibilidad de que el trabajador opte por la readmisión, en lugar de la indemnización (comp. art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo y 99 del Texto Refundido del Procedimiento Laboral de 4 de julio de 1958).

(4) Puede verse anotada en esta misma Sección del ANUARIO, tomo XV, fasc. II.

(5) Dependerá del Ministerio de Hacienda a través del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo.

(6) Idem, id.

(7) Idem, id.

la Ordenación del Crédito y la Banca (Decreto-Ley de 20 de julio de 1962; *Boletín Oficial* del 24) (8).

7. BANCA OFICIAL: BANCO DE CRÉDITO A LA CONSTRUCCIÓN: *Se crea y organiza como continuador del hasta ahora «Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional»* (Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1962; B. O. del 30) (9).

8. BANCA PRIVADA: BANCOS INDUSTRIALES Y DE NEGOCIOS: *Se promulga, en cumplimiento de lo establecido en la base 6.ª de la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca, el Estatuto legal de los Bancos industriales y de negocios, facultándose al Ministro de Hacienda para autorizar la creación de nuevas Entidades de esta índole* (Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1962; *Boletín Oficial* del 30.)

III. DERECHO PROCESAL

1. PERSONAL JUDICIAL: JUECES MUNICIPALES, COMARCALES Y DE PAZ: *Se modifican determinados artículos de su Decreto Orgánico de 24 de febrero de 1956* (Decreto de 11 de octubre de 1962; B. O. del 13.)

2. FISCALES MUNICIPALES, COMARCALES Y DE PAZ: *Se modifican determinados artículos de su Decreto Orgánico de 13 de enero de 1956* (Decreto de 11 de octubre de 1962; B. O. del 13.)

3. PROCESO LABORAL: PROCESO ESPECIAL PARA LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO: *Se regulan los procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo, incluyendo las bases de un proceso especial al efecto, del que conocerán las Magistraturas de Trabajo* (Decreto de 20 de septiembre de 1962; B. O. del 24).

Aparte de otros aspectos de interés (conciliación sindical; arbitraje de la Autoridad laboral que aprobó el correspondiente Convenio colectivo; remisión de las actuaciones a la Autoridad gubernativa en los supuestos en los que «la situación de conflicto carezca de fundamento laboral que directamente afecte a quienes son parte en el mismo, o cuando se produzca con inobservancia de los procedimientos previstos por el presente Decreto», etc.), deben destacarse en este lugar dos extremos fundamentales:

A) *Competencia de la Jurisdicción del Trabajo.*—Se amplía la que define el artículo 1.º del Texto Refundido del Procedimiento Laboral de 4 de julio de 1958, al extenderla al conocimiento, resolución y ejecución de sus decisiones en los conflictos colectivos de trabajo (art. 1.º, párrafo 1.º del presente Decreto).

B) *Proceso especial para la resolución de los conflictos colectivos de trabajo.*—Se sientan las bases de dicho proceso, del que conocerán las Magis-

(8) Idem, id.

(9) Idem, id.

traturas de Trabajo, siendo de subrayar las siguientes notas: a) Preferencia en el despacho de estos asuntos sobre cualesquiera otros; b) Iniciación de oficio en todo caso, mediante comunicación de la Delegación del Trabajo a la Magistratura; c) Previo intento sindical de conciliación; d) Posibilidad de designar representantes procesales únicos, por medio de la Organización Sindical; e) Sumariedad del procedimiento, con audiencia oral de ambas partes; f) Ejecutoriedad de las decisiones de la Magistratura desde el momento en que se dicten, no obstante los recursos que contra las mismas pudieran interponerse; g) Recurso de alzada ante una Sala especial del Tribunal Central del Trabajo, cuyo fallo será irrecurrible (art. 1.º, apartado 2) del Decreto).

4. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONSTITUCIÓN DE LAS SALAS DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES: *Con carácter excepcional el Gobierno podrá disponer que dichas Salas se integren por el Presidente y el Magistrado más moderno de la Sala de lo Civil de la respectiva Audiencia y el Magistrado procedente de oposición, el cual, dada su adscripción permanente a la jurisdicción contencioso-administrativa, despachará el mayor número de ponencias* (Decreto-Ley de 7 de junio de 1962; B. O. del 15.)

El artículo 21 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, partiendo del principio de la especialización del personal adscrito a la Jurisdicción contencioso-administrativa, fijó la específica composición de las Sala de dicha Jurisdicción en las Audiencias Territoriales en términos que el presente Decreto-Ley viene a alterar, si bien con carácter excepcional —para las Audiencias «en que resulte aconsejable por el reducido número de asuntos contencioso-administrativo que en su territorio se tramiten»— y sin perjuicio de que dicha constitución excepcional cese, cuando «en contemplación de las necesidades del servicio se restablezcan por Decreto la plena aplicación a dichas Salas de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley expresada» (art. 1.º del Decreto-Ley que se anota).

5. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CREACIÓN DE SALAS EN AUDIENCIAS TERRITORIALES: *Se crea una Sala en cada una de las Audiencias Territoriales de Albacete, Cáceres, Granada, Las Palmas, Oviedo, Palma de Mallorca, Pamplona, Valladolid y Zaragoza, integradas por un Presidente y dos Magistrados* (Decreto de 5 de julio de 1962; B. O. del 13.)

Se dicta el presente Decreto en cumplimiento de lo ordenado en la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y complementando al de 7 de septiembre de 1962, que creó las Salas de lo Contencioso-Administrativo que indicaba en las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, La Coruña, Sevilla, Valencia y Burgos.

6 JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: FUNCIONAMIENTO DE LAS SALAS DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES: *Las Salas de lo Contencioso-Administrativo creadas por Decreto de 5 de julio de 1962 en las Audiencias Territoriales que el mismo determina quedarán constituidas y comenzarán a funcionar el día 5 de noviembre de 1962, en cuya fecha se declaran suprimidos los res-*

pectivos Tribunales provinciales (Orden del Ministerio de Justicia de 18 de octubre de 1962; B. O. del 23.)

7. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: TRIBUNALES PROVINCIALES: REGIMEN TRANSITORIO: *Como excepción a lo establecido en la Orden de 18 de octubre de 1962, los Tribunales provinciales de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, Murcia y Santa Cruz de Tenerife continuarán su actuación a los solos efectos de que se decidan por ellos los procesos pendientes en las respectivas provincias* (Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre de 1962; B. O. del 10.)

IV. OTRAS DISPOSICIONES

1. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: TEXTO REFUNDIDO: *Se aprueba, bajo la denominación «Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido» un cuerpo en que se contienen, refundidas y coordinadas, las disposiciones vigentes con rango de Ley sobre la materia* (Decreto de 8 de noviembre de 1962; Boletín Oficial del 16.)

Se publica el presente texto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de 14 de abril de 1962 (10), refundiendo, además de otros preceptos legales de menor significación, los de aquella Ley con los del anterior texto refundido de 10 de agosto de 1955 (11) y los del Decreto-Ley de 25 de febrero de 1960, no modificados por la primera de las citadas leyes.

2. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: MORA DEL CONTRATISTA: *Se regulan la imposición de penalidades especiales y los procedimientos liquidatorios en los casos de rescisión de contratos de obras públicas por demora imputable al contratista* (Hacienda. Decreto de 12 de julio de 1962; B. O. del 20.)

El presente Decreto viene a derogar el artículo 55 del Pliego General de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas de 13 de marzo de 1903, que constituía la norma vigente en la materia.

3. ENTIDADES ESTATALES AUTÓNOMAS: *Se aprueba la clasificación de las mismas.* (Decreto de 14 de junio de 1962; B. O. del 19.)

La Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (12) ordenó en sus disposiciones transitorias se efectuase una clasificación de todas las Entidades existentes a que aquella Ley alcanzaba. A tal efecto se nombró una Comisión, a cuya labor da cima el presente Decreto de aprobación, debiendo destacarse el elevado número de Entidades clasificadas (más de mil que, por fusión entre muchas de ellas y supresión de otras, quedan reducidas a trescientas cincuenta y dos).

4. INSTITUTO DE CRÉDITO DE LAS CAJAS DE AHORRO: *Se reorganiza y definen sus funciones de conformidad con lo dispuesto en la base 5.ª de la Ley de*

(10) Anotada en esta misma Sección del A. D. C., tomo XIV, fasc. 2.º

(11) Vid. en este ANUARIO, tomo VIII, fasc. 4.º, pág. 1302.

(12) Puede verse anotada en este ANUARIO, tomo XII, fasc. 1.º, pág. 284.

Bases para la Ordenación del Crédito y la Banca (Decreto-Ley de 7 de junio de 1962; B. O. del 13.)

Véase en esta misma Sección: «II. DERECHO MERCANTIL». «ORDENACIÓN BANCARIA...».

5. PLAN NACIONAL DE LA VIVIENDA: *Se aprueba el Plan Nacional de la Vivienda para el período 1961-1976* (Aprobado en reunión del Consejo de Ministros de 20 de octubre de 1961 y publicado en el Suplemento del B. O. de 3 de julio de (1962) (13).

6. RED NACIONAL DE LOS FERROCARRILES ESPAÑOLES: *Se da nuevo regulación a su organización y funcionamiento* (Decreto-Ley de 19 de julio de 1962; B. O. del 20).

(13) Para dar idea de la amplitud de este Plan basta indicar que el total de viviendas programadas en el mismo asciende a 3.713.900, y el total de recursos financieros necesarios para su desarrollo a 580.317.242.818 pesetas.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ATTI DEL IV CONGRESSO NAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO:

«La norma Giuridica, Diritto pubblico e diritto privato», Società italiana di Filosofia del Diritto. Milano, Giuffrè, 1960; 391 págs.

La prestigiosa Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho, que preside el ilustre filósofo Profesor Giorgio Del Vecchio, celebró en Pavia su IV Congreso Nacional durante los días 10 al 13 de octubre de 1959, reuniéndose en el presente volumen las comunicaciones presentadas al mismo. Los temas discutidos fueron dos: la norma jurídica, y Derecho público-Derecho privado, ambos del mayor interés para el iusprivatista.

Objeto de la máxima atención fue el primero de los temas indicados, pues se presentaron 33 estudios sobre el mismo, diversos por su calidad y extensión. Nos parecen destacables los siguientes: Bagolini, *Norma negoziale e paradigma normativo*; Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*; W. Cesarini Sforza, *Norma giuridica e struttura giuridica*; Leoni, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*; Giuseppina Nirchio, *Il diritto vivente*; Pizzorni, *Limiti e compiti del diritto positivo secondo S. Tommaso*. Dada la diversa orientación doctrinal de sus autores, ya se comprende que los trabajos aquí reunidos corresponden a muy dispares escuelas filosófico-jurídicas, desde el jusnaturalismo escolástico hasta el formalismo, pasando por el sociologismo jurídico.

La distinción entre el Derecho público y el privado ha merecido una menor atención. Entre los seis trabajos presentados merecen destacarse los siguientes: Cerroni, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*; De Crescenzo, *Diritto pubblico e diritto privato nel pensiero di Guido Calogero*; Lumia, *Diritto pubblico e diritto privato nel pensiero di Kant*.

En resumen: un volumen que el civilista consultará con provecho.

Gabriel GARCÍA CANTERO

BROSETA PONT, Manuel: «Código de comercio con notas, una selección de jurisprudencia y Leyes complementarias». Editorial Aguilar. Madrid, 1960.

Junto a la labor trascendental de someter a revisión y, en su caso, sustituir nuestros viejos Códigos, figura la labor, más sencilla pero también importante, de poner al día estos Códigos en ediciones cuidadas que recojan sus posteriores amputaciones y modificaciones. Por su misma trascendencia

y complejidad, la primera sólo con gran cautela debe ser emprendida. La ejecución de la segunda no admite, en cambio, excusa ni demora porque quienes estudian y aplican el Derecho vigente necesitan consultar ediciones de fácil manejo que de manera segura les guíen en la búsqueda de los preceptos pertinentes. Y en el ámbito mercantil sucedía que muchas de las ediciones manuales del Código de comercio inducían a confusión al lector dado que, por ejemplo —y éste es bastante significativo—, reproducían como si estuviesen vigentes los artículos 151 y siguientes, limitándose a advertir en una nota que de la sociedad anónima «se ocupa» la Ley de 17 de julio de 1951. Era por esto, urgente la tarea de hacer una edición manual del Código de comercio que realmente constituyese una puesta al día de la primera Ley mercantil española. Puleramente presentada por la Editorial Aguilar, esta edición ha sido realizada de manera cumplida por Manuel Broseta Pont, quien por este motivo debe ser calurosamente felicitado.

En la presente edición se incluye, además del Código de comercio, el texto íntegro de la Ley de suspensión de pagos, de la Ley de sociedades anónimas y de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (estas últimas con sus disposiciones complementarias). Los preceptos del Código y de las Leyes especiales se reproducen limpiamente. El lector apenas encuentran erratas, lo cual es muy encomiable porque si las erratas son siempre perturbadoras, en un texto legal estas perturbaciones pueden tener graves consecuencias. Las remisiones al propio Código de comercio, al Código civil y a las Leyes especiales abundan mucho a lo largo de la obra. Cuando un artículo del Código de comercio ha sido nuevamente redactado, se indica expresamente la Ley de la que procede la nueva redacción. También se señala —cosa no muy frecuente, como antes se dijo— cuáles de los artículos del Código de comercio dedicados a la sociedad anónima están hoy derogados. Son frecuentes asimismo las notas al pie de artículo, en las que Broseta Pont o bien aclara los conceptos y términos legales más complejos, dando a veces noticia de las opiniones de la doctrina (por ejemplo autoentrada del comisionista: artículo 268, carácter mercantil de la reventa: artículo 325), o bien expone en apretada síntesis el régimen legal complementario de las instituciones reguladas en el Código de comercio. Finalmente, en caracteres tipográficos distintos de los empleados en estas notas aclaratorias se recoge una selección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los artículos del Código de comercio y de las Leyes especiales.

Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA.

DEL CAMPO URBANO, Salustiano: «La Sociología Científica Moderna», Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962; 330 págs.

El libro que acaba de editar el catedrático de Sociología de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Barcelona ofrece una lograda visión de la sociedad sobre unas bases que aún no habían sido tratadas, al menos sistemáticamente, en la bibliografía española. «La Sociología Científica

Moderna» tiene, como mérito inicial, el de constituir el primer paso que se da en nuestro país, con base firme y dimensión panorámica, en uno de los aspectos fundamentales del conocimiento del hombre. Otro gran mérito del libro es la opulenta información objetiva y crítica que nos depara Salustiano del Campo en un trabajo tan sinóptico, pero al mismo tiempo tan exacto y pormenorizado, que es fruto de la notable aptitud de su autor para «repensar» las especulaciones ajenas y seleccionar las citas más certeras con una gran probidad expositiva y un constructivo sentido crítico que ponen de manifiesto una bien contrastada capacidad al servicio de una fervorosa vocación. Y si el Derecho es, ante todo, un orden de relaciones sociales que se integra en la Sociedad —objeto de la Sociología—, el estudio de los fundamentos de éste a través de un libro como el que nos ocupa, cobra un interés extraordinario para todo jurista.

La primera parte del libro —Ciencia y Sociedad— nos ofrece la descripción de la realidad social moderna, tal como se ha fraguado desde el Renacimiento, mostrando cómo el crecimiento demográfico, los procesos de urbanización, industrialización, tecnológico, burocrático, etc., han conducido a una sociedad masificada que, por sus características peculiares, no tiene parangón en la historia de la humanidad. También la Ciencia —variable que depende de la misma sociedad— ha sufrido, desde la Revolución industrial, una mutación en sus fundamentos metafísicos, que han llevado a la divinización de la técnica en la Era espacial en que vivimos. Remarquemos los peligros que implica una consideración exclusivamente técnica de la sociedad y de la naturaleza, pues con frecuencia se olvida que por encima de la técnica deben colocarse los valores humanos, y que, prescindir de éstos en una sociedad tecnificada como la nuestra, conduciría necesariamente a la monstruosa tiranía de las máquinas, mucho peor que la de los hombres. La tecnocracia, sin la concurrencia de lo que Platón llamó el «arte de hacer mejores a los hombres», es la puerta del más irracional de los despotismos.

La génesis de la Ciencia de la Sociedad es objeto de la segunda parte del libro que comentamos, y se estudia bajo el gráfico epígrafe «De la Física Social y la Sociología», con amplias referencias a los orígenes —siglos XVII y XVIII—, al sistema de Augusto Comte, que es cuidadosamente estudiado, y al desarrollo posterior hasta el momento presente, que se caracteriza por el enfrentamiento de dos escuelas dominantes, la americana y la soviética.

La parte central del libro aborda el estudio del objeto o contenido de la Sociología, a la que considera como «ciencia de la sociedad, entendida ésta como un tipo específico de sistema social: aquel que no subsistema de ningún otro sistema de interacción. En su sentido más profundo, es ciencia del hombre. Es una ciencia del hombre. No la ciencia del hombre. Su unidad de estudio más simple es el grupo. Se ocupa del hombre en la medida en que éste participa como miembro en sistemas concretos de interacción» (página 216). Pero es preciso subrayar —y con ello se resuelve la dicotomía nominalismo-realismo— que la sociedad como un todo tiene una existencia real (aunque su realidad no se presente de modo inmediato), pues si sólo existiesen sociedades o grupos concretos, «¿a cuál o cuáles de estos grupos —si es que a alguno— revertiría el poder político en el caso de la deposición justificada

del titular del poder? Piénsese también por un momento en el supuesto, bastante real por lo demás, de que la ordenación política de los grupos sea arbitraria o injusta. O ... en que sean precisamente algunos de estos grupos los determinantes del orden imperativo de la convivencia» (pág. 128).

El contenido de esta parte crucial del libro se centra en el estudio de la sociedad desde un punto de vista estructural-funcional (recogiendo las aportaciones básicas de Parsons y Merton), con amplia referencia a los conceptos básicos del mismo (función, estructura, requisitos estructurales y funcionales, institucionalización) y considerando críticamente las dificultades que ofrecen las alternativas que se le oponen. Con esta base se abordan los requisitos de la sociedad mostrando el estado actual de la cuestión, y se delimitan empíricamente los campos fundamentales de la Sociología, a saber: Organización social; Psicología social; Cambio social y reorganización social; Ecología humana; Población, y Teoría y Método. El capítulo se cierra con una referencia a las relaciones entre la Sociología y las ciencias fronterizas.

La última parte del libro está destinada al estudio del método sociológico. Después de unas atinadas consideraciones históricas —en las que se destacan las aportaciones de Balmes— se superan las dicotomías método científico frente a comprensión y técnicas estadísticas frente a estudio de casos, considerando que no implican una oposición de métodos (principios de procedimiento) sino una controversia de técnicas (modos concretos de acceso a la realidad) que no se excluyen necesariamente.

Muy interesante resulta el estudio de los tipos de investigación sociológica —precedido de la consideración del modelo ideal— y finalmente la aleccionadora consideración de la Sociología como Ciencia que, lejos de ser indiferente a los valores, incluye a éstos como objeto fundamental de su estudio, por hallarse implícitos en la naturaleza humana y condicionar o motivar su comportamiento.

En resumen, el libro de Salustiano del Campo es uno de los que mejor pueden enseñar, a la altura de nuestro tiempo, el modo de alzar la vista sobre lo que tenemos inmediatamente delante de los ojos, evitando la visión estrábica que la excesiva proximidad provoca.

JORGE XIFRA HERAS

GISBERT CALABUIG, Fernando: «Doctrina de suplicación» (La Doctrina de todas las Audiencias Territoriales en materia arrendaticia urbana 1956-1962). Ediciones Santillana, 1962.

Constituye la obra de GISBERT CALABUIG una utilísima recopilación ordenada de la doctrina jurisprudencial de las Audiencias en materia de Arrendamientos Urbanos que, aparte de su interés sistemático y técnico, da una muy acertada idea de cuál ha sido, en la vida real, el criterio sustentado por las Audiencias Territoriales, criterio que constituye un elemento de primer orden en cualquier tarea que se emprenda. Por último, e insistiendo sobre la utilidad práctica de

la obra comentada, hemos de hacer una especial mención a los índices alfabético y analítico, que se incluyen al final del libro y que facilitan en gran manera su manejo.

RAFAEL RUIZ-GALLARDÓN
Notario

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La prelación de créditos en el Código civil». Barcelona. Librería Bosch, año 1962; 165 págs.

Los estudios jurídicos seriamente trabajados, como el buen vino, maduran con el tiempo. Aquel estudio que hace cuatro años publicó en este Anuario Antonio Gullón («El crédito privilegiado en el Código civil», en ADC, 1958, páginas 435-484) se ha convertido andando el tiempo en un libro madurado, el tercero ya de este laborioso y concienzudo civilista que, además, cuenta en su haber con una media docena de artículos de revista y un cuarto libro sobre el contrato de transacción, aún inédito. ¡Magnífico bagaje para acreditar la «hechura» de un jurista.

Estamos, por tanto, ante una obra de madurez —justo es reconocerlo. Un detalle me parece bien significativo: en 1958 Gullón exponía la naturaleza jurídica del privilegio antes del estudio pormenorizado de los privilegios especiales y generales; ahora, convencido de que la llamada «naturaleza jurídica» no es un «prius», sino un «posterius», la coloca al final del libro, como colofón.

Comienza el autor trazando la diferencia que hay entre prelación y privilegio, los caracteres de éste, su clasificación, ejercicio, transmisión, extensión y extinción, así como su deslinde respecto del derecho de retención.

El capítulo II está dedicado al análisis de los privilegios mobiliarios especiales (art. 1.922 C. c.). Cada uno de los números de este precepto es estudiado minuciosamente en sus antecedentes históricos, fundamento jurídico y problemática. Con relación al número 7.º, hemos de destacar la agudísima utilización del art. 1.603 en relación con los arts. 1.407 y 1.447 de la L. E. C. para razonar que el privilegio del arrendador está fundado en un prenda tácita o legal. El capítulo termina con el examen del derecho de persecución de los bienes muebles afectos a un privilegio especial. A la luz de los precedentes históricos, acertadamente manejados, Gullón defiende que ese derecho de persecución no se extiende a los demás privilegios mobiliarios especiales fuera del supuesto del arrendamiento.

En el capítulo III se examinan los privilegios especiales inmobiliarios (artículo 1.923 C. c.), siendo también estudiados con todo detalle cada uno de los números del citado artículo, en sus antecedentes históricos, fundamentación jurídica y problemática. Al final se analiza la preferencia del acreedor en la anticresis (que el autor resuelve en sentido afirmativo, incluyéndola en el número 3.º del art. 1.923 por tratarse de un derecho de realización de valor recauyente, como la hipoteca sobre un inmueble), así como la prefe-

rencia establecida por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (artículo 9, núm. 5.º). A juicio de Gullón, este privilegio tiene como característica esencial la de que es preferente a cualquier otro, por lo que al artículo 1.923 C. c. queda profundamente afectado. Además, la nueva ley ha creado «un auténtico derecho real de garantía inmobiliario» (extraña hipoteca tácita o legal, contraria a los principios capitales de nuestro sistema hipotecario).

Los privilegios generales (art. 1.924 C. c.) son cuidadosamente analizados (antecedentes históricos, fundamento jurídico y problemática) en el capítulo IV, así como el beneficio de separación de patrimonio, entendiéndose Gullón que salvo el supuesto de juicio de testamentaria o *ab intestato*, no hay posibilidad de separación de patrimonios cuando la herencia se acepta pura y simplemente. Es digno de tener en cuenta el primoroso estudio histórico de la *separatio bonorum* en el Derecho romano e intermedio.

Tras de exponer la colisión de privilegios en el Código civil (capítulo V), Gullón aborda con perfecto conocimiento de causa el problema de la naturaleza jurídica del privilegio. A su modo de ver, el privilegio *per se* es una mera *calidad accesoria* del crédito que se manifiesta en el momento de la ejecución (prelación o preferencia para el cobro, establecida *ex lege*, en atención a la casa del crédito). Falta en todos los casos la sustantividad del derecho de preferencia o prelación. El privilegio no es, pues, un derecho subjetivo, ni personal ni real. El derecho de persecución, cuando existe, nace del derecho real de garantía básico.

He aquí, sumariamente expuesto, el contenido de este nuevo libro de Antonio Gullón. Su aportación más importante consiste en haber desentrañado la oscura problemática de los privilegios crediticios, valiéndose de los precedentes históricos y de los datos del Derecho positivo. En el ágil dominio de éste y en la certera utilización del Derecho romano, del Derecho histórico castellano, del Derecho consuetudinario francés — muy especialmente, del *Code Napoléon* y del Proyecto isabelino de 1851, radica el feliz éxito de su ambicioso empeño.

En pocas palabras, el libro que reseñamos es importante no sólo por sus conclusiones, sino además y, sobre todo, por su *modus operandi*, del que cabe esperar otros sazonados frutos como éste.

JUAN B. JORDANO BAREA

LAZZARA, Carmelo: «Il contratto di locazione (Profili dommatici)». Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Milano, Giuffrè, 1961; VIII-260 págs.

La doctrina española, siguiendo en su mayoría la concepción clásica acerca de la naturaleza personal del derecho del arrendatario, ha consagrado la mayor parte de sus esfuerzos a determinar la naturaleza jurídica del arrendamiento inscrito, y más recientemente la del arrendamiento regulado en la legislación especial. Nos parece, sin embargo, que no se ha profundizado debidamente acerca de la posición jurídica del arrendatario

—en especial, del de bienes inmuebles fructíferos— tal como aparece regulada por las normas del Código civil. Decir por ejemplo, como la sentencia de 18 de marzo de 1958 (recogida por CASTÁN, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Madrid 1962, pág. 279 s.), que el arrendatario precisa de la actuación del arrendador para hacer efectivo su derecho, puede no explicar suficientemente el ámbito del poder otorgado a aquél por la Ley y especialmente extrínsecado en el derecho a hacer suyos los frutos de la finca arrendada.

Creemos, por ello, que monografías como la presente —si bien proyectadas sobre una realidad normativa no totalmente coincidente con la española (cfr. por ej., art. 1.571 Cc. esp. y 1.599 Cc. ital. 1942)— pueden acaso servir de estímulo para replantear la indicada problemática.

Digamos de antemano que la tesis de Lazzara es más bien minoritaria dentro de la doctrina italiana actual, y se enlaza con la doctrina de Giorgianni acerca de los derechos de goce. Distingue Lazzara los negocios de efectos obligatorios y los de efectos inmediatos, e incluye al arrendamiento entre estos últimos; para este autor el arrendamiento es un contrato consensual de efectos inmediatos que atribuye un poder de goce sobre la cosa sin requerir el concurso constante del arrendador para mantener en aquél al arrendatario durante toda la duración del contrato; la calificación de contrato «a efectos inmediatos», no prejuzga —advierte Lazzara— su configuración como derecho real. De esta forma se enfrenta el autor con la doctrina tradicional que construye la posición del arrendatario a través de una obligación positiva o negativa a cargo del arrendador. Con base en el artículo 1.615 (que no tiene paralelo en nuestro Código, aunque su contenido se presupone en los arts. 1.575, 1.576, 1.578, etc.), reconoce al arrendatario la titularidad de un derecho de goce sobre todas las utilidades de la cosa mientras dure el contrato de arrendamiento, en tanto que el arrendador durante ese tiempo carece de un poder directo sobre la cosa.

En sucesivos capítulos analiza Lazzara las normas del derecho italiano en materia de la constitución del derecho de arrendamiento, de la naturaleza del derecho del arrendatario dentro de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, y el poder dispositivo del mismo. En el capítulo final, a modo de resumen, trata del perfil funcional del contrato de arrendamiento.

Gabriel GARCÍA CANTERO

MAKAROV, Alexander N.: «Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht, Zweite, neubearbeitete Auflage». Kohlhammer Verlag. Stuttgart, 1962. XVI. 436 págs.

Considerar la nacionalidad desde el punto de vista del Derecho comparado es una tarea necesaria, pero muy difícil de realizar. Requiere una cantidad enorme de material, leyes, sentencias, libros de las más diversas ramas del Derecho, de todas aquellas a las que afecta la nacionalidad y

exige buen criterio para destacar lo más importante de entre esa masa inmensa y heteróclita, y, sobre todo agudo sentido jurídico para construir una doctrina general.

La publicación de «Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts» en 1947, vino a demostrar que tales dificultades y obstáculos podían ser superados, incluso en el difícil instante histórico en que fue editado. La obra del profesor Makarov pudo ser saludada en el momento de su publicación como la más completa contribución hasta entonces hecha al estudio de la nacionalidad, imprescindible para los que se ocupan de su dogmática y muy útil para los juristas prácticos. El paso de los años ha venido a corroborar este juicio, y hasta ha hecho que se le pueda añadir el calificativo de obra de valor único en la bibliografía sobre la materia.

Agotada la primera edición de la obra desde hace años, hay que agradecer mucho esta segunda edición. En ella se mantiene inalterada su antigua estructura (1); pero, en su forma externa y en su contenido, se advierten importantes cambios. En contraste con la modesta apariencia, propia de «la dureza del tiempo», de la edición de 1947, aparece ahora bien encuadernada, en excelente papel y con elegante impresión. También y es lo que más importa al estudioso, el autor ha podido colmar las lagunas de que antes éste se quejara (en especial, no haber podido consultar debidamente la literatura jurídica angloamericana), y poner la obra al día; lo que se ha hecho de tal modo, que puede decirse que el libro ha sido sometido a una total y completa revisión (2).

La dificultad que la figura de la doble nacionalidad del mundo hispanoamericano ofrece para ser comprendida por los juristas que le son ajenos, explica quizás que el autor parezca minimizar el significado de los tratados sobre doble nacionalidad, concertados por España con Chile, Perú y Paraguay; reducirlo al de un mero reconocimiento de la competencia de la «lex fori» (3).

El libro reseñado es una aportación ejemplar al Derecho comparado; pero también y además, tiene gran interés para quienes se ocupan de la dogmática jurídica. En esta nota, como dedicada a la segunda edición, no parece ya oportuno recoger y discutir el concepto de nacionalidad aceptado por el profesor Makarov; ni siquiera lo sería exponer sus observacio-

(1) Contiene, después de una Introducción, las siguientes partes: I. Concepto de la nacionalidad y casos de su conformación jurídica.—II. Fuentes del Derecho de nacionalidad (regulación interna, en donde se estudia especialmente los límites impuestos por el Derecho internacional y la regulación legal interna; regulación por tratados, bilaterales y colectivos).—III. Naturaleza del Derecho de nacionalidad.—IV. Sobre la determinación del Derecho aplicable a la nacionalidad.—V. Aplicación del Derecho de nacionalidad (presupuestos de la aplicación, las normas jurídicas extranjeras aplicables, inaplicación de Derecho extranjero por motivos de orden público, interpretación del Derecho de nacionalidad aplicable, cuestiones previas del Derecho de nacionalidad).—VI. Colisión de los Derechos de nacionalidad, positiva y negativa (nacionalidad plural y apatridia).—VII. Pruebas de la nacionalidad. Está completada con cuatro índices: de materias, tratados, leyes y sentencias.

(2) La edición de 1947 constaba de 397 páginas.

(3) Págs. 131-132. Después han concertado tratados Guatemala, Bolivia y Nicaragua con España, sobre doble nacionalidad.

nes sobre los trabajos más recientes de Weis, Panhuys y Wengler o respecto a la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*, pues ello llevaría a contrastar estas teorías, y con ello, necesariamente a repetir o insistir sobre lo ya tratado en otro lugar (4), y salir en todo caso del campo propio de esta sección del ANUARIO.

Merece, sin embargo, señalarse una observación del profesor Makarov frente a las concepciones nominalistas en exceso. Dice: «Además, no se puede identificar el concepto de una institución jurídica con su regulación concreta en cada uno de los Estados, como lo hace Weis respecto a la nacionalidad interna estatal. Hay, también, por ejemplo, un concepto común del matrimonio occidental, aunque las disposiciones sobre Derecho matrimonial sean grandemente diversas en cada Estado. Se puede, pues, partir también de un concepto de nacionalidad interno estatal» (5). Afirmación exacta, que advierte del peligro de unas teorías que harían difícil o imposible el estudio del Derecho comparado y la buena aplicación del Derecho Internacional privado.

F. de C.

PELLISIER, Jean: «Les obligations alimentaires». Bibliothèque de Droit Privé, tome XXVIII. Paris, 1961; 494 págs.

Tiene razón el autor cuando escribe que «l'obligation alimentaire est tout à la fois une de nos institutions les plus connues et les plus ignorées». En cuanto al Derecho español se refiere, se trata de un tema que ha sido muy parcamente tratado por la doctrina (cfr. recientemente el estudio del profesor Pablo Beltrán de Heredia sobre la deuda alimenticia entre parientes).

La originalidad del presente trabajo consiste en el ensayo realizado de asimilar la deuda de alimentos del Código civil a las prestaciones de Seguridad Social —en Francia, ampliamente desarrolladas— que ofrecen características análogas; se lleva así, a sus últimas consecuencias, la orientación iniciada por Rouast en los Estudios ofrecidos a Ripert, y que luego continuaron otros autores. Pellisier se ve así conducido a profundizar en la noción de «*personne à charge*», básica en la legislación de seguridad social, y cuyas analogías y diferencias con la figura del acreedor de alimentos hace objeto de un detenido estudio.

Sostiene el autor el carácter alimenticio de las prestaciones sociales. Las obligaciones alimenticias legales de los artículos 205 y siguientes del Código civil son el tipo más importante, pero no el único, de obligaciones alimenticias. Hay multiplicidad de obligaciones de esta clase. Y aun llega a sostener que «todo crédito, toda deuda puede ser alimenticia, ya que en último análisis el carácter alimenticio de la obligación está en función del estado de fortuna del acreedor. Desde que una deuda es necesaria para el

(4) La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité. Rec. des Cours. Académic de Droit International, 1961.

(5) Página 12.

mantenimiento del acreedor, debe ser calificada de alimenticia» (pág. 460).

Esta multiplicidad de obligaciones alimenticias no tienen un régimen homogéneo. Deben clasificarse por razón de su origen. Hay obligaciones alimenticias que resultan de la cualidad de hombre, de pariente o de ciudadano, y puede decirse que se originan en un vínculo de solidaridad; son recíprocas y variables, irrenunciables, su violación se sanciona penalmente, y se someten a la ley nacional francesa aunque el litigio surja entre extranjeros. Las restantes obligaciones alimenticias resultan de un negocio jurídico, son invariables y unilaterales, son renunciables y su violación no se castiga penalmente, estando sometidas a la ley extranjera normalmente competente.

Pellissier no admite otra clasificación de las obligaciones alimenticias, y en particular se manifiesta enérgicamente contra recientes intentos de afirmar la autonomía de determinadas obligaciones de alimentos de carácter familiar (por ejemplo, la obligación de mantenimiento entre cónyuges o la pensión de alimentos por causa de divorcio). A la pregunta fundamental que se había propuesto al comenzar su trabajo —Unité o diversité?— responde con la dualidad de régimen.

El estudio del autor es de calidad, y viene a unirse a la serie de trabajos excelentes de la Colección «Biblioteca de Derecho Privado» que dirige el profesor Henry Solus, de la Facultad de París. El propósito de asimilar las prestaciones sociales a las obligaciones alimenticias es ambicioso y muestra un campo fecundo de colaboración entre el viejo *Droit Civil* y el moderno Derecho del Trabajo. La asimilación defendida por el autor, sin embargo, no dejará de suscitar discrepancias.

Obra dotada de un exhaustiva documentación francesa.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel: «Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre Arrendamientos Urbanos». Aguilar, Madrid, 1962; 2031 págs.

El año pasado se decía en este ANUARIO (XIV, III, 1961, págs. 748-749), al darse cuenta de la publicación de «Doctrina civil del Tribunal Supremo», que en esta nueva edición se había reducido a tres tomos, porque el señor Rodríguez Navarro pensaba dedicar tomos especiales a la doctrina sobre las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Arrendamientos Rústicos, dado el volumen creciente de la jurisprudencia sobre estas materias. Esta promesa se ha cumplido respecto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el libro de que damos cuenta.

El libro reseñado comprende las resoluciones recaídas sobre Arrendamientos Urbanos hasta el momento del cierre de la edición; para ello, se publican las más recientes en un Apéndice, titulado «Sentencias posteriores de la composición del tomo», recogándose hasta la Sentencia de 12 de marzo de 1962.

La doctrina se ordena siguiendo el articulado de la Ley de 1956. En un

primer apartado se recoge la referente a esta ley, y a continuación, las sentencias sobre la Ley de 1946. También, en su caso, la jurisprudencia relativa a los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.

No parece necesario ponderar la importancia de la labor realizada y la gran utilidad que supone para todos los cultivadores de la ciencia jurídica. Se ha llevado a cabo, con el cuidado y pericia que caracteriza la labor del señor Rodríguez Navarro. Su presentación e impresión es la misma y tan grata como la de los demás libros de esta colección de «Doctrinas».

R.

SEMANAS SOCIALES DE ESPAÑA, XX Semana, Granada 1961: «Aspectos sociales del desarrollo económico a la luz de la Encíclica Mater et Magistra», Ediciones Rialp. Madrid, 1962; 639 págs. 125 pesetas.

Si el jurista en general, y en particular el cultivador del Derecho privado, no han de perder contacto con la realidad económico-social sobre la que van a proyectarse las normas jurídicas objeto de su estudio, resulta urgente la necesidad de observar con atención las profundas alteraciones que, sin duda, van a producirse —y se están produciendo ya—, en la sociedad española mediante la puesta en marcha del plan de Desarrollo Económico preparado por el Gobierno con ayuda de organismos internacionales. Por otra parte, la reciente publicación de la Encíclica *Mater et Magistra* ha dado ocasión a la Junta Nacional de las Semanas Sociales españolas de enfocar su estudio desde el punto de vista de nuestra actual sociedad, celebrándose en Granada su vigésima Semana entre los días 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1961, recogiéndose en el volumen ahora publicado las diversas intervenciones sobre el tema «Aspectos sociales del desarrollo económico».

Es de señalar la altura de las diversas intervenciones, sea en forma de lecciones, sea a título de conferencias (aquéllas de tono marcadamente doctrinal, académico y seguidas de discusión; éstas más bien en plan de divulgación), a cargo de ilustres profesores de la Universidad española o de prestigiosas personalidades en el campo de la doctrina social católica.

A los lectores del ANUARIO pueden interesar especialmente: la precisa lección del Padre Iparraguirre acerca del «Concepto del desarrollo económico»; los interesantes aspectos de política fiscal puestos de manifiesto por el profesor Figueroa en su lección sobre «Desarrollo económico y distribución de la renta nacional»; la intervención del profesor Velarde Fuertes sobre «Los costos sociales del desarrollo económico», que concluyó con una invitación a la sugestiva aventura de desmontar la estructura social-económica, de raíz liberal-capitalista que se nos ha legado, y sustituirla por una más de acuerdo con el Sermón de la Montaña; «La política social y el desarrollo económico» del profesor Rodríguez y Rodríguez, con muy atinadas consideraciones acerca de los agentes y los objetivos de la política social, muy inspiradas en el modelo inglés; los aspectos históricos estu-

diados por Rodríguez Salmones en su lección sobre «La evolución de la sociedad española a lo largo del último siglo»; el sagaz estudio del profesor Murillo Ferrol acerca de «La transformación de las estructuras sociales como exigencia del desarrollo económico». Dentro de las conferencias señalaremos la del profesor Sánchez Agesta sobre «El proceso de desarrollo económico como empresa nacional», verdaderamente magistral; la del profesor Ruiz-Giménez acerca del apasionante tema «Solidaridad y libertad en el desarrollo económico»; y, finalmente, la del Presidente de la Semana, Excmo. y Revdmo. Obispo Auxiliar de Valencia Doctor González Moralejo, que expuso «El desarrollo económico a la luz del pensamiento cristiano».

Hay que agradecer la relativa rápida publicación de este volumen y la mejora de presentación material. Si se hiciera el balance de la callada labor de las Semanas Sociales nos encontraríamos con una impresionante documentación, útil también para el jurista por muchos conceptos.

Gabriel GARCÍA CANTERO

SPILIOTOPOULOS: «La distinction des institutions publiques et des institutions privés en Droit français». Paris, 1959. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de VIII + 165 págs.

Estamos ante una obra que es singular por la metodología empleada para las instituciones que han superado la polémica y antinomia establecida entre el Derecho público y el Derecho privado. Y, al decir esto, no nos referimos a la supremacía de una de las dos posiciones y al aniquilamiento consiguiente de la otra, como ocurrió en las posturas totalitarias hoy ya desprestigiadas y en desuso en la Europa occidental. La polémica se ha tornado en mutua comprensión y quedan superados los antagonismos, pues los especialistas de una y otra rama son conscientes del servicio que mutuamente se prestan.

Los administrativistas no pueden prescindir de la dogmática tradicional civilista, aunque se hayan abierto las brechas más profundas y se hayan planteado las crisis más agudas de las instituciones con las aparición de nuevas situaciones y relaciones entre gobernantes, contribuyentes y el resto de la masa de gobernados. Los civilistas tampoco pueden cerrar los ojos a la realidad y han de incorporar el nuevo punto de vista sobre la Justicia que el sentido de lo social aporta a las instituciones privadas, insuflándoles rasgos de la nueva estructura política y económica, debido a la misión que el ordenamiento positivo entraña en cuanto medio de realización del orden social.

Lo que en un primer momento pudo creerse y definirse como una «publicación del Derecho privado», actualmente, superada tal postura, al conocer y ser conscientes de la postura rectora del Estado en el orden social, no puede hablarse de tal fenómeno de ingerencia, sino de una mutua y consciente penetración entre las tradicionales esferas de lo público y lo privado, ya que

ambas se necesitan y se integran. Tal es así que la mayor parte de la doctrina actual toma como superflua la polémica de la distinción, manifestando que carece de trascendencia al resultar muy problemática.

No obstante, los criterios de distinción se mantienen desde el punto de vista sistemático en función de los diversos fines que entraña la personalidad humana. Las dos vertientes en que viene inmersa advierten la existencia de las dos posiciones: en cuanto individuo y en cuanto persona social, o ser de alteridad. La trascendencia de fines que esta segunda postura implica dió origen a la llamada «persona jurídica» o entidad colectiva que es capaz de sobrevivir a la naturaleza mortal de una generación. La satisfacción de intereses estrictamente individuales o aquellos otros sociales, puede dar lugar a que dentro de la comunidad política se revistan sus instituciones de una u otra personalidad para el logro de aquellos fines trascendentes.

La obra de Spiliotopoulos aborda a este respecto tres cuestiones fundamentales: la distinción de las personas morales en personas públicas y privadas, según el Derecho francés: el estudio de su aplicación concreta a las instituciones más señaladas por su diversa naturaleza pública o privada, según la polémica que en estos últimos veinte años se ha advertido; el establecimiento de una clasificación que satisfaga los diversos tipos de personas morales reconocidas como públicas.

Como hace ver Eisenmann en el prólogo, actualmente puede concretarse que la distinción de las instituciones públicas y de las instituciones privadas se funda esencialmente por la incidencia patrimonial y financiera de su actividad, o más exactamente, sobre la reglamentación jurídica de su incidencia. Sobre estos pasos, el autor concibe su obra en tres partes fundamentales y una preliminar, referida a la Administración y su régimen jurídico. La primera, con el título «los establecimientos públicos y las personas privadas», comprende dos capítulos: los establecimientos públicos y las personas privadas. La segunda, más amplia, estudia la «organización profesional», puntualizando las cuestiones sobre las «primeras instituciones profesionales de la economía dirigida (1935-1940)», los «Establecimientos profesionales», (Comités, organización, competencia, naturaleza y régimen jurídico) y el «Consejo nacional del crédito, la Comisión de control de los Bancos y el Comité de las Bolsas de valores». La tercera parte de la obra trata la materia correspondiente a las nacionalizaciones y se divide en dos capítulos: uno, que hace el estudio de la naturaleza pública de las empresas nacionalizadas; otro, que estudia el régimen jurídico de las empresas nacionalizadas.

Spiliotopoulos ha propuesto dos criterios para la distinción: el criterio del poder público y el criterio material. El primero, inherente a la estructura del orden público, implica la competencia de un organismo que crea unilateralmente normas jurídicas con o sin el consentimiento de las personas a quien van dirigidas. El segundo, consiste en la gestión por una persona moral de un conjunto de bienes públicos, gestión que concierne exclusivamente al patrimonio público.

El criterio del poder público fue, hasta época reciente, el que solamente se aplicó en el Derecho francés, existiendo una sola categoría de instituciones no territoriales: la de los establecimientos públicos. Estas instituciones,

dotadas de personalidad moral, eran las solas personas administrativas al lado del Estado (Administración central) y de las otras colectividades territoriales. La aparición de nuevas situaciones extrajurídicas, sociales y económicas, así como la adopción de diversas ideas políticas, ha conducido a una evolución muy importante: la constitución de nuevas categorías de personas públicas. La crisis económica y el desorden existente en ciertos medios profesionales han provocado la creación de establecimientos adecuados al propio tipo profesional. Tales establecimientos se han encargado de la dirección económica y de la reglamentación de las profesiones liberales; por otra parte, la adquisición de un gran número de bienes públicos, por el procedimiento de las nacionalizaciones, ha hecho necesaria la institución de las empresas nacionalizadas.

Con todos estos argumentos y datos, el autor confirma el principio dualista del régimen jurídico de las personas morales administrativas; es decir, aquellos establecimientos que se rigen por normas originarias y aquellas otras que se aplican a las personas privadas, según que las normas se refieran a las relaciones con el personal o con sus propios bienes. Este dualismo corresponde también a un dualismo de competencia jurisdiccional.

La evolución del Derecho administrativo francés también se advierte en otros puntos de la obra de Spiliotopoulos. Tal sucede con la constitución de los establecimientos profesionales que resulta de una nueva aplicación del principio de descentralización. Estos establecimientos ejercen una actividad normativa «totalmente descentralizada» o bien participan mediante una actividad normativa «semidescentralizada». Tales descentralizaciones siguen un criterio de orden personal: la profesión. Una nota más hay que añadir, la democratización profunda de las nuevas instituciones, tanto en la elección de sus miembros como en la dirección de sus empresas.

Esta obra muestra, pues, no sólo nuevos aspectos del Derecho público francés, sino las relaciones que tienen con el privado, puntualizándose las tomas de contacto, la compenetración de ambos y la utilidad de las contribuciones de las viejas enseñanzas civilistas. Pero al mismo tiempo se advierte una gran lección para el privatista, la necesidad de tomar en cuenta el nuevo desarrollo político, económico y social en el seno de las instituciones, desde una perspectiva menos individualista, más compenetrada y bajo el signo de la alteridad.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER
y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BERMÚDEZ, Bernardo; FERRER, Jesús: *El sistema conflictual del Proyecto de Código civil español de 1821*. T. núm. 8, 1960; págs. 175-188.

Labor de las Cortes de 1820, 1821 y 1822. Sistema general del Proyecto de 1821. Sistema conflictual; principios generales, comparación con el Código francés, con el Proyecto del 51 y con el Código Civil: consideración de los artículos 25, 26 y 31.

BOYA BALET, Angel: *El sistema conflictual del Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852*. T. núm. 11, 1962; págs. 127-132.

Normas de nacionalidad, normas de competencia y normas conflictuales del Decreto en cuestión. Transcripción de textos de este Decreto y del Decreto de 27 de octubre de 1851.

CARRETERO PÉREZ, Antonio: *La interpretación y sus problemas permanentes*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962; págs. 129-135.

Problemática de la interpretación en torno a quien ha de interpretar y qué es lo que ha de interpretar. Criterios y orientaciones respecto a cómo se ha de llevar a cabo la interpretación, sin que nunca se dejen de tener presentes los criterios de Derecho, Justicia y Equidad. Manejo honrado de estos elementos «sintiendo» y «sufriendo» el Derecho.

GUARITA MARTORELL, Aurelio: *Los «principios generales» en el Derecho administrativo español*. T. núm. 7, 1960; págs. 165-174.

Se comienza aludiendo a la doctrina que niega que los principios generales del Derecho sean fuente del Derecho administrativo. El autor entiende lo son: fuente supletoria de tercer grado. Antes juega la analogía. Además, los principios desempeñan un segundo papel: el de ser un elemento de interpretación de las leyes. En cuanto principios del Derecho natural son la primera y fundamental fuente del Ordenamiento jurídico

LA REVISTA: *Quae iure singulari introducta sunt non debent trahi ad consequentias*. RDEA, num. 27, julio-agosto-septiembre 1961; págs. 773-775.

Comentario breve del principio jurídico, según el cual las cosas introducidas por Derecho singular no deben hacerse extensivas a las consecuencias.

LEGAZ LACAMBRA: *El Derecho natural y su problematismo*. T. núm. 7, 1960; páginas 41-61.

El Derecho natural está lleno de íntimo problematismo que en modo alguno significa que pueda negarse su existencia. Sólo lo realmente existente presenta problemas auténticos. El hecho de que, por convencionalismo, se haya reservado la voz «Derecho» para aquellos fenómenos que se explican con el concepto más restringido de «Derecho positivo» hace que se niegue la existencia del Derecho natural. En todo caso sería cuestión de nombre, pero su existencia no podría ser negada, como objeto de la intuición fundamental de todo gran jurista. La construcción racionalista del Derecho natural prepara la reacción de la Escuela histórica: el sitio que deja «aquél» Derecho natural será después ocupado por el positivismo jurídico.

LECLERCQ Jacques: *Le Droit naturel est-il de la Morale ou du Droit?* T. número 7, 1960; págs. 33-40.

En el siglo xx, después de haber sido duramente controvertido en el xix, asistimos a un renacimiento del Derecho natural. Aunque entendido hoy de forma bastante diferente a como lo fué en otro tiempo. Hay un retorno a la tradición, no obstante. Ante la dualidad de doctrinas, identificando unas el Derecho natural con la moral y otras afirmando que se corresponde con la idea de justicia, es preciso, para decidir lo que es el Derecho natural, determinar previamente qué es la moral y qué el Derecho. Supuesto que aquélla se identifica con la regla de conducta personal y éste con el establecimiento de un orden social, el Derecho natural tiene más de jurídico que de moral en cuanto que se manifiesta como derivado de la naturaleza social del hombre.

MARTÍN-BALLESTERO, LUIS: *La formulación positiva del Derecho natural*. T. número 7, 1960; págs. 75-85.

La formulación del Derecho natural tiene en España un doble momento y un doble sentido: aquél en que nuestras Leyes recogen y determinan con el mayor detalle posible los postulados de un Derecho superior y anterior a toda Ley positiva; y aquél otro en que esta Ley positiva, reconociendo su insuficiencia y teniendo el valor de saltar por encima del materialismo y del culto a la letra de la ley escrita, ha remitido a los principios generales del Derecho la solución última del caso controvertido.

MOISSET DE ESPANES, LUIS: *El error de Derecho en el Derecho civil contemporáneo y en el Código civil argentino*. RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; páginas 62-92.

Referencia histórica, doctrinal y comparativa al problema del error de Derecho, dedicando atención preferente a la posición del Código civil argentino. La doctrina moderna se inclina a estimar el error de derecho como vicio de la voluntad, produciendo en ese caso nulidad del contrato cuando es su causa única y principal (Cod. ital. 1865). La equiparación de las dos categorías del error como vicios de la voluntad no podrá nunca ser interpretada como supresión del postulado de obligatoriedad de la ley. Ha de tratarse de error excusable. Equiparación del error de hecho y del derecho en cuanto a la máxima «error communis facit ius»

PASTOR RIDRUEJO, JOSE ANTONIO: *Principios generales del Derecho y principios de Derecho internacional*. T. núm. 7, 1960; págs. 149-163.

Entendida la expresión «principios de Derecho internacional» en el sentido que hoy predomina en la jurisprudencia de normas consuetudinarias integrantes del Derecho internacional general, no cabe incluir en ella a los principios generales del Derecho. Ello no es óbice, a juicio del autor, para que el juez internacional pueda aplicar en todo caso, y aunque sólo cuente con autorización para servirse de los principios de Derecho internacional, aquella segunda categoría de principios, puesto que su aplicabilidad a las relaciones sociales viene impuesta por la naturaleza misma de las cosas.

RODMEN, HEINRICH A.: *The revival of natural Law thinking in the U. S. A*. T. núm. 7, 1960; págs. 63-74.

Es un hecho innegable el renacimiento en los Estados Unidos del pensamiento y la doctrina del Derecho natural. Este renacimiento se observa entre los jueces, entre los juristas en general y en las Escuelas de Derecho. En las Escuelas no católicas de Derecho la vieja actitud de oposición o a lo sumo condescendencia hacia el Derecho natural está cambiando hacia un esfuerzo de comprensión del mismo. En todo caso el positivismo legal está a la defensiva y ha perdido su posición de dominio indisputado. Factores, aspectos y significado del renacimiento en cuestión.

SÁNCHEZ-APELLANIZ VALDERRAMA, FRANCISCO: *Las cuestiones generales del Derecho internacional privado en la actual doctrina española*. T. núm. 8, 1960, págs. 113-144.

Criterios y orientaciones fundamentales de la actual doctrina española, en la llamada Parte general del Derecho internacional privado, sobre la base de las obras recientemente aparecidas (las del último lustro). Referencia a: puntos de conexión, calificaciones, reenvío, excepción de orden público, fraude de la ley.

SÁNCHEZ DEL RÍO PEGUERO, Carlos: *Sociología y Derecho*. T. núm. 9, 1961; páginas 117-125.

Se trata de unas Apostillas a un Libro de Leclercq, *Du Droit naturel à la sociologie* (París, 1960), en la que, a base de unos trozos de la obra original, el comentarista trata de insistir en la necesidad de que los juristas y legisladores se aproximen cada vez más a la observación de la realidad. Se toman como ejemplo afirmaciones de Leclercq en torno al libre albedrío, al Derecho y los legisladores, y a la sociología. Es preciso que se ponga fin al fenómeno de que el Derecho sea en muchos aspectos una «Guía turística», muy perfecta si se quiere, pero que no se corresponde con el paisaje que describe.

SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús; CORTÉS NAVARRO, Ana María: *El sistema conflictual de la jurisprudencia española anterior al Código civil*. T. núm. 11, 1962; págs. 133-137.

El sistema conflictual de nuestra jurisprudencia anterior al Código civil, en sentencias relativas a la Parte general, a la capacidad, condición y estado, a los contratos y a los inmuebles y derechos reales.

2. Derecho de la persona.

CABALLERO, Ezequiel: *La doble nacionalidad*. RGLJ, tomo 212, núm. 1, enero 1962; págs. 7-75.

Palabras iniciales respecto al significado de la nación y su crisis actual. Aspectos y carácter del vínculo de nacionalidad. La doble nacionalidad tiene un aspecto positivo y otro negativo: atribución del carácter de nacional de dos países y exclusión en cualquiera de ellos de la condición de extranjero. Doble nacionalidad de hecho y de derecho. El *status* de doble nacionalidad. Referencia al Convenio hispano-chileno de 1958. Aspectos concretos del régimen jurídico de la doble nacionalidad: aspectos de Derecho privado y de Derecho público.

LOMBARDÍA DÍAZ, Pedro: *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*. T. núm. 7, 1960; págs. 187-203.

El concepto de «persona physica in iure canonico» no puede confundirse con el de «persona in Ecclesia Christi», ya que el primero es extensivo a todos los hombres y tiene su fundamental manifestación en la *capacidad* de tener derechos y deberes reconocidos y tutelados por el ordenamiento, y el segundo sólo es aplicable a los bautizados y tiene como fundamentales consecuencias la titularidad de los deberes propios de la condición de súbdito de la Iglesia y los derechos que se derivan inmediatamente de ser miembro de la misma.

SANCHO RIBULLIDA, Miguel Angel: *Notas sobre el orden público y el derecho al reconocimiento de la dignidad personal*. T. núm. 7. 1960; págs. 205-209.

Significación respectiva de los conceptos «orden jurídico» y «orden público». Entendido éste como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales o colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. (Posada), las medidas excepcionales adoptadas por la ley para mantener dicho orden tienen como límite el derecho natural de la persona, al reconocimiento y respeto de su dignidad personal.

3. Derecho de cosas.

BATISTA MONTERO-RÍOS, José: *La posesión en las modernas Legislaciones civiles. La coposesión. La sucesión en la posesión*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; págs. 391-409.

Se trata, según manifestación inicial del propio autor, de una síntesis de la doctrina fundamentalmente de la española, en los aspectos generales de la posesión, en materia de coposesión y en el problema de la *successio possessionis*. En cuanto a la problemática general de la posesión se hace referencia a su posición sistemática, a las definiciones, a los requisitos y ámbito, a la adquisición, conservación y efectos.

BERCOVITZ, Alberto: *La Ley alemana de invenciones laborales de 25 de julio de 1957*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 345-388.

Es un fenómeno cada vez más frecuente el de que un gran porcentaje de las invenciones, debido a la unión del elemento humano con el técnico, se producen en el seno de las empresas y son fruto de los propios trabajadores. Es preciso proteger el «derecho de invención del trabajador», para que no sea la empresa la que se aproveche del invento, pero sin olvidar tampoco que éste ha sido posible gracias a los medios que la empresa ha puesto a disposición del trabajador-inventor. La Ley alemana de 25 de julio de 1957, suprimiendo la categoría de las invenciones de explotación, hace que «en todas las invenciones nacidas dentro de una relación laboral sea el propio inventor quien originariamente ostente el derecho a ellas. Estudio de los aspectos esenciales de la Ley.

BURILLO LOSHUERTOS, Jesús: *Origen de la actio ad exhibendum*. T. núm. 9, 1961; págs. 127-134.

Aludiendo antes a los criterios de la romanística en torno al problema, entiéndese, a base de determinados datos concretos, que la *actio ad exhibendum* nació a finales de la República; entre Quinto Mucio Scaevola, muerto en el año 82, a. J. C., y Aquilio Galo, pretor, el 66, a. J. C.

FONT BOIX, Vicente: *Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; págs. 371-389.

El sistema del *numerus clausus* y del *numerus apertus* en el aspecto histórico y comparativo. Problemática del Derecho real: referencia a la inmediatidad y la absolutividad. Posición de la ley, la doctrina y la jurisprudencia ante el problema. Tendencia doctrinal hacia el *numerus clausus*; estado legal de *numerus apertus* en el Derecho español. El derecho real nuevo, además de reunir los caracteres institucionales de la «realidad», debe desempeñar una función económico social que no sea cumplida por otro derecho real ya existente, por una combinación de derechos reales o de derecho real y personal. Razón de ser de estas limitaciones y misión orientadora de la jurisprudencia a la autonomía privada creadora de figuras de derecho real.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *El ejercicio «post mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual*. T. núm. 11, 1962; págs. 33-44.

Se pronuncia el autor, con razones convincentes, por la perpetuidad del derecho moral de autor, en contraste con la duración limitada del derecho patrimonial. El derecho moral de autor persiste a través del tiempo, si bien con el fallecimiento del mismo se transforma, ya que a partir de entonces se concreta, sobre todo, en atributos negativos: hacer valer la paternidad de la obra e impedir mutilaciones. En relación con el problema de la transmisión *mortis causa* del derecho moral de autor, se hace referencia a su ejercicio por el ejecutor testamentario, por el legatario y por el ejecutor testamentario *ad hoc*. Supuestos de aparente ejercicio *post mortem* del derecho moral de autor.

MARTÍN BALLESTERO, Luis: *La propiedad intelectual ante el cine, la radio y otras posibilidades de la técnica moderna*. T. núm. 9, 1961; págs. 97-110.

Los principios extremadamente simples sobre los que se ordena la propiedad intelectual resultan, cada vez más, desbordados por los avances de la técnica moderna o incluso por situaciones que la Ley de propiedad intelectual silencia. Correspondencia, cinematógrafo, radio y televisión, magnetofón. Examinadas las anteriores realidades en relación con la propiedad intelectual se observa un gran y enorme vacío que llenar normativamente entre el Derecho privado y las prohibiciones de orden público. Entre propiedad y contrato por un lado y delito por otro, que son los pilares sobre los que se configuró la propiedad intelectual, hay un campo muy amplio que reclama su reglamentación normativa.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *Consideración fiscal de varias figuras sustantivas*. RDEA, núm. 26, abril-mayo-junio 1961; págs. 646-668.

Aspectos generales de Derecho fiscal en relación con las concesiones, subastas y censos irredimibles. Referencia al Derecho de las provincias ecuatoriales. Notas sustantivas sobre las instituciones.

RUIGÓMEZ IZA, Juan Manuel: *El derecho moral de los autores*. RDEA. núm. 26. abril-mayo-junio 1961; págs. 619-623.

Noción primitiva y moderna de la propiedad intelectual. Organización técnica del derecho de autor a base de la distinción entre el derecho pecuniario y el derecho moral. Aspectos de éste: concepto, contenido, naturaleza jurídica y protección. El derecho moral de autor en la legislación española: Conferencia de Roma, Proyectos y Ley vigente de propiedad intelectual.

RUIZ GRIMÉNEZ, Joaquín: *El hombre y la tierra*. T. núm. 7, 1960; págs. 211-228; núm. 8, 1960; págs. 11-71.

Estudio del autor que lleva por subtítulo «Introducción iusnaturalista del Derecho agrario». En todo tiempo las reglas sobre disfrute y posesión de la tierra han preocupado al legislador. El problema presenta un triple aspecto: político, jurídico y económico social. Con unas consideraciones al respecto divídese después el estudio en dos partes: I) El hombre «ser en la tierra», que hace referencia a la Relación ontológica del hombre y la tierra. II) La tierra, propiedad del hombre, o sea Relación jurídica del hombre y la tierra.

SÁNCHEZ DEL RÍO PEGUERO, Carlos: *Iniciación metodológica para un análisis del derecho de propiedad a la luz del neopositivismo lógico*. T. núm. 11, 1962; págs. 11-31.

Intento de explicación del derecho de propiedad y sus desmembraciones sobre la base de estructuras lógico matemáticas y la idea de que en su plena manifestación la propiedad se identifica y confunde con la cosa. Entiende el autor que la Justicia también entra en el terreno de la «cuantificación». En la actualidad no se han logrado ni las bases unitarias de un sistema patrimonial, ni un regular análisis del dominio, ni unas maneras medianamente aceptables y coincidentes de entender sus fraccionamientos.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María: *Nuevo Derecho de propiedad horizontal*. RDJ, número 3, octubre-diciembre 1961; págs. 75-104.

Exposición general, de carácter más bien práctico que doctrinal, de la Ley española de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal, en sus aspectos fundamentales de carácter sustantivo y de procedimiento.

4. Obligaciones y contratos.

CANO MATA, Antonio; LAGUNA ARANDA, Enrique: *El sistema conflictual del Real Decreto de 17 de octubre de 1851, sobre contratos y demás actos notariales celebrados en el extranjero*. T. núm. 10, 1961; págs. 157-163.

El Decreto en cuestión es importante por dos razones: por ser el primer sistema conflictual español con vigencia positiva y por influir en la legis-

lación posterior. Examen del contenido del sistema conflictual del Decreto, con referencia a sus antecedentes y señalando su proyección posterior en la LEC y en el C. c.

COLLIVA, Paolo: *Notas a un reciente libro sobre las obligaciones pecuniarias en el jus commune*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; págs. 119-131.

Aspectos fundamentales de la obra de GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel Diritto comune*, Milán, 1960. Posición del principio en relación con la moneda y posición de las partes en las obligaciones monetarias. Tutela de los derechos subjetivos, en atención a la equitas, frente a la variación o alteración de la moneda que pueda venir del príncipe. Mayor oscuridad en cuanto a las obligaciones pecuniarias *ex lege*; consideración del *tempus solutionis*; alteraciones en la *aestimatio monetae*.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *Pago por cesión de bienes*. RDEA, núm. 27, julio-agosto-septiembre 1961; págs. 721-746.

Estudiada en general la figura de la cesión de bienes como forma de pago (concepto, antecedentes, naturaleza, función, estructura efectos y extinción), entiende el autor que a fin de evitar dificultades, la cesión debe plasmar en un contrato en el que se especifique, 1.º Que el deudor cede sus bienes. 2.º Que concede poder a los cesionarios para enajenar 3.º Que el poder es irrevocable. 4.º Que el cedente se obliga a no disponer de los bienes cedidos.

DE ROMEO Y LAGUNAS, Manuel José: *Un problema de la resolución de los contratos por incumplimiento. La culpa del incumplidor ¿es presupuesto de la resolución?* RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; págs. 50-54.

Siguiendo la doctrina que ve en la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas no una sanción del que incumple, sino una tutela del interés de la otra parte se entiende que no es presupuesto de la resolución la culpa del incumplidor. Posición vacilante de la jurisprudencia

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón: *El precario*. RDEA, núm. 27, julio-agosto-septiembre 1961; págs. 747-752.

Brevísimo estudio del precario, según se reglamenta en el Código civil de Chile, en cuyos artículos 2.194 y 2.195 se determina: que el comodato es precario cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo; que se entiende haber precario cuando no se preste la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución; que también hay precario cuando se posee la cosa ajena por ignorancia o tolerancia del dueño.

ESPINOSA, José Luis: *Responsabilidad por hecho de otro en el Código civil. Indemnización por causa de muerte*. RDEA, núm. 26, abril-mayo-junio 1961; págs. 626-645.

Concepto y clases de responsabilidad civil. Significado y valor de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Responsabilidad por hecho ajeno: concepto, fundamento, elementos, supuestos concretos; derechos de la víctima y del tercero responsable. En cuanto a la indemnización por causa de muerte se alude a las posiciones respecto a su procedencia o no y a los problemas de valoración. Posición del Derecho español: 1) El perjuicio causado al cuerpo humano es valuable. 2) Hay un daño indemnizable. 3) El derecho de indemnización pasa a los herederos (Castro). Legislación y jurisprudencia.

ESPINOSA, José Luis: *Asunción de deudas: Concepto y caracteres. Efectos.* RDEA, núm. 27, julio-agosto-septiembre 1961; pág. 705-719.

Notas generales en torno a la figura de la asunción (sic) de deudas. Evolución histórica. Concepto de las distintas figuras: asunción de cumplimiento, asunción cumulativa, asunción novatoria y asunción privativa. Sólo se da asunción de deuda en la cumulativa y en la privativa. Estructura de la asunción, caracteres comunes a ambas y diferenciales de cada una. Efectos comunes y especiales.

FERNÁNDEZ CANTOS, José Luis: *El problema de la vivienda y la usura.* RGLJ, tomo 212, núm. 1, enero 1962; págs. 76-104.

En relación con el problema de la vivienda y a la sombra del mismo está adquiriendo un desarrollo alarmante la usura en sus más variadas manifestaciones. Relaciones de la cuestión con los tipos de contratos usurarios, según la Ley de 1908.

FERRERO, Raul: *Aspecto jurídico de la inflación.* RDEA, núm. 27, julio-agosto-septiembre 1961; págs. 753-772.

Con un carácter general y refiriéndose especialmente al Derecho peruano se analizan los aspectos diversos del fenómeno de la inflación desde el punto de vista jurídico. Clara descripción de las funestas consecuencias del fenómeno. Injusticia manifiesta del mismo.

FERREYRA, Edgar E.: *La teoría de la imprevisión o de los riesgos imprevistos.* RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; págs. 55-61.

Consideraciones ligeras sobre el problema de la alteración de las circunstancias en la relación obligatoria. Se afirma que el reconocimiento de la teoría de la imprevisión no supone, de ninguna manera, modificar ni alterar el principio de la inmutabilidad de los contratos. Sólo procederá acudir a la teoría de la imprevisión en supuestos excepcionales o de extrema gravedad. El instituto de la imprevisión surge de antecedentes que lo justifican y que abren el paso a su incorporación a los ordenamientos legales.

LA REVISTA: *Causa est implementum conventionis ex parte unius ex contrahentibus, quod fit datione vel facto*. RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; páginas 137-142.

El principio de que causa es lo que ha dado lugar al convenio por parte de uno de los contratantes y consiste en una dación o en un hecho, da lugar a ofrecer unas consideraciones en torno a la causa. Doctrina clásica, tesis anticausalista. Significado moderno de la teoría de la causa y orientación del Derecho español.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Las cláusulas privadas de revalorización monetaria*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961; págs. 491-500.

Delimitación entre las ideas de estabilización y revalorización, estimando preferible la terminología de «cláusulas de revalorización». Sobre un supuesto concreto de venta con cláusula de este tipo hace el autor unas consideraciones sobre el fenómeno de la alteración del valor de la moneda, sobre las cláusulas que hacen frente al mismo y sobre su significado.

MESA LAGO, Carmelo: *La reserva de prioridad directa (prioridad arrendaticia)*. RDEA, núm. 26, abril-mayo-junio 1961; págs. 597-618.

Se considera la reserva de prioridad directa como la guarda preferencial de un derecho real inmobiliario excluyente mediante una operación registral. Tal es el caso de la reserva de prioridad arrendaticia, que el autor estudia con referencia especial al Derecho cubano. Se trata de lo que nosotros llamaremos «derecho de retorno».

MORAL LÓPEZ, Antonio: *El acceso a la propiedad del arrendatario y la suerte del contrato de subarriendo que concertó como tal*. RDEA, núm. 28, octubre-noviembre-diciembre 1961; págs. 907-937.

El fundamental principio que declara que la extinción del arriendo provoca necesariamente la desaparición del subarriendo experimenta una importante excepción en los supuestos en que el arrendatario-subarrendador deviene propietario. Posición de la jurisprudencia: en este caso el arrendatario refuerza su posición y no tiene por qué pretender que cese la relación de subarriendo. Faltando, sin embargo, el arrendamiento, no cabe que el subarriendo subsista como tal. Se convertirá en un arrendamiento muy especial. Examen del supuesto.

PROYECTO: «...de una Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales». RDEA, núm. 28, octubre-noviembre-diciembre 1961; páginas 849-870.

Reproducción del texto elaborado por la Comisión Especial sobre la venta, nombrada en la Conferencia de La Haya de 1956. Texto íntegro y literal en español.

SÁNCHEZ FABA, Joaquín: *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; páginas 429-453.

Se estima válida la cláusula de valor o de estabilización en el arrendamiento urbano, siempre que el titular arrendatario respectivo pueda válidamente renunciar a los beneficios legales. Sería de desear se previera dicha cláusula en una futura reglamentación de la locación urbana. Al tratamiento específico del tema precede un estudio del problema de la estabilización económica en general, en el campo del Derecho civil. Causas, resurgimiento y validez de las cláusulas estabilizadoras.

SÁNCHEZ FABA, Joaquín: *Locales de negocio genuinos y locales de negocio por asimilación*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961, págs. 549-566.

Consideración de la problemática relativa a los arrendamientos de los que el autor califica de «locales de negocio por asimilación»: escritorios, oficinas, depósitos y almacenes. Entiéndese que en la legislación vigente sobre arrendamientos urbanos constituyen los arrendamientos de esos «locales» subfiguras imprecisas y hermafroditas, motivo constante de preocupado examen. Vicisitudes y transformaciones del arrendamiento, encubiertas o no.

SÁNCHEZ FABA, JOAQUÍN: *Resolución contractual por obras incontestadas*. RDEA, número 27, julio-agosto-septiembre 1961; págs. 776-793.

Examen exegético y de rico casuismo del artículo 114, causa 7.ª, de la Ley de arrendamientos urbanos, en su parte relativa a la resolución del contrato por llevar a cabo el inquilino o arrendatario obras que modifiquen la configuración del local o vivienda. Significado de los conceptos «obras» y «configuración». La autorización o consentimiento del arrendador. Valoración de cien supuestos en la Jurisprudencia.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José: *Constitución de renta vitalicia con carácter resoluble*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962; págs. 241-253.

Comentario a una Sentencia de 14 de octubre de 1960, en el que el Tribunal Supremo se ha enfrentado con un caso de renta vitalicia resoluble. Se discute su posibilidad, sobre todo por lo dispuesto en el artículo 1.805 del C. c. El fallo opta por la validez y licitud del pacto comisorio en la renta vitalicia. Comentario.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: *El concepto del trabajador en el Derecho español*. T. núm. 9, 1961; págs. 137-151.

Resumen de la tesis doctoral del autor. Se configura en nuestro Derecho al trabajador por la coordinación de los artículos 6.º y 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo: prestación voluntaria de energías a tercera persona, con dependencia y remuneración. Estudio de la dependencia y de la ajenidad. Solamente habrá trabajo por cuenta ajena cuando la asunción de

los riesgos sea del empresario, si bien con las modalidades específicas del contrato de obra, que debiera quedar incluido en la Legislación laboral; siendo, de *lege ferenda*, trabajadores los que celebran ese contrato.

SANTOS BRIZ, Jaime: *Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el Derecho moderno*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961; págs. 105-110.

Mejor que de obligaciones naturales debiera hablarse de obligaciones que se apartan de las típicas o propiamente dichas. Entre ellas se alude a los deberes morales que no originan vínculos jurídicos, a los deberes morales de conciencia con efectos jurídicos, a las obligaciones imperfectas, a las obligaciones anulables consideradas como naturales, a las «incumbencias» (Obliegenheiten) de la doctrina alemana, a las obligaciones negativas impuestas por la prohibición del abuso de los derechos y a las obligaciones impuestas por el tráfico jurídico. Escasa relevancia de determinados supuestos.

5. Derecho de familia.

ARREGUI LUCEA, LUIS F.: *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal legal en Aragón*. T. núm. 10, 1961; pág. 135.

Resumen de la tesis doctrinal del autor. Derecho Histórico: Régimen de los Fueros y Observancias, sentido de la doctrina, jurisprudencia y Proyectos de Apéndice. Derecho vigente; Exposición y Crítica: Disolución, liquidación, división, casos especiales. Propuesta de articulado y Comentario.

CAMPO RALUY, Delfin: *Sobre el axioma *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia**. T. núm. 9, 1961; págs. 155-158.

Aspectos concretos del axioma indicado en nuestro Derecho, en el cual no es tan clara la vigencia del principio en cuestión, como lo demuestra la consideración del supuesto de los menores con licencia para casarse y sin licencia para otorgar capitulaciones.

CREMADES, Juan A.: *La filiación adulterina en el Derecho comparado*. T. número 8, 1960; págs. 73-96.

Perspectivas de la filiación adulterina en los Derechos latinos. Distínguen-se cuatro grupos: dentro del sistema que diversifica las filiaciones en virtud de la mayor licitud o ilicitud de las relaciones de los padres: A) Ordenamientos que atribuyen al hijo adulterino un estatuto de inferioridad (Derecho francés). B) Ordenamiento que bajo ciertas condiciones los asimilan a los demás hijos naturales (Derecho italiano). C) Ordenamiento que los asimilan del todo a los demás hijos naturales (Derecho argentino, Ley de 1954). D) Ordenamiento que no hacen discriminación alguna entre las diferentes filiaciones. Posición de los adulterinos en su consideración com-

parativa: deberes paternos, patria potestad, derechos sucesorios, problemas de legitimación y adopción.

ESCUDERO ESCORZA, Fernando: *Disposiciones vigentes actualmente en España sobre el matrimonio de los apóstatas de la Fe Católica*. T. núm. 10, 1961; págs. 63-83.

Por Ley civil española quedan autorizados a elegir la forma civil en el matrimonio todos aquéllos apóstatas auténticos (también los herejes o cismáticos) que prueben por los medios admitidos en Derecho no profesar la Religión católica independientemente de la solicitud de matrimonio. Podrán intentar la forma civil todos los que en documento oficial o en acto o escritos públicos *tempore non suspecto*, y sin miras al matrimonio civil, hicieren profesión de acatolicismo o ateísmo, persistiendo en esta profesión. No parece quepa el matrimonio civil de los apóstatas circunstanciales que, con miras al matrimonio, hacen profesión de acatolicidad.

FUELLO LANERI, Fernando: *Los grandes problemas jurídicos de nuestro tiempo. El estado de hijo natural reconocido*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; págs. 357-369.

Uno de los aspectos en que la Ley 10.271 (de 1952) modificó el Código civil chileno fué el relativo a la filiación natural. A juicio del autor, la legislación chilena en esta materia es una de las más avanzadas del mundo en cuanto al modo abierto de obtenerse el estado de hijo natural reconocido y en lo relativo a los derechos hereditarios que se le atribuyen, en concurrencia incluso con descendencia legítima del mismo padre o madre. Investigación amplia de la paternidad o de la maternidad. Ampliación de los derechos hereditarios. Aproximación «enorme» al hijo legítimo. Ejemplo legislativo digno de seguirse.

LUNA SERRANO, Agustín: *El patrimonio familiar (La Ley española de 15 de julio de 1952)*. T. núm. 8, 1960; págs. 153-171.

Resumen de la tesis doctoral del autor. Antecedentes. Derecho Comparado y Legislación española sobre patrimonio familiar. Naturaleza, titularidad, elementos integrantes, constitución y extinción. Las características de indivisibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Problemas sucesorios.

6. Derecho de sucesiones.

LA REVISTA: *Hereditas quae semel adiectione apprehensa est, repudiari non potest*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; págs. 411-413.

Breve comentario en torno al principio jurídico, según el cual la herencia, una vez que ha sido aprehendida por la adición, ya no puede re-

pudiarse. Significado jurídico de la repudiación hereditaria y consecuencias del mismo. Momento, valor y naturaleza de la repudiación.

LA REVISTA: *Delata hereditas dicitur quam quis possit adeundo consequi*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961; págs. 567-569.

Breves notas en torno al principio en virtud del cual se entiende deferida la herencia cuando se halla en estado de ser conseguida a través de la aceptación.

LA REVISTA: *Hereditatis aditio in dubio non praesumitur*. RDEA, núm. 28, octubre-noviembre-diciembre 1961; págs. 904-906.

Glosa breve en torno al principio que declara que en caso de duda no se presume la adición de una herencia. Razón de ser y aspectos concretos del principio. Protección frente a los acreedores del causante.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Para una ontología del Derecho sucesorio: la continuación de la personalidad del causante*. T. núm. 7, 1960; págs. 229-237.

Significado de la continuación de la personalidad del causante por el heredero: éste *es* algo, mientras que el legatario *tiene* algo. La idea de la «continuación comienza siendo un modo de expresión, una imagen utilizada por los juristas para devenir doctrina jurídica en la Edad Moderna. Posición de la ley y doctrina españolas. Circunstancias que se pretenden explicar con la teoría, cuyo abandono actual ha ido ciertamente demasiado lejos. En realidad, en algunos aspectos no es la personalidad del causante lo que se hereda; pero sí, al menos, su esfera personal.

MENÉNDEZ, José: *Un precepto poco conocido: el artículo 1.034 del Código civil. Examen de sus repercusiones fiscales*. RGLJ, tomo 211, num. 6, diciembre 1961; págs. 790-802.

El artículo 1.034 del Código civil establece una regla lógica, que es desenvuelta por el autor, distinguiendo entre aceptación con beneficio de inventario y aceptación pura y simple. Doble aspecto de protección a los acreedores de la herencia y a los del heredero, según los casos. Cuestiones fiscales en relación con el precepto.

MORAL LÓPEZ, Antonio: *La mejora sobre cosa determinada*. RDEA, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1960; págs. 415-428.

Dictamen del autor en que, en contra de la opinión prevalente que estima que la mejora en cosa determinada equivale al legado (y, por tanto, queda sin efecto si el testador enajena la cosa), defiende la tesis de que enajenada la cosa por el testador, el heredero mejorado conserva *cuantitativamente*, aunque *cualitativamente* la pérdida.

PASTOR RÍDRUEJO, José Antonio: *Un caso de cuestión previa en la Jurisprudencia española; la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960*. T. núm. 10, 1961; págs. 103-110.

Breve comentario a un supuesto fallado por el Tribunal Supremo en un caso de cuestión previa de filiación de una súbdita cubana ante la sucesión de un causante español. El Tribunal Supremo engloba la cuestión previa en la principal, sin calificarla separadamente y aplicando a ambas la ley material designado por la norma conflictual correspondiente a la sucesión.

SOTO NIEVO, Francisco: *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*. RGLJ, tomo 211, núm. 6, diciembre 1961; págs. 681-789.

Amplio estudio del problema de la sucesión del hijo adoptivo en el Derecho español. Adopta el trabajo este esquema: I) Consideraciones generales y notas de Derecho histórico. II) Problemas de Derecho intertemporal: ámbito de vigencia del derogado artículo 177 y de los actuales 174, 179, y 180 del C. c. III) La sucesión del hijo adoptivo en el antiguo artículo 177 del C. c. IV) Derechos sucesorios del adoptado de acuerdo con los nuevos preceptos de los artículos 174, 179 y 180. V) Derechos sucesorios del adoptante. VI) Derechos sucesorios respecto de la familia natural (= «de sangre») y viceversa.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

FORNÍES BAIGORRI, Ascensión: *Sobre la vida comercial española, la doctrina y la legislación entre los Códigos de 1829 y 1885*. T. núm. 11, 1962; páginas 109-124.

Resumen de la tesis doctoral. España en la época precedente al primer Código de Comercio. Principios de éste (1829) y en la doctrina. Expansión de la vida comercial española desde el Código de 1829 hasta la Legislación bancaria especial. La gran empresa. La generalización del crédito.

GARRIGUES WALKER, Antonio (y otros): *Revisión de la ordenación legal sobre inversiones extranjeras*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 297-343.

Con el Decreto de 17 de mayo de 1962 se inicia un proceso de liberalización de nuestra economía: se tiende a la atracción de los capitales extranjeros. De la revisión de la legislación se obtienen dos consecuencias: necesidad de proceder a una labor reglamentaria y conveniencia de crear un organismo que centralice toda la política legal y económica de inversiones extranjeras.

MAILLO NIÑO, Antonio: *Los representantes de comercio como auxiliares del comercio y su disciplina jurídico-laboral*. RDEA, núm. 28, octubre-noviembre-diciembre 1961; págs. 821-833.

Concepto y acepciones del término «representantes de comercio» en la doctrina mercantil y laboral. Regulación jurídica de la figura en el Derecho mercantil (profesionales que ofrezcan o realicen contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajena) y en el Derecho laboral (trabajadores por cuenta ajena). Posición de la jurisprudencia. Necesidad de «laborizar» la figura de los representantes de comercio que actúan en nombre ajeno y por cuenta ajena; por claras razones históricas no está reglamentada esta profesión en el Derecho laboral.

MASCAREÑAS, C. E.: *El Derecho internacional americano en materia de marcas de fábrica y de comercio*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961; páginas 515-527.

Enumeración y examen en sus aspectos esenciales de los Tratados y Convenios que integran el Derecho internacional americano en materia de propiedad industrial: Convenio de Buenos Aires de 1910, Convenio de Santiago de Chile de 1923, Convenio de Washington de 1929.

SÁNCHEZ FONZANS, JOSÉ: *El mercado común y su influencia en el Derecho privado*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961; págs. 505-513.

Necesidad de que el jurista se adecúe a los adelantos de la técnica en general. El mercado común latino-americano (Tratado de Montevideo de 1960) y su influencia en el Derecho privado rural, laboral y comercial. Recomendaciones al respecto. Mercado Común Europeo y Mercado Común Latino-Americano. La influencia en el Derecho privado es indirecta. Necesidad de unificación en materia de legislación sobre tenencia de tierras, salarios, empresa, estatuto del comerciante, propiedad industrial, transporte y seguros, títulos de créditos y arbitraje.

2. Comerciantes y sociedades.

DE LA ESPERANZA, ANTONIO: *La aprobación del acta de las juntas generales, el aumento de capital y la indivisión de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; páginas 449-465.

Comentario a la Resolución de 16 de noviembre de 1961, en la que, revocando la nota del Registrador, se declaró procedente la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que no constaba aprobada el acta de la junta general ni aparecía firmada por los asistentes; en la que se hace una distribución de capital aumentado sin contar con un socio que no compareció al otorgamiento de la escritura de aumento, en la que, siendo las participaciones indivisibles, se adjudican dos *pro indiviso* en el momento de su creación. Elogio de la Resolución.

SÁNCHEZ APELLANIZ, Miguel: *El Proyecto de Compañía de comercio con Indias aprobado por la Junta de Comercio en 1633*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; págs. 95-117.

Indicados sus antecedentes y significado y situado el Proyecto en cuestión se describen sus aspectos esenciales: fundación de la Compañía, el capital y su desembolso; la acción y los órganos de la Compañía.

VIVAS MORENO, Salvador: *Las estructuras jurídicas tradicionales al servicio de la aportación del Estado en la economía particular (Un ensayo sobre las llamadas sociedades de economía mixta)*. RDEA, núm. 25, enero-febrero-marzo 1961; págs. 529-548.

Considerada la sociedad de economía mixta como aquella sociedad en que el Estado o las entidades públicas colaboran con los particulares en la formación del capital y en la gestión y administración, se estudian los aspectos generales de esta especie particular de sociedad. Notas características (utilización de las formas de sociedad privada, capital aportado por particulares y entes públicos, gestión y administración conjunta), fundación, consecuencias de la intervención estatal y disolución.

3. Cosas mercantiles.

GARRIGUES WALKER, Antonio (y otros): *Comentarios legales a la Orden de 15 de marzo de 1962, sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles y sobre la supresión del Registro especial de valores españoles en poder de extranjeros*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; páginas 155-170.

Texto y Comentarios en torno a la orden que el epígrafe indica, cuya finalidad es la inclusión de los títulos públicos entre los títulos que pueden ser objeto de adquisición, la liberalización de la transferencia de beneficios, intereses, dividendos y capitales y la modificación del sistema de control, censo y estadística.

SILVETTI, Gustavo M.: *El endoso cambiario*. RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; págs. 5-49.

El endoso cambiario, en general, en el ámbito teórico y con referencia especial a la Legislación argentina. Antecedentes histórico del endoso, naturaleza, efectos y forma, requisitos, elementos personales. Estudio de los tipos especiales de endoso. Cesión de la letra.

1. Obligaciones y contratos.

DE MARINO, Rubén: *Análisis del concepto del suministro*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; págs. 27-75.

Ni en nuestra doctrina ni en nuestra Legislación existe una considera-

ción sería del contrato de suministro; se carece de un concepto general a base de una estructuración dogmática de la figura, desde un punto de vista técnico-jurídico. Pretende el estudio aislar el momento estructural y funcional que la identifica. Formación histórica y técnico jurídica del concepto: contrato por el que una parte se obliga frente a la otra al cumplimiento de prestaciones duraderas por una precio determinado o determinable. Estudio caracteriológico: perpetuidad abstracta, naturaleza obligacional, unidad, autonomía de las prestaciones, carácter conmutativo y sentido de la aleatoriedad en el suministro (meramente económica y no técnico-jurídica), impersonalismo del contrato.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: *Las notas distintivas de las cuentas en participación*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 429-447.

En la Sentencia de 3 de mayo de 1960 se formulan unas declaraciones generales en torno al contrato de cuenta en participación que el autor comenta, prescindiendo de referencias al supuesto concreto resuelto. Carácter oculto de las cuentas, pretendida ocasionalidad de las operaciones, falta de patrimonio común y personalidad jurídica. Cuentas y contrato de sociedad. Régimen subsidiariamente aplicable del contrato.

GARRIGUES, Joaquín: *Los agentes comerciales*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; págs. 7-25.

Antecedentes y significación económica. Regulación del contrato de agencia en el Derecho Comparado: Derecho alemán, francés, italiano y suizo. Los agentes comerciales en el Derecho español; carecen de adecuada reglamentación, desconociéndose sus notas distintivas en el Decreto de 1942 (modificado en 1950). Estas notas distintivas son: *independencia* frente al comerciante dueño del negocio; *estabilidad* de la relación, y *promoción* o *conclusión* de contratos mercantiles en nombre y por cuenta del *dominus*.

LACRUZ BERGEJO, José Luis: *El timbre de facturas en la compraventa mercantil*. RDM, núm. 83, enero-marzo 1962; págs. 79-93.

Trátase de fundamentar la tesis, a base de argumentos legales, de que los timbres de las facturas en las compraventas mercantiles son de cuenta del vendedor y no del comprador, como se pretende.

MOLLE, Giacomo: *Sobre la naturaleza jurídica de las reglas de Lisboa*. RDM, número 83, Enero-marzo 1962; págs. 133-139.

Resumen de una conferencia del autor, por E. Verdura. Las Reglas de Viena sobre créditos documentarios (1933) constituyen una «convención» entre Bancas. Se ha querido mantener el mismo carácter a las Reglas de Lisboa (1951), que son una revisión de las anteriores. Han cambiado de carácter y el problema de su naturaleza no puede resolverse unitariamente, sino para cada regla o grupo de reglas: condiciones generales, usos normativos, usos negociales.

MUÑOZ CAMPOS, J.: *La franquicia en los seguros de las casas bajo el régimen de propiedad horizontal*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 389-397.

En sentencia de 23 de diciembre de 1961, el Tribunal Arbitral de Seguros, en contra del acuerdo del Consorcio de Compensación de Seguros, ha entendido en reciente supuesto que la franquicia ha de aplicarse en relación con la indemnización total que corresponde pagar al asegurador a una comunidad de propietarios y no en relación a la parte de daño que corresponde a cada piso en una situación de propiedad horizontal.

URIA, Rodrigo: *Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 263-293.

Es tarea inmediata y sugestiva para el jurista el intentar dar unidad conceptual a la pluralidad de tipos de seguros que la práctica reconoce. Aunque la doctrina italiana es la que ha sentado las bases del concepto unitario del seguro sobre la base de la teoría indemnizatoria; también son importantes en el sentido expuesto las aportaciones de otras doctrinas. Consideración de la española, arrancando de los autores clásicos y llegando al momento actual. Consideración final de otros países de habla castellana. Se centra la unidad del seguro sobre bases indemnizatorias. Se trata de la Ponencia del autor, en abril de 1962, al Congreso Internacional de Seguros, de Roma

VICENTE GELLA, Agustín: *Contratación mercantil y buena fe*. T. núm. 7, 1960; págs 175-186.

Aspectos y significado de la buena fe como elemento esencial de la contratación mercantil. «Verdad sabida y buena fe guardada», de nuestras Ordenanzas de Bilbao. La buena fe es elemento esencial de los contratos, tanto en lo que afecta a su perfección como a la ejecución de las obligaciones que de ellos derivan. No tiene la buena fe en la contratación mercantil significado distinto que en la contratación civil: sólo particularidades de detalle en materia de estimación de la culpa y a propósito de la conclusión del contrato de seguro. Referencia a los aspectos generales (perfección y ejecución) y a las particularidades.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

MENÉNDEZ, Aurelio: *La distinción entre remolque y asistencia*. RDM, núm. 84, abril-junio 1962; págs. 241-262.

Aunque puedan surgir en la práctica supuestos dudosos, la distinción entre remolque y asistencia es clara. Aquél es simplemente un desplazamiento utilizando la energía motriz de otro buque; ésta, una actividad dirigida a la salvación de un buque, de personas o de cosas en situación de peligro. El artículo 19 del Título adicional a la Ley de Enjuiciamiento militar de Marina dice que «el buque clasificado como remolcador no tiene

derecho a remuneración especial por el auxilio o salvamento del buque que remolque o de su carga, a menos que haya prestado servicios excepcionales que no puedan considerarse comprendidos en el contrato de remolque». Este precepto (semejante al artículo 4.º del Convenio de Bruselas de 1910) permite agrupar en torno a él la problemática de la distinción entre remolque y salvamento: a), ¿se aplica a buques no remolcadores?; b), ¿qué son los servicios excepcionales que no se consideran comprendidos en el contrato de remolque?; c), ¿es aplicable sólo a casos de asistencia provocados durante la ejecución de un contrato de remolque celebrado antes de la situación de peligro o se extiende también a los remolques de un buque en peligro?

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

HERCE QUEMADA, Vicente: *Concepción filosófica del proceso*. T. núm. 7, 1960; páginas 237-246.

El proceso tiene su justificación en el principio de Derecho natural de que nadie puede tomarse la justicia por su mano. Las leyes que rigen el proceso como conjunto de actividades son leyes técnicas y leyes éticas. Manifestaciones concretas de esta idea. En su consideración: *cómo es* cabe hablar del fracaso del proceso; nunca en su consideración *cómo debe ser*.

2. Parte general.

AGUIRRE GODOY, Mariano: *La prueba testimonial en el Código de Enjuiciamiento civil y mercantil de Guatemala*. RDEA, núm. 29-30, enero-junio 1962; págs. 114-136.

Aspectos generales y concretos de la prueba mediante testigos en su significado, mecanismo y eficacia. Todo ello en el Derecho guatemalteco.

ALCAIDE ALONSO, Ricardo: *Algunos aspectos que tienden a consolidar la independencia judicial*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962; págs. 130-172.

La independencia judicial en su estado actual en España y en sus posibilidades de reforma, fijándose el autor en aspectos concretos del principio: Presidente del Tribunal Supremo y Magistrados. Nombramiento y ascensos, especialización, jubilación automática, prohibición de desempeño de otras funciones a los miembros de la administración de justicia. Secretarios y auxiliares. Los abogados y procuradores y la independencia judicial.

ALCÁNTARA SAMPELAYO, JOSÉ: *Intervención de oficio en el proceso civil*. RDJ, número 9, enero-marzo 1962; págs. 15-28.

Ante el hecho indiscutible de que en la mecánica de nuestro procedimiento civil el juzgador se encuentra con frecuencia sin «saber la verdad» en el momento de juzgar, el autor encomia las ventajas del principio dispositivo, manifiesta sus escasas aplicaciones en nuestro sistema del proceso civil y propugna la decidida y firme introducción de dicho principio en una reforma del Derecho procesal civil español.

ARIAS DE SAAVEDRA: *El Tribunal permanente de arbitraje y el Tribunal internacional de justicia*. T. núm. 8, 1960; págs. 145-149.

Conveniencia de mantener, al lado del Tribunal Internacional de Justicia el Tribunal Permanente de Arbitraje, creado por los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (el primer organismo lo fué después de la Primera Guerra Mundial). La escasez de asuntos llevados ante el Tribunal de Arbitraje se debe al general desconocimiento que presenta el procedimiento ante él. Indicación de los mismos.

FERRER MARTÍN, Daniel: *La reforma del procedimiento civil*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962; págs. 29-46.

La necesidad de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil es de todo punto necesaria, prácticamente imprescindible. Señalados sus defectos e inconvenientes en el actual momento histórico, se indican los criterios que deben presidir la reforma desde el punto de vista técnico, procesal y de política jurídica. A juicio del autor las bases de la reforma podrían sintetizarse así: reducción de los tipos de proceso, modificación de los principios rectores en cuanto a impulsión y dirección, desarrollo más simple del proceso ordinario y admisibilidad de la doctrina del abuso del derecho en el ámbito de las facultades procesales.

MOSQUERA SÁNCHEZ, Luis: *El sistema francés de selección y formación de jueces profesionales*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962, págs 191-237; núm. 10, abril-junio 1962; págs. 101-125.

A partir de diciembre de 1958 una numerosa serie de disposiciones llevan a cabo en Francia una reforma profunda de la organización judicial, siendo fundamental en este aspecto la creación del «Centro Nacional de Estudios Judiciales» que, como Escuela Judicial, funciona desde febrero de 1960. Sistema anterior y líneas generales de la reforma. Especial consideración del «Centro» indicado. Estructura, fines, mecanismo, etc. Referencia del ingreso directo en la Magistratura. Juicio favorable de la reforma.

PENSADO TOMÉ, Antonio: *En torno a la exigencia de licencia marital para la confesión judicial de la mujer casada*. RGLJ, tomo 212, núm 3, marzo 1962; páginas 352-382.

En cuanto a la confesión judicial de la mujer casada hay dos posicio-

nes; la que sostiene la necesidad de que se otorgue una licencia especial para confesar y la que afirma que esa licencia va implícita en la general para comparecer en juicio. Crítica e inconvenientes de la primera posición, que es la generalmente sostenida en la jurisprudencia.

RULL, Baltasar: *El Tribunal Supremo*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961, páginas 113-120.

Consideraciones sobre la necesaria reforma judicial en general y especial alusión al Tribunal Supremo, que no es un organismo estrictamente judicial ni puede regirse por las mismas bases y postulados que los demás tribunales. Independencia, responsabilidad, capacidad de los magistrados. Mantenimiento del rigor formal de los recursos. Necesidad de que no rebasen la quinta parte los magistrados que no procedan de la carrera judicial. En el nombramiento de los presidentes de Sala se impone acudir a la antigüedad.

3. Procesos especiales.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *El recurso de suplicación de la Ley de arrendamientos urbanos*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961; págs. 17-47.

Aspectos generales del recurso de suplicación, considerado como figura acortada de nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos. Antecedentes. Definición descriptiva y naturaleza de recurso extraordinario. Fundamentación y motivos del recurso, con referencia especial a la errónea aplicación del abuso del derecho. Procedimiento a seguir. Jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca.

CARBALLO BONALD, Rafael: *Problemática de los interdictos de retener y recobrar*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961; págs. 197-216.

Sobre la base de las declaraciones de la jurisprudencia estudia el presente trabajo el problema de la concurrencia de posesiones en relación con los interdictos de retener y recobrar: concurrencia vertical, limitada al supuesto del arrendamiento, y concurrencia horizontal o caso de coposesión. Posibilidad de los interdictos en favor de arrendador y arrendatario con respecto a terceros y en su relación interna. Posibilidad con respecto a terceros en la coposesión; dificultad de extender ese criterio permisivo al ámbito interno de la concurrencia de poseedores.

LÓPEZ RIELVES, Antonio: *Hacia una reforma parcial de la justicia española*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961; págs. 130-153.

Perspectivas y sugerencia en torno a los cauces por los que, a juicio del autor, podría discurrir la futura reforma de la justicia municipal. Preparación y formación de los jueces; conveniencia de ingreso en la Escuela

Judicial. Competencia en los distintos órdenes. Consideración del Registro civil: nombramiento de funcionarios especiales.

MOYA Y MOYA, Miguel: *Justicia municipal*. RDJ, núm. 9, enero-marzo 1962; páginas 173-188.

Aspectos actuales y posibles reformas en torno a la justicia municipal. Se propugna la unificación de régimen orgánico con la justicia de grado superior. Justicia técnica, legal o mixta. Selección y formación del personal. El Secretariado. Oficiales y auxiliares. Conveniencia de desligar de la esfera judicial el Registro Civil. Personas que lo aconsejan firmemente.

QUINTANA REDONDO, Carmelo: *Ejecución de sentencias dictadas en los procesos contencioso-administrativo*. T. núm. 9, 1961; págs. 84-95.

La ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa se lleva a cabo por una de las partes en el proceso: la propia Administración. La ejecución viene garantizada: 1.º Por la intervención de los Tribunales, que están obligados a «promoverla y activarla», a instancia de parte, hasta que la sentencia quede plenamente ejecutada. 2.º Por la responsabilidad civil y penal en que pueden incurrir los funcionarios de la Administración pública que se resistan o se nieguen a dar a estas sentencias total cumplimiento.

VIARIOS: *El ministerio fiscal*. RDJ, núm. 8, octubre-diciembre 1961; páginas 121-129

Un grupo de fiscales expone sus puntos de vista en torno al significado y función del Ministerio Fiscal en torno a una aspirada reforma de su reglamentación. Acentuación del aspecto humano de la función. Concesión de la dirección efectiva de la instrucción sumarial. Intervención en jurisdicciones especiales. Funciones en los diversos ámbitos.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen 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 Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).

- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de ANTONIO DE LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. POR TRATARSE DE LA MISMA CUESTION DECIDIDA POR LAS RESOLUCIONES DE 13 Y 18 DE JUNIO DE 1962, SE REITERA LA DOCTRINA EN ELLAS DECLARADA DE QUE, CALESQUIERA QUE SEAN LOS TERMINOS GRAMATICALES EMPLEADOS EN LA REDACCION DE LA CLAUSULA DE APLAZAMIENTO DE PAGO DEL PRECIO, SIEMPRE QUE RESULTE INEQUIVOCAMENTE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CONFIGURAR EL IMPAGO COMO CONDICION RESOLUTORIA, PODRA INSCRIBIRSE, CONFORME AL ARTICULO 11 DE LA LEY HIPOTECARIA, EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, A FIN DE QUE SEA EFICAZ RESPECTO DE TERCEROS (Res. de 27 de septiembre de 1962.—
B. O. de 12 de octubre).

2. REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA RESOLUCION DE 6 DE JULIO DEL AÑO EN CURSO, POR TRATARSE DE IDENTICA CUESTION, EN EL SENTIDO DE QUE LA FINALIDAD CAUTELAR DE LAS ANOTACIONES DE DEMANDA Y LA INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 42 DE LA VIGENTE LEY HIPOTECARIA, AUTORIZAN LA POSIBILIDAD DE ANOTAR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEMANDAS EN LA QUE SE EJERCITA EL DERECHO DE RETORNO A UN LOCAL DE NEGOCIO Y VIVIENDA AL AMPARO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (Res. de 29 de septiembre de 1962.—B. O. del 17 de octubre).

3. EL RETRACTO LEGAL ACTUA SIEMPRE CON LA MAXIMA EFICACIA FRENTE A TERCEROS AUNQUE NO CONSTE EN EL REGISTRO LA CAUSA DE RESOLUCION DEL DERECHO. Y AL EXTINGUIRSE POR DECLARACION DE LA LEY EL DERECHO DE LOS ARRENDATARIOS, PROCEDE, DE ACUERDO CON EL PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 82 DE LA LEY HIPOTECARIA, LA CANCELACION AUTOMATICA DEL ARRENDAMIENTO INSCRITO QUE FUE PACTADO CON EL COMPRADOR
(Res. de 4 de octubre de 1962.—B. O de 30 de octubre).

4 LA PERSONALIDAD PARA INTERPONER EL RECURSO GUBERNATIVO A EFECTOS DOCTRINALES, CORRESPONDE AL NOTARIO SUSTITUTO QUE HAYA AUTORIZADO LA ESCRITURA CALIFICADA.

El articulo 112 del Reglamento Hipotecario reconoce personalidad al Notario autorizante para recurrir gubernativamente contra la calificación del

título hecha por el Registrador, pero cuando hubiera autorizado la escritura un sustituto por imposibilidad accidental del Notario, corresponderá al sustituto, dada la naturaleza y efectos de la sustitución notarial y la finalidad del recurso gubernativo, la facultad de interponer éste, porque la circunstancia de que el documento se haya incorporado al protocolo del sustituido no justifica atribuir a este funcionario personalidad para recurrir gubernativamente (Res. de 22 de octubre de 1962.—B. O. de 14 de noviembre).

DERECHO CIVIL

1 TODO PODER DEBE SER RESTRICTIVAMENTE INTERPRETADO PARA EVITAR QUE AVERIGUACIONES MAS O MENOS AVENTURADAS PUEDAN DAR LUGAR A EXTRALIMITACIONES DEL APODERADO SUSCEPTIBLES DE OCASIONAR GRAVES PERJUICIOS A LOS INTERESADOS

La dificultad pudiera haberse originado por una errata material o por omisión de una sílaba en la escritura de poder, pues de su contexto aparece que el poderdante faculta para vender «bienes muebles sitos en Bilbao y que adquirió a la muerte de su abuelo», y dado que no existen tales bienes en la adjudicación que se hizo al interesado en la escritura de partición de herencia, que el poder sería superfluo con esa exclusiva finalidad y que en él se contiene asimismo autorización a la madre para vender, hipotecar y gravar, cabría concluir que la voluntad del mandante se manifestó en el sentido pretendido por el recurrente de estimar comprendida en el apoderamiento toda clase de bienes.

Sin embargo, considerando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.713 del Código civil, para enajenar, hipotecar o realizar cualquier acto de riguroso dominio se necesita poder expreso, y comoquiera que el poder se halla referido exclusivamente a la venta de bienes muebles, no faculta para la enajenación de las fincas vendidas en la escritura en tanto no se subsane el posible error padecido o se modifiquen los términos de su redacción (Res. de 6 de noviembre de 1962.—B. O. de 28 de noviembre).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Causa ilícita y fraude de acreedores

(Sentencia de 26 de abril de 1962)

José María PEÑA Y
BERNALDO de QUIROS
Notario

1. Doctrina de la Sentencia

Causa ilícita.—Diferenciación con los motivos.—Confusión de causa y motivos.—Aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden, y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico, al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto.

Causa ilícita.—Móvil.—Viene siendo admitida por la Jurisprudencia la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio.

Rescisión por fraude de acreedores.—Acción revocatoria.—La rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores, presupone un negocio válido, no pudiendo darse si el negocio es nulo, anulable o simulado.

Acciones revocatoria y subrogatoria.—Artículo 1111 del C. c.—Carácter subsidiario.—Ambas acciones tienen carácter subsidiario, pues no pueden ejercitarse si en el patrimonio efectivo del deudor existen bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores.

Artículo 1.111 C. c. Carácter subsidiario de ambas acciones.—No necesidad de juicio previo para acreditar la falta de bienes libres.—Para la debida aplicación del artículo 1.111 no es forzoso que en un juicio previo se acredite la falta de bienes libres, pudiendo suministrarse la prueba de este requisito en el mismo que el acreedor promueva ejercitando la Acción subrogatoria o revocatoria. (S. de 26 de abril 1962; no ha lugar.)

2. Comentario

A. *Hecnos.*—Con ánimo de defraudar a los acreedores de la mujer, ésta y su marido (que estaban separados legalmente) otorgan una escritura pública de transacción —la liquidación de la sociedad de gananciales estaba ha-

ciéndose judicialmente— por la que liquidan la sociedad de gananciales, y en la que, a pesar de ser la mayoría de los bienes atribuibles a la mujer en pago de sus parafernales y mitad de gananciales, se adjudican todos al marido. Este es el hecho fundamental y que aquí nos interesa.

Los demandantes pedían que se dictara sentencia declarando: 1.º La nulidad o inexistencia del contrato celebrado en escritura pública y mediante el que se liquidaba la sociedad de gananciales 2.º Subsidiariamente y para el caso de no estimarse la inexistencia o simulación —copiamos de la Sentencia— se declare que el mencionado contrato es rescindible por haberse otorgado en fraude de acreedores, declarándolo rescindido. Que en cualquiera de los pronunciamientos que se dicte, se declare que los demandantes se hallan facultados para instar la liquidación de la sociedad de gananciales de ambos cónyuges demandados por virtud de la subrogación que les confiere el artículo 1.111 del C. c.

B. La Sentencia de primera instancia, estimando la demanda, declaró: 1.º Que el contrato de liquidación de la sociedad de gananciales es nulo e inexistente (por ilicitud de la causa —1.275—, según se desprende del recurso de casación). 2.º Que los demandantes se hallan facultados para instar la liquidación de la sociedad de gananciales, por virtud de la subrogación que les confiere el 1.111 C. c., cuya liquidación se llevará a efecto en ejecución de sentencia.

La Sentencia de la Audiencia, en la parte que nos interesa, confirma la del Juez de primera instancia.

C. *Recurso de casación.*—Se basa en tres motivos —los tres amparados en el 1.692, 1.º, L. E. C.—, que resumimos así:

1.º Partiendo de los hechos probados —que el contrato fué celebrado con el propósito de defraudar a los acreedores de la mujer, propósito que conocía el marido— se denuncia la infracción por falta de aplicación del 1.291, 3.º, C. c., que ordena la rescindibilidad —con sus consecuencias y régimen distinto de la nulidad— y no la nulidad del contrato, como declara la sentencia recurrida.

2.º Infracción de ley por aplicación indebida del artículo 1.275 C. c., argumentando que la intención de defraudar no es la causa del contrato, pues siendo evidentemente ilícita e inmoral, si la causa fuera ese *animus fraudandi*, todos los contratos celebrados en fraude de acreedores, con el conocimiento y asenso del adquirente serían radicalmente nulos por aplicación del 1.275, y sería, por tanto, inútil su rescisión y los preceptos que la establecen. Por el contrario, el 1.290 C. c. parte de que los contratos rescindibles —entre los cuales están los en fraude de acreedores— son «válidamente celebrados».—Por todo ello debería declararse la rescisión por fraude si concurren los requisitos necesarios y no la nulidad por ilicitud de la causa.

3.º «Infracción de ley por inaplicación, interpretación errónea y violación del artículo 1.111 C. c.» Argumentando que el 1.111 concede a los acreedores la facultad de impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, pero sólo después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor. Se infringe el 1.111 por la Sentencia recu-

rriada, pues, reconociendo que existen bienes en posesión de la deudora, y que éstos no han sido realizados, admite la impugnación del contrato que la misma sentencia dice celebrado en fraude de los acreedores.

D. *Doctrina de la Sentencia del T. S. y crítica.*—Ya ha quedado expuesta al principio. Consta de cuatro considerandos. No resuelve de una manera clara las infracciones de ley que se apuntan en el recurso. Después de unas consideraciones generales sobre las acciones subrogatoria y pauliana, en los dos primeros considerandos, que nada nuevo dicen, en el tercero y cuarto se rechazan los tres motivos del recurso. Veamos cómo contesta a los tres motivos:

1) *Al motivo segundo: Aplicación indebida de 1.275.*—De rechazarle se ocupa el considerando tercero. No hay aplicación indebida porque la ilicitud de la causa constituye una nulidad absoluta, siendo ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Entiende que en el supuesto de la sentencia —contrato celebrado para defraudar a los acreedores— como en otros en que de causa ilícita se trate, aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, causa y móvil se confunden y hay que aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico de reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad. Esta teoría —sigue el Considerando 3.º— proclama, en definitiva, el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando, por excepción, el móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio.

En resumen: en el contrato celebrado en fraude de acreedores, el móvil —opuesto a las leyes y a la moral— se eleva a la categoría de causa, y, al ser ésta ilícita, es correcta la aplicación del 1.275, y, por tanto, el contrato «no produce efecto alguno».

Dos problemas distintos queremos resaltar: a) La doctrina que sienta en materia de causa ilícita; y b) Los contratos celebrados en fraude de acreedores, ¿son nulos —1.275— o rescindibles —1.291, 3.º—?

a) *La doctrina que sienta en materia de causa ilícita.*—Es correcta. Sigue, como dice expresamente, la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando, por excepción, el móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando de causa ilícita se trata.

Como ya puso de relieve NÚÑEZ LAGOS («El enriquecimiento sin causa en el Derecho español»), la teoría clásica de la causa hacía imposible el concepto de causa ilícita. Conceptúa este autor la causa, no sólo como el fin abstracto y permanente del contrato —móvil específico—, sino como la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al negocio como elemento determinante de la declaración de voluntad —móvil impulsivo y determinante—.

La Sentencia que comentamos sigue la línea de la nueva conceptualización de la causa iniciada ya en la S. de 2 de abril de 1941 y seguida por otras, como las de 12 de abril de 1946 y 6 de diciembre de 1947.

b) *Los contratos celebrados en fraude de acreedores, ¿son nulos —1.275— o rescindibles —1.291, 3.º—?*

a) *Importancia de la solución que se dé.*—Es evidente; el régimen de la nulidad absoluta o inexistencia y el de la rescisión es diferente. Así, en la rescisión es preciso demostrar que sólo con ella es posible cobrar por no ser suficientes los bienes del deudor —1.111—, en la nulidad no. En la rescisión la acción durará cuatro años —1.299—; en la nulidad la acción es imprescriptible. La acción rescisoria puede paralizarse pagando a los acreedores; (T. S. y Doctrina); la de nulidad, no. Si se estima que hay causa falsa, el contrato no producirá efecto alguno, aunque el adquirente haya sido a título oneroso y de buena fe; sin embargo, estos adquirentes quedan protegidos frente a la acción revocatoria —1.295 y doctrina dominante—. Vemos, pues, que es importante la solución que se dé.

b) *Nuestra posición.*—En los casos de contratos realizados para burlar a los acreedores pueden darse estos supuestos, como más normales:

1.º *Disposiciones a título gratuito.*—Generalmente estaremos ante contratos simulados, con simulación absoluta y, por tanto, como tiene declarado repetidamente el T. S. —así S. 1 de abril de 1947— inexistentes, en razón al 1.261. Si no hay simulación, estaremos ante enajenación fraudulenta, que se presume —1.297—.

2.º *Disposiciones a título oneroso.*—También aquí será frecuente el caso de simulación absoluta, que seguirá el régimen de ésta. En los supuestos en que no haya simulación, sino verdadera enajenación, para sustituir los bienes —fáciles de embargar— por dinero fácil de ocultar, puede ocurrir que el adquirente sea o no cómplice en el fraude. Si no lo es, el acto debe prevalecer, pues la adquisición a título oneroso y de buena fe no puede quedar supeditada a la intención del transmitente —que no sea de defraudar—. Pero para que no pueda irse contra ese adquirente es preciso aplicar el régimen de la rescisión —1.298—, pues si se aplicara el de la nulidad absoluta o inexistencia por ilicitud de la causa, no quedaría protegido. Luego en este caso no podrá aplicarse la doctrina de la Sentencia que comentamos que entiendo que rige el 1.275 —causa ilícita—, con la consiguiente nulidad.

Nos queda por ver si cuando el adquirente es cómplice en el fraude debe aplicarse la doctrina de la rescisión o la de la nulidad. Entendemos que la de la rescisión. Razón: el C. c. establece una regulación especial *precisamente* para este supuesto; enajenación *onerosa con complicidad* (v. gr. el artículo 1.298, 1.297, II), regulación que sería inútil si entendiésemos que hay nulidad absoluta.

Además, concuerda mejor con la protección que se debe a los acreedores la regulación de la revocación que la de la nulidad. Se trata de que cobren; pues bien, sólo en cuanto sea necesario para ese fin, se debe invalidar el acto; justamente lo que pasa en la rescisión; la acción puede interrumpirse pagando los créditos (T. S.); es necesario demostrar que el deudor carece de bienes suficientes —artículo 1.111 C. c.—; carácter subsidiario de esta acción —1.294 C. c.—; el adquirente de mala fe debe indemnizar a los acreedores de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese oca-

sionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolver las cosas enajenadas en fraude --1.298 --.

Sería excesivo concederles una acción para pedir la nulidad absoluta, imprescriptible, por tanto, y sin protección para los que hubieran adquirido de buena fe y a título oneroso.

2) *Desestimación del motivo primero del recurso.*—La desestimación del motivo segundo —dice el Considerando cuarto— acarrea la del primero, que denuncia la inaplicación del artículo 1.291 del C. c., que ordena la rescindibilidad de los contratos celebrados en fraude de acreedores, ya que ésta presupone un negocio válido.

El razonamiento es correcto. Lo que pasa es que, en nuestra opinión, debería haber estimado el motivo segundo, y, por tanto, el primero. Pero, partiendo de que el contrato es nulo, no se puede conceder la rescisión.

3) *Desestimación del motivo tercero del recurso.*—Dice el mismo Considerando cuarto que tampoco puede «prosperar el motivo tercero al incurrir en el grave defecto procesal de omitir el concepto de la infracción exigido imperativamente para la admisibilidad del recurso por el artículo 1.720 L. E. C., que en el actual trámite procesal se convierte en causa de desestimación».

E. Conclusión.—En los casos de enajenación en fraude de acreedores normalmente habrá simulación y se aplicará el régimen de ésta. Si no hay simulación, sino que existe realmente disposición, procederá aplicarse el régimen de la rescisión, con sus requisitos y efectos peculiares.

J. M. P.

II. SENTENCIAS

A cargo de J. F. DUQUE, Carlos FERNANDEZ-NOVOA Gabriel GARCIA CANTERO, Justo J. GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, Rafael IZQUIERDO Antonio Moro, José María PEÑA, José PERE RALUY, Antonio PERTZ VEGA y Ramón ZABALZA, con la dirección de Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. FALTA DE PRUEBA DE LA COSTUMBRE ALEGADA: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: *No es motivo de revisión el que el Tribunal «a quo» no haya recogido en su fallo la costumbre alegada, debido a que no se aportó prueba alguna demostrativa de la existencia de esa costumbre.* [S. 12 de abril de 1962; Sala de lo Social.]

2. LEGITIMACIÓN: ACTOS PROPIOS: *El arrendatario que al ser objeto de requerimiento denegatorio de prórroga arrendaticia por el arrendador, demanda a éste de conciliación y expone las razones que a su juicio se oponen a la denegación sin impugnar el derecho del actor a efectuar, en su calidad de tal, el requerimiento, reconoció tácitamente la personalidad de dicho arrendador y no puede volver sobre sus propios actos en el proceso resolutorio, negando la legitimación del demandante.* [S. 26 de abril de 1962; no ha lugar.]

3. TÍTULO NOBILIARIO: INTERPRETACIÓN DE LA REAL CONCESIÓN: *La concesión real está sujeta en su interpretación a las normas de los negocios jurídicos, siendo ésta una función propia de los Tribunales de instancia, cuyo criterio interpretativo ha de prevalecer sobre el particular del recurrente en tanto no resulte manifiestamente erróneo.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: FALTA DE CONCISIÓN: *Se incurre en manifiesta falta de precisión —requisito que ha de estimarse equivalente a concisión, o sea, empleo únicamente de las palabras necesarias— si mediante una extraordinaria e injustificada extensión de los razonamientos en que se apoya y con inútiles repeticiones dificulta la exacta apreciación de las cuestiones planteadas, con infracción de lo prevenido en el art. 1.720 de L. e. c. en relación con el núm. 4º del art. 1.729 de la misma.* [S. 20 de marzo de 1961; no ha lugar.]

4. PRODIGALIDAD: CONCEPTO: *Se caracteriza la prodigalidad por una conducta desordenada y dilapidadora, que tiende al derroche y despilfarro irreflexivo.*

PRODIGALIDAD: *No se da en el que trasvasa un negocio en un precio elevado y hace sendas cesiones de otros dos negocios a dos de sus hijos, aunque tales actos puedan poner en peligro los derechos legítimos de los demás hijos y del cónyuge; peligro que puede remediarse con el ejercicio de otras acciones, pero no declarando la prodigalidad que no procede. [S. 23 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

5. **PRODIGALIDAD: CONCEPTO:** *«Es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, al que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia».*

PRODIGALIDAD: CUANDO SE DA: *Hay que tener en cuenta la situación económico-social de la persona de que se trate, para saber si los gastos que realiza son desproporcionados con dicha situación.*

PRODIGALIDAD: CONCEPTO: *Como el Código civil no define la prodigalidad hay que partir para fijar su concepto de nuestro Derecho histórico (L. V. T. XI, Partida 5.ª), del sentido usual y gramatical del vocablo, y de la configuración que de ella ha hecho la jurisprudencia.*

PRODIGALIDAD: FUNDAMENTO: *La prodigalidad se reglamenta por nuestro Código civil como una circunstancia modificativa de la capacidad, fundada únicamente en el interés privado familiar, dado que sólo puede declararse cuando se ponen en peligro los medios económicos necesarios para la subsistencia de la familia.*

PRODIGALIDAD: ¿CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO?: *Al no determinar la ley positiva, qué actos son suficientes para que una persona sea declarada prodigo, es facultad privativa de los tribunales de instancia la apreciación de los elementos probatorios, decidiendo si se da o no la conducta desordenada y el peligro para el patrimonio, que son necesarios para la declaración de prodigalidad, y esa apreciación ha de aceptarse en casación a menos que se demuestre la evidente equivocación o error en que hubiere incurrido el fallo recurrido. [S. 18 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

NOTA:

A. En cuanto al concepto, caracteres y finalidad de la prodigalidad en el C. c. la sentencia no hace más que recoger la doctrina de otras anteriores, principalmente: 17 de febrero de 1904; 13 de junio de 1915; 30 de septiembre de 1930; 25 de marzo de 1942; 25 de mayo de 1955, y 25 de septiembre de 1958. La doctrina que sienta es correcta.

B. En cuanto a la apreciación de los elementos probatorios, decidiendo si se da o no la conducta desordenada y el peligro para el patrimonio —presupuestos de la prodigalidad— la Sentencia que comentamos parece entender que es cuestión de hecho, que tiene que aceptar, por tanto, el T. S., mientras no se combata por la vía del número 7.º del 1.692.

Creemos que esa doctrina no es correcta. Determinar si se dan o no

determinados hechos, corresponde al tribunal «a quo» y vincula al Supremo. Determinar si esos hechos constituyen o no el supuesto de hecho necesario para declarar la prodigalidad es cuestión de derecho, y el Tribunal Supremo puede estimar lo contrario que el Tribunal «a quo», si el recurso se formula por la vía del número 1.º 1.692, por violación e interpretación errónea de los artículos 221 y 222 del C. c. (J. M. P.)

6. PRODIGALIDAD DE MUJER CASADA: *La mujer casada puede ser declarada pródiga, no siendo incompatible la tutela de la pródiga con la autoridad marital; entender lo contrario iría contra el art. 222 que permite pedir la declaración de prodigalidad al cónyuge —marido y mujer— y no sólo a la mujer.*

PRODIGALIDAD: MATRIMONIO DE LA DECLARADA PRÓDIGA: *El matrimonio de la declarada pródiga no extingue automáticamente e «ipso iure» la tutela, siendo necesario que la autoridad judicial, en juicio contradictorio, haga la declaración de haber cesado la causa que motivó la tutela, como en los casos de locura o enfermedad mental.*

TERCERÍA DE DOMINIO: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO: *Este juicio especial se contrae, según el 1.532 en relación con el 1.539, al supuesto de que en la ejecución se embarguen bienes que atribuyéndose al deudor y ejecutado en realidad no le pertenezcan y sean propiedad de tercero, implicando esta tercería una acción reivindicatoria que para que prospere precisa que se pruebe el dominio.*

TERCERÍA DE DOMINIO: CUANDO NO PROCEDE: *No procede la tercería de dominio, habiéndose entablado indebidamente ésta, cuando el tercero que se estima dañado por una ejecución indebida sobre bienes propios, pero que como tales bienes propios de él quedaron embargados, por estar ligados por alguna relación con los afectados por la ejecución. [S. 6 de julio de 1962; ha lugar.]*

NOTA: En cuanto a prodigalidad de la mujer casada esta Sentencia sienta estas tres importantes afirmaciones:

1.ª La mujer casada puede ser declarada pródiga, pues no encuentra en el matrimonio el freno necesario para impedir su tendencia al desorden.

2.ª El matrimonio de la declarada pródiga no extingue «ipso iure» la tutela, siendo necesaria declaración judicial en juicio contradictorio.

3.ª El juez podrá o no estimar que ha cesado la causa (278 C. c.) que motivó la declaración de prodigalidad. (J. M. P.).

7. SIMULACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La simulación de los contratos, por revestir fundamentalmente una cuestión de hecho, es materia de la libre apreciación del juzgador, debiendo prevalecer el criterio de éste a menos que sea combatido por el cauce del número 7 del 1.692 L. e. c. [S. 23 de junio de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Entendemos que apreciar si se da o no la simulación es cuestión de derecho y no de hecho, como dice el T. S. Lo que pasa es que, normal-

mente, el problema y la dificultad estará en la fijación de los hechos. Pero probados éstos, decidir si hay o no simulación es cuestión de derecho, atacable por la vía del número 1.º y no del 7.º L. E. C. (J. M. P.)

8. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: SIMULACIÓN: *La interpretación y calificación de los negocios jurídicos corresponde al Tribunal de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, mientras permanezca dentro de los límites racionales de lo que la vida de relación ofrece con casi uniformidad o insistencia, como lo es en Galicia —donde la propiedad territorial no se halla en general inscrita—, al emplearse para garantizar el préstamo, la compraventa con pacto de retro, en combinación con el arrendamiento al vendedor de las cosas vendidas.* [S. 30 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

9. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO: *Como primera regla de interpretación de los contratos se ha de estar al sentido literal o gramatical del texto, de tal suerte que sólo en caso de duda es dable acudir a la intención o elementos psicológicos de los contratantes.*

PRUEBA: DOCUMENTOS FISCALES EN EL ORDEN CIVIL: *Los documentos fiscales no tienen trascendencia decisiva en los derechos civiles.* [S. 25 de junio de 1962; no ha lugar.]

10. CARGA DE LA PRUEBA: TERCERÍA DE DOMINIO: ARRENDAMIENTO: *No obstante lo dispuesto en el art. 1.214 C. c., corresponde al demandado la prueba de aquellos hechos que son impositivos u obstativos al éxito de la acción entablada contra él y, por ello, acreditado por el tercerista el arriendo de la finca embargada que le daba derecho al percibo de una parte de sus frutos, debió el ejecutante acreditar su afirmación de que el arrendador carecía de facultades para otorgar dicho arrendamiento en la fecha en que lo hizo.* [S. 9 de febrero de 1961; no ha lugar.]

II. Derechos reales

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIFICACIÓN DE LA COSA: *Es necesario para el éxito de la acción reivindicatoria la identificación de la cosa reivindicada, cualquiera que sean los títulos, válidos o nulos, que ostente la parte demandada.* [S. 17 de febrero de 1962; no ha lugar.]

2. TERCERÍA DE DOMINIO: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO.—TERCERÍA DE DOMINIO: CUANDO NO PROCEDE: Ver S. 6 de julio de 1962 (I, 6).

3. TÍTULO Y MODO: *Como se desprende de los arts. 609 y 1.095 del C. c. el dominio no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de tradición, por lo que, aunque exista una sentencia condenando al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta a favor del titular de un derecho de opción, no adquiere este derecho real sobre la cosa mientras no se*

otorgue aquella y se haga la tradición (bastará, en su caso, la instrumental del 1.462, II C. c.).

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La acción de rectificación del Registro es inseparable del dominio o derecho real del que se derive, por lo que no puede ser ejercitada si hay título, pero no tradición.* [S. 30 de junio de 1962; ha lugar.]

4. **CONCEPTO DE PRECARIO:** *El precario consiste en el uso o disfrute de cosa ajena sin que medie renta ni otra razón que la condescendencia del poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su propia tolerancia. Se halla en situación de precario el vendedor de una finca que se comprometió a entregarla libremente al comprador en fecha determinada y no cumplió su compromiso, sin que obste a la calificación de precarista el que el vendedor haya abonado en el tiempo de su ocupación algún recibo de contribución si el pago se hizo por acto unilateral no contractual y con facultad de repercutir el pago.* [S. 6 de abril de 1962; no ha lugar.]

5. **PRECARIO: CUESTIÓN COMPLEJA:** *Acreditada la concurrencia de los elementos que, conforme al art. 1.565, núm. 3.º L. E. C. integran el precario, no constituyen cuestiones complejas que obsten al desahucio las alegadas por la demandada de índole afectiva o sentimental y parentesco espiritual con el demandante.* [S. 22 de junio de 1962; no ha lugar.]

6. **PRECARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL PROPIETARIO ARRENDADOR FRENTE A TERCERO:** *El propietario arrendador es parte legítima para interponer juicio de desahucio contra un tercero, ya que al arrendar la cosa sólo cedió la posesión natural e inmediata, conservando la civil y mediata, o sea, la posesión real a título de dueño de que habla el art. 1.564 L. e. c.*

AMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO: *La esfera de acción del procedimiento de desahucio por precario queda circunscrita al examen del título invocado por el actor y de la situación del demandado como poseedor material sin título y sin pagar merced, con independencia del contrato de arrendamiento que pueda ligar a aquél con un tercero.* [S. 22 de marzo de 1962; No ha lugar.]

7. **TERCERÍA REGISTRAL: ART. 38, III, L. H.: SOBRESIMIENTO DE OFICIO:** *El sobresimiento que procede en caso de tercería registral habrá de hacerse de oficio.* [S. 3 de julio de 1962; no ha lugar.]

III. Obligaciones

1. **DOCUMENTO PRIVADO: TERCEROS:** *Los firmantes de un documento privado y sus representados o causahabientes no pueden ser considerados como terceros a efectos de lo dispuesto en el art. 1.227 del Código civil.*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CIVILES: *Hay que distinguir entre*

los contratos que relacionan a la Administración con los que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos e incluso a la Administración con los usuarios—que pertenecen a la esfera del Derecho administrativo— y aquellos otros con los que los intermediarios en la prestación de los servicios buscan los medios de relacionarse con los particulares para la ejecución, por su cuenta, de la función mediadora, tales como los referentes a la publicidad, arrendamiento de locales, suministros de electricidad, agua, etc., en los cuales no interviene ni directa ni indirectamente el Estado, que sólo de manera indirecta afectan al servicio y que pertenecen a la esfera del Derecho privado, teniendo este carácter el de arrendamiento de un local para administración de lotería.

CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL PARA ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍA: No puede decirse que el local arrendado con tal destino sea una dependencia del Estado y puesto que en el mismo se ejerce una actividad comercial con fin de lucro es correcta la calificación como local de negocio, con tanta mayor razón si se pactó, expresamente, como destino, además de la venta de billetes de lotería, la de géneros de escritorio.

TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: CESACIÓN EN ALGUNA DE LAS ACTIVIDADES EN EL EJERCIDAS: No es obstáculo para la transmisión del derecho arrendaticio el que al fallecimiento del arrendatario hubiera de cesarse en una de las dos actividades comerciales en el local desarrolladas, aunque se considerase como la principal, pues nada se opone a que la secundaria pase a cobrar mayor importancia.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CAMBIO DE ACTIVIDAD INDUSTRIAL O MERCANTIL: El cambio de destino no es, por sí mismo, causa de resolución ni hace perder su naturaleza y efectos al contrato, mientras en el local se desarrollen actividades de industria, comercio o fin lucrativo. [S. 18 de junio de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Realiza esta notable sentencia una serie de declaraciones de gran interés, tanto en lo referente a la distinción entre los contratos de índole civil, de los de carácter administrativo, como en lo relativo a la calificación de los arriendos de locales destinados a Administración de Loterías, y a la adecuada apreciación de los efectos del cambio de negocio ejercido en el local. La calificación como locales de negocio de las Administraciones de Loterías viene determinada por la naturaleza claramente mercantil de la actividad desarrollada en ellas; la Instrucción General de Loterías de 23 de marzo de 1956 demuestra claramente que en tales Administraciones se realizan habitualmente, con ánimo de lucro, operaciones de comisión de venta sin que el hecho de que los efectos vendidos sean efectos estancados desvirtúe en lo más mínimo el carácter mercantil del tráfico; el art. 157 de la Instrucción dice que las Administraciones podrán ser conocidas de forma comercial con el nombre que se registre a su favor; el 258 habla de que en los locales en que exista «otra industria» habrá la suficiente separación y distancia entre ambas, y el art. 182 señala que los Administradores de loterías disfrutarán por la venta de los billetes las comisiones señaladas. Con esta sentencia queda disipado el confucionismo suscitado en la materia y desautorizado el criterio

de una antigua resolución de 21 de noviembre de 1953 de la Audiencia de Sevilla que por considerar a los estanqueros como funcionarios públicos afirmó la asimilación de los estancos a las viviendas. (J. P. R.)

2. ARBITRAJE DE EQUIDAD: ARBITRAJE DE COLEGIO PROFESIONAL: *No está comprendido en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, el acuerdo adoptado por la Junta Directiva de un Colegio Oficial de Agentes y Comisionistas de Aduanas, conforme a su Reglamento interior (no publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y aprobado por el Director General del Ramo), aunque se refiera a una cuestión existente entre un Colegiado y un particular no colegiado, siendo por ello improcedente el recurso de nulidad interpuesto contra el citado acuerdo. [S. 23 de abril de 1962; no ha lugar.]*

3. ARBITRAJE DE EQUIDAD: MATERIA ARRENDATICIA: RECURSO DE NULIDAD: *El recurso de nulidad sólo puede fundarse en alguna de las causas taxativamente enumeradas en el núm. 3.º del art. 1.691 en relación con el párrafo 2.º del artículo 487, ambos de la L. E. C., sin que deba entenderse incluida también pese al art. 14 de la L. de Arbitrajes de 22 de diciembre de 1953, la de haber resuelto los árbitros cuestiones relativas a derecho necesario o referentes a arrendamientos urbanos, pues aunque en ellos haya normas de derecho necesario, no significa que la totalidad de la materia tenga ese carácter e incluso se admite la renuncia que, traspasando los límites del art. 6.º L. A. U. tiene lugar después de adquirido el derecho mediante su incorporación al patrimonio.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: *No se puede mediante este recurso interferir todo el proceso de elaboración del fallo, obstaculizando el móvil de paz y equidad que preside el arbitraje y desnaturalizando sus caracteres de sencillez y confianza, debiendo apreciar el sentido de las cláusulas compromisorias no aisladamente, sino por el conjunto de todas ellas y sin que los árbitros, siempre que no traspasen los límites objetivos del compromiso, estén obligados a interpretarlo con demasiada restricción. [S. 4 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

4. ARBITRAJE DE EQUIDAD: LAUDO FUERA DE PLAZO: *El transcurso del plazo pactado sin la decisión arbitral extingue el compromiso, y si se dió en plazo extemporáneo es nulo por inobservancia del requisito formal del tiempo. [S. 3 de julio de 1962; ha lugar.]*

5. CONTRATO ALEATORIO: CONTRATO CONDICIONAL: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Es condicional y no aleatorio, por depender la obligación de una de las partes de un acontecimiento futuro e incierto, el contrato de prospección de aguas por virtud del cual el contratista se comprometió a realizar a su costa los trabajos necesarios si el caudal alumbrado no excedía de cinco mil litros por hora. [S. 14 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

La desafortunada redacción del art. 1.790 C. c. da base para confundir los contratos aleatorios con los condicionales. La doctrina, desde SÁNCHEZ RO-

MÁN, los ha distinguido con precisión. Ultimamente Nicoló s. v. *Alea* en *Enciclopedia del Diritto*, dice que la distinción es tan clara que no merece la pena de plantearse siquiera. En el caso del recurso —contratista que reclama el importe de los trabajos— la calificación del contrato era casi irrelevante.
(G. G. C.)

6. COBRO DE LO INDEBIDO: *Existe cobro de lo indebido cuando el accipiens recibió la suma reclamada a través de un asiento contable realizado por un tercero por cuenta del solvens, y posteriormente se demuestra que tal suma era indebida, surgiendo, en consecuencia, la obligación de restituirla en quien la había recibido.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los documentos que ya fueron tenidos en cuenta por la sentencia no se pueden invocar en casación como determinantes del error en la apreciación de la prueba. Si se entiende que no se interpretan adecuadamente, tal errónea interpretación debe ampararse en el ním. 1.º y no en el ním. 7.º del art. 1.692 de L. E. C.*

FOTOCOPIA: *No es documento auténtico la fotocopia cuya eficacia procesal ha sido expresamente impugnada por la contraparte. [S. 25 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

7. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: NO ACUMULABLE: *Tales responsabilidades no se pueden exigir a la vez, como derivadas de unos mismos hechos, sino que habrá que exigir solamente la que de ellos corresponda.*

CLÁUSULA PENAL: VARIOS SENTIDOS DE ÉSTA: *La cláusula penal puede tener estas funciones: 1.º Liquidatoria de perjuicios —función normal si otra cosa no se estipula, 1.152—; 2.º función cumulativa —es preciso que se pacte, si no, no se da, pues se excluye en el 1.153, II; 3.º función «penitentialis», o de pena —es preciso que se pacte; si nada se dice, excluida por 1.153, I—. [S. 13 de junio de 1962; no ha lugar.]*

8. DAÑOS POR IMPRUDENCIA: *Incurre en una falta elemental de precaución la mujer que circula en bicicleta portando en la mano derecha una hoz de labranza sin enfundar, con la que también asía el manillar del vehículo, lo que dificultaba el regular funcionamiento de éste, alcanzando a un niño de ocho años causándole lesiones.*

CASO FORTUITO: *Es una categoría jurídica contradictoria con la de la culpa. [S. 22 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

9. CONCURSO NECESARIO DE ACREEDORES: REQUISITOS: CONSIGNACIÓN DE LO DEBIDO: *La declaración de concurso necesario exige: 1.º) que existan dos o más ejecuciones pendientes contra el mismo acreedor, y 2.º) que no se haya encontrado en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad bastantes a*

cubrir la cantidad adecuada; falta el primer requisito cuando el deudor paga el principal y consigna para intereses y costas antes de ser declarado en concurso, o cuando consigna para el principal interés y costas, o cuando se declara nulo el juicio ejecutivo aunque esté pendiente de apelación. [S. 29 de marzo de 1962; no ha lugar.]

IV. Arrendamiento de cosas

1. TITULARIDAD ARRENDATICIA: PRUEBA: DOCUMENTO PRIVADO OTORGADO POR ANTERIOR ARRENDATARIO: PRUEBA DE UN SUPUESTO COARRIENDO: *Otorgado originariamente un arriendo en favor de persona determinada, no es prueba de la existencia de un coarriendo en favor de dicho inquilino y de un hermano de éste un documento privado en que el anterior propietario del inmueble afirma el hecho del coarriendo, ya que este documento no ha sido reconocido por el actual arrendador y frente a él existe el hecho de que, con posterioridad al supuesto coarriendo, el antiguo propietario dirigió una demanda de desahucio sólo contra el inquilino originario y extendió los recibos de arriendo a nombre del mismo. [S. 18 de junio de 1962; ha lugar.]*

2. CALIFICACIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO: «LOCAL»: *«Local» es un vocablo más genérico que «solar», por estar referido a un terreno con edificación o sin ella.*

CALIFICACIÓN: SOLAR O LOCAL DE NEGOCIO: CONSTRUCCIÓN SECUNDARIA Y NO PERMANENTE: COBRO DE INCREMENTOS ESTABLECIDOS EN LA LAU: *Hay que atender a las condiciones físicas existentes al momento de la celebración del contrato para determinar si las instalaciones en la cosa arrendada sirven de base a la calificación del arriendo como correspondiente a solar o a local de negocio. Una edificación, al ser accidental e inapropiada, por la falta de permanencia, para servir de base material al ejercicio de industria o comercio no permite atribuir al local ni la condición amplia de vivienda-morada, ni la restrictiva de local de negocio habitable. No obsta a la calificación del arriendo como de solar el que se hubieran percibido, en relación al mismo, los aumentos autorizados por la LAU. [S. 23 de junio de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Se trata de una cubierta o cobertizo de teja plana sostenida por vigas de madera, de carácter desmontable y sin las condiciones exigidas por las Ordenanzas Municipales y la costumbre para las edificaciones.

3. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CARACTERÍSTICAS FÍSICAS Y DESTINO CONTRACTUAL: *Son cosas distintas la clase de edificio que se arrienda y el destino para el que se arrienda y así, un edificio construido para local de negocio puede arrendarse para almacén y viceversa. [S. 11 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

4. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO: VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO: *En los casos en que el documento contractual esté redactado en términos ambíbo-*

lógicos es lógico que se acuda, para determinar la intención de los contratantes, a actos coetáneos y posteriores de los mismos. Del hecho de que en los recibos se haga referencia a la «casa que habita» el arrendatario, de que los aumentos abonados hayan sido los correspondientes a vivienda y del predominio desmedido de la superficie destinada a vivienda y la poca entidad de la industria emplazada en un reducido patio del local arrendado hay que deducir que el destino de éste es el de vivienda.

POSTULACIÓN: APELACIÓN: *No viola la Ley, la Audiencia que tiene por comparecido al Procurador que, al personarse ante ella, lo hace por escrito en que se remite al poder obrante en los autos y que dicho Tribunal tiene a su disposición por habérsele remitido los autos originales.*

RECURSO DE APELACIÓN: *La apelación no es más que un recurso ordinario, dentro de la concepción unitaria de proceso. [S. 26 de febrero de 1962; ha lugar.]*

5. RENUNCIA DE BENEFICIOS EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: RENUNCIA AL EJERCICIO DE DIVERSAS ACCIONES RESOLUTORIAS: *Es válida la cláusula por la que el arrendador renuncia expresamente a todo derecho que pudiera tener a aumentos de alquileres de la vivienda y a formular desahucio alguno contra el arrendatario si no fuere debido a falta de pago. [S. 27 de abril de 1962; ha lugar.]*

NOTA: Se basa la sentencia en el artículo 6 de la LAU y en el término «podrá» utilizado en el artículo 115 de la misma. Se agrega en los fundamentos de derecho que hay que reconocer la validez de la cláusula, con tanta mayor razón si se tiene en cuenta su carácter de compensación por contraprestación de beneficios recibidos por el arrendador y concluye diciendo que la cláusula debe mantenerse, no sólo por razones de índole legal, sino por motivos de «equidad obligacional» (J. P. R.)

6. SUBROGACIÓN DE VIVIENDA INTER VIVOS: TIEMPO: PRESUNCIONES: ERROR DE HECHO: *Del mero hecho de que el arrendatario abandone su vivienda dejando en él a su mujer e hijo no puede deducirse que lo realizara con ánimo de abandonar su domicilio. [S. 11 de abril de 1962; ha lugar.]*

NOTA: Ningún reparo cabe formular a la anterior doctrina, pero sí lo sugiere la libertad con que la Sala I del Tribunal Supremo ha revisado los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida en términos que suponen un manifiesto desbordamiento del estrecho cauce del artículo 136 de la LAU. Se declaró probado por la Audiencia que el arrendatario se había ausentado del piso en agosto de 1957 y que el 6 de febrero de 1958 el arrendador notificó que cedía la vivienda a uno de sus hijos. El arrendatario recurrente reconoció que se había ausentado del piso y de España en agosto de 1957, pero alegó que no cubía confundir el hecho de la salida del piso con la cesión. El Tribunal Supremo afirma que con anterioridad a la carta notificatoria de la subrogación no hay manifestación o decisión por parte del arrendatario, de su propósito de querer ausentarse (!) y que la notificación es la primera manifestación de la voluntad del mismo de no querer seguir ocupando la vivienda que lleva en arrendamiento y querer

cedérsela a su hijo. Con la simple base del documento de notificación considera el Tribunal Supremo acreditado el error de hecho de la Audiencia al señalar como fecha de la cesión la de agosto de 1957 y contra el criterio de los dos órganos de instancia absuelve al inquilino de la demanda. Lo que evade la sentencia anotada es la resolución de la disyuntiva acertadamente planteada por la parte recurrida: o la cesión se realizó en agosto y en tal supuesto procede la resolución por haberse realizado la notificación de la misma fuera del plazo legal o se produjo en febrero siguiente y en tal supuesto procede también la resolución por haberse realizado la subrogación sin darse el requisito de convivencia actual entre subrogante y subrogado. Nótese que las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo al reformar el presupuesto fáctico de la sentencia recurrida suponen no ya sólo una simple afirmación de hecho deducida del simple contraste entre los hechos afirmados en la sentencia de la Sala *a quo* y el contenido del documento, sino el resultado de un juicio de valoración jurídica de determinados hechos, de determinación, del alcance y significación, en derecho de circunstancias fácticas más propias del recurso por infracción de ley que del basado —como lo fué el de autos— en el puro error de hecho (causa 4.^a del art. 136). (J. P. R.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR NECESIDAD: IRREGULARIDAD EN EL REQUERIMIENTO: *Es irregular el requerimiento denegatorio de prórroga de un local arrendado para oficina, si se ofrece como indemnización el importe de una anualidad de renta, en vez de las dos legalmente previstas.* [S. 6 de junio de 1962; no ha lugar.]

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: PRUEBA: *La prueba de libros de la que puede deducirse la realización de ciertas actividades sociales no es bastante para desvirtuar el hecho del cierre del local deducido por la Audiencia de declaraciones testificales, de falta de alta de contribución, del escaso consumo de energía eléctrica y de ciertos documentos bajo fe notarial.* [S. 30 de junio de 1962; no ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *No sería razonable ni humano considerar justa causa para el cierre de un local, la enfermedad leve, pero de duración indefinida, y en cambio no estimar así la enfermedad grave o incurable que no ha impedido al arrendatario el uso del local al que acude, aunque sea de un modo intermitente y esporádico.* [S. 8 de mayo de 1962; no ha lugar.]

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL: CONVERSIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO EN ALMACÉN: *Constituye no uso el convertir un local de negocio en almacén.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: INFRACCIÓN DE NORMAS SOBRE APORTACIÓN DE DOCUMENTOS: *La infracción de las normas procesales sobre aportación de documentos no puede combatirse con base en la causa 3.^a de injusticia notoria —infracción de ley o doctrina—, sino al amparo de la segunda —quebrantamiento de formalidades—. Es causa de inadmisión y de estimación del recurso el hecho de no expresar, en párrafos separados y numerados, los motivos del recurso.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *El reconocimiento judicial no constituye prueba pericial ni documental y no es apto, por tanto, para demostrar en el recurso de injusticia notoria el error de hecho denunciado.* [S. 27 de junio de 1962; no ha lugar.]

11. **RESOLUCIÓN NUMERUS CLAUSUS DE CAUSAS RESOLUTORIAS:** *Establecido por la LAU el «numerus clausus» de causas resolutorias no pertenece al poder dispositivo de las partes la creación de otras causas no comprendidas taxativamente en el art. 114 de la LAU.* —

CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: SUSTITUCIÓN DE ELEMENTOS DE LA CONSTRUCCIÓN: *El cambio de configuración es un concepto jurídico en que necesariamente han de jugar numerosos elementos que lo hacen circunstancial y contingente, por lo que no pueden establecerse normas abstractas y debe determinarse en cada caso en concreto. No cambia la configuración la sustitución de un altillo peligroso por su estado ruinoso, por otro que reúne mayores condiciones de seguridad, manteniendo la estructura, apariencia y distribución arquitectónica del espacio y la finalidad de la obra, ni tampoco la reconstrucción de dos paramentos de mampostería.* [S. 28 de mayo de 1962; no ha lugar.]

NOTA: No se olvide que, pese a lo que se dice en el primero de los anteriores párrafos, el art. 114 de la LAU no agota todos los supuestos de resolución arrendaticia, ni siquiera los que se producen a instancia del arrendador. Basta recordar que la propia LAU señala como causas de resolución la negativa a la aceptación de incrementos legítimos —art. 101—, la pérdida de la cosa arrendada —art. 113—. Lo que sí cabe afirmar es que no cabe aplicar a los arriendos sometidos a la LAU causas de resolución no previstas en la misma, aunque se hallen pactadas contractualmente y aunque la validez de tales pactos pretenda ampararse en las normas que autorizan la renunciabilidad de ciertos beneficios, ya que a través de dicha renuncia se vulneraría el principio fundamental de prórroga forzosa que es irrenunciable y que no puede ser menoscabado, ni aun en vía indirecta, por medio de una abusiva ampliación de las causas de resolución contractual.

Nótese en la anterior sentencia la confirmación de la doctrina que afirma que el concepto de configuración tiene carácter jurídico lo que permite atacar las apreciaciones que sobre la materia se hayan formulado en la instancia por la vía de la causa 3.^a —infracción de Ley— del recurso de injusticia notoria. Constituirá cuestión de hecho el tema relativo a si se han efectuado o no determinadas mutaciones en la situación física de la cosa arrendada —tema que sólo podrá ser abordado en injusticia notoria al amparo de la causa 4.^a—, pero el relativo a si tales mutaciones entrañan o no el cambio o modificación de configuración a que se refiere la Ley supone una cuestión estrictamente jurídica. (J. P. R.)

12. **RESOLUCIÓN POR TRASPASO O SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN: HECHOS QUE NO OBTAN A LA PRESUNCIÓN:** *Ni la continuación de la titularidad de los servicios de suministros de agua, electricidad, y teléfono a nombre del arrendatario, ni la ocupación por la presunta cesionaria o subarrendataria de otros locales, para su tráfico, ni las vicisitudes en el pago por el arrendatario, en la contribución para su comercio, arguyen nada contra la realidad de los hechos que declara probada la sentencia recurrida y de los que no cabe considerar*

ilógica la presunción de subarriendo o traspaso. [S. 30 de abril de 1962; no ha lugar.]

Los hechos básicos de los que el órgano *a quo* dedujo la existencia de traspaso o subarriendo fueron: el arrendatario vendió a la cesionaria o subarrendataria todas las existencias de mercaderías del local de negocio así como los enseres y elementos del negocio y además se dio de baja de la contribución correspondiente y se afilió a efectos de seguros sociales como obrero asalariado de la adquirente.

13. ARRENDAMIENTOS URBANOS; LOCAL DE NEGOCIO; SUBARRIENDO: *Existe autorización del arrendador para el subarriendo cuando aquélla se ha otorgado por el administrador, dotado de poderes tan amplios que en ellos se comprenden no solamente los actos propios de la administración, sino también los de riguroso dominio, debiendo comprenderse por ello, tanto la facultad de autorizar los subarriendos que en lo sucesivo puedan celebrarse como la de confirmar los ya existentes. [S. 7 de marzo de 1962; no ha lugar.]*

14. DESAHUCIO POR SUBARRIENDO PARCIAL; AUTORIZACIÓN; INTERPRETACIÓN: *La autorización para subarrendar a los empleados de la entidad arrendataria no faculta para hacerlo a quien presta servicios a la misma por cuenta propia, pues en derecho no cabe confundir el contrato de arrendamiento de servicios genéricos sin dependencia de quien los aprovecha, con el específico de empleo, laboral o de trabajo por cuenta ajena. [S. 18 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

15. CONCEPTO DE TRASPASO: *Traspaso es la cesión hecha por el arrendatario, del derecho de uso del local a un tercero que se subroga en el contrato de arrendamiento.*

APLICACIÓN EXCLUSIVA DEL TRASPASO AL ARRENDAMIENTO; PRETENDIDO TRASPASO DEL DERECHO SUBARRENDATICIO: *El traspaso en la LAU es prerrogativa exclusiva del arrendatario y no cabe aplicar por analogía al subarriendo lo previsto para el arrendamiento en cuanto a traspaso. [S. 27 de abril de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: La anterior doctrina hay que entenderla referida al traspaso regulado en los arts. 29 y sigs. de la LAU, es decir, al que se produce sin necesidad de consentimiento del arrendador aunque mediando el cumplimiento de ciertos requisitos, ya que ningún inconveniente hay en el «traspaso» o cesión de derechos subarrendaticios si consienten en ello el arrendador y el subarrendador. (J. P. R.)

16. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO; CONCEPTO: *El traspaso es una enajenación onerosa en virtud de la cual se produce un cambio de sujeto en el uso y disfrute del local.*

SUPUESTO CONSENTIMIENTO DEL TRASPASO POR EL ARRENDADOR: *El consentimiento del arrendador no puede deducirse del cambio de nombre en el abono*

al servicio telefónico prestado al arrendatario, ni de los anuncios en diarios y revistas que no revelan otra cosa que la exteriorización de la realidad del traspaso y a lo más el conocimiento del mismo por el arrendador, acto no confundible con una manifestación de voluntad.

RESOLUCIÓN POR TRASPASO REALIZADO CON ANTERIORIDAD A LA LAU: *El Decreto de 21 de enero de 1936 al autorizar al arrendador a no reconocer la subrogación no ajustada a las circunstancias previstas, daba lugar al nacimiento de la acción de desahucio contra el ocupante por traspaso ilegal.* [S. 5 de mayo de 1962; no ha lugar.]

17. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓN: *La sustitución de la persona del arrendatario por otra en el disfrute y posesión arrendaticia del local dado en locación implica en realidad la forma jurídica de un subarriendo o traspaso que, al no cumplir las formalidades que la LAU exige, dan origen a la resolución.* [S. 8 de marzo de 1962; no ha lugar.]

18. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓN: *Debe presumirse la existencia de la transmisión ilegal, causa de resolución en la ocupación por un tercero no arrendatario de parte o de todo el local arrendado, sea de forma compartida o de tipo excluyente.* [S. 13 de febrero de 1962; no ha lugar.]

19. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS IMPLÍCITAMENTE AUTORIZADAS: *Si en el contrato se estimó esencial la obligación del arrendatario de realizar, por su cuenta las obras para la conservación del edificio y su adaptación al fin estipulado, deben estimarse autorizadas las obras de variación de la situación de hueco en el acceso a la azotea y de colocación de un perfil de mampostería en ésta, obras obligadas por la seguridad de los escolares y de escasa trascendencia, si tienen alguna en la configuración del local destinado a pensión escolar por afectar sólo a la azotea, constituida por una cubierta llana, cuya elemental figura difícilmente puede considerarse modificada por las obras expresadas.* [S. 10 de abril de 1962; ha lugar.]

20. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO POR EL ANTERIOR ARRENDADOR: *El documento privado de autorización suscrito por el anterior arrendador, no puede acreditar la certeza de que tal supuesta declaración de voluntad se haya emitido con anterioridad a su presentación en el juicio resolutorio; el citado documento no tiene más valor que el de una prueba testimonial contradicha por la formalización de la escritura pública de enajenación del inmueble.*

DOCUMENTO PRIVADO: RECONOCIMIENTO: *El documento privado, para su eficacia, ha de ser reconocido legítimamente, y el reconocimiento ha de hacerse por la parte a que perjudique, circunstancia que no se da en el caso de autos, en que el documento no puede alegarse que contenga una confesión de antecedente manifestación de voluntad del anterior titular dominical, ya que el actor*

y actual propietario ha de reputarse tercero, respecto al mismo, a efectos del art. 1.227 del C. c. [S. 14 de mayo de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Se advierte en la más reciente jurisprudencia la tendencia a considerar como tercero al adquirente de una finca respecto a los documentos privados arrendaticios otorgados por el propietario anterior; semejante orientación, aunque inspirada en el deseo de evitar graves abusos derivados de posibles confabulaciones entre el vendedor y el arrendatario choca con el criterio que viene dominando en los Tribunales de instancia y el que ha parecido inspirar en algunas ocasiones al propio Tribunal Supremo en materia de autorizaciones concedidas por el anterior propietario y abre paso, a su vez, a un grave quebranto de la posición de los arrendatarios en los supuestos de cambio de arrendador. El derecho de prórroga forzosa del contrato de arriendo, podría debilitarse peligrosamente a través de la aplicación de la doctrina que considera como tercero al adquirente de la finca. (J. F. R.)

21. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: SUSTITUCIÓN DE MATERIALES: *No es causa de resolución la sustitución, por material de ladrillo, de la madera que antes formaba una habitación, pues en nada afecta aquélla a la forma o configuración del local. [S. 8 de junio de 1962; no ha lugar.]*

22. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES RESOLUTORIAS ARRENDATICIAS: *Las acciones resolutorias por obras que alteran la configuración, prescriben a los quince años.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ANEXIÓN DE HABITACIÓN A LOCAL COMO PRUEBA DE APERTURA DE COMUNICACIÓN: *La «anexión» a un local, de una habitación de local ajeno, presupone la apertura de una comunicación entre ambas, si era la única forma práctica de hacer efectiva tal anexión por lo que la fecha de esta última debe reputarse la de las obras de apertura.*

CONSENTIMIENTO DE INFRACCIONES CONSTITUTIVAS DE CAUSAS RESOLUTORIAS: *Si bien es doctrina reiterada la de que el mero retraso en el ejercicio de acciones resolutorias no implica, por sí sólo el consentimiento de los hechos generadores de las acciones, ello no obsta a que el retraso, unido a otras circunstancias sirva para deducir con enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, tal consentimiento. [S. 20 de junio de 1962]*

23. RETORNO PACTADO. RENTA: *Si ante la situación ruínosa de la finca, sin dar lugar a la resolución del contrato, convinieron arrendador e inquilino en que realizadas las obras de reconstrucción por el primero volviese el segundo a ocuparla no señalando la renta que hubiere de abonarse, es acertado el criterio del Tribunal a quo al fijarla analógicamente conforme al artículo 84 L. A. U., aunque dicho precepto esté dictado para otro supuesto.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *El artículo 151 L. A. U. no se refiere a la jurisdicción de los tribunales, sino al*

procedimiento que debe seguirse, y por ello su infracción no puede alegarse al amparo de la causa 1.ª del artículo 136 (incompetencia de jurisdicción), sino al de la causa 2.ª (Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio) en el caso de que hubiese mediado indefensión. [S. 6 de abril de 1962; no ha lugar.]

24. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: PACTO PROHIBIDO: *El pacto por el cual el aparcerero cultivador garantiza al concedente un mínimo de rendimiento de la finca dada en aparcería es un pacto contrario al artículo 43 de la Ley de 1935, porque priva al contrato de su carácter aleatorio para las partes, que exige que ambas participen de las pérdidas o ganancias que ocurran, y por lo tanto debe considerarse prohibido y no puesto, por la injusticia que puede representar para el aparcerero al tener que entregar al concedente mayor cantidad de frutos que lo que le correspondería según los producidos efectivamente por la finca. [S. 30 de junio de 1962; Sala de lo Social.]*

25. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR O AFIANZAR: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *La obligación de consignar el precio de enajenación o de afianzar esa consignación para cuanto aquél sea conocido, que establece el artículo 1.618, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, es de inexcusable cumplimiento para toda persona natural o jurídica que pretenda hacer uso de la acción de retracto, incluso para las Corporaciones a que se refiere el artículo 661 de la Ley de Régimen Local. [S. 14 de junio de 1962; Sala de lo Social.]*

ANTECEDENTES: Una Junta Vecinal entabla retracto arrendaticio respecto de parte de una finca vendida por el arrendador el 17 de junio. La demanda se interpone el 14 de septiembre. El Juez admite la demanda y requiere al actor para que preste fianza, lo que se lleva a efecto el 24 de septiembre. La sentencia de primera instancia desestima la pretensión, porque había caducado la acción debido a que la fianza se prestó fuera de plazo. La Audiencia Territorial confirma la sentencia. Se interpone recurso de revisión, fundándose en que el artículo 661 de la Ley de Régimen Local exime a las Corporaciones locales de prestar fianza ante los Tribunales de cualquier jurisdicción. El Tribunal Supremo rechaza el recurso basándose en que el artículo 1.618 L. E. C. es aplicable también a esas Corporaciones, reforzando este criterio el artículo 15 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959 que atribuye a dichas Corporaciones todos los derechos y obligaciones (con alguna excepción) establecidas en el mismo, cuando actúan como arrendadores, arrendatarios o aparceros.

COMENTARIO: Interesante sentencia ésta, por diversas razones. En primer lugar plantea el problema (no nuevo, ciertamente, puesto que son bastantes las sentencias dictadas en este mismo sentido) del verdadero significado que tiene la consignación del precio o su afianzamiento si no fuera conocido, en la demanda de retracto, de la naturaleza jurídica del mismo retracto y

concretamente de la sentencia que lo estime, es decir, si es constitutiva o de condena. En segundo lugar tiene la novedad de declarar que la exención de la obligación de afianzar ante cualquier Tribunal u organismo administrativo del artículo 661 de la Ley de Régimen Local no es aplicable al caso contemplado. Esta doctrina parece contraria al sistema general de derogación de las leyes, y desde luego no nos convence en absoluto la argumentación empleada a base de un precepto reglamentario que no tiene el alcance que quiere darle la sentencia. Más justificada aparece la solución con una interpretación finalista de los preceptos en discordia, sobre todo, si considerando la sentencia de retracto como constitutiva, se viera en la consignación del precio no un simple afianciamento, sino casi un precio o contraprestación de que ha de disponer el juez para pronunciar el retracto. (A. P. V.)

V. Familia.

1. LITIS EXPENSAS: ALHAJAS DE VALOR INDETERMINADO: *Declarado probado que la mujer posee alhajas de valor indeterminado y que tiene un legado de 25.000 pesetas no hecho efectivo, resulta que dispone de medios económicos que con independencia de los de su esposo, serían por sí solos causa determinante de la denegación del beneficio de pobreza para litigar, caso de solicitud, lo que hace innecesaria la provisión de fondos solicitada a través de la institución de las litis expensas. [S. 25 de junio de 1962; ha lugar.]*

2. LICENCIA JUDICIAL RESPECTA A PARAFERNALES: CÓNYUGES SEPARADOS DE HECHO: *Si los cónyuges están separados de hecho procede la autorización judicial a la mujer casada, en caso de negativa del marido. [S. 12 de mayo de 1962; no ha lugar]*

NOTA: Aunque si no lo dice la Sentencia se deduce de ella.

3. MUJER CASADA COMO PARTE DEMANDADA EN PROCESO RELATIVO A PARAFERNALES: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA EL MARIDO COMO REPRESENTANTE DE LA MUJER: *Demandado el marido en su propio nombre y como representante legal de su mujer, en proceso relativo a derecho arrendaticio de naturaleza parafernala de la mujer, hay que considerar demandados a ambos cónyuges.*

PROCESO ARRENDATICIO URBANO: COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA: VIVIENDA EN QUE SE EJERCE PROFESIÓN COLEGIADA: *Es competente el Juez de primera Instancia, si en la vivienda desempeña profesión colegiada el marido de la arrendataria demandada, como representante legal suyo, ya que el marido, como jefe de familia atrae hacia sí la competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia. [S. 10 de mayo de 1962; no ha lugar]*

4. FILIACIÓN NATURAL: POSESIÓN DE ESTADO: *De los tres elementos que integran la posesión de estado, nomen, tractatus y fama o reputatio, tratándose*

de la filiación natural es de singular valor el segundo, comportamiento del padre para con el hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, de forma que haga presumible la voluntad de éste de tratar como hijo al reclamante. [S. 1 de junio de 1962; no ha lugar.]

5. FILIACIÓN NATURAL: POSESIÓN DE ESTADO: *La continuidad que exige el artículo 135 número 2.º C. c., consiste en una actuación ininterrumpida reveladora de la libre voluntad del padre, o de su familia en su caso, de tener como hijo natural a quien, fundado en ella pretende su reconocimiento, correspondiendo al Tribunal de Instancia la apreciación de los hechos y actos probados, aunque su conclusión en el caso de ser errónea pueda combatirse en casación.* [S. 4 de abril de 1962; no ha lugar.]

6. ALIMENTOS PROVISIONALES: CUANTÍA: *Si bien corresponde al Tribunal de Instancia fijar la cuantía de los alimentos, su determinación es impugnabile en casación cuando no se ajusta de modo notorio a la proporcionalidad preceptuada en el artículo 146 C. c. siendo manifiesta la desproporción que existe en el presente caso entre los ingresos mensuales del alimentante, 5.464,75 pesetas, y la cantidad de 500,— pesetas que la sentencia recurrida señala a favor de su esposa.* [S. 14 de abril de 1962; ha lugar.]

7. DEUDA DE ALIMENTOS: ACUERDO ENTRE OBLIGADOS: *No son aplicables las limitaciones de los artículos 150 y 151 C. c. cuando no se reclama propiamente una obligación legal de alimentos, sino el cumplimiento de un acuerdo verbal por virtud del cual los dos hermanos se comprometieron a pasar una cantidad a sus dos hermanas que habían asumido personalmente la obligación de cuidar del padre.*

TRANSACCIÓN: *No constituye un requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones.* [S. 8 de marzo de 1962; no ha lugar.]

Se trataba de una cláusula accesoria de un contrato de transacción, por la cual dos de los hijos se comprometen a pasar una suma a sus dos hermanas para atender a la manutención y enfermedad de su padre. Una vez fallecido el padre, se reclaman las diferencias dejadas de abonar a las hermanas.

VI. Sucesiones

1. RETRACTO DE COHEREDEROS: VENTA A EXTRAÑO: ADQUISICIÓN POR CONDOMINIO: *Por «extraño» en el 1.037 C. c. ha de entenderse extraño a la comunidad hereditaria, por lo que procede el retracto de coherederos, aunque el adquirente fuera condominio de uno de los bienes integrantes del caudal relicto.*

INTRANSMISIBILIDAD DE LA CUALIDAD DE HEREDERO: *La cualidad de heredero es de carácter personalísimo e intransmisible.* [S. 9 de octubre de 1962; no ha lugar.]

CONTADOR-PARTIDOR: HEREDERO QUE RENUNCIA A FAVOR DE OTRO COHEREDERO: *No puede hacer la partición, por estar dentro de la prohibición del 1.057 C. c., el heredero nombrado contador-partidor que renuncia la herencia en beneficio de otro coheredero, pues según el 1.000, 2.º C. c., ya la aceptó.* [S. 18 de mayo de 1962; no ha lugar.]

3. CAPACIDAD PARA TESTAR: PRESUNCIÓN: *La capacidad para testar se presume siempre, y la afirmación del Notario y testigos de la capacidad del testador sólo puede ser destruida por prueba evidente en contrario.*

CAPACIDAD PARA TESTAR: CARGA DE LA PRUEBA: *Hay que distinguir entre el incapaz declarado y el incapaz de hecho, siendo en este segundo caso de cargo de quien afirma la incapacidad su prueba, con mayor rigor frente a la afirmación de capacidad que hace el Notario en el testamento abierto.* [S. 12 de mayo de 1962; no ha lugar.]

4. TESTAMENTO OLÓGRAFO: PROTOCOLIZACIÓN: CONCEPTO DE LA «RESIDENCIA» DEL 692, II, C. c.: *El término «residencia» del párrafo II del 692 C. c. no se refiere a residencia administrativa, ni guarda relación con el concepto de domicilio que el art. 40 C. c. equipara al de residencia habitual, sino que se refiere a la presencia real o con casa abierta del que haya de ser citado en el partido judicial en que se suscita el expediente.*

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTO OLÓGRAFO: COTEJO PERICIAL DE LETRAS: *Aun después de acordado por el Juez el Cotejo pericial de letras, puede, después de oír al Perito y recibir su informe, prescindir de la práctica posterior del Cotejo que previene el 609 L. e. c., puesto que esta diligencia para mejor proveer la ordena el juez «ex officio» y está fuera del poder dispositivo de las partes, no siendo necesaria para la validez del procedimiento de protocolización de testamento ológrafo.*

INTÉRPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *No pueden extenderse las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal expresa.*

INTERPRETACIÓN: *Sólo se hallan autorizadas las interpretaciones cuando la oscuridad o la duda las hacen precisas para una acertada resolución.* [S. 21 de febrero de 1962; no ha lugar.]

5. ALBACEA EN CATALUÑA: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Los contadores partidores no han estado regulados en el D. catalán hasta la vigente Compilación, carente de fuerza retroactiva, rigiendo antes de dicha Compilación en cuanto al plazo para desempeñar su cargo el art. 1.057 en relación con el 904 C. c.* [S. 16 de mayo de 1962; no ha lugar.]

DERECHO MERCANTIL

1. NULIDAD DE ACUERDO SOCIAL: INFRACCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN: *Es nulo el acuerdo aprobatorio de la rendición de las cuentas sociales si no se ponen a disposición de un consejero y accionista los documentos por él reclamados oportunamente a fin de instruirse con verdadero conocimiento de causa de los hechos ofrecidos a debate.* [S. 4 de noviembre de 1962; estimatoria.]

NOTA: La causa de nulidad estimada es la infracción del art. 65 LSA que consagra el derecho de información del accionista, cuya amplitud había sido objeto de anteriores pronunciamientos del T. S.

Con relación a la presente Sentencia, la persona a quien se deniega la información pedida reúne la doble cualidad de consejero —representante de la minoría— y de socio. Tal coincidencia de cualidades en la misma persona produce cierta confusión porque no se llega a separar totalmente la parte que es atribuible a una y otra en la nulidad pronunciada.

En efecto, el T. S. estima que el acuerdo está afectado por un vicio de nulidad «radical y de pleno derecho» —por infracción del art. 65— si «no se facilitó la información requerida referente a los acuerdos comprendidos en el orden del día, derecho invocado oportunamente por el Consejero y accionista Sr. ...». La «oportunidad» —es decir, el instante temporal— y las circunstancias que concurrieron en el ejercicio de este derecho se contienen en el primer resultando: «... el Consejero Sr. ... a medio de *acta notarial* requirió a la Gerencia para que pusiera a su disposición como a tal Consejero en la oficina de la Entidad, *todos los libros referentes a la Contabilidad* de la misma y otros, para comprobar las operaciones realizadas por la Sociedad... y la Gerencia, invocando el art. 110 de la Ley se negó, manifestando que sólo pondría a su disposición el Balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la memoria.»; sin embargo, «parece claro que el art. 110 se refiere a los accionistas, pero el Sr. ... pedía como Consejero». Sobre el desconocimiento por la sentencia de instancia de esta negativa articula el recurso su primer motivo de impugnación, al amparo del núm. 1.º del art. 1.691 LEC por violación de los arts. 65 y 67 LSA en relación con el art. 4 C. c. y la doctrina legal contenida en diversas sentencias alegadas. Pero en la exposición de este motivo se hace hincapié en que el señor ... *no era tan sólo Consejero de la Sociedad, sino al propio tiempo accionista*, cualidad de la que no podía prescindir, y, *en tal concepto*, siendo además representante de la minoría, no podía serle negado el derecho de información...».

Por ello, esta decisión no puede considerarse como un retorno claro y sin matizaciones, de la dirección jurisprudencial preconizada por la S. 3-V-1956 —dictada para atender necesidades derivadas de la sucesión temporal del Código de C. y de la LSA— según la cual el socio tiene derecho a examinar directamente los libros de contabilidad, dirección que no parece ajustarse a los textos legales ni a la doctrina (V. GARRIGUÉS, *El derecho de información del accionista en la ley de sociedades anónimas*, en Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, Madrid, 1959, I, págs. 481 y ss.; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, 3.ª ed., pág. 272; GIRÓN TERNA, *Sociedades Mercantiles. Lecciones*, Valladolid, 1962, 2.ª ed., II-2, pág. 516) y cuya exactitud se va centrando en una muy interesante elaboración por las SS. de 28-IV-1960 y 29-I-1962.

En el mismo considerando que acoge el recurso, también se aduce como razón para estimar denegado el ejercicio del derecho de información el hecho de que no se permitiera la asistencia de notario en la junta ordinaria para hacer constar las incidencias y deliberaciones. Pero el peso de la argu-

mentación recae, «sobre todo», en el otro aspecto ya indicado —falta de acceso a los libros de contabilidad. (J. F. D.)

2. JUNTA GENERAL: DERECHO DE ASISTENCIA DEL SOCIO QUE HA VENDIDO ACCIONES CUYA TRANSMISIÓN ESTÁ SUJETA A RESTRICCIONES: *Cuando los estatutos exigen el consentimiento de la junta general para que la venta de las acciones adquiera plena eficacia, la venta está sometida a condición suspensiva y, por tanto, el vendedor puede asistir a la junta y participar en las votaciones con las acciones vendidas condicionadamente.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: LEGITIMACIÓN: *El socio, que, en su calidad de presidente de la junta general, admitió sin protesta que otro socio participe en la reunión, carece de legitimación para impugnar el acuerdo adoptado, basándose después en que el último no era titular de una parte de las acciones con las cuales concurrió a la junta.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CUESTIÓN NO COMPRENDIDA EN EL ORDEN DEL DÍA: *La ampliación del orden del día publicada en el anuncio de convocatoria hace el acuerdo anulable a petición de parte interesada, sin que pueda apreciarse de oficio dicho vicio al amparo del art. 4 del C. c.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: ALEGACIÓN DE HECHOS FUNDAMENTADORES DE LA ACCIÓN: *No pueden anularse los acuerdos sociales a consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación cuando los hechos fundadores no se alegaron en la demanda, sino en el escrito de alegaciones ante la Audiencia, ya que la congruencia afecta no sólo a las peticiones de las partes, sino también a los hechos básicos que las sustentan. [S. 28 de junio de 1962; de estimatoria.]*

NOTA: El art. 47 LSA admite la eficacia de las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones expresamente impuestas en los estatutos sociales. Esta declaración —que expresa una dirección constante en la política jurídica de todos los ordenamientos— no deja resueltos todos los problemas que puede suscitar el funcionamiento de las correspondientes cláusulas incluidas en los estatutos.

La cuestión que resuelve el T. S. es la siguiente: ¿cuál es la situación de los derechos de carácter administrativo —asistencia y voto— que corresponden a las acciones vendidas mientras la sociedad no ha expresado, por medio del órgano estatutariamente competente, su consentimiento? Durante el tiempo que media entre la venta y la emisión del consentimiento social, la sociedad puede desconocer al adquirente de las acciones. Las relaciones *inter partes* son irrelevantes para la sociedad y, por tanto, el adquirente que no ha obtenido aún el *placet* no puede asistir a la junta. Por otro lado, existe un negocio jurídico mediante el cual el socio pretende que otra persona se sustituya en su posición jurídica, exteriorizando con tal negocio la falta de interés en la sociedad. De esta situación de las partes del negocio de enajenación, se ha querido deducir que los derechos administrativos perteneciente a las acciones cuya transmisión está pendiente de aprobación se encuentran suspendidos. (Así, por falta de anotación en el libro de acciones nominativas, GRASSETTI, *Diritto di intervento e diritto di voto in caso di trasferimento di azioni mediante girata*, RDC, 1948, I, págs. 46 y ss.). Pero —frente a la tesis del recurrente en este sentido— el T. S. considera que en estas circunstancias se

ha celebrado una venta bajo condición suspensiva. El consentimiento de la sociedad no es un elemento constitutivo del negocio de enajenación, sino que tan sólo suspende la eficacia de un negocio ya perfecto. Por tanto, el vendedor continúa siendo socio, y, en esta condición, puede asistir a la junta, ejercitando durante la misma los derechos que corresponden a las acciones vendidas bajo condición.

Por otro lado, el orden del día, no contenía, entre las materias que iban a tratarse en la junta, la referente a la concesión del *placet* a la venta efectuada. Este hecho no se alegó en la demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia, sino ante la Audiencia Territorial en el escrito de alegaciones. El T. S. considera que este vicio no acarrea la nulidad del acuerdo, sino la mera impugnabilidad del mismo, que se hace valer mediante una acción constitutiva. Por tanto, la sentencia tiene que desestimar la acción ejercitada cuando el hecho no se alegó oportunamente en la demanda, en cuanto que este hecho histórico delimita la acción de impugnación deducida en el proceso (Sobre identificación de acciones, GUASE, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, págs. 243 y 330; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961, 5.ª ed., págs. 204). (J. F. D.)

3. ARRENDAMIENTO CONCERTADO EN NOMBRE PROPIO POR EL FACTOR O REPRESENTANTE DE UNA EMPRESA: *Cuando el factor o representante de una sociedad mercantil celebra contratos que caen fuera de la órbita del comercio y no son mercantiles por su naturaleza, como el de arrendamiento de un local, no ha lugar a que la persona que con él contrata, ajena a la empresa, tenga que presumir que actúa como representante de ésta, máxime si no lo manifiesta y dice expresamente que obra con propia responsabilidad individual sin invocar representación o interés de otra persona.*

TRASPASO: CONCEPTO: *El traspaso es una enajenación onerosa por virtud de la cual se produce un cambio de sujeto en el uso y disfrute del local.*

TRASPASO IRREGULAR REALIZADO CON ANTERIORIDAD A LA LAU: *El traspaso realizado irregularmente durante la vigencia del D. de 21 de enero de 1936, faculta al arrendador a ejercitar el desahucio.* [S. 1 de junio de 1962; no ha lugar.]

4. COMPRAVENTA MERCANTIL: DEPÓSITO JUDICIAL DE LAS MERCADERIAS: *La rescisión del contrato por la sola voluntad del comprador supone un incumplimiento por su parte que autoriza al vendedor para no tener que cumplir las garantías procesales a que obligan los arts. 332 y 339 del C. de C.* [S. 3 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: VENTA SOBRE UNOS PLANOS: *Concertada una venta de muebles que habían de fabricarse sobre unos planos, no puede sostenerse que se operó sobre muestras conocidas en el comercio a efectos del rehuso de la mercancía.* [S. 23 de noviembre de 1960.]

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DEL PAGO: *El lugar del pago es el fijado en el contrato, y, si no se hubiere fijado, deberá hacerse en el lugar en el que se haga entrega de la cosa vendida, conforme al art. 1.500 del C. c.* [SS. 3 de mayo de 1961; 25 de junio de 1958; 8 de febrero de 1962; 12 de febrero de 1962.]

7. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA: *A falta de pacto en contrario, se entiende que los géneros de comercio se entregan en el establecimiento mercantil del vendedor.* [SS. 4 de marzo de 1961; 25 de junio de 1958; 3 de marzo de 1961; 4 de octubre de 1961; 8 de febrero de 1962; 12 de febrero de 1962.]

8. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: PORTE DEBIDO Y PORTE PAGADO: *Si la mercancía viaja por cuenta y riesgo del comprador (porte debido) la entrega se presume hecha en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento, y si viaja a porte pagado y riesgo del vendedor se presume hecha la entrega en el domicilio del comprador.* [SS. 3 de marzo de 1961; 12 de enero de 1960, ha lugar; 2 de abril de 1962.]

9. COMPRAVENTA MERCANTIL: PRESUNCIÓN DE PORTE DEBIDO: *A falta de pacto en contrario se entiende que las mercancías son enviadas al comprador por su cuenta, cargo y riesgo.* [S. 4 de marzo de 1961.]

10. COMPRAVENTA MERCANTIL: JUEZ COMPETENTE: *A falta de sumisión expresa o tácita a un juzgado determinado, es competente el juez del lugar en que deba cumplirse la obligación cuyo cumplimiento se reclama.* [SS. 25 de junio de 1958; 12 de enero de 1960, ha lugar; 18 de abril de 1962; 2 de abril de 1962; 12 de febrero de 1962; 2 de mayo de 1962; 26 de mayo de 1962; 4 de noviembre de 1959.]

11. COMPRAVENTA MERCANTIL: JUEZ COMPETENTE PARA RECLAMAR EL PRECIO: GIRO DE LETRAS DE CAMBIO: *Es juez competente, salvo sumisión, el del lugar de entrega de las mercancías en el que hay que hacer el pago, sin que el hecho de girarse letras de cambio, pagaderas en el domicilio del comprador, altere la competencia, pues constituyen simplemente una facilitación del pago —salvo que se ejercite acción cambiaria.* [SS. 5 de diciembre de 1959, no ha lugar; 29 de enero de 1960, ha lugar; 8 de febrero de 1962; 3 de marzo de 1961; 2 de abril de 1962.]

DERECHO PROCESAL

1. «LEGITIMARIO AD CAUSAM»: *La insuficiencia de títulos en que la actora funda su pretensión constituye una cuestión de fondo que afecta a la eficacia de la acción ejercitada y no a la legitimación procesal.* [S. 18 de mayo de 1962; ha lugar.]

2. BASTANTEO: *Comparecido en la primera instancia el procurador del demandante con un bastanteo sin firma, era necesario para el éxito del recurso que se hubiese recurrido contra la providencia que tuvo a dicho procurador por parte (art. 1.693 L. E. C.), y que se haya producido por tal acuerdo indefensión (art. 136, causa 2.ª L. A. U.)* [S. 10 de marzo de 1962; no ha lugar.]

3. DOCUMENTO PRIVADO: ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA: DOCUMENTO PRIVADO PROTOCOLIZADO: *No están a disposición del actor a los efectos del art. 504 L. E. C. los documentos privados, cuya elevación pretende a escritura pública, que fueron protocolizados notarialmente, y por ello cumplió el requisito que dicho artículo establece, al presentar copias fehacientes de los mismos, ya que por prohibición expresa del art. 32 de la Ley del Notariado, no podía hacerlo de otro modo y de no ser así se privaría al documento privado protocolizado de la posibilidad de su elevación a escritura pública.* [S. 27 de mayo de 1960; ha lugar.]

Interpuesta demanda sobre elevación a escritura pública de tres documentos privados de compra-venta que habían sido protocolizados notarialmente, acompañándose con la demanda testimonio de los mismos expedido por el Notario y fotocopias adveradas también por dicho fedatario, el Juzgador estimó la demanda, siendo su sentencia revocada por la A. T. por estimar con base en el art. 602 L. E. C. que debieron presentarse junto con la demanda los documentos privados originales. El T. S. declara haber lugar al recurso de casación fundándose en la doctrina que ha quedado extractada.

4. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Sólo es estimable cuando ha producido indefensión y cuando el que lo alega ha agotado todos los medios que la ley pone a su disposición para subsanar tal irregularidad procesal, incluso el recurso de nulidad de actuaciones ejercitables desde que se conoce el defecto y que suspende la sustanciación del procedimiento.* [S. 9 de mayo de 1962; no ha lugar.]

El defecto procesal alegado consistía en haber dictado sentencia en primera instancia un Juez que no intervino en la vista, defecto que sólo fué alegado durante la vista de la segunda instancia.

5. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: VIOLACIÓN DE NORMAS SOBRE VALOR PROBATORIO: CAUCE ADECUADO: *La infracción de normas sobre valor probatorio de los documentos públicos y privados y sobre la confesión, ha de acusarse invocando la causa 3.ª —error de derecho— y no la 4.ª —error de hecho—.* [S. 28 de mayo de 1962; no ha lugar.]

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ALEGACIÓN DE ERROR DE HECHO: CLASES DE PRUEBA: *El reconocimiento judicial, la confesión y la prueba testifical no son aptas para acreditar el error de hecho en el recurso de injusticia notoria. Aún en el supuesto de que la conclusión a que el recurrente llegue por su apreciación de la prueba, sea más persuasiva y razonable que la contraria obtenida por el Juzgador, no se produce defecto que pueda hacer viable el recurso si no se acredita el error de la Sala de instancia mediante prueba pericial o documental.* [S. 6 de junio de 1962; no ha lugar.]

7. BENEFICIO DE POBREZA: RECURSO DE CASACIÓN: CAUCIÓN JURATORIA: *Es desestimable recurso si el recurrente declarado pobre ha omitido el requisito*

de prestar la caución juratoria prevista en el número 4.º del artículo 14 L. E. C., en sustitución del depósito que exige el número 3.º del artículo 1.718 y que en este caso era procedente conforme al artículo 1.698, ambos del mismo texto legal [S. 4 de mayo y 4 de octubre de 1962; no ha lugar.]

8. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: CITA COMO INFRINGIDO SOLAMENTE EL ARTÍCULO 4.º C. C.: *No se puede basar el motivo solamente en la violación del artículo 4.º del C. c., sino que se precisa la invocación de algún otro artículo determinante de la nulidad que el artículo 4.º señala para los actos contra ley.*

ERROR DE DERECHO DEL 1.692, 7.º: *Sólo se comete cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, por lo que no puede basarse en la infracción de artículos reguladores de la práctica o ejecución de la prueba, no de valorativos de ésta. [S. 5 de julio de 1962; no ha lugar.]*

9. DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: *Carecen de autenticidad las manifestaciones hechas por los litigantes en sus escritos, las vertidas en acta notarial y las declaraciones de testigos. [S. 2 de junio de 1962; no ha lugar.]*

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RU

1. Derecho civil.

1. **AMBITO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:** *La planta baja dedicada a negocio y el piso y otras dependencias comprendidas en el contrato no implica diversidad de contratos diferenciados y distintos, sino que constituyen uno sólo, conforme pregona la circunstancia de dependencia de la vivienda, del local de la planta baja, en que se desarrolla el negocio, sin que el hecho de que se asigne en el contrato, de la cantidad global del precio, parte a la planta baja y parte a la vivienda suponga esa diversidad* (Sentencia de 7 de mayo de 1962; no ha lugar).

2. **RENUNCIA DE DERECHO: REPRESENTACIÓN:** *Como el marido obró, en la renuncia al derecho de negativa de prórroga, como representante de su mujer y esta dio su consentimiento tácito de un modo indudable con la aceptación del aumento de precio pactado por el marido, es evidente que está obligada por la renuncia de éste* (Sentencia de 4 de julio de 1962; no ha lugar).

3. **DISTINCIÓN ENTRE LOS CONTRATOS DE SUBARRIENDO Y HOSPEDAJE:** *El subarrendatario usa de la cosa según su destino, mediante el pago de la renta convenida, beneficiándose o sufriendo para él las ventajas o perjuicios que de aquel uso o disfrute se derivan por su trabajo o por aleatorias contingencias, por el contrario el huésped se limita a utilizar para su alojamiento o vivienda, parte de la cosa objeto del arrendamiento, utilizando para ello enseres o servicios del verdadero poseedor, mediante el abono a éste de una cantidad convenida en función del espacio ocupado y de los servicios que la otra parte le presta* (Sentencia de 30 de junio de 1962; no ha lugar).

4. **SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN TÁCITA:** *Cuando el inquilino inició su contrato de arriendo de la casa, ya existían tales subarriendos, por lo que éstos, fueron condiciones contractuales impuestas por la propiedad, por lo que no se trata de subarriendos inconsentidos, sino autorizados* (Sentencia de 3 de julio de 1962; no ha lugar).

5. **SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN TÁCITA:** *El hecho de cobrar la propiedad un suplemento de alquiler por el referido concepto, demotaba el conocimiento del subarriendo y hace presumir su conformidad con las personas que, como subarrendatarios, se encuentran en el piso* (Sentencia de 19 de mayo de 1962; no ha lugar).

6. **CESIÓN DE VIVIENDA: NOTIFICACIÓN:** *No se exige la formal notificación de la cesión y subsiguiente ocupación de la vivienda cedida, ni la conclu-*

yente prueba del conocimiento de ese hecho por el arrendador, pero sí se requiere que la ocupación sea ostensible y manifiesta para que se pueda lícitamente presumir que llegaría a conocerse por cualquier persona medianamente inteligente (Sentencia de 22 de junio de 1962; no ha lugar).

7. CESIÓN DE VIVIENDA: NECESIDAD DE LA NOTIFICACIÓN: *De haber existido tal cesión, ésta sería de naturaleza clandestina, y siendo desconocida para la propiedad no podría perjudicarle, pues es principio general que las cesiones deben ser notificadas, y la caducidad se produce por la ocupación de la vivienda por el concesionario, es decir, que no basta la mera ocupación por ese tiempo, sino que el ocupante tiene que ostentar, además, ese carácter de cesionario de una manera visible y no oculta* (Sentencia de 8 de junio de 1962; no ha lugar).

8. CESIÓN: COMIENZO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: *El plazo de caducidad se opera desde la misma fecha de la cesión en favor del actual o actuales ocupantes* (Sentencia de 11 de mayo de 1962; no ha lugar).

9. RETRACTO: NOTIFICACIÓN: *La notificación de la enajenación, se estima bien hecha, pues se realizó entregando copia literal de la escritura de enajenación* (Sentencia de 14 de mayo de 1962; no ha lugar).

10. SUBROGACIÓN: PERSONAS CON DERECHO A ELLA: *Los sobrinos no se encuentran en ninguna de las relaciones de parentesco que enumera el artículo 59 de la LAU* (Sentencia de 17 de abril de 1962; no ha lugar).

11. DENEGACIÓN DE PRORROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: *Al tratar la actora de querer vivir en su piso adquirido, trata con ello de satisfacer la necesidad de establecer con independencia su vida, creando un hogar propio, afán que no puede negarse a los célibes, y sin que este deseo implique caprichosa conveniencia* (Sentencia de 10 de mayo de 1962; no ha lugar).

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: *Si el arrendador debe residir en la población, es dueño de la vivienda litigiosa y convive en otra con un cuñado, hay que entender sin la menor duda que necesita aquella para sí* (Sentencia de 14 de mayo de 1962; no ha lugar).

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: DESOCUPACIÓN: *No está justificada la desocupación por el hecho de que la demandada, por motivos de enfermedad, viva en el domicilio de sus hijos por conveniencia propia* (Sentencia de 12 de junio de 1962; no ha lugar).

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITO: JUSTIFICACIÓN NECESARIA: *No es suficiente la afirmación pura y simple de la existencia de necesidad, sino que ha de dejarse constancia de las circunstancias, razones o hechos que constituyen la causa del nacimiento de la misma, para que los inquilinos puedan defenderse si la causa alegada no es cierta o no es suficiente para determinar la necesidad de ocupación de la vivienda por el arrendador o sus más próximos parientes.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: REQUISITOS: *La acción que tiende a la resolución del contrato por causas que no se hicieron constar en el requerimiento, está condenada al fracaso por defectos substanciales* (Sentencia de 30 de abril de 1962; ha lugar).

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: REQUISITOS: *Ni la LAU ni la LEC obligan a consignar en el requerimiento, cuando se haya por medio de acto de conciliación, ningún precepto legal y ello es lógico, por su propia naturaleza que hace innecesaria la asistencia técnica para evacuar tal diligencia* (Sentencia de 14 de mayo de 1962; no ha lugar).

16. RENTA: AUMENTO: *Los aumentos de rentas prevenidos en los Decretos de 30 de noviembre de 1956 y 22 de julio de 1958, sólo son aplicables a los contratos vigentes en el momento de su publicación pero no a los posteriores* (Sentencia de 4 de julio de 1962; no ha lugar).

NOTA: El Decreto de 17 de noviembre de 1960 se refiere al sometimiento al régimen común de la LAU de las edificaciones amarradas por la llamada Ley Salmón de 25 de junio de 1935; y su artículo 4.º establece que en el momento de cesar la exención, los arrendadores tendrán derecho a exigir a los arrendatarios las elevaciones de rentas autorizadas en los Decretos de 30 de noviembre de 1956 y 22 de julio de 1958 «según la fecha de celebración del contrato de arrendamiento», y a esta frase se refiere el pronunciamiento de esta Sentencia.

17. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONSENTIMIENTO: *El conocimiento nopo ede substituir a la autorización exigida por la ley para la realización de obras* (Sentencia de 18 de abril de 1962; no ha lugar).

18. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONFIGURACIÓN: *La construcción de un tabique por el que se divide en dos una habitación, supone un cambio esencial en la configuración de la dependencia arrendada* (Sentencia de 6 de abril de 1962; no ha lugar).

19. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONFIGURACIÓN: *Hay que tener en cuenta que la «configuración» hace referencia a la ordenación de las partes en el todo, por lo que hay que referirla a la interna distribución de partes de una cosa y entender que la configuración de ella se modifica cuando tales partes se aumentan, disminuyen, alteran o suprimen, variando para ello los elementos que integran la edificación, cuando de viviendas o locales se trate* (Sentencia de 28 de junio de 1962; no ha lugar).

20. REQUERIMIENTO PREVIO DEL DECRETO DE 22 DE JULIO DE 1958: *No es necesario probar en el Acto de Conciliación documentalmente y de modo fehaciente, la necesidad de la ocupación, sino que es bastante para ello con que se concrete y determine la causa de la misma en el indicado requerimiento.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE OPCIÓN DE COMPRA: *Al dejar transcurrir el plazo legal para ello concedido de treinta días hábiles siguientes al Acto de Conciliación ha caducado tal derecho, de forma que hace imposible su tardío ejercicio* (Sentencia de 21 de mayo de 1962; no ha lugar).

21. DÍA FINAL DE UN PLAZO: VIGENCIA DE LA LEY SALMÓN: *Si los beneficios de la Ley Salmón, concedidos a la casa de que se trata, terminan el 26 de noviembre de 1961 y en ese mismo día aparece presentada la demanda, es incuestionable que la casa en cuestión estaba hasta las doce de la noche de ese mismo día sometida a los preceptos de la Ley y que por tanto al presentarse la demanda no se habían aún extinguido sus beneficios* (Sentencia de 26 de mayo de 1962; no ha lugar).

2. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACION: NATURALEZA: ROGACIÓN: *Como por la parte, no se combate expresamente el aspecto del fallo atacado, ni se cita precepto alguno, ni doctrina jurisprudencial, que resulte infringida por tal condena, es visto que no puede ser revisada en este recurso, por que está fuera del control de este Tribunal, por falta de rogación* (Sentencia de 4 de mayo de 1962; ha lugar).

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *El recurso no fue bien admitido pues se omitió el requisito justificativo del abono de las rentas, aunque la parte intentó subsanarlo por escrito de fecha posterior* (Sentencia de 9 de julio de 1962; nulidad de actuaciones).

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *Días después del fenecimiento del plazo para recurrir, se llevó a cabo la exigencia de la consignación de rentas, lo que no supone su cumplimiento* (Sentencia de 30 de mayo de 1962; nulidad de actuaciones).

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *En el escrito se impugnan las sentencias del juez Municipal y del de Primera Instancia, siendo así que la suplicación, por la indole del recurso y la revocación, sólo puede referirse a la última sentencia* (Sentencia de 7 de junio de 1962; no ha lugar).

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *No basta con invocar declaraciones de doctrina hechas con carácter de generalidad por nuestro más Alto Tribunal de Justicia, sino que es necesario que las mismas sean de perfecta aplicación al caso que se debate* (Sentencia de 12 de mayo de 1962; no ha lugar).

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN: *La legitimación activa es primordial requisito que ha de existir en el momento de plantearse la litis, sin que quepa la legal posibilidad de su subsanación posterior* (Sentencia de 4 de abril de 1962; no ha lugar).

7. RECURSO DE SUPPLICACION: MOTIVOS: *La omisión de los nombres, apellidos y circunstancias de cada una de las personas que en los aludidos conceptos de convivientes y subarrendatarios, ocuparon u ocupan la vivienda, no es motivo de recurso* (Sentencia de 8 de junio de 1962; no ha lugar).

8. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: EFECTOS: *Al no haberse apreciado temeridad por el juez, procede no hacer expresa condena de las costas del recurso de apelación, estimándose este motivo del recurso, lo cual dará lugar únicamente a la modificación del «fallo» recurrido en el indicado sentido, quedando subsistente en cuanto a lo demás, porque tal infracción de carácter adjetivo no es motivo suficiente para dejar sin efecto la sentencia del Juzgado* (Sentencia de 5 de julio de 1962; no ha lugar).

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONDENA EN COSTAS: *Del hecho de haber aducido ocho motivos para fundamentar el recurso, basados todos ellos en un sólo hecho, se desprende una temeridad en la parte recurrente que debe ser sancionada con la imposición de costas* (Sentencia de 7 de mayo de 1962; no ha lugar).

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: *La incongruencia no puede generarse entre los supuestos de hecho que sirven de base a los considerandos y aquellos que las partes afirman en sus respectivos escritos.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *En este trámite esencialmente sumario y revisorio, sólo pueden alegarse como motivos del recurso infracciones de preceptos sustantivos, por lo que no hay posibilidad de traer a debate cuestiones adjetivas o de procedimiento que no afectan a la verdadera esencia de las pretensiones de las partes y que durante el trámite del proceso o al final del mismo fueron resueltas para poder entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión, con la excepción de algún precepto como el artículo 359 de la LEC, que aunque está inserto en un ordenamiento rituario, hace relación al fondo por ser determinante de la adecuación y eficacia del pronunciamiento que la definitiva resolución ha de contener* (Sentencia de 2 de junio de 1962; no ha lugar).

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. SUPUESTA CESIÓN «INTER VIVOS» ALEGADA CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE DEL ARRENDATARIO: *Alegada por el ocupante de una vivienda una supuesta cesión «inter vivos» del arriendo realizada en su favor por el arrendatario, no cabe presumir el consentimiento del arrendador a dicha cesión —aun de haberse producido ésta realmente— si el difunto inquilino siguió habiendo en la vivienda con el actual ocupante hasta la fecha de su muerte* (Sentencia de 26 de junio de 1962; no ha lugar).

2. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: CONVIVENCIA: SUBARRIENDO CON PRÓRROGA FORZOSA: *Si el matrimonio que ocupaba el piso en régimen de subarriendo se separó, abandonando la esposa el domicilio conyugal durante la enfermedad del marido hasta el fallecimiento de éste, en que volvió a dicho domicilio por tolerancia de la actora, inquilina de la vivienda, la viuda carece de derecho a subrogarse por falta de convivencia con el fallecido* (Sentencia de 19 de enero de 1962; no ha lugar).

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *No obsta a la estimación de la demanda el que las circunstancias de la persona con la que se proyecta contraer el matrimonio, base de la necesidad, que se consignaron en el requerimiento, no coincidan con las reales, ya que no es preciso la constancia, en el requerimiento, de tales circunstancias* (Sentencia de 21 de septiembre de 1962; no ha lugar).

NOTA: Doctrina concordante con la de otras múltiples resoluciones, entre ellas SS. de 14 de octubre de 1957 (Madrid), 4 de noviembre de 1957 (Valladolid), 18 de abril de 1959 (Valencia) y 10 de octubre y 23 de mayo de 1960 y 8 de noviembre de 1961 (Barcelona).

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO DE NECESIDAD; OCUPACIÓN A PRECARIO DE UN PISO: *La necesidad no es preciso que sea perentoria y urgente sino en grado superior a lo superfluo. Se da la situación de necesidad en quien vive a precario en un piso. No es obstáculo a la denegación de prórroga, el que quien la ejercita, al tener dificultades para habitar el piso que adquirió, tratara de venderlo* (Sentencia de 13 de junio de 1962; ha lugar).

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA EN LUGAR DIVERSO DEL DE RESIDENCIA: *Quien reside en una población y no demuestra que ha acaecido un hecho que justifique el traslado de residencia a la población en que radica la vivienda que reclama, no puede ejercitar con éxito la denegación de prórroga por necesidad* (Sentencia de 17 de mayo de 1962; no ha lugar).

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *Elegida por el beneficiario de la denegación de prórroga, la única vivienda exterior del inmueble es ocioso discutir el problema de selección de vivienda* (Sentencia de 29 de enero de 1962; no ha lugar).

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA EN OTRA POBLACIÓN: *No es causa de denegación de prórroga el simple hecho de alegar: que no se dispone de finca propia en determinada población, que no se encuentra vivienda en la misma y que le es indiferente residir en dicha población o en aquella en que se halla la vivienda cuya prórroga se deniega* (Sentencia de 22 de marzo de 1962; no ha lugar).

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CAMBIO DE RESIDENCIA: *Si los beneficiarios de la denegación de prórroga regentan una industria en determinada población, en la que conviven con los padres de la mujer, y el marido de ésta ha cesado en el negocio que tenía antes en otra población, es adecuado estimar la necesidad de dicho matrimonio* (Sentencia de 25 de mayo de 1962; no ha lugar).

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DONACIÓN DE FINCA: ABUSO DE DERECHO: *El hecho de que el arrendador que niega la prórroga haya adquirido la propiedad de la finca por donación, no supone abuso de derecho en el ejercicio de la acción* (Sentencia de 14 de marzo de 1962; no ha lugar).

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DE PRELACIÓN: ARTESANO: *No basta a efectos de posposición, alegar que se es artesano y aportar recibo de contribución, si no se prueba la clase de arte u oficio que ejerce el inquilino demandado.*

SELECCIÓN: NÚMERO DE FAMILIARES: *El familiar que de modo transitorio y circunstancial pasa a ocupar la vivienda, no puede computarse a efectos de selección* (Sentencia de 5 de marzo de 1962; no ha lugar).

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR DERRIBO Y RECONSTRUCCIÓN: RENTA DE LA VIVIENDA A RESERVAR: *Es indiferente que la valoración de la renta de la vivienda a reservar se haga en un tiempo u otro, pues el artículo 84 de la LAU contiene las bases para u determinación.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *La cuestión procesal de doble incongruencia ha de estimarse inadecuada en lo que es propio del recurso de suplicación* (Sentencia de 19 de junio de 1962; no ha lugar).

12. NEGATIVA AL PAGO DE INCREMENTOS DE RENTA: EJERCICIO DE ACCIONES INCOMPATIBLES: *Procede desestimar la demanda en la que se pide, conjuntamente, el pago por el arrendatario de las diferencias de renta no satisfechas y la resolución del contrato por negativa al pago de incrementos* (Sentencia de 2 de julio de 1962; no ha lugar).

13. REDUCCIÓN DE RENTAS AL TIPO FISCAL: OBLIGACIÓN DE DECLARAR: AUMENTOS POR DERRAMA DE CONTRIBUCIÓN: AUMENTOS POR OBRAS DE CONSERVACIÓN: *No es preciso que el arrendador declare al Fisco los incrementos de renta por repercusión de impuestos, ya que los mismos no constituyen renta o beneficio percibido; si es preciso declarar, en cambio, los aumentos por obras de conservación* (Sentencia de 2 de marzo de 1962; ha lugar).

14. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA: EXTERIORIZACIÓN DE LA CESIÓN: *El plazo de caducidad de la acción resolutoria por cesión ilegal de vivienda opera aun respecto de la que se basa en la subrogación entre hermanos, irregular por falta de plazo de convivencia. El hecho, conocido por el arrendador, de la salida del arrendatario, dejando en la vivienda al hermano, supone la exteriorización de la cesión* (Sentencia de 23 de enero de 1962; no ha lugar).

15. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: PLAZO ESPECIAL DE CADUCIDAD: CESIÓN REALIZADA POR INQUILINO SUBROGADO: *El plazo de caducidad de la acción resolutoria por cesión de vivienda es norma excepcional, aplicable, sólo, al supuesto de cesión realizada por el inquilino originario, no a la que efectuada por inquilino que lo fuere por subrogación* (Sentencia de 10 de abril de 1962; ha lugar).

NOTA: Resulta sorprendente el criterio de la anterior sentencia, discrepante del mantenido en la generalidad de las resoluciones de instancia y que choca con el tenor literal el artículo 25 de la LAU, en el que no se hace distinción alguna entre el inquilino originario y el que lo sea por subrogación. Cuando la Ley ha querido establecer una diferenciación de régimen jurídico entre las dos categorías de inquilinos lo ha hecho constar de modo explícito —nótese, por ejemplo, el artículo 24 de la LAU—; por otra parte, la *ratio legis* de la norma del artículo 25 de la LAU se da tanto en el supuesto de inquilino originario como en el de inquilino subrogado, ya que el referido precepto se ha establecido, no en función del cedente, sino para evitar la inseguridad jurídica que resultaría de dejar la situación del cesionario en condiciones de incertidumbre durante el largo periodo de quince años de prescripción de las acciones personales.

16. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO. OCUPACIÓN ESPORÁDICA: *No es constitutivo de subarriendo el hecho de que el inquilino autorice la permanencia de la camioneta de un tercero, en el local arrendado, si tal permanencia tuvo un carácter esporádico, siendo consecuencia de la organización de unos festejos. El subarriendo presupone la posesión material de parte de la cosa arrendada; los actos aislados o intermitentes, por simple tolerancia, no tienen trascendencia posesoria y no implican una verdadera ocupación como medio de adquirir la posesión material de la cosa* (Sentencia de 8 de junio de 1962; no ha lugar).

17. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: OBRAS QUE NO TIENEN TAL CONSIDERACIÓN: *No alteran la configuración, la sustitución de dos fogones con marco de hierro empotrado en su banqueta, por una moderna cocina de gas butano que no se introduce, sino se apoya en la pared, ni la colocación de una fregadera y mosaicos susceptibles de ser retirados sin afectar a lo construido* (Sentencia de 22 de junio de 1962; no ha lugar).

18. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: PRECISIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS OBRAS: *Si de las alegaciones y pruebas no resultan las dimensiones y características del armario rinconero que se dice suprimido por el inquilino en una cocina, la sentencia que deniega la resolución no infringe la Ley, ya que sin conocer tales características no hay elementos de juicio bastantes para decretar la resolución.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: VICIOS «IN PROCEDENDO»: *No se da el recurso de suplicación por quebrantamiento de forma* (Sentencia de 29 de enero de 1962; no ha lugar).

19. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE BARRACA DE MADERA EMPOTRADA: *La construcción de una barraca de madera de 1,75 × 4,40 × 2 metros, cubierta por una plancha de fibrocemento y sostenida por pies derechos de madera arrimados al muro y levantados sobre una base de ladrillos empotrados en el terreno supone un cambio de configuración en la cosa arrendada.*

DESTRUCCIÓN DE LA OBRA: CAUSA RESOLUTORIA CESADA: *El hecho de que la obra que alteró la configuración, se deshaga con posterioridad a la demanda resolutoria, no obsta a la viabilidad de ésta, pues basta que se dé el hecho, resolutorio, para que produzca el efecto que les es propio* (Sentencia de 17 de marzo de 1962; no ha lugar).

II. Derecho procesal.

1. MUJER CASADA: HABILITACIÓN JUDICIAL PARA COMPARECER EN JUICIO SIN LICENCIA MARITAL: *De acuerdo con la doctrina de la sentencia del T. S. de 24 de noviembre de 1900 no precisa habilitación judicial la recurrente para accionar en juicio respecto a su vivienda* (Sentencia de 16 de febrero de 1962; ha lugar).

NOTA: Aunque la extrema concisión de fundamentos y antecedentes de la sentencia de suplicación no permite afirmar que la anterior doctrina quede formulada de modo explícito en la citada sentencia, de las referencias a la habilitación judicial y a la sentencia de 24 de noviembre de 1900 se deduce implícitamente que la Audiencia ha querido adherirse al criterio que, en forma muy progresiva, dado sobre todo su remota fecha, sentara el Tribunal Supremo para obviar los graves inconvenientes de la norma del artículo 60 del Código civil, norma que incomprensiblemente y salvas las limitadas excepciones que suponen las normas de la Compilación catalana y la balear en materia de actuación en juicio de mujer casada sobre bienes parafernales, sigue rigiendo en Derecho español.

2. CONGRUENCIA: RESOLUCIÓN: DESAHUCIO: PRONUNCIAMIENTO DE DESALOJO: *La congruencia debe apreciarse en relación al fallo y no a los fundamentos. Si el proceso se centró, según las alegaciones y pretensiones de las partes, en la declaración de si había lugar a absolver de la demanda o a resolver el contrato, es congruente con la demanda la sentencia que en su parte dispositiva declara resuelto el contrato y condena a los demandados al desalojo del piso* (Sentencia de 27 de abril de 1962; no ha lugar).

NOTA: Según parece deducirse de uno de los «Resultandos» de la sentencia de la Audiencia se había pedido el «desahucio» del demandado. Dado el significado que suele atribuirse al término «desahucio», parece evidente que comprende una petición resolutoria y a la vez una condena de desalojo; mas discutible sería sostener que, pedida simplemente la «resolución» puede decretarse el lanzamiento, por lo que no será prudente limitar el *petitum* a una solicitud de que se decrete la resolución si lo que se quiere alcanzar es el lanzamiento del arrendatario.

3. ACCIÓN: ERROR EN LA DENOMINACIÓN ATRIBUÍDA A LA MISMA: *El error en la designación de la acción no influye en el derecho de ejercitarla. La demanda debe calificarse teniendo en cuenta sus fundamentos fácticos.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INVOCACIÓN DE NORMAS GENÉRICAS: *El artículo 1.214 del C. c., por su carácter genérico, no puede servir de base al recurso.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1961; no ha lugar).

4. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN Y APELACIÓN: CONGRUENCIA: *La incongruencia debe referirse a la parte dispositiva, no a los fundamentos. Quien no apela de la sentencia del Juez Municipal que no entró a considerar una de las causas resolutorias invocadas, consiente la decisión del Juez sobre tal extremo, por lo que el Juez de Primera Instancia, en la apelación, no pudo examinar la viabilidad de dicha causa* (Sentencia de 5 de mayo de 1962; no ha lugar).

NOTA: El actor había pedido la resolución del arriendo con base en las causas de subarriendo y obras; el Juzgado Municipal dió lugar a la resolución por la primera causa sin abordar el estudio de la segunda; recurrida la sentencia por el demandado, el Juez de Primera Instancia absolvió de la demanda por entender que no procedía la resolución por subarriendo y sin abordar el tema de la segunda de las causas invocadas en la demanda. Con arreglo a la doctrina de la Sala, el actor debió recurrir de la sentencia dictada en primera instancia que estimaba la demanda deducida, y aunque parezca bastante anómala la interposición de un recurso contra sentencia que estima íntegramente la demanda —pues tanto supone estimación íntegra la sentencia que da lugar a la resolución del contrato por una sola causa, como a la que la decreta coi base en varias— la doctrina expuesta hace aconsejable que en casos similares, el actor, a la vista de la apelación del demandado, recurra también de la sentencia dictada en la primera instancia, a efecto de mantener vivas las segundas o ulteriores causas resolutorias no examinadas en dichas instancias.

5. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: PROCESOS EN QUE ES ADMISIBLE: DERECHOS ARRENDATICIOS AL MARGEN DE LA LAU: *Interpuesto el recurso de suplicación contra sentencia dictada en apelación, en juicio de cognición en cuya demanda se invocaron preceptos de Derecho común, sin que el recurrente in-*

voque en suplicación normas de la LAU, no procede entrar en el examen de los motivos del recurso (Sentencia de 30 de abril de 1962; no ha lugar).

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PROCESOS EN QUE CABE: CUESTIONES NUEVAS: *Es improcedente el recurso de suplicación si se debaten cuestiones arrendaticias urbanas no apoyadas en preceptos concretos de la LAU, aunque se basen en alegaciones no opuestas en la contestación de la demanda que implican una alteración de la cuestión planteada* (Sentencia de 26 de junio de 1962; no ha lugar).

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: REVISIÓN DE HECHOS: *El recurso de suplicación no se da por razón de infracciones procesales, ni cabe en él la revisión de hechos probados* (Sentencia de 8 de junio de 1962; no ha lugar).

NOTA: Una sentencia de 30 de abril de 1962 concuerda con la anterior al afirmar que el recurso de suplicación no es una tercera instancia.

3 Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I.—Derecho civil

1. ABUSO DE DERECHO: EXISTE CUANDO SIN ACREDITAR NECESIDAD SE PRETENDE DENEGAR LA PRÓRROGA A UN INQUILINO A SABIENDAS DE QUE OTRO VA A DESALOJAR SU VIVIENDA EN BREVE PLAZO: *El abuso de derecho se patentiza tanto en la ausencia de la situación de necesidad que la demanda ofrece, cuanto en el hecho de pretender la resolución por imprórroga del contrato frente a un inquilino, a sabiendas de que otro de la misma finca va a desalojar la suya en breve plazo y que se podrá contar con ella para satisfacer las exigencias que, en otro caso, pudieran motivar el ejercicio de la acción resolutoria.* (Sentencia de 2 de febrero de 1962; desestimatoria.)

2. NO CONSTITUYE SUBARRIENDO INCONSENTIDO, SINO CESIÓN, EL HECHO DE CONTINUAR EN LA VIVIENDA, EN LA QUE CONVIVE CON EL INQUILINO, UN PRIMO HERMANO Y LA HIJA DE ÉSTE, TRAS AUSENTARSE AQUÉL: MOMENTO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD POR CESIÓN ILÍCITA: *Establecido por las sentencias de instancia que, en principio, convivían con el titular del contrato D. X. un primo hermano suyo, D. Y., y la hija de éste, los que continuaron en la vivienda cuando aquél se ausentó de ella por traslado, en 1940, falleciendo en ese domicilio D. Y. después de haber contraído matrimonio su hija con el también demandado D. Z., en realidad lo que hubo fué una cesión de las reguladas en los artículos 36 de la Ley anterior y 25 de la vigente, más una subrogación posterior por fallecimiento, en todo caso, siendo inconcuso que la acción a que esa cesión inconsentida pudo dar lugar tenía que haberse ejercitado contra el cesionario, hoy su hija, juntamente con el titular del contrato y, en cualquier caso, caducó por haber de contarse el plazo legal desde que se exteriorizó la posesión del extraño y pudo conocerla el arrendador.* (Sentencia de 20 de enero de 1962; desestimatoria.)

3. CESIÓN DE VIVIENDA: NO ES NECESARIO QUE EL CESIONARIO, DEMANDADO EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DEL PRECIO DE LA CESIÓN, PARA PRETENDER SU ABSOLUCIÓN, PIDA, POR VÍA RECONVENCIONAL, QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE AQUEL NEGOCIO JURÍDICO AFECTADO DE ILICITUD EN LA CAUSA: *Sería ilógico y contrario a los más elementales principios de economía procesal que, en casos como el de la litis, en que el cedente de una vivienda reclama del cesionario el precio convenido en la ilícita convención, éste, al que incluso le asiste acción para reclamar la devolución de dicho precio cuando lo ha desembolsado, tuviera que pedir reconvencionalmente que se declare la nulidad de la cesión, pues, en definitiva, lo que la LAU concede al cesionario de vivienda mediante precio desembolsado, es el efecto derivado de la nulidad de las obligaciones*

por causa ilícita y siempre con exoneración de culpa por su parte (artículos 1.305 y 1.306 del Código civil). (Sentencia de 6 de marzo de 1962; estimatoria.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: SENTIDO FINALISTA DEL ARTÍCULO 58 DE LA LAU: NO ES NECESARIA LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE CUANDO EL ARRENDADOR, CONOCIENDO EL FALLECIMIENTO DEL INQUILINO, SIGUE PASANDO LOS RECIBOS A LOS HIJOS Y TIENE RECONOCIDA LA CONTINUACIÓN DEL CONTRATO CON UNO DE ELLOS: *El sentido finalista que, cual ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1958, ha de darse al precepto contenido en el artículo 58 de la LAU hace que carezca totalmente de contenido y de protección alguna para los intereses en juego el formal cumplimiento de la exigencia de la notificación fehaciente, cuando al margen e independientemente de ella, el arrendador, con conocimiento del fallecimiento del inquilino, en la fecha en que se produjo, no sólo mantiene la subsistencia del arrendamiento pasando los recibos a los hijos del fallecido, que continúan ocupando la vivienda, sino que, incluso, por acto expreso y propio, tiene afirmada la continuación del contrato con uno de ellos. (Sentencia de 18 de diciembre de 1961; desestimatoria.)*

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO ES LOCAL DE NEGOCIO LA CASA DONDE VIVE UN TABLAJERO CON PUESTO PERMANENTE EN LA PLAZA DE ABASTOS, AUNQUE EN ELLA ESPORÁDICAMENTE VENDA CARNE: *No puede calificarse de local de negocio la casa en que habita un tablajero, que figura como domicilio en el recibo de la contribución industrial, si esa profesión la ejerce vendiendo carnes frescas, desde hace muchos años, en la Plaza de Abastos, según certificación municipal, aunque de manera aislada y accidental, venda carne también en la vivienda a quien, por no haberla podido adquirir en la Plaza, se presente a comprarla, pues esta actividad, ejercida sin establecimiento abierto, a lo sumo podría calificarse de pequeña industria doméstica. (Sentencia de 14 de diciembre de 1961; estimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO ES OBSTÁCULO A LA PROSPERABILIDAD DE LA DEMANDA EL QUE ACCIONEN CONJUNTAMENTE LAS DONATARIAS DE LA CASA ARRENDADA, ÚNICA EN PRINCIPIO, QUE LUEGO DIVIDIÓ LA MADRE DE ELLAS, AL DONARLA, CONTRA EL INQUILINO OCUPANTE DE LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE: *Si la casa arrendada, única en principio, fué dividida en favor de dos hijas, a virtud de donación hecha por la madre usufructuaria, con cuyos títulos y en relación a las respectivas fincas, perfectamente delimitadas en ellos, aunque no en su realidad física por la ocupación del demandado, actúan, no es admisible que esa forma de actuar sea obstáculo a los fines recuperatorios ejercitados, si lo hacen conjuntamente y contra la relación locativa en su unidad. (Sentencia de 22 de febrero de 1962; estimatoria.)*

7 RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SI EL FALLO DESESTIMATORIO O RECURRIDO NO SE FUNDA EXCLUSIVAMENTE EN LA ALEGADA INEFICACIA DEL REQUERIMIENTO, SINO EN LA AUSENCIA DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD, NO PUEDE PROSPERAR EL RECURSO FUNDADO EN AQUEL MOTIVO: *No puede prosperar la impugnación del fallo des-*

estimatorio recurrido con base en la infracción de la Ley de Préstamos a los inquilinos y su Reglamento, en méritos de la ineficacia del requerimiento, notificado al inquilino dentro del plazo de los tres años de vigencia de aquélla, durante el cual, estimándola, por error, aplicable, desistió de la ocupación de la vivienda (artículo 5.º), si los fallos de instancia no se fundaron, exclusivamente por lo menos, en esa alegada ineficacia, sino en la falta de acreditamiento de la causa de necesidad invocada. (Sentencia de 28 de febrero de 1962; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO INCIDE EN INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 62 Y CONCORDANTES DE LA LAU LA SENTENCIA QUE PRONUNCIA CONDENA DE DESALOJO CONTRA LA TITULAR DEL CONTRATO, POR SUBROGACIÓN, Y SU ACTUAL ESPOSO: *Si son titulares, por subrogación, del contrato de inquilinato, la demandada y los hijos de su anterior matrimonio, la demanda y consiguiente condena de desalojo pronunciada contra dicha señora y su actual esposo, también demandado, tienen como fundamento, por lo que a éste respecta, su carácter de representante legal de aquélla y el haberse atribuido, antes de que se formulara la demanda, la condición de titular arrendaticio, que no ha quedado acreditada; y, por tanto, la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 62 y concordantes de la LAU. (Sentencia de 27 de marzo de 1962; desestimatoria.)*

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: HA DE INCLUIRSE EN EL CÓMPUTO DE FAMILIARES, A LOS EFECTOS DE REPUTARSE INSUFICIENTE LA VIVIENDA QUE OCUPA AQUÉL PARA QUIEN SE RECLAMA OTRA, EL HIJO AUSENTE POR CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR: *Se da la situación de necesidad en quien, en una sola dependencia, habita con su familia, compuesta de cónyuge y tres hijos de distinto sexo, adultos los mayores; familia en la que ha de contarse al que está terminando el cumplimiento de sus deberes militares, en cuanto que esa circunstancia no lo excluye del número de sus componentes, ni de la precisión de contar con un mínimo espacio vital en casa de sus padres. (Sentencia de 29 de marzo de 1962; desestimatoria.)*

10. RESOLUCIÓN POR OBRAS: NO TIENEN RELEVANCIA PARA EL FIN PERSEGUIDO LAS QUE CONSISTEN EN LA CONSTRUCCIÓN DENTRO DE UNA CUADRA, DE UNA PEQUEÑA CÍTARA: *Para la apreciación de la concurrencia de obras que modifican la confirmación de la vivienda se requiere, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1960, reiterando jurisprudencia, que el cambio operado con la obra sea sensible y esencial, tanto por el sitio en que se haya llevado a cabo, como por su entidad; y, claro es que no se da ese cambio con la construcción en una cuadra, apropiada para la guarda y crianza de ganados, de una pequeña cítara para habilitar, en el espacio formado entre la misma y las paredes de la dependencia, una pequeña corraleta apta para la crianza de un cerdo. (Sentencia de 22 de marzo de 1962; desestimatoria.)*

11. RESOLUCIÓN POR RUINA: DECLARADO ESTE ESTADO POR LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN EXPEDIENTE CONTRADICTORIO, CON CITACIÓN DE LOS INQUILINOS DEL

INMUEBLE, ES INDIFFERENTE EL GRADO DEL ESTADO EN QUE SE ENCUENTRE: *Es doctrina jurisprudencial reiterada que declarado el estado de ruina de una finca urbana por resolución de la Autoridad municipal, que quedó firme, en expediente contradictorio con citación de todos los inquilinos y arrendatarios, es irrelevante para decretar la resolución del arriendo, el estado en que aquélla se encuentre.* (Sentencia de 2 de febrero de 1962; desestimatoria.)

12. SUSPENSIÓN DEL ARRIENDO POR EFECTUARSE OBRAS DE ELEVACIÓN O ADICIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO PARA AUMENTAR EL NÚMERO DE VIVIENDAS: ES AJENO AL PROCEDIMIENTO TODO PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DEL ARTÍCULO 1.557 DEL CÓDIGO CIVIL: *Consistiendo el litigio en el ejercicio de la facultad concedida al propietario por el artículo 92 de la LAU, de elevar o adicionar la construcción del inmueble aumentando el número de viviendas, sólo hay que examinar en esta acción de suspensión del vínculo contractual, si los requisitos que impone dicho precepto se han cumplido y, por tanto, todo acto u omisión del propietario, distinto de los meros trabajos de realización de tales obras o que constituya variación del local arrendado o perturbación de cualquier índole en el uso y disfrute del mismo, será objeto de las acciones, ajenas a este procedimiento, de que el arrendatario se crea asistido.* (Sentencia de 7 de febrero de 1962; desestimatoria.)

13. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: DIFERENCIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 133 DE LA LEY ANTIGUA Y 103 DE LA VIGENTE EN RELACIÓN CON LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA NO DECLARACIÓN A LA HACIENDA DENTRO DEL PLAZO LEGAL: *Mientras a tenor del artículo 133 de la ley anterior, la declaración fiscal tardía o la revisión practicada de oficio por la Hacienda no enervaba el derecho a la reducción ni, aun dándosele efecto retroactivo, el presupuesto básico de la nueva legalidad estriba en que se mantenga la falta de adecuación cuando el inquilino pretenda actuar aquel derecho con independencia de que la declaración fiscal se haga dentro de plazo. Por ello si la inquilina demandante interpuso su demanda más de dos meses después de la fecha —junio de 1961— en que el competente, organismo fiscal, en revisión valorativa practicada de oficio, fijó como producto íntegro arrendaticio, el importe de la renta contractualmente convenida en 1.º de marzo anterior, es evidente que no concurre el supuesto contemplado en el artículo 103 de la LAU vigente.* (Sentencia de 2 de febrero de 1962; estimatoria.)

II.—Derecho procesal

1. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: PROCEDE DECLARAR MAL ADMITIDO EL RECURSO DE SUPLICACIÓN SI EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN NO CONSTA QUE EL RECURRENTE TUVIERA SATISFECHAS LAS RENTAS O CONSIGNARA LAS VENCIDAS HASTA ESE MOMENTO: *Interpuesto recurso mediante escrito presentado ante el Juzgado el 13 de febrero del corriente año, en el que el inquilino recurrente no hace constar que tuviera satisfechas o consignara las rentas vencidas en la indicada fecha, a razón de ciento cincuenta pesetas mensuales como tenía*

reconocido en la contestación a la demanda, está claro que fué admitido indebidamente el recurso. (Sentencia de 31 de marzo de 1962; declaratoria de la indebida admisión del recurso y, en consecuencia, de la firmeza de la sentencia recurrida.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS LA CONDENA EN COSTAS ESTÁ EXPRESAMENTE REGULADA POR EL ARTÍCULO 149 DE LA LAU: *No ha podido infringir la sentencia suplicada el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, pues este precepto ni ha sido aplicado en ella, ni es de aplicación en el presente supuesto, a efectos de condena en costas, porque en materia de arrendamientos urbanos dicha institución está regulada expresamente por el artículo 149 de la LAU.* (Sentencia de 27 de marzo de 1962; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEC: PROCEDE DECLARAR NULO LO ACTUADO POR NO HABERSE ATENDIDO A LA PETICIÓN DEL DEMANDADO DE QUE SE LE DESIGNARA ABOGADO DE OFICIO PARA SU DEFENSA COMO POBRE: *Al no accederse a la petición del demandado, hecha dentro del plazo concedido para contestar a la demanda, de que se le designara Abogado de oficio para su defensa como pobre, se infringió por el Juzgado Comarcal lo dispuesto en el artículo 27 de la LEC, y al proveer a los dos días siguientes en el sentido de tener por contestada la demanda y declarar la rebeldía de aquél se incidió en una infracción procesal de orden público generadora de indefensión, por lo cual, de acuerdo con los artículos 62 y 25 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, procede declarar la nulidad de lo actuado a partir de aquella petición.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1961; en el sentido indicado.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE IMPUGNARSE EL FALLO RECURRIDO POR NO HABER ACOGIDO LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, SI EL DEMANDADO RECURRENTE NO APELÓ NI SE ADHIRIÓ A LA APELACIÓN INTERPUESTA POR LA CONTRAPARTE PARA QUE SE REVOCARA LA SENTENCIA DEL JUZGADO MUNICIPAL QUE LA HABÍA DESESTIMADO: *El motivo del recurso fundado en infracción del artículo 1.252 del Código civil ha de fracasar por cuanto el Juzgado Municipal desestimó la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado, recurrente en suplicación, desestimación que quedó firme para él, al no apelar ni adherirse a la apelación en su tiempo interpuesta por la parte actora y recurrida.* (Sentencia de 5 de febrero de 1962; estimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I.—Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: NO HAY INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 10 DE LA LAU: APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LEY DE 1946: *No se da infracción del artículo 10 de la LAU porque este precepto determina los requisitos que la Ley exige para que el subarriendo pueda celebrarse válidamente y no ser por ello, motivo de resolución del contrato; y, como en el caso de autos, no se han cumplido dichos requisitos estamos más bien en presencia de un subarriendo inconsentido hecho de modo distinto al autorizado en el capítulo 3.º y por ello, incurso en la causa de resolución 2.ª del artículo 114.*

Al caer el subarriendo bajo el campo de aplicación de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley de 1946, el propietario quedaba obligado a tolerarlo mientras no cambiara la persona del subarrendatario, hecho que ha ocurrido al disponer inter vivos la demanda de su derecho en favor de pariente —sobrina— fuera del límite legal (Sentencia de 15 de junio de 1962; desestimatoria.)

2. SUBARRIENDO: FORMAS ADMITIDAS EN LA LAU: SU DIFERENCIA CON LA CONVIVENCIA QUE SE CONTEMPLA EN EL ARTÍCULO 58: *La LAU configura dos formas de subarriendo perfectamente diferenciadas: a), el total o parcial del artículo 11 expresión de una yuxtaposición de contratos, ajustada a las características del 1.543 del Código civil, sin más alteración que la de sus elementos personales y cuya viabilidad exige la autorización expresa y escrita del arrendador (art. 19); y b), el parcial y limitado del artículo 18, de idéntica fisonomía jurídica, pero impuesto al arrendador cuando los subarrendatarios son dos, no se altere el destino de la vivienda y se notifique en el plazo señalado. Mas, la convivencia que sirve de soporte a la facultad que al arrendatario concede el artículo 58 nada tiene de común con esas dos formas de subarriendo, ya que una correcta exégesis de este último precepto legal lleva a la conclusión de que el tercero que se introduce en la cosa arrendada y origina la figura del subarriendo, no puede ser ninguno de los parientes enumerados en él, pues nada permite en la Ley aplicable abrir la perspectiva de una contrafacultad del arrendador que pudiera «ab initio» oponerse a la originación de la convivencia abocable a la estatuida subrogación (Sentencia de 14 de julio de 1962; desestimatoria.)*

3. SUBROGACIÓN INTERVIVOS: ES NOTIFICACIÓN FEFACIENTE LA VERIFICADA A TRAVÉS DE ACIA NOTARIAL MEDIANTE CARTA CERTIFICADA CON ACUSE DE RECIBO,

AUNQUE POR EXTRAVÍO DEL DOCUMENTO DONDE CONSTABA EL RECIBÍ CON LA FIRMA NO PUDIERA INCORPORARSE AL PROTOCOLO: *Cumple con el requisito de fehaciencia que impone el artículo 24 de la LAU la notificación verificada a través de acta notarial, mediante carta dirigida a la arrendadora que el Notario autorizante cursó personalmente, constituyéndose en las Oficinas de Correos donde certificó la misiva con acuse de recibo, el cual fue en efecto devuelto firmado con el nombre de la destinataria, aunque al no haber sido incorporado al protocolo notarial, por extravío de la tarjeta donde figuraba la firma, se imposibilitara la autenticación de ésta, pues aun suponiendo la no recepción por aquella, de la carta, resulta patente el cumplimiento por la arrendataria de la iniciativa de notificación, en modo y forma adecuados al tráfico jurídico corriente, que el vigente Reglamento Notarial prevé y ordena en su artículo 202, cuyo tenor confiere, por lo pronto, a ese acto una fehaciencia que alcanza al total desarrollo del mismo en el trámite que le es peculiar y que se agota precisamente —puesto que no se trata de una notificación de carácter requisitorio o recepticio, sino de una mera presencia constataadora— con la certificación de la carta y acuse de su recibo, de suerte que no siendo exigible al fedatario la protocolización del susodicho documento de recibo, no existe razón alguna para imponer a la remitente una cercioración suplementaria de lo que el acto solemniza en orden a la efectividad de su obligación cumplida (Sentencia de 14 de julio de 1962; estimatoria.)*

4. NECESIDAD: ES IRRELEVANTE LA SUPUESTA INSUFICIENCIA DE LA VIVIENDA RECLAMADA CON BASE EN LO DISPUESTO EN LA ORDEN MINISTERIAL DE 29 DE FEBRERO DE 1944: *Establecida la certeza del propósito de la actora de proporcionar a una hija, casada desde el 3 de diciembre de 1960, y convivente con ella circunstancialmente, una morada independiente, no se desvirtúa la necesidad por la supuesta insuficiencia del piso reclamado, pues aparte de que la infracción de la Orden Ministerial de 29 de febrero de 1944 —relativa a peculiaridades de higiene y salubridad que competen a la Fiscalía de la Vivienda— no puede constituirse como motivo de suplicación, al no afectar a las específicas normas que la LAU disciplina, es lo cierto que el juzgador de instancia, al desatender las obligaciones que sobre ese extremo insinuara la demandada, dio por supuesta la capacidad de las dependencias del piso en cuestión para el adecuado cobijo de la beneficiaria y su familia (Sentencia de 30 de junio de 1962; desestimatoria.)*

5. NECESIDAD: LA CONSTITUYE EL HECHO DE ALOJARSE EN CASA DE UN VECINO DEBIDO A LA INHABITABILIDAD DERIVADA DE UN DERRUMBAMIENTO DE LA ANTERIORMENTE ARRENDADA: *Al admitirse el obligado desalojo, por parte del actor, de la vivienda antes habitada a virtud de contrato de arrendamiento, por su inhabitabilidad y peligrosidad a causa del derrumbamiento de la parte posterior, teniendo que acogerse aquél a la de un vecino, puede invocarse la situación de necesidad (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)*

6. NECESIDAD: NO SE DESVIRTÚA LA CERTEZA DE DICHA SITUACIÓN POR HECHO DE LA ADQUISICION DEL INMUEBLE, UNA DE CUYAS VIVIENDAS SE RECIBIERON LOS NUEVE AÑOS DE INICIADAS EN EL LUGAR DE SU EMPLAZAMIENTO, LAS ADECUACIONES LABORALES DE LOS BENEFICIARIOS: *No puede desvirtuarse la certeza de la situación de necesidad por el hecho de haber adquirido el actor el título de autos, nueve años después de que sus hijos, beneficiarios, inician sus ocupaciones pesqueras en la localidad de su emplazamiento a donde se trasladaron desde la en que residen, ya que naturalmente, si ese arduo trabajo personal crea la necesidad de residencia que justifica la acción citada y la misma persiste al adquirirse el inmueble que puede satisfacerse no se alcanza qué precepto normativo prohibiría al dueño adquirir con disponibilidad de la vivienda según la oportunidad discrecional de sus intereses* (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

7. NECESIDAD: EXISTE POR TRASLADO EN EL EMPLEO, CON DEBER DE RESERVAR EL LUGAR DEL ENCLAVAMIENTO DEL INMUEBLE, DE AQUÉL PARA QUIEN SE ALQUILA LA VIVIENDA, SI DESDE ENTONCES HA VENIDO ALBERGÁNDOSE EN PISOS DE TEMPORALIDAD. *La índole temporal de las locaciones que fuerzan al beneficiario a abandonar los sucesivos pisos así arrendados al vencer cada periodo ocasional de alquiler, conforme al artículo 2-1.º de la LAU, revela una situación de nomadismo en el asiento familiar que tiene perfecto derecho a estar en un lugar y que al haber sido originada por imperativo de una domiciliación sujeta a cambio en destino profesional —como Secretario Técnico Sindical— creando nueva residencia forzosa, configura, sin duda, la presunción establecida en el artículo 63-2.º número 1.º en relación con el 62 número 1.º del cuerpo legal* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

8. ORDEN SELECTIVO: ES PREFERENTE SOBRE EL PISO OCUPADO Y DESTINADO AL HOGAR FAMILIAR, EL QUE CON CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE VIVIENDA Y DE CONTRACTUALMENTE A ESA FINALIDAD, SE DEDICA CON POSTERIORIDAD, POR DECISION UNILATERAL DEL LOCATARIO A LOCAL DE NEGOCIO. *Debe ser preferido en orden selectivo al piso que sirve de hogar familiar, el bajo del inmueble si bien por su estructura y destino pactado ostenta la calificación de vivienda, fue con posterioridad dedicado exclusivamente, por decisión unilateral del arrendatario, a actividades de fabricación de piezas ortopédicas, tituyendo a efectos selectivos, «Vivienda que se halla habitualmente adaptada» (art. 64 LAU), pues aquél al emprender dicha dedicación como local de negocio, por propio arbitrio, en nada pudo haber modificado la calificación de vivienda habitable pero deshabitada así constituida, y ello a pesar del supuesto —no probado en la instancia— de que el arrendador ha consentido a esa transformación, con anterioridad a la vigencia de la Ley LAU, pues, por aplicación de la Disposición Transitoria 10.ª a) del Decreto 1.º de 1961, el local continuaría manteniendo la condición legal de vivienda con preferencia selectiva establecida en aquel precepto legal para las viviendas no ocupadas como casa-habitación* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PRECISA UN CONDÓMINO DEL CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: ES IRRELEVANTE PARA EL ÉXITO

ÉSTA EL HABER HECHO CONSTAR EN EL REQUERIMIENTO LA EXISTENCIA DE UNA CO-PROPIEDAD SOBRE EL PISO DISCUTIDO, EN LUGAR DE UNA COMUNIDAD HEREDITARIA: *Ni los artículos 394 y 398 del Código civil, ni los 16, 1.º y 63 de la LAU establecen como presupuesto esencial de viabilidad de la acción resolutoria, el consentimiento expreso de todos los condueños.*

El artículo 65 de este último cuerpo legal citado, no impone más presupuestos al previo requerimiento que el nombre de la persona que necesita la vivienda, la causa de necesidad y los motivos de posposición, sin que la mayor amplitud de la comunidad hereditaria frente al condominio que, indudablemente puede integrarlo dado su menor alcance, altere o desdibuje alguna de tales circunstancias (Sentencia de 15 de junio de 1962; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: ES VÁLIDO SI LA DESIGNACIÓN DEL INDIVIDUO SELECCIONADO CONTIENE EL SUFICIENTE DETALLE PARA DARLE POR ENTERADO: *Es válido el requerimiento aunque no se expresan de una manera clara y terminante las causas de posposición que afectan al demandado, si se hace con el detalle suficiente para que la parte requerida llegue al conocimiento del porqué de su designación, pues es evidente la referencia al párrafo 1.º del artículo 64 de la LAU en cuanto al número de componentes de cada una de las familias que habitan el inmueble, sin que sea preciso atenerse a un excesivo formalismo al hacer tal designación (Sentencia de 14 de julio de 1962; desestimatoria.)*

11. PLAZO PARA RECUPERAR LA VIVIENDA EL EX-INQUILINO AL NO OCUPARLA EL BENEFICIARIO: SU CARÁCTER: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO: *El párrafo 1.º del artículo 68 de la LAU establece con referencia a la ocupación de la vivienda por la persona para quien se reclamó, un plazo de tres meses contados desde el desalojo y al estar enlazado el plazo del ex-inquilino para recuperar la vivienda al del propietario y ser de caducidad, el derecho que se le concede a aquél, debe ser ejercitado a contar desde el día siguiente al en que transcurrió el de tres meses que para ocuparlo tiene la persona para quien se solicitó (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)*

12. DERECHO DE RESERVA EN FINCA REEDIFICADA A FAVOR DE LOS INQUILINOS DE VIVIENDAS DEMOLIDAS: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO QUE PARA LA OCUPACIÓN SEÑALA EL ARTÍCULO 82, 2 DE LA LAU: *Solamente la situación de habitabilidad concluida y útil condiciona la virtualidad del ofrecimiento de viviendas que a los inquilinos «les hubiera asignado el arrendador», según el texto legal, y supedita, por tanto, el momento a partir del cual ha de computarse el plazo de treinta días para la ocupación (Sentencia de 31 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

13. EL DERECHO A LA REHABILITACIÓN DEL ARRENDAMIENTO Y A OCUPAR UNA NUEVA VIVIENDA EN EL EDIFICIO REEDIFICADO NO QUEDA ENERVADO SI LA INQUILINA BENEFICIARIA AL ABANDONAR LA ANTIGUA HIZO ENTREGA DEL PLANO Y LLAVES DEL PISO Y REQUIRIÓ SIMULTÁNEAMENTE AL ENTONCES DUEÑO PARA QUE OTORGARA EL DOCUMENTO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LAU: *No puede combatirse el*

derecho reconocido a la actora de rehabilitar el arriendo y retornar al goce de la nueva edificación, arguyendo la razón de no haber suscrito aquí con el dueño del inmueble el documento a que alude el artículo 81, 1.º y 2.º de la LAU, cuando, precisamente, al abandonar su vivienda para facilitar la reedificación, hizo entrega del plano y llave del piso al entonces dueño y lo requirió simultáneamente para que en el plazo de quince días otorgara aquel documento, lo cual si no llegó a realizarse nunca sería imputable a la inquilina, quien con esa gestión realizó cuanto a su iniciativa incumbía, según el artículo 81 (Sentencia de 31 de octubre de 1962; desestimatoria.)

14. RENTA EN VIVIENDA REEDIFICADA: ES LICITA LA REDUCCIÓN DEL 10 % ESTÁ EN PLANTA DISTINTA A LA QUE OCUPABA EN EL INMUEBLE DEMOLIDO AÚN CUANDO TENGA MAYOR EXTENSIÓN SUPERFICIAL: *Hallándose acreditado que en la vivienda nueva y la antigua hay no sólo una diferencia de cuatro plantas, sino también deficiencias graves en el normal acomodo de las instalaciones que muestran, sin duda, una desatención, bien deliberada o descuidada, de las condiciones de similitud requeridas por el artículo 83 de la LAU, es lícita la reducción del 10 % de la renta exigible, sin que sea obstáculo a ello el hecho de que aquella vivienda tenga una extensión superficial superior a la de la demolida, pues este dato sólo juega en la fijación del área mínima exigida al piso nuevo (Sentencia de 31 de octubre de 1962; desestimatoria)*

15. NO ES APLICABLE EL PLAZO DE CADUCIDAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 106 DE LA LAU A LA PRETENSIÓN DE QUE SE FIJE LA RENTA DE UNA VIVIENDA EN EL INMUEBLE REEDIFICADO, AUN CUANDO LA OCUPACIÓN DERIVE DE PACTO ENTRE AMBOS PARTES: *Pactada entre el dueño del inmueble reedificado y una inquilina de vivienda ubicada en el demolido, la ocupación de un piso en 11 de septiembre de 1961, y presentada por ésta, demanda en solicitud de que se fijará la renta a abonar, no puede oponerse la caducidad de la acción con base en el artículo 106 de la LAU, pues ni las partes postularon ni la sentencia recurrida decidió cuestión alguna relacionada con la revisión de rentas regulada por el capítulo XI, ni juega, por tanto, para nada en este caso la aplicabilidad o no del citado precepto legal; pero es que además aparece probado que ese acuerdo se convino no para configurar una específica locación dirigida a obviar el cómputo de la rentabilidad exigible a la inquilina en la nueva vivienda, según lo prevenido en el artículo 84, sino como consecuencia de los derechos reconocidos a ella como inquilina de la vivienda demolida, que se reservó en el acta notarial anterior simultáneamente con la solicitud de entrega de llaves (Sentencia de 31 de octubre de 1962 desestimatoria.)*

16. RESOLUCIÓN POR DERRIBO: EDIFICACIONES PROVISIONALES: SU CONCEPTO *La calificación de edificaciones provisionales que llena el contenido del artículo 91 de la LAU envuelve un concepto esencialmente jurídico —Sentencia de 30 de enero de 1954—, no limitado, en sus rasgos difinitorios, por la notas que sin exhaustividad enumera la indicada norma (Sentencia de 3 de febrero de 1955.)*

No es suficiente motivo de desestimación de la pretensión resolutoria el que la edificación sea sólida, sin presentar síntomas de derrumbamiento en sus muros, pues hay que atender, con independencia de la solidez en las construcciones, a otras notas que determinan la calificación de provisionalidad, como son las de que la edificación no se ajuste a las condiciones mínimas del lugar en que se enclava (Leyes de 15 y 12 de mayo de 1945 y Reglamento de 23 de mayo de 1947), su accesoria —en función del valor—, con respecto a los terrenos en que se situó y la calificación —sentada en sentencia firme decisoria del pleito anterior— de solar que cerró toda posibilidad de retracto arrendaticio (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; estimatoria.)

17. PUEDE EL ARRENDADOR QUE HA NOTIFICADO DEBIDAMENTE DETERMINADOS AUMENTOS DE RENTA, TRANSCURRIDO EL PLAZO DE TREINTA DÍAS SIN RECIBIR CONTESTACIÓN DEL INQUILINO Y SIENDO AQUÉLLOS LEGÍTIMOS, PRETENDER ACUMULADAMENTE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y EL PAGO: No ha habido violación de los artículos 101 y 109 de la LAU al acoger íntegramente la demanda, pues si es cierto que el juzgador de instancia proclama que ha sido evidente la negativa del arrendatario al pago, esta proclamación se identifica únicamente con una simple resistencia al pago de la cantidad legítimamente reclamada —en concepto de rentas de los meses de marzo de 1958 a diciembre de 1961, ambos inclusive, con los aumentos por tenencia de huéspedes, ejecución de obras y aplicación del Decreto de 22 de julio de 1958— y no puede confundirse con la notificación escrita y expresa que ha de seguir, impuesta para los incrementos de renta y como el inquilino no contestó a la carta del arrendador de 7 de noviembre de 1958, su silencio le impuso la obligación de abonar las requeridas o el ejercicio de la acción revisoria que establece la regla 4.ª del artículo 101 ya caducada de acuerdo con el 106, al tiempo de articularse la demanda (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

18. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: HAY QUE ACCEDER A LA PRETENSIÓN AÚN CUANDO EN LA DEMANDA SE DIGA QUE LAS RENTAS DE LAS DIFERENTES PLANTAS SE HALLAN ENGLOBADAS, SI DE LA PRUEBA RESULTA OTRA COSA: NO ENERVA LA ACCIÓN LA POSTERIOR DECLARACIÓN A LA HACIENDA: No basta para la desestimación de la demanda de reducción de renta con fundarse en la alegación de la propia actora hecha en aquel escrito, de que en la declaración de rentas a la Hacienda se encuentran englobadas las correspondientes a las dos plantas habitadas por cada una de las partes, cuando de la prueba aparece que están separadas las correspondientes al sótano y bajo ocupados por la actora, cifradas en una cantidad menor a la que paga, por lo que puede acceder a su pretensión.

No puede enervarse la acción en virtud de declaración de rentas ajustada a las que se perciben hecha con posterioridad a la interposición de la demanda, que sólo produce el efecto de limitar la revisión al plazo de dos años (Sentencia de 14 de julio de 1962; estimatoria.)

II.—Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SE CUMPLE CON EL REQUISITO DE LA CONSIGNACIÓN DE RENTAS AUN CUANDO ÉSTA SE HAGA GLOBAL DE LAS QUE SE ADEUDEN AL INTERPONER EL RECURSO: *Si el arrendatario recurrente, obligado por el contrato a abonar la merced por mensualidades vencidas, consignó el importe total de las debidas por los meses de marzo a junio del año en curso sólo en el momento de formalizar ante el Juzgado su recurso, cumplió con el requisito del artículo 148 de la LAU, como tiene declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1961* (Sentencia de 14 de julio de 1962; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE DEJARSE SIN EFECTO LA CONDENA EN LAS COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA A LA DEMANDADA, AUNQUE EL JUEZ NO HICIERA ALUSIÓN A SU TEMERIDAD COMO APELANTE: *No existe infracción del artículo 14 de la LAU si se impusieron las costas de la segunda instancia a la demandada, sin hacerse previa alusión a su temeridad como apelante, pues el Juzgado a aquél se atemperó haciendo uso de una facultad exclusiva que obliga sobreentender la declaración expreso de temeridad, impeditiva de ser combatida en suplicación* (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ES EXTEMPORÁNEA LA PRETENSIÓN DEL RECURRIDO ACTOR EN EL PROCESO, DE QUE SE CONFIRME LA SENTENCIA EN CUANTO DESESTIMA LA RECONVENCIÓN Y SE REVOQUE EN CUANTO DESESTIMA TAMBIÉN LA DEMANDA: *Aunque el recurrente extiende la súplica del escrito de impugnación del recurso a la estimación de la demanda y por tanto a la revocación de las sentencias que la rechazan, tal pretensión es extemporánea, puesto que en los diez días siguientes a la notificación de la sentencia no se articuló el correspondiente recurso y la resolución quedó firme a tenor de lo dispuesto en el artículo 408 de la LEC* (Sentencia de 30 de junio de 1962; desestimatoria.)

NOTA.—Se trataba de un proceso en que el actor solicitó la reducción de la renta, y el demandado, por vía reconvenicional, su absolución y la resolución del contrato por obras que alteraban la configuración de la vivienda arrendada. En ambas instancias fracasaron tanto la demanda como la reconvencción, interponiéndose recurso de suplicación solamente por el demandado para solicitar la estimación de esta última.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSECUENCIAS DE SU MENOR RIGORISMO FORMAL Y DE SU CARÁCTER EXCLUSIVAMENTE JURÍDICO EN CUANTO A LA EXPRESIÓN DE SU MOTIVACIÓN: *El menor rigorismo formal y su carácter exclusivamente jurídico no impone fijar expresamente si el motivo de su interposición radica en infracción de Ley (el sustentado en el abuso de derecho ha de citar las normas legales de valoración de prueba infringidas) lo que sería redundante, ni especificar si es por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, aunque sí, fuera de esta preconstituída fórmula, el sentido de la vulneración, natural en su ámbito formal y razonado; ni de doctrina legal o de Ley, porque en definitiva, dicha doctrina no es más que una interpretación de la norma aplicable o no a la relación jurídica* (Sentencia de 14 de julio de 1962; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE ESTIMARSE VIOLADO EL ARTÍCULO 9.º DE LA LAU SI NO SE HABÍA APLICADO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO: *Se acusa a la sentencia recurrida de infracción por violación del artículo 9.º de la LAU por su no aplicación y errónea aplicación de la teoría del abuso de derecho; mas como, según se reconoce en el propio motivo, dicha resolución no aplica ese precepto legal, no puede estimarse que haya cometido la infracción imputada, máxime cuando la doctrina jurisprudencial que equiparaba la inaplicación al concepto positivo de violación ha sido superada y sustituida por otra en la que se establece que para estimar violados unos preceptos es necesario que hayan sido aplicados en la resolución recurrida —Sentencias de 1.º de julio de 1947, 12 de febrero de 1948 y 9 de junio de 1950— y este es el criterio de la LAU en su artículo 132: al decir que el recurso de suplicación podrá fundarse en la errónea aplicación del abuso de derecho, emplea el concepto positivo de aplicación. (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)*

6.—RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ES SUSCEPTIBLE DE IMPUGNACIÓN LA DETERMINACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA: *El artículo 132 de la LAU sólo viabiliza procesalmente el recurso cuando se ha vulnerado en la subsunción de la norma jurídica a los hechos probados, la ley o doctrina legal sustantiva, quedando la impugnación de las valoraciones probatorias —y entre ellas, naturalmente, como un elemento de la decisión factica, la determinación de la carga probatoria— para los supuestos de aplicación errónea del abuso de derecho. (Sentencia de 30 de junio de 1962; desestimatoria.)*

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO SE PUEDE FUNDAR EN INFRACCIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER PROCESAL: *La pretendida nulidad con fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador del proceso de cognición, sobre comparecencia y representación de las partes —de carácter estrictamente procesal— no puede prosperar, toda vez que en virtud de lo preceptuado en el artículo 132 de la LAU, sólo está permitida la fundamentación del recurso en infracciones de las normas de derecho sustantivo, con exclusión de las de naturaleza procesal, en analogía con lo declarado por constante doctrina jurisprudencial en relación con el recurso de injusticia notoria, habida cuenta de que mientras el artículo 136 que lo disciplina diferencia claramente la infracción de ley o de doctrina legal del quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, limita aquel otro precepto legal el de suplicación, a las primeras. (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)*

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE PROSPERAR AUN CUANDO EXISTA INFRACCIÓN DE UNA NORMA LEGAL, SI SE LLEGA A LA MISMA SOLUCIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR APLICACIÓN DE DISTINTO PRECEPTO: *No puede prosperar el recurso de suplicación, aunque se estime infringida una norma legal, en todos aquellos casos en que el fallo recurrido tiene base suficiente en los razonamientos jurídicos que el Tribunal estime aplicables, respetando las alegaciones de las partes y los hechos declarados probados. (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)*

NOTA.—Se trataba de un caso en que la arrendadora pretendía la denegación de la prórroga frente al inquilino del piso tercero de un inmueble y su propiedad, por ser el ocupante de familia menos numerosa, estimando excluido de la selección el piso primero dedicado a local de negocio —pues aparecen en él instaladas las oficinas y estudios de una empresa de construcción—. La demanda fué desestimada en ambas instancias, por aplicación de la Disposición Transitoria número 22 de la Ley de 1946 y Disposición Adicional 1.^a de la vigente, que prohíben, mientras el Gobierno no disponga otra cosa, destinar a otros fines distintos de la vivienda, ningún local que antes estuviera dedicado a hogar familiar, en base a que el indicado primer piso estuvo ocupado con destino a vivienda hasta hace unos ocho a diez años. Mas el Tribunal de Suplicación, aplicando a estos mismos hechos la Disposición Transitoria 10.^a de la vigente LAU —norma que resuelve el supuesto litigioso y no las anteriormente citadas, cuya indebida aplicación resulta evidente— llega a la misma solución que la sentencia recurrida, pues al no aparecer que el arrendatario del tan repetido piso tenga en él su morada, a efectos del orden selectivo, el local se entenderá situado entre las viviendas que no sirvan de hogar familiar y la ocupada por familia menos numerosa.

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSA JUZGADA: NO PUEDE ACOGERSE ESTA EXCEPCIÓN DE OFICIO: EFECTOS QUE PRODUCE CUANDO NO HA SIDO ALEGADA: *No puede estimarse violado el artículo 1.252 del Código Civil cuando la resolución recurrida ni cita tal precepto, ni fundamenta su fallo en la cosa juzgada material que nadie había excepcionado en el proceso, pues aunque la sentencia impugnada haga una equívoca referencia a que el asunto está prejuzgado —por alusión a una sentencia de esta misma Audiencia desestimatoria de desahucio propuesto con relación a la vivienda de que aquí se trata— tales antecedentes no se constituyen en aquella sentencia como obstáculo legal impositivo del enjuiciamiento de las cuestiones ahora planteadas, sino como antecedente que, aun sin operar los efectos de cosa juzgada —nunca apreciable de oficio— comporta una realidad procesal que ha de imponerse a los Tribunales para resolver en un segundo litigio, problemas que ya fueron resueltos en otro anterior, cuyas declaraciones deben respetarse.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DEBE CITARSE CONCRETAMENTE EL PRECEPTO LEGAL INFRINGIDO: *Por mucho que se limite el rigorismo formal del recurso de suplicación siempre se exigirá la cita concreta del precepto legal infringido.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO EXISTE INCONGRUENCIA SI EL JUZGADOR VALORA JURÍDICAMENTE LOS HECHOS ALEGADOS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE MANERA DISTINTA A COMO LO HACE EL RECURRENTE: *No se acoge por el juzgador una excepción no alegada expresamente, ni, por tanto, incide en incongruencia la sentencia recurrida, pues al proclamar ésta que el arrendamiento se pactó realmente entre el actor recurrente y uno de los demandados aunque a nombre del otro y que este último no habitó nunca en el piso discutido, se están recogiendo íntegramente los hechos de la contestación si bien se les da una valoración distinta a la del recurrente, ya que mientras éste entiende que envuelven una cesión de arrendamiento, el juzgador de instancia los califica de arrendamiento simulado, y claro es que,*

en la relación singular que se juzga, ni el órgano jurisdiccional aporta datos de hecho distintos de los suministrados por las partes (Sentencia de 3 de mayo de 1961), ni acoge una pretensión no ejercitada, ni concreta la eficacia del fallo a la sola fundamentación combatida. (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO EXISTE INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO SI LA PRETENSIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CONJUNTO DE CASA Y PREDIO RÚSTICO, EN EL QUE APARECE COMO ELEMENTO PREDOMINANTE EL DE LA VIVIENDA, SE VENTILÓ POR LOS TRÁMITES PROCESALES DE LA LAU: *Arrendados en un sólo contrato y por precio único una casa con un trozo de terreno, sembrado de viña y en trance de calificar esa relación jurídica, hay que concluir que el elemento preponderante es el de la vivienda, pues el conjunto arrendado se encuentra situado en el casco urbano de la ciudad, en zona de vivienda aislada, y el terreno, al no llegar a 200 pesetas de líquido imponible, está exento de contribución mientras que la casa paga; y, por tanto, la sentencia que sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto desestima la demanda por inadecuación de procedimiento, infringe, por aplicación indebida, el artículo 151 de la LAU, ya que al resultar la vivienda el principal objeto del contrato, las normas procesales aplicables son las de dicho cuerpo legal. (Sentencia de 15 de octubre de 1962; estimatoria.)*

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PROCEDE EL INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA QUE ACCEDÉ A UNA DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS DE FORMA SUBSIDIARIA, CON LA FINALIDAD DE QUE SE DEJE SIN EFECTO Y SE ACOJA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL RECHAZADA: *La sentencia que rechaza el pedimento principal de la actora, consistente en que se declare que la renta correspondiente a la vivienda que se le asigna en el inmueble reedificado es la de 59,00 pesetas mensuales y acoge, en cambio, la pretensión alternativa de que esa renta deberá ser la que derive de la aplicación del artículo 84 de la LAU, según el resultado de la prueba que se practique en cuanto al valor del metro cuadrado de superficie, no es impugnible por la actora en suplicación, con el propósito de obtener con su anulación, el acogimiento definitivo de la pretensión principal, puesto que tal iniciativa contradice la naturaleza, significación y finalidad del propio recurso, el cual —lo mismo que cualquier otro— requiere como primordial exigencia, la existencia de un perjuicio o gravamen para la parte que lo insta y ello no ocurre aquí, desde que la propia parte, al formular sus pedimentos de un modo alternativo, suscitó el pronunciamiento de una sentencia que al acoger la demanda tenía que hacerlo necesariamente en esos mismos términos de opción excluyente en que se planteó. (Sentencia de 31 de octubre de 1962; declaratoria de la inadmisibilidad a trámite del recurso.)*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Causa ilícita y fraude de acreedores.*

MARÍN PÉREZ, Pascual: *La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil.*

MOZOS, José Luis de los: *La adquisición de la posesión en los legados.*

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis: *Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel: *El Fuero de Baylío y su vigencia en Ceuta.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.