

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 XVIII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE

MCMLXV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.-Rodríguez San Pedro, 40.-Madrid.

Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Precedentes sobre la adquisición por prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas.—2. La prohibición de usucapión de servidumbres discontinuas o no aparentes en el Código civil español y la norma transitoria del artículo 1.939.—3. Carácter general de la norma transitoria del artículo 1.939 y carácter especial de la norma prohibitiva del artículo 539.—4. Interpretación del artículo 1.939 mediante la integración de las dos proposiciones que contiene: su aplicación a la prescripción mediante plazo legal y su inaplicación a la prescripción inmemorial.—5. Interpretación del artículo 1.939 en relación con la 1.^a Disposición Transitoria: el respeto a los derechos adquiridos y el carácter excepcional de la norma transitoria del artículo 1.939.—6. Interpretación comparativa del artículo 1.939 con el artículo 2.281 del Código civil francés.—7. Interpretación jurisprudencial del artículo 1.939. Su evolución.

I. PRECEDENTES SOBRE LA ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL DE SERVIDUMBRES DISCONTINUAS

En el Derecho español anterior al Código civil se reconocía la posibilidad de usucapir las servidumbres discontinuas por la prescripción inmemorial. Al contrario que las servidumbres continuas, que se prescribían por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, las discontinuas sólo se podían prescribir por la prescripción inmemorial. Así lo disponían las Partidas, que con referencia a las discontinuas ordenan que «tales servidumbres no se podrían ganar por el tiempo sobredicho: ante dezimos que quien las quisiere aver por esta razón, ha menester que haya usado dellas, ellos o aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que no se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron a usar» (3, 31, 15).

Esta doctrina, descansaba sobre la distinción forjada en el De-

recho común entre servidumbres continuas y discontinuas, que aceptada por nuestras leyes de Partidas y en Francia por el Código civil, pasaria a través de su influjo a numerosos Códigos civiles, entre ellos el nuestro (art. 532).

De esta forma el criterio del Derecho español, era, de una parte, la diversa regulación de la adquisición por usucapión de las servidumbres continuas y discontinuas, ya que sólo se adquirirían por la posesión de diez o veinte años, las primeras, y de otra, la posibilidad de la prescripción inmemorial de las segundas.

Frente a este criterio el Proyecto de Código civil español de 1851, siguiendo la pauta marcada por el Código francés, introdujo una modificación esencial, al prohibir la adquisición por usucapión de las servidumbres discontinuas y las continuas no aparentes: «las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título» (art. 538). Este precepto marcaba la prohibición de la usucapión de estas servidumbres, como se deduce de su comparación con el inmediato anterior según el cual «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o de posesión, con arreglo a lo determinado en el título XXIV, libro III de este Código» (art. 537).

Si las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o posesión, y las discontinuas y continuas no aparentes, sólo en virtud de título, parece indudable que se prohíbe la usucapión de éstas.

El fundamento con que explicaba el diverso régimen legal García Goyena era «que las servidumbres continuas y aparentes pueden ser reprimidas a cada momento por el propietario, que no puede ignorarlas; si no lo hace así hay culpa o negligencia de su parte, y justo es que corra contra él la prescripción. Pero el propietario puede no apercibirse de las discontinuas, que no se usan sino por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia o complacencia; no hay, pues, en este caso la culpa o descuido que en el anterior».

Y para evitar toda posible duda en relación con la prescripción inmemorial, añade García Goyena, refiriéndose a las continuas no aparentes y discontinuas, que éstas se adquirirán, «en virtud de título: de modo que no bastará la posesión inmemorial, ni como tan variamente la han entendido hasta ahora los intérpretes, ni como para ciertos casos la han regularizado nuestras leyes... Subsistirán sin embargo, las servidumbres continuas o discontinuas adquiridas anteriormente, con arreglo a las leyes 15 y 16, título 31, Partida 3» (1).

(1) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid, 1852, p. 464.

El Proyecto de 1851, seguía fielmente el Código francés, según el cual, «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de treinta años» (art. 690); mientras que «las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas, aparentes o no aparentes, no pueden establecerse más que por título. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas, sin que, no obstante, se puedan hoy impugnar las servidumbres de esta naturaleza ya adquiridas por la posesión en las regiones donde podían adquirirse de este modo» (art. 691).

De los anteriores preceptos el Proyecto de 1851, suprimió el segundo apartado del artículo 691, que contenía la referencia a la posesión inmemorial y una norma de Derecho transitorio manteniendo la usucapión ganada conforme al Derecho anterior por la posesión inmemorial.

El Código italiano de 1865 reprodujo con ligeras variantes las citadas disposiciones del Código francés: «las servidumbres continuas y aparentes se establecen por virtud de un título o por la prescripción de treinta años o por la destinación del padre de familia» (art. 629); por el contrario, «las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas, sean o no aparentes, no pueden establecerse sino mediante título. La posesión, aun siendo inmemorial no basta para establecerla» (art. 630).

También el Código portugués sobre la base de la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas estableció la misma prohibición de adquirir por usucapión las segundas, disponiendo en su primitiva redacción, hoy modificada, que «las servidumbres continuas aparentes, pueden ser constituidas por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el presente Código» (art. 2.272) y que «las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no aparentes, también pueden ser adquiridas por cualquier modo excepto por la prescripción. La disposición de este artículo no perjudicará las servidumbres adquiridas anteriormente a la promulgación de este Código conforme al uso o costumbre del país» (art. 2.273) (2).

Otros Códigos latinos siguieron asimismo el criterio prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas y de las continuas no aparentes.

Este criterio prohibitivo ha sido justificado alegando que la usucapión exige que la posesión sea continua y pública (art. 2.229, Código francés y equivalentes), por lo que es congruente la imposibilidad de usucapión de servidumbres en que no se dan dichos requisitos, por faltar, bien la continuidad, bien la apariencia. También se alega como justificación de la prohibición el carácter pre-

(2) La redacción actual del Código portugués, según Decreto de 16 de diciembre de 1930, establece que «las servidumbres aparentes, continuas o discontinuas pueden ser constituidas por cualquier modo de adquirir declarado, en el presente Código» (art. 2.272) y que «las servidumbres no aparentes también pueden ser constituidas por cualquier modo, excepto por prescripción» (art. 2.273).

cario, de mera tolerancia que se presume pueda existir en las servidumbres discontinuas y no aparentes, por lo que la prohibición trata de evitar que actos meramente tolerados se puedan transformar en adquisición de derechos (3).

La cuestión ha dado lugar, sin embargo, a controversia doctrinal, sobre la justificación de la prohibición y de su formulación, tema que ha tenido, como veremos, también repercusión en nuestra doctrina.

2. LA PROHIBICIÓN DE USUCAPIÓN DE SERVIDUMBRES DISCONTINUAS O NO APARENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939

El Código civil español, siguiendo al Proyecto de 1851 y por tanto al Código francés, siguió el expuesto criterio prohibitivo disponiendo que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por virtud de título, o por la prescripción de veinte años» (artículo 537), mientras que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título» (art. 539).

Sobre estos textos y con las influencia de los correlativos de los Códigos extranjeros ya mencionados, que les sirvieron de precedente, la doctrina española, interpreta comúnmente que dichos textos significan para las servidumbres continuas y aparentes el establecimiento de un plazo especial de prescripción, que excluye la posibilidad de su usucapión por virtud del plazo de diez años, con justo título y buena fe; y respecto a las discontinuas y continuas no aparentes, la prohibición de su prescripción inmemorial, como tenía lugar conforme a la legislación de Partidas citada anteriormente, que resultaría así derogada (4).

Frente a la común doctrina, se han expuesto algunas aisladas opiniones que propugnan la posibilidad de la usucapión de diez años con justo título y buena fe para las servidumbres continuas y aparentes (5) o bien la existencia en nuestro Derecho vigente de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas conforme al Derecho histórico español (6).

La jurisprudencia afirma abiertamente que en virtud de la norma contenida en el artículo 539 no es posible, después de la vigencia

(3) V. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, II, 2.^a ed., Madrid, 1960, pág. 308; también la indicada opinión de GARCÍA GONZALEZ.

(4) CASTÁN: *Derecho civil*, II, 2.^a, págs. 87 y 80, 10.^a ed. Madrid, 1965.

(5) LACRUZ: *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes* (RGJ), 197, 1954, 521 y en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1958, páginas 37-97.

(6) LUCAS: *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1903, pág. 121.

del Código civil, ganar por la usucapión las servidumbres discontinuas, como es la de paso, sin perjuicio del respeto para las que ya estuviesen constituidas antes de su vigencia.

Así la Sentencia de 11 de noviembre de 1954 declaró que «la servidumbre real de paso de conformidad con lo establecido en el artículo 532 del Código civil es una servidumbre discontinua y esta clase de servidumbres, sean o no aparentes, sólo pueden adquirirse por virtud de título desde la vigencia del Código civil, que así lo previene en su artículo 539».

Igualmente se rechaza por la jurisprudencia la existencia de una servidumbre de paso, porque la sentencia recurrida «al señalar, como hecho cierto de uso de la servidumbre real y positivo, como consecuencia de la prueba practicada, una fecha posterior a la vigencia del Código civil, hace inaplicable su primera disposición transitoria, lo que implica a su vez la infracción por falta de aplicación de los artículos 539 y 540 del repetido Código, respecto de la necesidad de título para adquirir las servidumbres discontinuas o de suplir éste por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme, tratada en este caso de obtener, haciendo supuesto de la cuestión a resolver (Sentencia de 13 de diciembre de 1955).

Nuevamente reitera el mismo criterio el Tribunal Supremo resolviendo que la servidumbre de paso a que se refería la cuestión litigiosa, «por ser de naturaleza discontinua no podía ganarse por prescripción» (Sentencia de 13 de octubre de 1961).

Por el contrario, cuando a la vigencia del Código se venía disfrutando la servidumbre de paso, por tiempo inmemorial, la jurisprudencia reconoce su existencia legal porque «se rige por la ley de Partidas que regula su adquisición por el transcurso de tiempo inmemorial» (Sentencia de 15 de febrero de 1963).

Cuestión más debatida por nuestra doctrina es la de la justificación del criterio prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas, pues se muestra entre nosotros también la preocupación general que en el Derecho francés y los que siguen su orientación, existe sobre dicha prohibición (7).

Dejando este aspecto del régimen legal positivo de la usucapión de servidumbres y partiendo del criterio comúnmente aceptado de que dicho régimen implica verdadera prohibición para las discontinuas o no aparentes, vamos a estudiar una cuestión de nuestro Derecho transitorio originada por la norma contenida en el artículo 1939 del Código civil.

Nuestro Código civil, si bien prohibió en los artículos 539 y 540 la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas, derogando así lo dispuesto en la Ley 15, título 31 de la partida 3.^a, como régimen de Derecho intertemporal la primera de las dispo-

(7) Espín: *Manual cit.*, II, 2.^a ed. Madrid, 1960, pág. 308.

siciones transitorias del citado Código, mantuvo la legislación anterior para los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. La aplicación de esta Disposición Transitoria a las servidumbres discontinuas, como es la de paso, implica la válida constitución de aquellas servidumbres *adquiridas* conforme a la legislación anterior por prescripción inmemorial, es decir, aquellas cuya adquisición se hubiese verificado ya en el momento de la promulgación del Código civil.

La doctrina expuesta, que resuelve las cuestiones de Derecho transitorio respecto a las servidumbres discontinuas, no sufre alteración alguna por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.939 de nuestro Código civil, cuyo precepto en su parte primera ordena que «la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo», por la especial naturaleza de la prescripción inmemorial.

Efectivamente, el artículo 1.939, que contempla en su citada primera parte la hipótesis de una prescripción iniciada antes del Código y terminada después, significa una excepción a la Disposición Transitoria 1.^a ya citada, pues según ésta, si la prescripción no hubiese sido consumada totalmente conforme a la legislación anterior debería aplicarse el régimen del Código civil; por el contrario, el citado artículo 1.939 permite la pervivencia de la legislación anterior en materia de prescripción, en aquellos casos en que al menos se haya iniciado su transcurso antes de la publicación del Código.

Pero si, en general, el artículo 1.939 implica una excepción en materia de prescripción, a la Disposición Transitoria 1.^a, dicha excepción resulta inaplicable en materia de servidumbres discontinuas por consecuencia de la naturaleza específica de la prescripción de las mismas conforme a la legislación anterior, representada por la Ley 15, título 31, partida 3.^a, según la cual se adquieren las servidumbres discontinuas por la prescripción inmemorial. Esta imposibilidad de aplicar el artículo 1.939 a la prescripción inmemorial se deduce del propio concepto de esta especie de prescripción, que no es otro, como expresa la citada ley de Partidas, sino aquel cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria del mismo, ya que cuando empiecen a ser inmemoriales los hechos a que se refiera una posible prescripción se habrá consumado la adquisición de la misma. Es decir, que así como en la prescripción por el plazo de tiempo fijado por la ley, cabe hablar del principio y fin del tracto prescriptivo, cuya cronología ha de ser conocida necesariamente para poder realizar su cómputo, por el contrario, en la prescripción inmemorial, a efectos legales, no cabe computar su inicio, sino tan sólo su consumación derivada de la existencia de un uso cuyo origen es tan remoto que no pueda recordarse, pues si cons-

tase el principio del mismo no podría hablarse de prescripción inmemorial.

Aplicado el concepto de la prescripción inmemorial al artículo 1.939 resultaría que como dicha prescripción inmemorial, tendría que serlo ya a la publicación del Código, sería innecesario recurrir a este precepto para acogerse a la legislación anterior, puesto que existente la posesión inmemorial de una servidumbre discontinua se habría adquirido el derecho a ella conforme a la Transitoria 1.ª.

Contra la posibilidad de la prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas por virtud de hechos posesorios, *includos* antes del Código, pero sin que a su publicación se pudiese hablar de su inmemorialidad, creemos pueden alegarse importantes razonamientos que cierran la posibilidad indicada.

Justificada o no la norma vigente sobre imprescriptibilidad de servidumbres discontinuas o no aparentes, limitamos nuestro estudio al indicado problema de Derecho transitorio, lo que nos parece de interés no sólo teórico sino práctico, dada la existencia de litigios sobre el punto planteado, en relación, sobre todo, con la servidumbre de paso, legalmente considerada como discontinua (8).

3. CARÁCTER GENERAL DE LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939 Y CARÁCTER ESPECIAL DE LA NORMA PROHIBITIVA DEL ARTÍCULO 539

El artículo 1.939 por su colocación en el Código es una norma de aplicación general a las dos clases de prescripción, adquisitiva y extintiva, ya que está comprendida en el capítulo I del título dedicado a la prescripción, que contiene las «Disposiciones generales» sobre la misma.

Este emplazamiento del citado artículo requiere, como todas las restantes normas del citado capítulo, una labor de interpretación para coordinarlo en cada caso con la clase de prescripción de que se trate e incluso con el derecho cuya prescripción se pretenda. Prescindimos aquí de su adaptación a la prescripción extintiva (9), limitándonos a la usucapión y aun dentro de la órbita de ésta, ceñimos también la atención al supuesto que nos ocupa de las servidumbres discontinuas.

Según el artículo 1.938 de nuestro Código civil «las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción». Pues bien, dentro del referido título regulador de la prescripción, y precisamente a continuación, se encuentra la norma transitoria que examinamos, que por conse-

(8) En algún supuesto muy especial admite pueda conceptuarse como servidumbre continua: LUCAS: *La servidumbre predial de paso cit.*, pág. 32.

(9) Sobre la aplicación del artículo 1.939 a la prescripción extintiva, Díez-PICAZO: *La prescripción*, Barcelona, 1964, págs. 245-246.

cuencia de lo dispuesto en el artículo 1.938 debe de ceder en caso de conflicto frente a otras normas dictadas por el Código, o en leyes especiales respecto a «determinados casos de prescripción».

Ahora bien, la prescripción de las servidumbres ha sido regulada por el Código fuera del título de la prescripción, y dentro del dedicado a las servidumbres (arts. 530-604), por lo que los preceptos de este título serán de preferente aplicación sobre los de aquél.

Y además de esa preferencia general, en el caso que nos ocupa, el Código contiene normas especiales de carácter restrictivo al prohibir la usucapión de las servidumbres discontinuas y de las no aparentes (art. 539), precepto prohibitivo que es recordado expresamente en el título de la prescripción, al exceptuar de las normas generales sobre la usucapión de derechos reales sobre inmuebles por la prescripción de treinta años sin título ni buena fe, el caso de aquellas servidumbres. En efecto, dicha prescripción trentenal, sin título ni buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes tendrá lugar «salvo la excepción determinada en el artículo 539» (art. 1.959).

La colocación del artículo 1.939, que contiene una norma de Derecho transitorio, fuera del emplazamiento de las mismas al final del articulado del Código, según la edición corregida del mismo (10), da un carácter muy restringido al precepto, que parece inaplicable a los casos especiales de prescripción, como acontece con la de las servidumbres, que se rige por un plazo especial de veinte años (art. 537) y que contiene una importante restricción para una determinada clase de las mismas (art. 539).

4. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.939 MEDIANTE LA INTEGRACIÓN DE LAS DOS PROPOSICIONES QUE CONTIENE: SU APLICACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN MEDIANTE PLAZO LEGAL Y SU INAPLICACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL

El artículo 1.939 se refiere íntegramente a la prescripción por un plazo cierto, no guardando ninguna relación con la prescripción inmemorial. No es lícito, en efecto, descomponer el citado precepto en las dos proposiciones contenidas en el mismo, aislándolas de tal suerte que en la exégesis de la primera parte se prescindiera de la segunda, la cual, por la locución que emplea en su inicio («pero sí...»), está literalmente enlazada con la anterior formando una sola norma; y como dicha segunda parte se refiere a la prescripción por tiempo determinado, es forzoso deducir que también la primera proposición alude a dicha prescripción.

Si del sentido literal pasamos ahora al intrínseco, confirmaremos tal interpretación expuesta, al observar que la hipótesis que

(10) Espín: *Manual cit.*, vol. I, 2.ª ed., pág. 125.

preocupa al legislador se refiere a la diversa duración del plazo legal fijado por la ley antigua y por la nueva, queriendo favorecer al prescribiente en la prescripción adquisitiva, por lo que se producirán con el juego de este precepto las siguientes soluciones: si la ley antigua concede un plazo más corto, bastará que se haya iniciado bajo su imperio para que se rija por aquélla (primera parte del art. 1.939); si, por el contrario, es la nueva ley la que concede el plazo más corto, se regirá la prescripción por el Código, siempre que transcurra el plazo exigido por éste (segunda parte del art. 1.939).

Es, por tanto, un precepto que atañe tan sólo a la prescripción por plazos fijados en la Ley y no puede en modo alguno jugar su segunda parte respecto a la prescripción inmemorial, sin que se pueda desligar tampoco de esta segunda parte la primera, como no sea realizando una verdadera violencia en la exégesis del precepto.

En efecto, si tratamos de poner en relación el artículo 1.939 con la prescripción inmemorial, fácil será observar la inadecuación de ésta a aquél, ya que exige imperativamente dicho precepto el ver si en cada caso es aplicable su segunda parte, de la que no se puede prescindir. ¿Y qué sentido puede tener hablar del transcurso de «todo el tiempo en el Código exigido para la prescripción», en relación con la prescripción inmemorial (sin plazo legal), que está rechazada en el Código en virtud de lo dispuesto en los artículos 539 y 540? Ni la letra, ni el espíritu del artículo 1.939, íntegramente considerado, consienten su aplicación a dicha prescripción inmemorial.

5. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.939 EN RELACIÓN CON LA 1.^a DISPOSICIÓN TRANSITORIA: EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939

Todavía en el examen del artículo 1.939 hemos de realizar su interpretación desde el punto de vista de su conjugación con la primera disposición transitoria del mismo Código. En ésta se respetan los *derechos nacidos* de hechos realizados bajo el régimen de la Legislación anterior, disposición concordante con la declaración general que encabeza las disposiciones transitorias al decir que «las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen *derechos adquiridos* según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo».

Lo que el Código respeta, son, pues, los derechos adquiridos o nacidos conforme a la legislación anterior. Y no cabe duda de que en ninguna de estas situaciones se encuentra la prescripción

comenzada y aún no terminada. En efecto, veamos cómo ha interpretado la doctrina más autorizada esta regla primera de las disposiciones transitorias.

Sánchez Román distingue entre derechos nacidos de hechos realizados antes de la promulgación del Código y derechos nacidos de hechos realizados después de estar éste en vigor (aparte la hipótesis de los derechos declarados por primera vez en el Código), afirmando que así como en los primeros se aplica la legislación anterior, los segundos se regirán por el Código (11).

Castro formula un importante esquema de los principios básicos que informan las trece disposiciones transitorias del Código, considerando que «se aplica la legislación anterior al Código respecto de: ... c) los derechos subjetivos, que, según aquella legislación hayan nacido y sean perfectos (regla 1.^a)»; y que «se aplican las disposiciones del Código respecto al significado de: ... c) los derechos subjetivos que durante la vigencia de la legislación anterior al Código no llegaron a nacer o quedaron en simples esperanzas, aunque durante aquélla se dieran algunos de los hechos de que dependían sus nacimientos respectivos (regla 1.^a)» (12).

Y al estudiar la aplicación de estos principios básicos, añade Castro que «cuando se trata de hechos o actos que requieren para su eficacia que se den una serie de requisitos sucesivos, sólo cuando todos existan está completo el hecho o el acto; por ello, al hablar la Ley de hecho o actos hay que entender que se refiere a los realizados por completo bajo la vigencia de la legislación anterior»; destacando a continuación el carácter excepcional del artículo 1.939 del Código civil respecto al valor dado en este precepto a la prescripción meramente comenzada (13).

Castán afirma que «el pensamiento capital de esta regla es atender a la fecha de originación del derecho (o, lo que es igual, a la fecha del hecho que lo ha producido) para determinar la legislación que le es aplicable» (14).

Resalta claramente en la doctrina expuesta que el significado del respeto a la legislación anterior alcanza tan sólo a los derechos adquiridos, o empleando la fórmula de la primera de las disposiciones transitorias, a los «derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen». Es importante resaltar que conforme a esta regla la

(11) Puede verse su cita en CASTÁN: *Derecho civil*, I, 1.^a, 466, 10.^a ed., Madrid, 1961.

(12) CASTRO: *Derecho civil*, I, 656, 2.^a ed., Madrid, 1949.

(13) CASTRO, I, 656.

(14) CASTÁN, I, 1.^a, 465-466, 10.^a ed., Madrid, 1961. Con especial referencia a las servidumbres discontinuas, indica CASTÁN que las «adquiridas por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación antigua, han de ser respetadas aún después del Código, conforme a la Disposición Transitoria primera» (II, 2.^a 88, nota 1, 10.^a ed., Madrid, 1965). Como se ve, la referencia es clara a las servidumbres *adquiridas*; y, también más adelante la crítica de CASTÁN a S. de 7 de enero de 1920 (*infra* 7. Interpretación jurisprudencial del artículo 1.939. Su evolución.)

aplicación del derecho anterior no puede alcanzar a los derechos nacidos de hechos realizados con posterioridad al Código, íntegramente o parcialmente, pues sólo si han sido íntegramente realizados con anterioridad se podrá aplicar la legislación anterior. Como decía García Goyena, la prescripción no consumada aún, no puede decirse que sea un derecho adquirido «sino una esperanza, cuyo cumplimiento pende aún de muchas eventualidades» (15).

Frente a esta regla y la clara delimitación del ámbito temporal de ambas legislaciones, que de la misma resulta, se comprende el carácter fuertemente excepcional de la prescripción sólo comenzada, como fundamento para aplicar el derecho anterior en virtud del artículo 1.939. Este carácter excepcional, no permite su aplicación extensiva más allá del estricto supuesto legal, que como ya hemos puesto de relieve es sólo el de la prescripción por plazo fijado en la Ley, no el de la prescripción inmemorial.

6. INTERPRETACIÓN COMPARATIVA DEL ARTÍCULO 1.939 CON EL ARTÍCULO 2.281 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Si analizamos ahora el precepto que sirvió de modelo a nuestro artículo 1.939, llegamos a la misma conclusión. En efecto, este artículo está tomado del 2.281 del Código francés, casi literalmente copiado por el nuestro.

La doctrina francesa ha interpretado este precepto introduciendo en él una importante restricción, del mayor interés para nuestra tesis. Según Baudry-Lacantinerie y Tissier, «en el caso de que la ley nueva admita la imprescriptibilidad no se podría tener en cuenta la prescripción que ha comenzado a transcurrir bajo el antiguo derecho; en otros términos, para usar las expresiones muy precisas de Aubry y Rau: el principio consignado en el primer párrafo del artículo 2.281 presupone que el derecho o la acción que forman el objeto de una prescripción comenzada bajo la antigua ley, continúa siendo susceptible de prescripción bajo el Código civil» (16).

Esta interpretación se encuentra de acuerdo con los principios más generales acerca de la eficacia de la ley en el tiempo según el Derecho francés. Así Ripert y Boulanger, al explicar la no retroactividad de la ley consagrada en el artículo 2.º del *Code civil*, y el principio de respeto a los derechos adquiridos, aplicado por dicho Código en supuestos particulares y proclamado reiteradamente por la jurisprudencia, se hace cargo de la dificultad resultante cuando la adquisición o extinción de un derecho tiene lugar de un modo sucesivo, y al momento de promulgarse la ley nueva, la adquisición o extinción no se ha realizado todavía, «pero está en curso de rea-

(15) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, etc.*, IV, 333.

(16) *Tratatto di dir. civile. Della prescrizione*, trad. italiana, Milano, 1930, pág. 758, núm. 950. En el mismo sentido se expresan otros autores franceses (v. citas en el lugar indicado, nota 2) y también la jurisprudencia francesa adopta igual criterio.

lización». En cuanto a la prescripción adquisitiva, la solución del Código consiste en que las prescripciones comenzadas en el momento de su promulgación se rigen por la ley antigua señalando la tendencia de los Tribunales a sacar de esta regla «circunstancial» una «regla general», pero en realidad deben hacerse distinciones, según afirman los citados autores, indicando, entre otras, que «la ley nueva debe ser inmediatamente aplicada si se trata de determinar la *prescriptibilidad* del bien o las nuevas *condiciones* de la prescripción»; añadiendo en cuanto al primer supuesto, que «a propósito de la adquisición por la posesión, el artículo 691 no mantiene más que las usucapiones ya *realizadas*» (17).

Y al explicar la adquisición por la usucapión de las servidumbres, de modo más explícito, manifiestan los mismos autores después de exponer la supresión por el Código de la posesión inmemorial, que «no debiendo tener la ley efecto retroactivo, el artículo 691 párrafo 2.º, dispone que las servidumbres, incluso las no continuas y no aparentes, adquiridas bajo el imperio del antiguo derecho, continuarán subsistiendo». Comentan esta disposición del siguiente modo: «esta reserva es muy equitativa, pero la utilidad de esta medida transitoria ha disminuido evidentemente conforme se ha ido alejando de la promulgación del Código civil: no se ve apenas, cómo un propietario podría hoy probar que la prescripción estaba adquirida por sus causantes en 1803. No puede prácticamente tratar más que de invocar la posesión inmemorial. Ahora bien, acabamos de ver que esta posesión no puede fundar una prescripción» (18).

Es decir, que según la doctrina francesa, el artículo 2.281 del Código francés implica que se trate de derecho prescriptible tanto según la ley antigua como la nueva, afectando el cambio legislativo a los requisitos o modalidades exigidos.

7. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1.939.

SU EVOLUCIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una interesante evolución en cuanto a la fecha en que la inmemorialidad del uso de las servidumbres discontinuas ha de existir.

Una primera fase la constituyen las Sentencias de 1.º de enero de 1920 y 22 de octubre de 1955 que sostienen abiertamente la aplicación del artículo 1.939 al supuesto de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas conforme a la ley de Partidas

(17) RIPERT y BOULANGER: *Traité de droit civil*, I, núm. 291. París, 1956, y nota 2.

(18) RIPERT y BOULANGER, II, núm. 3.152, pág. 1092. París, 1957.

(3, 31, 15) derogada implícitamente por el Código civil (arts. 539 y 540).

Otra nueva fase, que estimamos de plena rectificación de la anterior, la representa la importante Sentencia de 3 de julio de 1961, que interpreta de modo acertado las normas de Derecho transitorio de nuestro Código civil.

Pero entre las no escasas sentencias que han resuelto cuestiones de Derecho transitorio en relación con las servidumbres, hay también un grupo que no aborda el tema que exponemos y que, sin embargo, han sido citadas a veces bien por la propia jurisprudencia (así la Sentencia de 22 de octubre de 1955 cita la de 19 de febrero de 1949), bien por la doctrina (19), como apoyo de la tesis «expansiva» de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas por aplicación del artículo 1.939.

El puntualizar esta jurisprudencia, discriminando las sentencias que realmente aplican el artículo 1.939 y las que no se plantean la posibilidad de su aplicación o inaplicación, nos parece del mayor interés antes de exponer la jurisprudencia atinente verdaderamente al tema.

A) Entre las sentencias que se citan en apoyo de la tesis de la aplicación del artículo 1.939, primera proposición, y que realmente no afectan al tema, figuran las de 27 de octubre de 1900, 1.º de febrero de 1912, 7 de enero de 1920, 11 de mayo de 1927, 22 de octubre y 13 de diciembre de 1955. Hacemos un sucinto examen de estas sentencias.

La *Sentencia de 27 de octubre de 1900* afirma «que procede aplicar la Legislación anterior al Código civil, de acuerdo con lo prescrito en la primera disposición transitoria del mismo, cuando se trata de un derecho nacido de hechos realizados con anterioridad al mencionado cuerpo legal, aunque éste lo regule de otro modo o no la reconozca, si no hace por primera vez la regulación de tal derecho cual se exige en la última parte de dicha Disposición transitoria».

En esta sentencia no se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 1.939, por basarse en uso que ya era inmemorial

(19) Así, LUCAS: *La servidumbre predial de paso*, pág. 113, estima que en el supuesto de ejercicio del paso iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil, «la cuestión debe decidirse de conformidad con el Derecho anterior al Código, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del mismo, en relación con el inciso primero del artículo 1.939 ... y esta aplicación del Derecho anterior tendrá lugar aun cuando el tiempo total de la prescripción no haya transcurrido en su totalidad antes de entrar en vigor el Código civil. La jurisprudencia es constante en este sentido, y citaremos como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900, 1 de febrero de 1912, 7 de enero de 1920, 11 de mayo de 1927 y 19 de noviembre de 1930, que reconocen la aplicación del Derecho derogado a esta materia de adquisición de servidumbres discontinuas por usucapión, cuando el paso se hubiera iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil».

a la publicación del Código civil, como es lógico dada la fecha de este litigio iniciado en 1898, rociante la publicación del Código.

La *Sentencia de 1.º de febrero de 1912* (Colección legislativa, tomo 123, pág. 356) declara en su primer Considerando que la sentencia recurrida se ajusta rectamente a los dictados de la Disposición transitoria primera del Código civil... «ya también porque acreditado data la servidumbre, cuando menos, desde 1852, no cabe desconocer viene adquirida por la prescripción extraordinaria que admite y estatuye la ley primera título 31 de la partida 3.ª, cuyo precepto aplica acertadamente la sentencia, dado que siendo el derecho de que aquí se trata nacido con mucha anterioridad a la promulgación del Código civil, por la legislación precedente a éste ha de regirse aquél, según dispone la primera citada Disposición transitoria, y tiene repetidamente declarado la Jurisprudencia».

En esta sentencia tampoco se debatió la hipótesis de la prescripción comenzada antes del Código y terminada después de regir el mismo, sino que, por el contrario, se parte como hechos probados de que por lo menos en 1852 estaba acreditada la existencia del derecho de servidumbre (no los actos iniciales del uso, sino la propia servidumbre), por lo que expresamente declara la sentencia que tal *derecho* había nacido con mucha anterioridad al Código (por cierto, que esta parte del primer Considerando de la Sentencia que hemos transcrito no figura en el resumen que en la Colección Legislativa se antepone al texto íntegro de la sentencia, siendo preciso leer dicho Considerando íntegro en el referido texto).

La *Sentencia de 11 de mayo de 1927* (Colección Legislativa, tomo 175, pág. 145), declara en el segundo Considerando (tal y como se extracta antes de la inserción del texto íntegro), «que si la sentencia recurrida establece que los actos fueron realizados antes del Código civil, conforme a la Jurisprudencia y a la Disposición primera transitoria de este cuerpo legal, debe aplicar la Legislación vigente antes de su publicación y tratándose del ejercicio del aprovechamiento de pastos, la Ley 15, título 31 de la partida 3.ª reguladora de la prescripción adquisitiva extraordinaria inmemorial, de las servidumbres discontinuas no «parentes».

Lo discutido en este recurso a través de sus dos únicos motivos, fue tan sólo si el comprador de la finca sobre la que se pretendía la servidumbre conocía o no al realizar su adquisición la existencia del gravamen y si el mismo comprador tenía la consideración de tercero hipotecario, para deducir de allí que no le perjudicaba la posesión no inscrita, problemas ambos, como se ve, que en nada guardan relación con el que ahora examinamos.

La *Sentencia de 19 de noviembre de 1949* declara que «siempre que no se demuestre el error de la Sala de instancia en cuanto a que las servidumbres sobre que se discute derivan de una prescripción inmemorial nacida por tanto con anterioridad al Código civil, desaparecerá la base de aplicación de los preceptos de éste que al efecto se señale, porque como tiene declarado el Tribunal Supremo

(sentencias de 27 de octubre de 1900 y 7 de enero de 1920, entre otras), es de aplicar la Legislación antigua si los hechos de origen de la servidumbre discontinua ocurrieron antes de la publicación del Código civil, conforme a lo ordenado en la primera de las Disposiciones transitorias de dicho cuerpo legal.

Ni se discutió en este pleito la aplicación del artículo 1.939, ni la sentencia comentada alude siquiera a este precepto, y por tanto, dicho fallo no puede servir para fundar la tesis de su aplicación. Al contrario, las afirmaciones de esta sentencia de 19 de noviembre de 1949, se refieren a la aplicación del derecho anterior, cuando se trate de una prescripción inmemorial *nacida* con anterioridad al Código civil, es decir, existente como tal servidumbre, siendo imposible atribuir a la frase «si los hechos de origen ocurrieron antes de la publicación del Código», la trascendencia de permitir la aplicación del artículo 1.939, cuando ni siquiera se cita este precepto. Y de las dos sentencias citadas en este Considerando ya hemos visto que la de 27 de octubre de 1900 no alude para nada al problema del artículo 1.939.

La *Sentencia de 13 de diciembre de 1955* declara que «al señalar como hecho cierto de uso de la servidumbre, real y positivo, como consecuencia de la prueba practicada, una fecha posterior a la vigencia del Código civil, hace inaplicable su primera Disposición transitoria, lo que implica a su vez infracción por falta de aplicación de los artículos 539 y 540 del repetido Código».

En esta sentencia tampoco se plantea la hipótesis de uso comenzado antes y terminado después del Código, sino que se debate el modo de probar el uso anterior al Código; dice en efecto el mismo Considerando transcrito que el recurso denuncia la infracción de la citada Ley 15 del título 31 de la partida 3.^a y Disposición transitoria primera del Código «toda vez que el Tribunal de instancia parte como hecho de que desde el año 1901 a 1945 se usa de la servidumbre de paso, sin que conste que en fecha anterior y desde el año 1871 no fuera usado, es decir, que funda su apreciación en que no se ha probado el no uso, cuando el supuesto debía ser contrario, de afirmación de un acto positivo, de acuerdo con la indicada Ley de Partidas».

Del examen de esta Jurisprudencia se deduce claramente que no puede servir de fundamento a la aplicación del artículo 1.939 por cuanto no se ha debatido ni hecho pronunciamiento alguno en las sentencias examinadas sobre la procedencia de regirse por el derecho anterior la prescripción inmemorial iniciada antes del Código, pero no existente a la publicación del mismo con ese carácter de inmemorial necesario para originar la adquisición de las servidumbres discontinuas.

B) Vamos ahora a examinar las dos sentencias citadas, de 1.^o de enero de 1920 y de 22 de octubre de 1955, que abordan el tema y sostienen la aplicación del artículo 1.939.

En la *Sentencia de 7 de enero de 1920* (Colección Legislativa,

tomo 149, pág. 36 núm. 8), se ocupan los Considerandos 2.º y 3.º de este problema. El Considerando 2.º declara que «siendo la prescripción inmemorial por su propia naturaleza de origen desconocido por lo remoto, y de duración indefinida por depender su terminación de un hecho eventual, como una declaración judicial o como el otorgamiento de un título entre los interesados, es evidente que los hechos posesorios que la generan e integran constituyen una serie continuada, mientras no se interrumpa la posesión natural o civilmente, de donde se deduce que cuando se prueba... la inmemorialidad del uso de las servidumbres discutidas, no cabe distinguir la época anterior ni la posterior al Código, al efecto de considerar no terminada la prescripción hasta después de su publicación por el sólo motivo de haber continuado usándose en las servidumbres con posterioridad, toda vez que una vez aceptado su carácter inmemorial, la continuidad de su ejercicio vigente ya el Código no engendra dicho carácter, sino que lo corrobora y confirma, por lo cual deben entenderse, según la doctrina sentada en la sentencia de 27 de octubre de 1900, que tratándose de servidumbre de paso adquirida por prescripción inmemorial, procede aplicar la Legislación anterior al Código civil».

La anterior declaración no llega a plantear abiertamente la cuestión que estudiamos, sino la muy diferente de que «una vez aceptado su carácter inmemorial, la continuidad de su ejercicio vigente ya el Código, no engendra dicho carácter, sino que lo corrobora y confirma». Pero en el 3.º Considerando se aborda de plano la cuestión manteniéndose la tesis que impugnamos, es decir, la posibilidad de prescribir servidumbres discontinuas que al publicarse el Código no contasen en su ejercicio todavía con el carácter inmemorial siempre que éste resulte más adelante, después de publicado el Código.

Dice, en efecto, el 3.º Considerando que «aun en el supuesto de que la prescripción hubiese tan sólo principiado y no terminado durante la legislación anterior, siempre resultaría que, a tenor del artículo 1.939 del Código civil, la prescripción comenzada antes de su publicación se rige por las leyes anteriores al mismo; y siendo indudable que en el caso de autos había comenzado con anterioridad, necesario es concluir que la Sala al aplicar la Legislación antigua obró acertadamente y no infringió la Disposición transitoria primera del Código y la Ley 15, título 31 de la partida 3.ª».

La *Sentencia de 22 de octubre de 1955* declara en el 2.º Considerando que la sentencia recurrida se basa acertadamente en la Legislación anterior conforme a la Disposición primera transitoria del Código civil «y no cabe duda que el derecho a la servidumbre discutida está nacido bajo la Legislación anterior al Código, pues no es preciso que ese tiempo requerido para la prescripción, estuviere totalmente transcurrido antes de la vigencia del Código, pues, si bien tratándose de una prescripción por un plazo concreto de

duración puede fijarse cuando terminó por el transcurso del plazo desde su origen, no cabe hacer lo mismo cuando es de esencia que ese origen se desconozca, como exige la Ley 15, título, 31 partida 3.^a para la adquisición por el uso de estas servidumbres discontinuas y que por ser de duración indefinida no puede reputarse que hayan terminado en una época determinada, antes o después del Código... y es aprovechable para ella todo el tiempo de su uso, no un número limitado de años, por lo que basta que los hechos de su origen, frase empleada por la sentencia de 19 de noviembre de 1949, concurrieran antes de la publicación del Código según la declaración que hace la sentencia recurrida al decir que los testigos ancianos no tienen noticias personales ni adquiridas por tradición verbal ni de ninguna otra manera del momento en que comenzó la utilización del derecho discutido, lo cual sitúa estos hechos por la edad de los testigos en la época anterior al Código.

Ante todo hay que observar que la cita que la sentencia de 22 de octubre de 1955 hace de la anterior de 19 de noviembre de 1949, es totalmente inoperante, pues, como ya vimos en dicho pleito no se discutió la aplicación del artículo 1.939 que ni siquiera fue invocado en la sentencia; y, además, que la frase citada «hechos de su origen» no tenía en dicho fallo ese significado de prescripción comenzada antes del Código y terminada después, sino que el fallo estimó nacido el derecho de servidumbres antes del Código.

En cuanto a la tesis sustentada en estas dos sentencias es errónea y contraria a preceptos legales ya citados, según la interpretación que ya hemos expuesto. Nuestro criterio se ve confirmado por la más autorizada doctrina. Así, Castán, en comentario dedicado a la sentencia de 7 de enero de 1920 afirma lo siguiente:

«No son convincentes, en opinión nuestra, los razonamientos que el Tribunal Supremo formula en esta sentencia. Dice su Considerando 2.º que cuando se prueba el uso inmemorial de una servidumbre, no cabe distinguir la época anterior ni posterior al Código. Por consiguiente, basta con que no haya memoria, en la época en que se incoa el pleito, del momento en que se comenzó a usar la servidumbre, aunque dicho momento inicial pudiera haber sido recordado en la época de la publicación del Código. No desconocemos que prácticamente podría ofrecer dificultades la prueba de testigos referida a esa época anterior, cada día más lejana; pero con la teoría del Tribunal Supremo resultará que se admitirán, al amparo de la Legislación derogada, servidumbres discontinuas sin título que habrán empezado a ejercitarse con posterioridad al Código, y quedará quebrantado y derogado de hecho el artículo 539 de este cuerpo legal. Todavía es menos admisible la Doctrina sustentada en el Considerando 3.º, en abierta contradicción con la desarrollada en el anterior. El precepto invocado del artículo 1.939 no puede ser aplicable al uso inmemorial, pues en éste no cabe hablar de prescripción comenzada y no terminada. Si se sabe cuándo comenzó a usarse la servidumbre, si se da por supuesto que la pres-

cripción empezó y no terminó durante la vigencia de la Legislación anterior, ¿hay por ventura uso inmemorial? Parécenos, en conclusión, que ha habido que violentar los textos legales para admitir la servidumbre discontinua objeto del litigio» (20).

Y no es solamente la autoridad de tan ilustre autor la que rechaza la tesis que combatimos; también ha sido impugnada la misma, con referencia igualmente a la citada sentencia de 7 de enero de 1920, por el Magistrado Murias Travieso en interesante trabajo (21), quien asintiendo al comentario ya transcrito de Castán, afirma por su parte: «Ciertamente. La Disposición transitoria 1.^a del Código civil (párrafo 1.^o), se remite a la Legislación anterior para que determine cuáles son los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen; y de sus términos parece deducirse que la servidumbre sólo se origina cuando la posesión fuese ya inmemorial al empezar a regir el Código. Por otra parte, la posesión inmemorial tuvo un origen que, aunque hoy no se recuerda, es posible que se recordase antes de 1889; y, si así fuera, podrá acaecer que una servidumbre discontinua no pudiera adquirirse durante el derecho anterior que admitía la prescripción inmemorial, porque en aquella fecha el uso no era inmemorial, y, sin embargo, que se pueda adquirir hoy, a pesar de que la inmemorialidad se produjo, rigiendo el Código, el cual no admite dicha prescripción».

C) Con posterioridad a las sentencias de 1.^o de enero de 1920 y 22 de octubre de 1955, el Tribunal Supremo ha abordado nuevamente el tema que nos ocupa y aunque no de un modo directo y absoluto, parece iniciar con la Sentencia de 3 de julio de 1961, una rectificación a la tesis de las anteriores sentencias, orientándose hacia la no aplicación del artículo 1.939 a la prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas, exigiendo en cambio, conforme a la Disposición Transitoria 1.^a del Código que la inmemorialidad se haya «causado antes de la vigencia» de dicho Código.

En efecto, esta importante sentencia de 3 de julio de 1961, sienta la siguiente doctrina:

a) Los artículos 539, 540, 1.959, 1.939 y Disposición transitoria primera del Código civil, «si bien ordenan que a partir de la entrada en vigor del Código civil, las servidumbres discontinuas —como es la de paso— sólo pueden adquirirse en virtud de título, no impiden, sin embargo, que los derechos que han nacido al amparo de la legislación anterior, continúen rigiéndose por ella, aunque el Código no los reconozca o los regule de otro modo, como claramente se previene en la Disposición transitoria 1.^a de dicho Código; de donde se infiere que si se reputa adquirida la servidumbre litigiosa por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación

(20) CASTÁN: *Comentario a S. 7 de enero de 1920* («Revista de Derecho privado», XII, 1920, 237).

(21) MURIAS: *Notas sobre la prescripción inmemorial* («Rev. Gen. de Leg. y Juris.», t. 183, 1948, 306).

antigua, y ello lo deduce la Sala sentenciadora de la prueba practicada apreciada en su conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica, no se infringe ninguno de aquellos preceptos del Código civil, si se la respeta después de la entrada en vigor de él, pues tales preceptos se aplican debidamente y se interpretan con acierto, dándoles el alcance que el legislador quiso darles, como reiteradamente viene declarando esta Sala» (*Considerando 3.º*).

b) «Habiendo afirmado la sentencia recurrida, que en el caso de autos concurría la prescripción inmemorial en provecho del demandante a través de sus antecesores en la titularidad del predio dominante y por virtud del fenómeno de la accesión de posesiones, da por probada esa inmemorialidad, y, consiguientemente, la frase —poco afortunada— que más adelante emplea para reforzar el sentido de esa apreciación, diciendo «que, por lo menos se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil», quiere indicar que tal inmemorialidad ya se había causado antes de la vigencia de aquel Cuerpo legal, puesto que la inmemorialidad no es susceptible de dividirse en dos periodos, ni mucho menos, de determinación de un punto inicial o de arranque, que es incompatible con ella» (*Considerando 4.º*).

c) «Tampoco se puede alegar como motivo de casación, que la sentencia recurrida, al citar en su apoyo la tesis establecida en las sentencias de 19 de noviembre de 1949 y 22 de octubre de 1955, infringe la doctrina legal, pues al contrario, si se acomoda a aquéllas, no las contradice, siendo de destacar a este respecto, que la sentencia recurrida no se apoya principal y únicamente en aquellas otras dos, sino que se funda en la doctrina legal que proclama la subsistencia de las servidumbres de paso que se adquirieron por prescripción inmemorial antes de la entrada en vigor del Código civil, que es lo que ocurrió en el caso de autos» (*Considerando 5.º*).

En cuanto a los hechos debatidos, el Tribunal Supremo ateniéndose a las declaraciones de la Sala de instancia, estima que la servidumbre de paso era ya inmemorial a la promulgación del Código civil; por ello, su doctrina es plenamente correcta al afirmar reiteradamente que la admisibilidad de la usucapión de tal servidumbre depende de que se reputé «adquirida la servidumbre litigiosa por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación antigua» (*Considerando 3.º*), que «tal inmemorialidad ya se había causado antes de la vigencia» del Código civil (*Considerando 4.º*) y «la subsistencia de las servidumbres de paso que se adquirieron por prescripción inmemorial antes de la entrada en vigor del Código civil» (*Considerando 5.º*).

La coherente doctrina de esta sentencia se basa, pues, en la reiterada afirmación de que el respeto de las servidumbres discontinuas adquiridas por prescripción inmemorial, a que obliga la Disposición transitoria 1.ª, se refiere precisamente a aquéllas «cuya inmemorialidad ya se había causado», con palabras de la misma sentencia, a la vigencia del Código civil.

Interesa subrayar que precisamente en el caso de autos se debatió como cuestión de hecho si la *inmemorialidad* de la servidumbre databa ya de la fecha anterior al Código o sólo con posterioridad. Por ello, en perfecta congruencia con la tesis debatida de si sería aplicable el artículo 1.939, el Tribunal Supremo aún sin rechazar de modo expreso su aplicación, lo hace de modo implícito, no sólo por el conjunto de sus declaraciones sino de modo especial por la expresa repulsa de una frase contenida en la sentencia de la Sala de instancia, que al dar por probada esa inmemorialidad, estimó «que, por lo menos, se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil». Esta frase es calificada, caso no frecuente, por el Tribunal Supremo como «*poco afortunada*». Y no solamente desautoriza dicha expresión de la sentencia de la Audiencia, sino que para desvirtuar totalmente su literal significado, la interpreta en conexión con el resto de dicha sentencia, en el sentido de que la frase «quiere indicar que tal inmemorialidad no es susceptible de dividirse en dos períodos, ni mucho menos, de determinación de un punto inicial o de arranque, que es incompatible con ella».

Hay a través de la sentencia que comentamos una clara rectificación, a nuestro juicio, de la tesis anteriormente sustentada por el Tribunal Supremo (SS. 1.º enero 1920 y 22 octubre 1955), que permite considerar una orientación nueva en favor de la que nos parece es la correcta interpretación del Código civil en este punto del Derecho transitorio, que como se ve por la perduración de litigios llegados al Tribunal Supremo, tiene todavía aplicación actual, siendo por tanto del máximo interés, a medida que nos alejamos de la fecha de entrada en vigor del Código civil, puntualizar la necesidad de que la inmemorialidad sea anterior a la misma.

La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios

LUIS DIEZ PICAZO

1. El párrafo segundo del artículo 1.459 de nuestro Código civil establece que “no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia... los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados”.

El precepto legal transcrito, aparentemente claro al primer contacto que con él se tiene, suscita, sin embargo, una serie muy abundante de dudas y de problemas de interpretación a medida que uno va intentando profundizar en él, y ha dado lugar, por esta causa, a una serie de puntos de vista, tanto doctrinales como jurisprudenciales, que no siempre han sido enteramente coherentes y armónicos entre sí.

En los primeros comentarios de nuestro Código civil estos divergentes puntos de vista comienzan a dibujarse con nitidez. MANRESA entendía que la razón que abona este precepto, así como la que está en la base de todos los apartados del artículo 1.459 C. c., es una “razón de moralidad” (1). La Ley ha querido —dice el autor citado— evitar en cuanto sea posible toda ocasión de fraude, de engaño o de perjuicio. Se sigue de ello que “siendo una razón de moralidad la que inspira el artículo, la materia sobre que recae afecta al orden público y, por tanto, sus disposiciones no son renunciables”. Aunque el mandante —piensa MANRESA—, con conocimiento de lo que la ley establece, venda al mandatario, esta venta será nula y los herederos del mandante, si él no lo ha hecho durante su vida, podrán ejercitar la acción de nulidad del contrato, salvo siempre la prescripción. “*porque la voluntad del mandante no tiene eficacia bastante para convertir en capaz a aquél a quien el Código declara incapaz*” (2).

Un punto de vista sustancialmente diverso del anterior fue el mantenido por MUCIUS SCAEVOLE (3), para quien “el verdadero motivo legal de la incapacidad reside en que el mandatario forma con el

(1) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 4.^a edic., Madrid, 1931, tomo X, pág. 99 y sigs.

(2) *Op. y loc. cit.*, pág. 99.

(3) Q. MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil concordado y comentado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, pág. 403 y sigs.

mandante una sola persona jurídica" (sic), de manera que "si no existiese tal prohibición para comprar resultaría que los mandatarios podrían venderse y comprarse una misma cosa a sí propios, desapareciendo o confundiendo los conceptos de cedente y de cesionario en la compraventa" (4). Este planteamiento inicial lleva al comentarista a que aludimos a restringir notablemente el campo de aplicación que según su tenor literal tiene el artículo 1.459, 2.º, C. c. "Pugna, pues, con el más elemental tecnicismo —dice— el disponer que los mandatarios no pueden comprar los bienes que *administran*, porque lo que no pueden es venderlos." "El apartado que examinamos —sigue diciendo— debe, por consiguiente, circunscribirse a los mandatarios que tengan facultad para enajenar los bienes de cuya enajenación o administración estuvieren encargados" (5).

En los más antiguos y clásicos comentaristas de nuestro Código civil se dibujan, pues, dos corrientes o líneas de pensamiento que con perfecta nitidez divergen fundamentalmente en orden a la interpretación del alcance y del sentido del artículo 1.459, 2.º, C. c. De acuerdo con la primera de ellas, el Código contiene una incapacidad; se funda en una "razón de moralidad"; alcanza, por ello, tanto al mandatario encargado de la enajenación de la cosa como al mandatario encargado simplemente de su administración; entra en juego cuando el vendedor es personalmente el propio mandante dueño de los bienes; la sanción que la infracción del precepto acarrea es la nulidad radical y absoluta del negocio. Con arreglo a la segunda de las mencionadas direcciones doctrinales, en cambio, el precepto contiene una prohibición (6) que puede calificarse como "prohibición de autocontratar"; alcanza sólo al mandatario que tiene facultad para enajenar los bienes; no entra en juego cuando vende el propio mandante o cuando el mandante autoriza expresamente la autocontratación; la sanción que el precepto acarrea cuando es infringido no es una nulidad radical y absoluta, porque el mandante puede ratificar a posteriori, expresa o tácitamente, lo hecho por el mandatario; se trata, por ende, de una nulidad relativa o de una mera impugnabilidad.

La tesis que podemos llamar extensiva —la prohibición como una exigencia de moralidad— parece en algunos casos demasiado rígida: conduce a la nulidad radical y absoluta de la venta directa y personal

(4) *Op. y loc. cit.*, pág. 104.

(5) *Op. y loc. cit.*

(6) En nuestra doctrina científica se ha discutido en alguna ocasión la cuestión relativa al carácter de las consecuencias de la norma en cuestión, con particular referencia al tema de si se trata de una incapacidad o de una prohibición. Creo que no se puede decir que el comprador sea en tales casos un "incapaz" para comprar, pues se trataría de una incapacidad que afectaría sólo a un tipo de negocio —la compraventa— y a una determinada especie de ellas —aquellas en que los bienes vendidos sean del mandante—. Creo por ello que se trata en rigor de una prohibición legal de comprar y en este sentido se desarrolla el texto. —Sobre una caracterización de la exigencia impuesta por la norma en estudio como "legitimación", vid. CARNELUCCI, *Legittimazione a comprare*, en Riv. Dir. Comm., 1936, I, pág. 502.

del mandante al mandatario, que puede conducir a unos resultados que no son enteramente justos. Se le concede al mandante un privilegio exorbitante de recuperación de los bienes vendidos, sometido cuando menos al término de prescripción de las acciones personales de quince años y fundado con toda seguridad no en la realidad de un fraude, sino en intereses de muy vario orden en la mencionada recuperación. Si para salvar el escollo se admite una ratificación o confirmación, se está implícitamente abandonando el punto de partida y, además, incurriendo en flagrante contradicción: ¿por qué precisa ratificación o confirmación algo que inicialmente ha consentido por hipótesis el mandante-vendedor? Más aún: la tesis de la razón objetiva de moralidad con su secuela de la nulidad radical y absoluta del negocio lleva a resultados insospechados si recordamos que según la mejor doctrina y la jurisprudencia la legitimación activa para ejercitar en tales casos la acción de nulidad es análoga: puede el comprador anular la compra; o un tercero interesado; o incluso el juez declararla de oficio aunque nadie se la pida.

La tesis que considera la prohibición del artículo 1.459, 2.º, C. c. como un caso de aplicación de la prohibición de autocontratar y entiende que es precisamente este peligro de autocontratación lo que el Código ha tratado de evitar, resulta demasiado estrecha. En primer lugar, es obvio que no concuerda con la letra del precepto, que tiene por esto que ser sometida a una arbitraria corrección. Es claro que el precepto no exige para que la prohibición entre en juego que sea una misma persona quien al mismo tiempo actúe como vendedor en concepto de mandatario y como comprador en su propio nombre. Con ello tampoco se habrían prohibido todos los casos de autocontratación, pues quedaría sin regular el supuesto contrario, que es vender en propio nombre y comprar como mandatario o actuar en el autocontrato en una doble representación. Además, no se contiene como excepción la posibilidad, que nadie discute, de que el dominus negotii autorice expresamente la autocontratación.

Pero las dificultades de la tesis que intenta situar el artículo 1.459, 2.º, C. c. bajo la órbita de la prohibición de autocontratar no terminan ahí. En la letra del precepto la prohibición alcanza tanto al mandatario encargado de la enajenación como al mandatario de la simple administración. ¿En qué casos puede darse esta prohibición respecto del administrador si éste carece de facultades para enajenar? Se ha intentado obviar esta grave dificultad tratando de incluir al administrador sólo respecto de aquellos actos de administración que impliquen al mismo tiempo enajenación —p. ej., venta de frutos—, pero es claro que el argumento no es correcto, pues en tales casos el mandatario actúa como “encargado de la administración”.

Finalmente, parece también que no puede discutirse que en el artículo 1.459, 2.º, C. c. hay algunos supuestos en que la autocontratación no puede ni siquiera existir, como es particularmente el caso de

venta en pública subasta judicial, expresamente mencionado en el texto del artículo.

Nuestra doctrina no ha superado, por lo general, este inicial y estrecho planteamiento de la exégesis del artículo 1.459, 2.º, C. c. (7). Únicamente GARCÍA VALDECASAS ha tratado muy agudamente de buscar otro camino para determinar el ámbito a que alcanza la prohibición (8). A su juicio, el encargado de vender o de administrar no puede comprar los bienes en ningún caso en que la compra pueda resultar hecha sin una directa y expresa participación de la voluntad del propietario. El mandatario puede comprar cuando le vende per-

(7) En la línea marcada por MUCIUS SCAEVOLE puede situarse a DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, nueva edic. por COSSÍO y GULLÓN, Madrid, 1959, II, pág. 191, quien dice que "el motivo de la prohibición es comprensible por sí mismo: vendedores en nombre de otro y compradores por cuenta propia se encontrarían en un grave conflicto entre su deber y su interés".—CASTÁN (*Derecho civil español común y foral*, 7.ª edic., Madrid, 1952, IV, pág. 64) parece adherirse a la misma idea cuando sitúa la prohibición bajo una rúbrica que reza "prohibiciones impuestas a las personas encargadas de vender bienes a nombre de otro", pero luego observa que "se funda este grupo de prohibiciones, más que en los obstáculos técnicos del llamado contrato consigo mismo, en la consideración de orden moral, indicada por PLANIOL, de que la persona encargada de vender una cosa a nombre de otro vería planteado un conflicto entre su interés y su deber si se le permitiera comprarla: como mandatario, debería intentar obtener el mayor precio posible; como comprador, estaría interesado en evitar los postores, a fin de quedársela en mejores condiciones". (La utilización del texto de PLANIOL, para justificar nuestro art. 1.459, 2.º, C. c. es equivocada, pues PLANIOL razona sobre el Código francés, donde la norma tiene un sentido distinto, ya que alcanza, como más adelante veremos, sólo a los mandatarios encargados de vender, y les prohíbe únicamente constituirse en adjudicatarios en las subastas.)

En un punto muy próximo al de CASTÁN se encuentra PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1956, pág. 138), quien habla también de una "prohibición impuesta a personas encargadas de vender bienes a nombre de otro", añadiendo que la ratio de este precepto alcanza a cuantos tienen facultades dispositivas de bienes que no les pertenezcan privativamente.

En los demás autores hay sólo referencias fragmentarias o tangenciales al problema o problemas del art. 1.459, 2.º, C. c. Así se pone de relieve el "fundamento moral" del precepto que MANRESA había destacado (vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1899, pág. 651, y JAÉN, *Derecho Civil*, Madrid, 1928, pág. 397); se insiste en que el precepto se refiere no sólo a los administradores legales, sino también a los administradores voluntarios (SÁNCHEZ ROMÁN, *op. y loc. cit.*, pág. 651; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, III, Valladolid, 1920, pág. 318); se puntualiza que el precepto es de "interpretación restringida" (PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, IV, 2.º, Madrid, 1951, pág. 94); se anota que de él deriva una utilidad radical y *ex lege* (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Notas a la traducción de ENNECERUS*, II, 2.º, pág. 26).

No hace ningún comentario ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español*, III, pág. 400.

ALBALADEJO, por su parte, señala que se trata de "bienes sometidos en cierta forma al que sería comprador" y que la norma busca "evitar así el riesgo de que se prevalezca de su poder" (*Instituciones de Derecho Civil*, I, pág. 730).

(8) GARCÍA VALDECASAS (ALFONSO): *La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del T. S.*, en R. D. P., 1960, pág. 449.

sonalmente el dueño. En cambio, el administrador que compra en subasta pública o judicial resultaría adquiriendo por un acto en el cual no había participado la voluntad del dueño. El que compra por persona intermedia o el administrador que compra a un apoderado del dueño sin consentimiento de éste, habría hecho la adquisición a espaldas del propietario. La razón de la prohibición, dice GARCÍA VALDECASAS, es la incompatibilidad de intereses, que no existe cuando es el mismo dueño de la cosa el que dispone de ella (9).

2. Antes de penetrar en cada uno de los puntos concretos que una adecuada exégesis del artículo 1.459, 2.º, C. c. plantea acaso convenga realizar una previa labor de acarreo de materiales o de datos previos que podrán sernos de gran utilidad para enfocar debidamente el sentido de la norma que estamos intentando analizar. Este acarreo de materiales puede hacerse en tres direcciones: estudiando la jurisprudencia, indagando los antecedentes históricos de la norma y buscando las soluciones ofrecidas por el Derecho comparado.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (10) ha tenido ocasión de pronunciarse, por lo menos en media docena de casos, sobre el sentido y sobre el alcance del párrafo segundo del artículo 1.459, 2.º, C. c. Será sumamente difícil extraer de ella un criterio definido, pues, por lo general, parece muy vacilante y en ocasiones incluso decididamente contradictoria. No será, sin embargo, ocioso volver a realizar el análisis, porque de él pueden extraerse materiales muy útiles para una posterior conclusión.

a) La primera vez en que el T. S. se enfrenta, según nuestras noticias, con el precepto en cuestión es en el año 1907. La propietaria de las cuatro quintas partes de unas minas (11), actuando en su propio nombre y derecho y, además, en representación de los demás copartícipes en la comunidad, celebró con el demandante, que era a la sazón su apoderado y administrador de las minas, un contrato por virtud del cual le cedía en arrendamiento las minas por un período de diez años, estipulándose que el arrendatario tendría derecho a adquirirlas pagando el precio que fijaban. Ejercitó el arrendatario aquel derecho de opción de compra, y los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvencción pidiendo que se rescindiera el contrato por haber incumplido el actor sus obligaciones como arrendatario. Esta tesis de los demandados prosperó en la instancia, y en el recurso de casación se discutía fundamentalmente si el arrendamiento y la promesa de venta eran dos negocios autónomos aunque conexos, de manera tal que el incumplimiento de las obligaciones como arrendatario no podía extinguir el derecho de opción o sí, por el contrario, se trataba de un único negocio complejo. Esta es la cuestión

(9) GARCÍA VALDECASAS, en *loc. cit.*, 450 y sigs.

(10) Ver también la referencia a las sentencias en el citado trabajo de GARCÍA VALDECASAS.

(11) *Fernández Raja c. Velasco Sánchez y otros* (12 nov. 1907), en *Jurispr. Civ.*, tomo 109, pág. 110.

que el T. S. resuelve en esta sentencia, declarando no haber lugar al recurso y dando su conformidad como correcta a la doctrina del tribunal de instancia que había desestimado la demanda y estimado la reconvencción. En el penúltimo de los considerandos de la sentencia se contiene, sin embargo, una afirmación hecha a mayor abundamiento: en todo caso —dice el T. S.— aquella promesa de venta era nula, conforme al artículo 1.459, 2.º, C. c., “pues siendo un hecho reconocido que el actor, antes y después de la fecha del arrendamiento, administraba entre otros bienes las minas... es evidente que la promesa de venta cuyo cumplimiento se demanda está sometida a los efectos de la citada disposición legal, que en su número segundo prohíbe a los mandatarios adquirir los bienes de cuya administración o enajenación al tiempo de realizarse la venta estuviesen encargados”.

Esta primera sentencia del año 1907 no tiene apenas valor como doctrina jurisprudencial en torno a la interpretación del artículo 1.459 C. c. Ante todo, bueno será subrayar que todas las afirmaciones en ella contenidas sobre el problema que a nosotros ahora nos ocupa son obiter dicta y no guardan relación directa con la decisión del caso. Como atisbo de un criterio inicial del T. S. pueden, sin embargo, ser tenidas en cuenta. Pues bien: desde este punto de vista llaman la atención poderosamente dos circunstancias, que son la interpretación extensiva no razonada que al precepto se da para incluir en él las promesas unilaterales de vender o derecho de opción de compra y la referencia, por tanto, del tiempo de la prohibición al tiempo de la promesa de venta. En la sentencia se dice que el artículo 1.459 prohíbe a los mandatarios adquirir los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados “al tiempo de realizarse la venta”. A lo que cabría replicar que o bien se entiende que al tiempo de la venta —ejercicio de la opción— el demandante no era ya administrador, sino arrendatario de las minas o bien que se confunde tiempo de la venta con tiempo de la promesa de venta. Por otra parte, aparece clara en esta sentencia la que antes llamábamos tesis extensiva: el contrato lo había celebrado personalmente la dueña de las minas, no obstante lo cual se considera nulo.

b) La segunda sentencia de interés es del año 1920 (12), en la cual el caso que se debatía era como sigue. El día 25 de abril de 1908 el demandante había otorgado una escritura de poder en favor de los dos demandados, facultándoles para que, juntos o separadamente, pudiesen recaudar las rentas de sus bienes, administrarlos y enajenarlos y gravarlos. El 14 de mayo de 1909 uno de los apoderados, que era hermano del actor, vendió al otro apoderado unas fincas de aquél. Esta venta se hizo con pacto de retro por cuatro años. En el mes de julio de 1913, es decir, después de haber transcurrido el plazo de la retroventa, el actor demandó la nulidad del contrato fundándose en

(12) *Núñez c. Núñez y Blanco Sabel* (17 jun. 1920), en *Jurispr. Civ.*, tomo 150, pág. 623.

que se había infringido el artículo 1.459, pues había adquirido las fincas una persona que estaba en el momento de la venta encargada de su administración y enajenación.

El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia, en cambio, la estimó y declaró nulo el contrato por infringir el artículo 1.459. Se interpuso recurso de casación alegando interpretación errónea del artículo 1.459, y precisamente por este motivo el T. S. declara haber lugar al recurso y casa y anula la sentencia recurrida.

“En la escritura de 14 de mayo de 1909 por la que se formalizó la venta —dice el T. S. en esta sentencia— Blanco no intervino en la doble personalidad de vendedor en la representación de don José Núñez y de comprador en su propio y personal derecho al mismo tiempo, y como también aparece que la repetida escritura no integra una transmisión definitiva e irrevocable de las fincas de que se trata en favor de Blanco, puesto que la venta se concertó con pacto de retro por un plazo de cuatro años... la sentencia impugnada hace aplicación indebida en el caso presente del número segundo del artículo 1.459 C. c. y de la jurisprudencia en consonancia con él, ya que atendida la letra de dicho precepto, lo que se prohíbe a los mandatarios es la adquisición por sí o por persona intermedia de los bienes de cuya administración o enajenación estén encargados al realizar la compra, cuyas circunstancias no se han dado en la escritura de que se trata.”

Comparada con la anterior de 1908, esta sentencia de 1920 resulta sorprendente, porque muda radicalmente aquel inicial criterio que en el obiter dictum creíamos haber podido encontrar. No es inválido que compre quien es mandatario, en todo caso. Esto requiere, parece, algunas limitaciones y puntualizaciones. De aquí se puede extraer una primera conclusión: para nuestro T. S. es válida la venta cuando un mandatario vende a otro mandatario. Además: el artículo 1.459 no se aplica en aquellos contratos “que no integran transmisión definitiva e irrevocable de las fincas”. Vale, pues, la venta con pacto de retro, lo que no deja de ser de algún modo disonante con el anterior criterio de incluir, en cambio, la promesa de venta. Por último: se da como argumento primero de la estimación del recurso que Blanco, el comprador, no había intervenido con “la doble personalidad” de vendedor y comprador, con lo cual, aunque no se llegue a decir, parece que se está pensando que la esencia de la prohibición radica en vedar un fenómeno de autocontratación o de “doble personalidad”, si se le puede llamar así.

c) El tercero de los casos (13) parece mucho más sencillo que los anteriores. En el mes de mayo de 1923 había fallecido un hermano del demandante dejando a éste como heredero universal. El día 3 de julio de aquel mismo año el actor otorgó un poder en favor del de-

(13) *Martínez Jiménez c. Navarrete García* (31 oct. 1928), en *Jurispr. Civ.*, tomo 185, pág. 700 y sigs.

mandado facultándole para administrar sus bienes. Cinco días más tarde, es decir, el 8 de julio, demandante y demandado otorgaron una escritura pública en la cual el demandante declaraba que ratificaba un anterior documento privado en el cual su hermano y causante había vendido al demandado determinadas fincas.

Pidió después el actor la nulidad de las ventas y la demanda fue desestimada en las dos instancias. El T. S. declaró no haber lugar al recurso.

“La prohibición de adquirir por compra a los mandatarios, establecida en el número 2.º del artículo 1.459 C. c. se limita exclusivamente a los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, según literalmente expresa el citado precepto, el que no autoriza, dada la claridad de su texto, a extender la incapacidad de aquéllos respecto de las ventas otorgadas por el mandante cuando lo sean de bienes cuya administración o enajenación no se hubiese confiado al mandatario, y como la sentencia recurrida declara que las fincas comprendidas en la escritura otorgada por don Emiliano Martínez Jiménez y don Francisco Navarrete García para ratificar la venta hecha por el hermano del primero, eran propiedad de éste, y no se habían entregado al comprador en concepto de mandatario del segundo para la administración o custodia de las mismas, es palmario que no ha infringido la Sala el número 2.º del artículo 1.459 C. c.”

El supuesto parece claro, como antes decíamos, y la doctrina evidente: la prohibición se extiende a los bienes que el mandatario administra o está encargado de enajenar y no a otros que el mandante pueda tener; no se infringe el precepto cuando el mandante no vende, sino que se limita a ratificar un negocio anterior realizado por su causante en favor de quien en aquel momento el comprador no era aún mandatario.

Como observación incidental puede hacerse la de que en esta sentencia se manejan indiferenciadamente las ideas de “prohibición” e “incapacidad” referidas al supuesto del artículo en cuestión.

d) En el caso de “Uriel García c. Vera García” (14) se hicieron las siguientes afirmaciones:

1.ª Que el precepto que venimos estudiando, como prohibitivo, es de interpretación restrictiva.

2.ª Que el espíritu de la norma consiste en evitar situaciones de engaño, fraude o captación de la voluntad.

3.ª Que no rige la prohibición cuando es el mismo mandante quien autoriza la venta.

Se trataba en el caso mencionado de un procedimiento en el cual el demandante solicitaba la elevación a escritura pública de un anterior documento privado por medio del cual el demandado le transmitía por compra una empresa de transportes y los derechos probablemente de naturaleza administrativa de la concesión de las líneas. Pocas fechas

antes de dicho documento privado el vendedor había otorgado un poder en favor del comprador.

El Tribunal entiende, probablemente con razón, que no estamos en el caso del artículo 1.459. La venta estaba ya concertada y el poder no fue sino un medio auxiliar para permitir al adquirente hacerse cargo de la explotación y utilización de los derechos comprados aun antes de que recayera la necesaria autorización administrativa.

La fundamentación de la sentencia no es enteramente correcta. Las tres proposiciones que líneas arriba he destacado carecen de interna armonía. Obsérvese que se dice que el espíritu de la norma consiste en evitar situaciones de engaño y de fraude, con lo que se está recogiendo una idea cara a la que antes llamábamos "tesis extensiva", pero, en cambio, se llega a la conclusión discordante con dicha tesis de que vale la venta que el mismo mandante autoriza. Por otra parte, la idea de que el precepto es de interpretación restrictiva es, aunque muy repetida doctrinalmente, enormemente dudosa. Tiene razón GARCÍA VALDECASAS cuando dice que para decidir si la interpretación es o no restrictiva no basta con pensar si se aplica o no a las ventas otorgadas directamente por el mandante, sino a cómo se delimita el supuesto de hecho. Desde este punto de vista enseguida se comprende que hay que preconizar una interpretación extensiva. Se aplica no sólo a la compraventa, sino a otros negocios de adquisición —permuta, etcétera—. Se aplica a los mandatarios y a otros gestores aunque no merezcan tal nombre técnicamente (15).

e) Cuatro años más tarde, en 1953, el giro que el Tribunal da es de ciento ochenta grados (16). En el caso que ahora se decide, el demandante, como heredero de una señora que había sido propietaria de unas fincas, impugnaba una transmisión realizada en documento privado que aparecía hecha por dicha señora a su administrador, el cual vendió después los bienes adquiridos a una tercera persona. La demanda había sido desestimada por la Audiencia —probablemente aplicando la doctrina de 1949—, pero el T. S. casa la sentencia recurrida.

Admite el T. S. que es cierto que el artículo 1.459, 2.º, C. c. carece de claros antecedentes en el Derecho histórico, donde solamente hay algún rastro de norma semejante en el inciso final de Dig. 18, 1, 34, § 7, pues en las Partidas y en las demás disposiciones de Derecho castellano —dice— la prohibición de comprar se refiere a los cabezaleros o albaceas y a los tutores o representantes legales.

No obstante ello, el T. S. entiende que "la disposición del párrafo segundo del artículo 1.459 del C. c. es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecida con carácter general para obviar las dificultades

(15) GARCÍA VALDECASAS, *loc. cit.*, pág. 451 y sigs.

(16) *Pedreira c. Pedreira y otros* (10 mar. 1953), en *Jurispr. Civ.* (edic. of.), tomo 29, pág. 115 y sigs.

que se tendrían en cada caso concreto para probar el fraude o el engaño con que hubiera obrado el administrador o el perjuicio para el propietario, y por eso es aplicable en todos los casos de compra de bienes por el administrador y no únicamente en los de autocontratación, ya que la prohibición se extiende a los casos en que esa autocontratación es imposible, como las adquisiciones en subasta pública y las que se vale de persona intermedia, y hasta en aquellas como la presente que quien concurre a otorgar la venta es el mismo propietario mandante, pues esto no excluye la posibilidad de que se haya cometido fraude por el administrador, porque éste puede tener lugar no sólo en el momento de la venta, sino durante toda su gestión, desvalorizando ya intencionadamente ya negligentemente los bienes, poniéndolos así en trance de hacer forzosa o conveniente su venta.”

No es este el momento de criticar la tesis de esta sentencia, sino el de hacer un ligero comentario de la misma y poner de relieve sus puntos centrales. Obsérvese que en esta sentencia nuestro T. S. parte del punto de arranque de la tesis extensiva de MANRESA —la “protección de estricta moralidad”— y llega a similares conclusiones —la invalidez de la venta directa del dueño de los bienes a su administrador—. En el camino, sin embargo, se dicen cosas que empañan de alguna manera la nitidez del razonamiento. Porque puede considerarse inmoral que el administrador compre los bienes que ha administrado, que esta sería la razón de moralidad para vetar la compra. Lo que ya es dudoso que pueda decirse es que, como en algunos casos el administrador puede ser doloso, la norma sirve “para obviar las dificultades de prueba”, como dice la sentencia, pues esto equivale a sentar una presunción de fraude de todo administrador, con una importante secuela: que o se admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum* de fraude), caso en el cual el artículo 1.459, 2.º, C. c. no funcionaría respecto de aquellos administradores que demostraran su buena fe y leal proceder, o bien, para mayor adecuación del espíritu de que se quiere impregnar al texto con su letra, se establece una presunción *iuris et de iure* de fraude, lo que no parece admisible.

f) En el año 1959 se produjo un nuevo cambio de orientación en nuestra jurisprudencia (17). El propietario de una finca, en virtud de un primer contrato otorgado por documento privado, la vendió a su administrador, que además era amigo suyo y propietario a su vez de varias fincas vecinas en el mismo lugar. Se enteraron los hermanos del vendedor de esta venta y protestaron, convenciendo a aquél de que la venta debía hacérsela a ellos, para lo cual el vendedor y sus hermanos otorgaron una escritura pública de compraventa de la misma finca, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. El primer comprador demandó el cumplimiento del contrato, y los demandados opusieron la nulidad de la primera venta, por ser el adquirente en

(17) *De la Calle Zugasti c. Sáinz Ortúeta* (27 may. 1959), en *Jurispr. Civ.* (edic. of.), tomo 79, pag. 884 y sigs.

ella administrador del transmitente, y, consiguientemente, la validez de la segunda venta. La demanda fue desestimada en ambas instancias, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

“La prohibición del número segundo del artículo 1.459 C. c. —dice ahora el Tribunal Supremo— supone la existencia de un mandatario encargado de la administración o enajenación de los bienes que intenta comprar para sí, y ese carácter desaparece cuando interviene en la venta el propio mandante personalmente o representado por otro apoderado, ya que desde ese momento queda fácilmente revocado el mandato anterior (art. 1.735 del C. c.), y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse a un supuesto en el que el mandatario había dejado de serlo por voluntad del mandante manifestada en la venta de los bienes, que también automáticamente quedaban excluidos de la relación de mandato, produciéndose al mismo tiempo una novación objetiva extintiva.”

No puede ponerse en duda la justicia de la decisión. Sus argumentos, sin embargo, son mucho más pobres que los que seis años antes se habían utilizado para sostener la posición contraria. La revocación tácita del mandato del artículo 1.735 exige el nombramiento de un nuevo mandatario, que en el caso examinado no se dió. En todo caso, la revocación tácita se produciría en el acto mismo de vender, pero no antes, con lo cual la dificultad no se salva. La idea de que la venta supone una “novación objetiva extinta” del mandato puede ser una idea ingeniosa, pero no más. En realidad, el T. S. se está moviendo dentro de un círculo de razonamientos que son típicos de una jurisprudencia conceptual y del método de inversión. Acaso lo que quiso decirse fue que el artículo 1.459 exige que el mandatario a quien se prohíbe la compra esté actuando como mandatario y que “ese carácter desaparece cuando interviene en la venta el propio mandante”. Esta y únicamente ésta es la ratio de la sentencia.

La excursión a través de la jurisprudencia nos produce una gran perplejidad. Es evidente la vacilación del Tribunal y sus giros y contragiros dan a entender que el problema es cualquier cosa menos sencillo (18).

(18) Últimamente se ha dictado la sentencia de 5 de octubre de 1962, conocida sólo a través del repertorio de Aranzadi, dado el retraso con que se publica la edición oficial de nuestra jurisprudencia civil. Del repertorio de Aranzadi se puede deducir que se pedía la nulidad de una venta llevada a cabo por un mandatario de la causante de la actora, que era religioso de una determinada comunidad. Este religioso vendió los bienes a otros miembros de la misma Orden, quienes después los vendieron a la Orden misma. El problema central de este asunto fue, al parecer, un problema de simulación, pero en la instancia la nulidad pedida se decretó no sólo por simulación, sino por entender que la venta infringía el art. 1.459. El T. S. declaró no haber lugar al recurso, y dice respecto al tema que a nosotros ahora nos interesa, que por figurar como vendedora en el primer contrato la causante de la actora, representada por un mandatario, religioso de la Orden de la M., y como compradores otros religiosos de la misma Orden, que en el segundo contrato son vendedores de los mismos bienes a la citada Orden, ha de estimarse acertado el criterio de la Sala al entender que tales adquisiciones están prohibidas por el art. 1.459.

3. Para completar los datos necesarios para la exégesis del precepto que estamos estudiando no será ocioso recordar cuáles son sus antecedentes históricos. El antecedente histórico inmediato (19) del párrafo segundo del artículo 1.459 C. c. se encuentra, sin duda, en el artículo 1.381 del Proyecto de 1851 (20). El mencionado artículo decía: "se prohíbe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública y judicial, por sí, ni por interpuesta persona... a los mandatarios, los bienes cuya administración o venta se les hubiese encargado". Basta una simple lectura del texto transcrito y un cotejo superficial de ambos artículos para darse cuenta de su sustancial identidad (21).

GARCÍA GOYENA (22) fundamentaba el artículo 1.381 del Proyecto no sólo en sus más conocidos e inmediatos precedentes, como el Código francés, el holandés y el del Cantón de Vaud (23), sino también en dos textos del Derecho histórico, que son Dig. 18, 1, 34, § 7, y Nov. Rec. 10, 12, 1. La misma idea recogerá más adelante GUTIÉRREZ (24).

En Dig. 18, 1, 34, § 7, se recopila un texto de PAULO, según el cual el tutor no puede comprar las cosas de su pupilo, añadiéndose que la misma regla se extiende por analogía a los curadores, procuradores y personas que gestionan asuntos ajenos (25). La prohibición, sin embargo, en el Derecho romano no tuvo nunca, al parecer, carácter absoluto, y se permitía que el tutor comprase los bienes del pupilo siempre que lo hiciese paladinamente y de buena fe (26).

Esta última regla es la que se recoge en las Partidas: el tutor no puede comprar los bienes del pupilo, como no lo haga con la autori-

(19) PEÑA, en *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, pág. 528, da como precedentes del art. 1.459 de nuestro C. c. los arts. 1.381 del Proyecto de 1851, el 1.596 francés, 1.126 de Vaud, 1.505 y 1.506 holandés, 1.799 y 1.800 chileno, 1.457 y 1.458 italiano, 1.562 y 1.564 portugués, 1.361 argentino y 2.945 mexicano. Vid. sobre estos artículos infra, pág. 14.

(20) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, III, pág. 370.

(21) Las diferencias entre el art. 1.459, 2.º, C. c. y el art. 1.381 Proy. parecen más formales y de redacción que sustanciales y de fondo. No obstante, cabe anotar: a) La expresión "se prohíbe" fue sustituida en el Código por "no podrán". b) En el Proy. se decía "subasta pública y judicial", mientras que en el Código se dice "subasta pública o judicial". c) En el Proy. se dice "por sí ni por interpuesta persona", mientras que la expresión utilizada por el Código es "por sí ni por persona alguna intermedia". En relación con este tema, es curioso observar que, según PEÑA (en *op. y loc. cit.*), en el Anteproyecto 1882-1888 se decía "persona intermediaria". d) En el Proy. se dice "administración o venta", y en el C. c. se habla de "administración o enajenación".

(22) *Op. y loc. cit.*, págs. 370 y 371.

(23) Cita también los Códigos napolitano (art. 1.441) y sardo (art. 1.603).

(24) GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, II, 2.ª edic., Madrid, 1871, pág. 238 y sigs.

(25) PAULO (libro trigésimo tertio ad Edictum), en Dig. 18, 1 (de contrahenda emptione), frg. 34, párr. 7.º: "tutorem rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores, procuratores et qui negotia aliena gerunt".

(26) Cod. 4, 38, 5.

zación del juez o de cualquiera de los otros guardadores. La compra hecha de esta manera debe ser beneficiosa y no perjudicial para el menor. En este último caso el pupilo puede impugnarla dentro de un plazo de cuatro años, contados a partir del momento en que sale de la tutela (27).

La ley primera del título XII del Libro X de la Novísima Recopilación (28) modificó en el sistema del Derecho castellano el régimen de las Partidas y dispuso que "todo hombre que es cabezalero, guarda de huérfanos o otro hombre o mujer no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel que administrare; y si la comprare pública o secretamente, la compra que así fue hecha no valga y sea deshecha y torne el cuatro tanto de lo que valía y sea para nuestra Cámara".

La aplicación de la ley recopilada a los mandatarios y administradores voluntarios de bienes ajenos no aparece enteramente clara, y así indica GUTIÉRREZ (29) que mientras unos autores limitan la prohibición a los tutores y albaceas o cabezaleros (30), otros, en cambio, se pronuncian en favor de una interpretación extensiva (31).

En el momento inmediatamente anterior a la Codificación, el T. S. entendió que la prohibición no comprendía a otros administradores distintos de los administradores legales y que, por ello, puede un administrador voluntario comprar las cosas que administra cuando el vendedor es el dueño de ellas, y el gerente de una sociedad los bienes pertenecientes a la misma (32).

4. Una ojeada, aunque sea muy rápida, al Derecho comparado tiene el tema que ahora estamos estudiando un extraordinario interés porque permite matizar, y con ello comprender mejor, la letra y el sentido del texto de nuestro Código.

Casi todos los ordenamientos jurídico-civiles pertenecientes al grupo llamado romano-francés contienen una norma semejante a

(27) Part. 5, 5, 4. Ninguno de los guardadores puede comprar cosa de aquel que tiene en guarda, fueras si lo ficiesse con otorgamiento del juez o del otro que lo oviesse en guarda también como él. E ha menester que aquello que desta guisa comprare sea a pró del huérfano é no a su daño. Ca si engañado se fallasse el menor por tal vendida, puédela desfacer después que fuere de edad cumplida fasta quatro años.

(28) Es una ley de Alfonso XI y Enrique III, en el Ordenamiento de la Pena de la Cámara (capítulos 15 y 16), que concuerda con la ley única del tít. 5, lib. 5 de las Ordenanzas Reales de Castilla. Cfr. *Los Códigos Españoles*, tomo IX, Madrid, 1850, pág. 342.

(29) Vid. GUTIÉRREZ, en *op. y loc. cit.*, pág. 241.

(30) JORDÁN DE ASSO-DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 3.^a edic., Madrid, 1780, pág. 288; FERRERO, *Librería de Jueces*, por GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, Madrid, 1844, IV, pág. 5.

(31) Con base en el texto de la ley recopilada: "o otro hombre o mujer cualquiera que sea pueda ni deba comprar ninguna cosa de los bienes de aquel o aquellos que administrare" (GUTIÉRREZ, en el lugar cit.).

(32) Cfr. SS 1.^o Mayo 1861 y 18 Diciembre 1866.

la de nuestro artículo 1.459 (33). Existen, sin embargo, entre ellos, variantes, que si bien no pueden calificarse como profundas, merecen contrastarse, porque acaso del cotejo pueda extraerse alguna enseñanza.

Los rasgos característicos de estos ordenamientos pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Existen algunos Códigos, como el francés y el holandés, en los cuales lo que se prohíbe al mandatario es "resultar adjudicatario" ("se rendre adjudicataire"), es decir, limitan la prohibición a las ventas que se realizan en subasta (34), mientras que otros (Código italiano, portugués, etc.) extienden la prohibición a todas las compras de los mandatarios.

b) En algunos Códigos (francés, holandés, italiano de 1865) se señala que la prohibición se establece bajo pena de nulidad (35), mien-

(33) Haciendo referencia únicamente a los textos de aquellos Códigos civiles que fueron tenidos en cuenta por los redactores del nuestro, cabe anotar los siguientes:

a) El Código civil francés, en su artículo 1.596 dispone que "no pueden resultar adjudicatarios, bajo pena de nulidad, por sí ni por personas interpuestas... los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender".

b) El Código holandés, que en su artículo 1.506 establece que "no podrán resultar adjudicatarios ni por sí mismos ni por terceras personas, bajo pena de nulidad y de daños y perjuicios... los mandatarios, de los bienes que se hayan encargado de vender".

c) El Código civil italiano de 1865 (art. 1.457): "No pueden ser compradores, ni siquiera en subasta pública, bajo pena de nulidad del contrato, directamente o por personas interpuestas... los mandatarios de los bienes que están encargados de vender".

d) El Código portugués (art. 1.562): "No pueden ser compradores, ni directamente, ni por persona interpuesta... los mandatarios o apoderados y los establecimientos en cuanto a los bienes de cuya venta o administración se encuentren encargados".

e) El Código argentino (art. 1.361): "Es prohibida la compra aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona... a los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes".

f) El artículo 2.975 del Código mexicano de 1884, que ha pasado inalterado al actual, decía que "no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallan encargados... los mandatarios".

El artículo 1.741 del Código civil italiano de 1942 ha modificado muy levemente la redacción del Código anterior, y dice que "no pueden ser compradores ni siquiera en subasta pública ni directamente ni por persona interpuesta... los mandatarios respecto de los bienes que están encargados de vender, salvo lo dispuesto en el artículo 1.395". Este último precepto autoriza la autocontratación cuando existe consentimiento del principal o cuando el contenido del contrato haya sido determinado de forma que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

(34) Cfr. RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil* (d'après le *Traité de PLANIOL*), tomo 3.º, París, 1958, pág. 441 y sigs.; MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo 3.º, París, 1960, pág. 652 y sigs.

(35) Sobre el alcance de esta nulidad: CHIRONI, *Del contratto con se medesimo*, en Riv. Dir. Comm., 1917, I, pág. 41; BREGLIA, *Sull'invalidità della vendita consentita dal minore al tutore*, *ibid.* 1921, II, pág. 417; comentando una sentencia del Tribunal de Casación de Nápoles que sometía la acción de impugnación al plazo de cuatro años. Vid., también ASCOLI, *Acquisto dei beni del figlio da parte del genitore*, en Riv. Dir. Civ., 1935, pág. 306.

tras que otros (como el portugués, el argentino, el mexicano y el italiano de 1942) omiten mencionar esta consecuencia.

c) En la mayor parte de los Códigos examinados (francés, holandés, italiano, argentino) la prohibición se limita a los mandatarios que están encargados de vender los bienes (36). En el Código portugués y en el mexicano la prohibición se amplía a "bienes de cuya venta o administración se encuentren encargados".

d) En todos los Códigos examinados la expresión que se utiliza para aludir a la adquisición indirecta es la de persona interpuesta. Nuestro Código civil, hablando de persona intermedia, constituye desde este punto de vista una excepción.

Esta ligerísima y rapidísima ojeada de Derecho comparado parece que nos lleva a la impresión de que en nuestro artículo 1.459 hay, por decirlo así, un núcleo originario y dos capas sucesivas de conglomeración. El núcleo originario es la interdicción francesa de "se rendre adjudicataire". Los estratos sucesivos son la extensión a las demás compras que viene probablemente del Código italiano de 1865, donde ha jugado probablemente la idea del contrato consigo mismo y la extensión a los administradores que viene del Código portugués. Acaso cada una de estas hipótesis merezcan tratamiento separado.

5. Todo el camino que llevamos recorrido hasta aquí, parece conducirnos a una conclusión que es desalentadora: a medida que tratamos de profundizar en el tema y de encontrar una razón que justifique la norma, mayor parece la complicación y la falta de claridad de la misma. Las dos tesis extremas, a las que habíamos denominado, respectivamente, de tesis extensiva o de exigencia de estricta moralidad la primera y de tesis restrictiva o de prohibición de auto-entrada del mandatario la segunda, resultan insatisfactorias.

6. Para poner un poco de orden en la cuestión es necesario delimitar los posibles conflictos de intereses a que cabe hacer aplicación de la norma estudiada. El primero de ellos es, obviamente, la venta directa del dueño de los bienes al mandatario. La tesis extensiva, rigurosamente entendida, lleva a la consecuencia de una radical y absoluta e insanable nulidad de la venta hecha directamente por el dueño de los bienes a su administrador. Esta manera de entender el artículo 1.459, 2.º, puede convertirse, según hemos visto, en un injusto medio para que una u otra de las partes, en atención muchas veces a circunstancias posteriormente sobrevenidas, encuentren un útil pretexto para defender un eventual interés de desligarse o arrepentirse del negocio.

Los argumentos más fuertes en favor de este punto de vista los suministra la S. de 10 de marzo de 1953 (37): se trata de obviar las dificultades que en otro caso se presentarían para probar

(36) MAZEAUD, en *op. y loc. cit.* se lamenta precisamente de que la prohibición del Código francés, por lo que se refiere a las subastas, no alcance también a los administradores.

(37) Vid. *supra* pág.

el fraude o el engaño con que hubiera obrado el administrador y prevenir una gestión dolosa o negligente de éste, que desvaloriza los bienes poniéndolos en trance de hacer forzosa o, por lo menos, conveniente su enajenación. El argumento posee a primera vista un enorme peso dialéctico, pero a poco que reflexionemos llegaremos a la conclusión de que es escasamente convincente. Para obviar las dificultades de prueba se llega a una consecuencia exorbitante, como es una presunción *iuris et de iure* de deslealtad de los administradores, pues de entender que la presunción es sólo *iuris tantum* tendríamos que llegar a la conclusión de que probando su buena fe podría el administrador repeler la demanda del antiguo dueño, conclusión para la que la letra de la ley no autoriza en absoluto. Pero es que si la razón del precepto está, como en la sentencia citada se dice, en obviar las dificultades de prueba del vendedor que ha sufrido el fraude, una nulidad radical y absoluta, que pueden alegar ambas partes y los terceros, no parecen el cauce más idóneo de protección del interés que se piensa que se tutela. Si en la base de la prohibición del artículo 1.459, 2.º, está un designio de evitar el engaño y el fraude de los administradores, tendremos que convenir que se le concede al dueño que voluntariamente vende a su administrador una protección privilegiada, muy superior a la de los demás contratantes que sufran al contratar dolo o fraude, sin que se vea claramente la razón de esta especial y privilegiada protección fuera y más allá de las reglas generales de impugnación de los negocios jurídicos. Por último, convendrá señalar que prevenir y evitar una gestión dolosa o negligente del administrador en orden a una desvalorización de los bienes es algo que compete también al principio o *dominus negotii*, sobre quien pesa una carga de vigilancia de la actuación del gestor, de manera tal que si aquélla se produce habrá sido en parte porque el principal la ha hecho posible merced a su omisión o a su descuido.

A mi juicio, la venta hecha de modo voluntario, directo y personal por el dueño a su administrador no cae en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, C. c., y si en ella ha mediado dolo, fraude o engaño del administrador, el remedio es la vía genérica de impugnación que en cada caso corresponda.

Por otra parte, que el artículo 1.459 C. c., no obstante su letra, no establece en todos sus casos una prohibición absoluta de comprar es algo que parece muy claro. Un argumento de gran fuerza dialéctica nos lo suministra el párrafo primero del mismo artículo (38). En él se prohíbe, como es sabido, que el tutor y el protutor compren los bienes de la persona que está sometida a tutela. Sin embargo, el artículo 275, 4.º, C. c. admite que el tutor compre por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o incapacitado, siempre que haya

(38) El argumento es de HERNÁNDEZ GIL en el recurso de casación que dio lugar a la S. de 27 mayo 1959. Vid *Jurispr. Civ.*, cit., tomo 79, pág. 884 y siguientes.

sido expresamente autorizado para ello por el Consejo de Familia. La pregunta resulta obvia: si puede el tutor comprar los bienes del pupilo con la autorización del Consejo de Familia, ¿por qué no va a poder comprar el administrador con la voluntad del dueño de la cosa? El argumento adquiere, si cabe, mayor fuerza si se advierte que la mayor parte de la doctrina no encuentra inconveniente en admitir la autoentrada del mandatario siempre que tenga un expreso poder para autocontratar. Ello nos llevaría a pensar que el dueño puede conceder al mandatario un poder para autocontratar, pero no puede venderle directamente. La conclusión es absurda (39).

7. Ahora bien, todo este razonamiento que acabamos de hacer, ¿nos debe llevar a la conclusión de que es exacta la tesis de quienes entienden que el artículo 1.459, 2.º, C. c. no es más que un caso particular de aplicación de una genérica prohibición de autocontratar? He apuntado ya anteriormente que no lo creo así, y los argumentos que contradicen una interpretación semejante parecen decisivos: primero, el precepto contempla la venta en subasta, donde por hipótesis no puede existir autocontratación; segundo, habla de un mandatario encargado de la administración, que puede no ser el enajenante, por carecer de facultades dispositivas; tercero, no ofrece duda la indudable excepción de validez del autocontrato cuando el principal ha conferido expresamente a su representante el poder de autocontratar, como lo hace, por ejemplo, el artículo 267 del C. de C.; cuarto, el autocontrato realizado sin consentimiento o autorización del principal puede ser ratificado por éste, expresa o tácitamente, de manera tal que no estamos en presencia de una nulidad radical e insanable; quinto, la misma razón existiría para prohibir la venta al principal por autocontrato de la cosa de su representante, supuesto del que, sin embargo, no habla el artículo 1.459.

En mi opinión, el artículo 1.459 C. c. no se enfrenta con el problema de la autocontratación, que hubiera exigido una ampliación de los supuestos de hecho y unas consecuencias jurídicas distintas. Ahora bien, no hay inconveniente en situar la "autocompra" del mandatario en la órbita de dicho artículo, siempre que el artículo se integre, de acuerdo con los principios generales, admitiendo el poder expreso para autocontratar y la ratificación del *dominus negotii* y que, en consecuencia, se llegue a la conclusión de que en el otro caso hay una mera nulidad relativa.

8. Fuera de los dos casos anteriormente examinados —la venta directa por el dueño de los bienes y la autoentrada del mandatario—, el primer supuesto claro de funcionamiento de la prohibición del artículo 1.459, 2.º, C. c. es el de la compra por el administrador en una subasta pública. Obsérvese que éste es, como hemos señalado ya, el

(39) Como argumento en favor de la venta directa, se podría observar todavía que bastaría revocar el mandato, vender y otorgar inmediatamente después un nuevo mandato.

sentido del Código civil francés, donde lo que se prohíbe es “resultar adjudicatario”. No obstante, en nuestro Código civil la prohibición es más amplia que en el francés, porque no alcanza sólo al mandatario encargado de la venta, sino también al administrador. Existe una prohibición de que el administrador de los bienes subastados concorra a la subasta, y esta prohibición se funda en una razón de incompatibilidad.

El supuesto parece muy claro cuando se trata de los administradores judiciales: la prohibición alcanza a los administradores de los bienes de un concurso de acreedores o de una quiebra, a los administradores de bienes embargados, etc. La prohibición por incompatibilidad tiene un cariz muy semejante a la que la ley impone a los abogados, procuradores, oficiales de justicia, peritos y demás personas que han intervenido en el procedimiento.

Pero la prohibición alcanza también a los administradores voluntarios en las subastas públicas no judiciales. Para los autores franceses existe aquí un conflicto de intereses que debe ser evitado. Mejor aún: el conflicto se plantea entre el interés del eventual comprador —precio más barato, ausencia de postores— y su deber como leal administrador —procurar el precio más alto posible y, por consiguiente, la mayor presencia de postores—. Se comprende en seguida, se dice, cómo un conflicto semejante se produce no tanto por el hecho de la compra en sí misma considerada como por el mecanismo utilizado para celebrarla y para formar el precio. No cabe duda que el eventual conflicto existe, pero no es la razón profunda de la prohibición. Si así fuera, tendríamos que atender aquellos casos en que el administrador leal, después de procurar el mejor precio para su principal, mejora por sí mismo el remate, elevando todavía el precio y favoreciendo así el interés del dominus. La razón de la prohibición no es el conflicto de intereses, sino estrictamente la incompatibilidad, objetivamente considerada, del administrador con la subasta.

Mas la configuración del supuesto permite preguntar si cabe la posibilidad de que el administrador sea autorizado por el dueño de los bienes para concurrir a la subasta o de que el dueño de los bienes vendidos dé su posterior aprobación al proceder del administrador o mandatario. A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa en todos aquellos casos en que el único interés tutelado mediante la subasta sea el del dueño de los bienes. En cambio, en todas aquellos casos en que en la subasta existan intereses de terceras personas (v. gr., los acreedores que la hayan provocado), será necesario también el consentimiento de éstos.

Ello significa, es evidente, que no nos hallamos tampoco aquí en presencia de un supuesto de nulidad radical y absoluta, sino ante una hipótesis de impugnabilidad del negocio. El negocio puede ser confirmado por los titulares de la acción de impugnación, y ésta parece que debe estar sometida al plazo de caducidad de cuatro años que, a nues-

tro juicio, es general para las acciones de impugnación de los contratos.

9. Para tratar de completar el panorama de los posibles casos de aplicación del párrafo segundo del artículo 1.459 C. c., debemos examinar ahora la hipótesis de que el dueño de la cosa tenga dos o más apoderados o mandatarios y uno de ellos, en representación del principal, venda la cosa a otro que la compra para sí. Este fue el caso decidido por S. T.S. 17 jun. 1929 (40), que casando la sentencia recurrida entendió que a tal supuesto era inaplicable el artículo 1.459, 2.º, C. c. La afirmación la ha repetido S. T.S. 27 mayo 1959, aunque en ella el caso no se hallaba planteado. El carácter de “mandatario encargado de la administración o enajenación de los bienes” desaparece —dice el T. S.— cuando “interviene en la venta el propio mandante *personalmente o representado por otro apoderado*” (41).

A una conciencia escrupulosa le suscitará seguramente alguna perplejidad que esta afirmación se haga como incuestionable y que la solución propuesta sea correcta sobre todo cuando la operación ha sido llevada a cabo a espaldas del mandante común y sin tener a éste debidamente informado. Por supuesto que no se trata de un caso de autocontratación, ni tampoco de decir que un negocio entre mandatarios de un mandante común presuponga necesariamente confabulación o fraude. Es algo tal vez más sutil, pero no por ello menos importante. Es que el primordial deber de todo mandatario consiste en velar por el interés de su mandante y, por consiguiente, en no interponer ningún otro interés personal, propio o ajeno, que pueda mermar o hacer disminuir la tutela de aquel que ha sido confiado a su gestión. En la hipótesis que ahora contemplamos, la conducta del mandatario comprador da lugar a un conflicto entre su deber como mandatario y su interés personal. La buena fe (cfr. art. 1.258 C. c.) y el deber de lealtad que sobre él pesa como mandatario imponen por lo menos una revelación plenamente informativa al mandante de la existencia de las negociaciones (42). Que ante tal información el silencio o la falta de oposición del dominus pueda valer como tácita aquiescencia es tema que no es este el momento de debatir, aunque seguramente puede sostenerse.

10. Examinaremos, por último, la cuestión que plantea la utilización en el texto del artículo 1.459 C. c. de la expresión “persona intermedia” y, en particular, si dicha locución puede entenderse o no como sinónima de “persona interpuesta” que utilizaban los precedentes del Código y que utiliza la mayor parte de los extranjeros.

En nuestra doctrina, el problema ha sido pocas veces planteado en toda su extensión y, por lo general, se propende a considerar como sinónimas las expresiones “persona interpuesta” y “persona in-

(40) Vid. *supra* págs. 6 y 7.

(41) Vid. *supra* pág. 11.

(42) Los anglosajones hablan de “disclosure”. Vid. STOLJAR, *The Law of Agency*. Londres, 1961, pág. 288 y sigs.

termedia" y a limitar el alcance de ambas a la llamada interposición ficticia de persona, con lo cual el Código lo único que estaría haciendo sería ampliar la prohibición para comprender en ella el caso en el cual el mandatario comprador se oculta simulando que compra otra persona (testaferro). El artículo 1.459 lo único que hace, así entendido, es declarar ineficaz una simulación.

Frente a ello puede argüirse que la idea de "persona intermedia" es más amplia que la que se encierra bajo la expresión usual en la técnica del derecho de "persona interpuesta". Persona intermedia es el primer adquirente de los bienes aunque no haya sido inmiscuido por el mandatario comprador, aunque haya sido movido por su propio interés y aunque su intervención no se deba a un previo acuerdo o a una previa relación con aquél. Entendido así, el artículo 1.459 está diciendo que el mandatario no puede comprar los bienes ni de su mandante ni del primer adquirente, quienquiera que éste sea. Desde un punto de vista práctico la cuestión puede tener una evidente importancia, pues si lo que se veda en el artículo 1.459 es una simulación, habrá de ser el demandante que alegue la simulación el que haya de probarla, mientras que la interpretación objetiva —prohibición de comprar al primer adquirente— exime de toda prueba.

A mi juicio, esta última interpretación no puede sostenerse. No hay ninguna razón para prohibir a una persona que compre los bienes de que fue mandatario al primer adquirente de los mismos. Sólo en un intento de facilitar la prueba de la "interposición" cabría encontrar un atisbo de justificación, aunque con ello se va más allá de lo pretendido y se condenan dos compraventas perfectamente lícitas y válidas.

Para comprender el alcance del artículo 1.459 en el punto que ahora examinamos es necesario recordar la distinción que la doctrina común establece entre la interposición ficticia y la interposición real de persona (43).

En la interposición ficticia de persona las partes del negocio están conformes en que éste surta entre ellas todos sus efectos, pero interponen a un tercero, con quien el negocio se simula celebrado, a fin de ocultar la participación que en él ha tenido uno de los verdaderos contratantes. El negocio realmente celebrado por A y B aparecerá exteriormente como un negocio realizado por A y C. En la hipótesis está el que en un supuesto semejante los tres intervinientes (A, B y C) participan en un acuerdo simulatorio y los tres son coautores de la simulación.

En la interposición real de persona, el intermediario es un verdadero contratante. Aunque B sea el interesado o el destinatario final de los efectos del negocio, C es parte real en el contrato, lo que significa que quien se obliga con A o quien adquiere de éste es C, sin

(43) FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. cast. de ATARD y DE LA PUENTE, 3.ª edic., Madrid, 1953, pág. 253.

perjuicio de que posteriormente C deba transmitir a B lo adquirido y éste liberarle de las obligaciones. La interposición real de persona presupone un acuerdo entre B y C, es decir, entre el que promueve la interposición y la persona interpuesta, pero no es necesario que A participe de este acuerdo de interposición. Entre el promotor de la interposición y la persona interpuesta existe una relación jurídica previa que puede ser un mandato o un pacto de fiducia (44), según los casos (45).

Pues bien: de todo cuanto llevamos dicho se deduce, a mi juicio, que la "persona intermedia" del artículo 1.459 C. c. es un caso de interposición real de persona y no un caso de simulación o de interposición ficticia, pues, por hipótesis, el vendedor dueño de los bienes no participa en el acuerdo de interposición. Si hemos llegado líneas atrás a la conclusión de que el artículo 1.459, 2.º, C. c. no prohíbe una venta directa de mandante a mandatario, un acuerdo simulatorio en el que tomara parte el mandante no tendría sentido para eludir la prohibición, y si existiera con otra finalidad debería ser tratado de acuerdo con las reglas generales sobre simulación.

La "persona intermedia" del artículo 1.459 C. c. es un fiduciario o un mandatario del interesado en comprar: un "intermediario" en el sentido riguroso de esta palabra. Mas ello significa que el artículo 1.459 no veda en términos absolutos que el mandatario compre los bienes que fueron de su mandante al primer adquirente de éste, quienquiera que sea, sino solamente cuando este primer adquirente realizó la adquisición por encargo suyo, es decir, cuando existió entre ambos una previa relación jurídica en virtud de la cual la adquisición se llevó a cabo. En cambio, cuando el primer adquirente ha sido una persona totalmente extraña, la posterior compra es perfectamente válida.

El problema radicará entonces en decidir si el impugnante de las ventas debe probar la existencia de esta previa relación jurídica o de este acuerdo de interposición o si, por el contrario, debe presumirse por el hecho de que el primer adquirente transmita después al que fue mandatario. No se ve en este punto ninguna razón para alterar aquí las reglas normales de distribución de la carga de la prueba; si bien el rigor de ésta tendrá que suavizarse —indicios, presunciones de hecho, etc.—, dado que al impugnante, extraño por hipótesis a la relación jurídica a probar, una plena demostración de ésta le será muy difícil, por no decir prácticamente imposible.

11. Las compras realizadas por persona intermedia plantean todavía un último problema: la prohibición de comprar por persona

(44) Sobre el tema de la distinción entre ambas figuras, vid. PUGLIATTI *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Diritto Civile (Metodo - Teoria - Pratica)*, Milán, 1951, pág. 201 y sigs.

(45) La interposición, tanto real como ficticia, persigue conseguir una ocultación, pero no necesariamente un engaño. La finalidad buscada puede, por ello, ser lícita o ilícita, y la ilicitud tener signos muy diversos (fraude de la ley, de los acreedores, del fisco, etc.).

intermedia, ¿tiene el mismo alcance y el mismo ámbito que la prohibición de comprar por sí mismo? Para contestar a este interrogante convendrá examinar por separado cada una de las hipótesis:

a) Antes hemos dicho que la venta directa del mandante al mandatario es válida. ¿Qué decir del caso en que para comprar los bienes de su mandante (A) el mandatario (B) utiliza una persona interpuesta (C)? A mi juicio, en este caso la ocultación es ilícita, porque B infringe el elemental deber de lealtad hacia su mandante, cuya confianza defrauda. Si B tiene interés en comprar los bienes de A, la buena fe le impone una plena revelación de su propósito.

b) La ilicitud del mecanismo de interposición de persona es palmaria cuando se utiliza para eludir la prohibición de autocontratar: B, en nombre y con poder de A, vende las cosas de éste a C, que previamente está de acuerdo con B como fiduciario o mandatario suyo.

c) Si para eludir la prohibición de concurrir a la subasta de los bienes de su principal, B encarga a C que acuda a ella y los remate por su cuenta o para él, las consecuencias que deben seguirse son las mismas que se producirían en el caso de que B hubiera acudido personalmente a la subasta.

d) Si la venta en nombre de A la realiza su mandatario D, y B, también mandatario de A, interesado en adquirir los bienes, se oculta e interpone a C, la consecuencia debe ser la misma que si hubiera tratado con D directamente.

¿Cuáles deben ser las consecuencias de la utilización de persona intermedia? A mi juicio, tampoco aquí el conflicto reclama una nulidad radical y absoluta, sino una simple impugnabilidad. La caducidad del plazo de la acción debe comenzar desde el momento en que el impugnante hubiera tenido conocimiento de la causa de impugnación.

12. Para sintetizar los resultados del análisis del párrafo segundo del artículo 1.459 C. c. pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1.º La venta realizada directa y personalmente por el dueño de los bienes a un mandatario suyo no está comprendida en la prohibición.

2.º La compra que el mandatario realice por autocontratación sólo es válida si el mandante la ha autorizado o la ratifica posteriormente.

3.º El administrador de los bienes subastados y el mandatario encargado de su venta no pueden concurrir a la subasta de los bienes.

4.º El mandatario no puede comprar los bienes que pertenezcan a su mandante a través de otro mandatario de éste sin conocimiento de aquél.

5.º Para comprar los bienes de su mandante un mandatario no puede servirse nunca de una persona interpuesta.

¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?

(Notas sobre su naturaleza jurídica)

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. Naturaleza jurídica de la llamada responsabilidad objetiva en los supuestos derivados de relaciones extracontractuales.—III. Problemática de la naturaleza jurídica de dicha figura en los casos de relaciones obligacionales.—IV. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La responsabilidad civil es posiblemente una de las más interesantes figuras que actualmente nos ofrece el Derecho (1).

A ello han contribuido múltiples factores entre los que destacan los avances de la técnica moderna, que al crear nuevas máquinas e industrias, no sólo abren nuevos horizontes al desarrollo de la vida humana, sino que, en muchos casos, son causa de resultados lesivos o dañosos bien para la vida o integridad corporal de los individuos, bien para su patrimonio, resultados que si bien rompen en muchos casos los moldes clásicos de la culpabilidad, han seguido estructurándose dentro del ámbito de la responsabilidad civil.

¿A qué se debe ésto? ¿Es que son efectivamente supuestos de responsabilidad, o es que este concepto viene siendo manejado desde principios de siglo especialmente, con un criterio excesivamente extenso y, por lo tanto, impreciso e inexacto?

Cremos que acontece esto último, y por tanto, que muchos de los supuestos que hoy se incardinan dentro de la responsabilidad civil, no tienen de tal más que la denominación.

Lo que acontece es que los representantes de la que pudiéramos llamar tendencia clásica de la responsabilidad civil, han desvirtuado y desenfocado su concepto creando lo que bien podría denominarse

(1) La razón primordial de su interés, radica sin duda en la complejidad de su contenido, que afecta no sólo al Derecho privado, sino también al público.

Así, y por lo que al privado se refiere, la faceta del resarcimiento del daño y la aseguratoria, interesan tanto al Derecho civil como al mercantil. A su vez, constituye materia interesantísima, al menos desde el punto de vista del «ius civile», toda la riquísima problemática que plantea la etiología de la responsabilidad; tal acontece con la culpa, el dolo, el caso fortuito, la fuerza mayor, la imputabilidad, relación de causalidad, etc., conceptos todos ellos que juegan destacado papel en la construcción de la responsabilidad y son trascendentes en orden al estudio de sus causas productoras.

un «*patéismo de la responsabilidad*», al proyectar dentro de este concepto todo cuanto suponga un deber de resarcir o indemnizar, sea cual fuere la causa del evento dañoso y perjudicial o del incumplimiento (2).

A ello ha podido contribuir posiblemente, el hecho de que la responsabilidad en lugar de ser algo estático e inmutable constituya una figura jurídica dotada de un patente dinamismo y sujeta, en consecuencia, a un constante devenir a fin de adaptarse a las exigencias y necesidades de la vida social humana, lo que produce una complejidad de contenido y unas dificultades de calificación de hechos y actividades en orden a su reconducción a la responsabilidad o su erradicación de la misma, que han conducido a la situación que estamos criticando.

Más precisamente por que la responsabilidad civil supone dinamismo y variación, es por lo que debe procurarse un mayor rigor en la escogitación de sus causas productoras y de los eventos que la producen, debiendo seguirse, en nuestra opinión, para evitar errores, un criterio restrictivo en lo que a la incorporación de nuevos supuestos a la misma se refiere.

Sobre estas bases, y teniendo en cuenta como indicamos, que las exigencias de la vida social moderna han incorporado al mundo de relación una serie de adelantos técnicos e industriales susceptibles de producir grandes y graves perjuicios, creemos más que conveniente, necesario, llevar a cabo una revisión del concepto y la construcción clásicos de la responsabilidad civil (3), reestructurando

(2) Parece, efectivamente, como si a partir especialmente de primeros de siglo, no pudiera existir indemnización o resarcimiento fuera de la responsabilidad. Con ello, los partidarios de esta tendencia convierten dicha figura jurídica en un auténtico rey Midas que transforma en responsable a todo aquél que debe o viene obligado por cualquier causa a resarcir o indemnizar a otro, criterio éste que consideramos equivocado a fuer de excesivamente amplio e impreciso.

Vide sobre cuestiones de esta índole la interesante monografía de RONOTA (S.), *Il problema della responsabilità civile*. Milano, 1964, especialmente páginas 1 a 39.

En dicha obra, el autor, con ocasión de referirse a los problemas actuales de la responsabilidad, alude al empleo de dicho término, diciendo que es *«... oggetto di una specie di teologia del diritto, incapace di scorgere le reali peculiarità giuridiche»* (pág. 32), dando a entender que dicho concepto no se maneja debidamente y si más bien con un criterio de convencionalismo gramatical.

(3) Ejemplos de la influencia que la técnica y la industria moderna tienen en el campo de la responsabilidad, los tenemos en el hecho de que al lado de lo que pudiéramos llamar hoy casos clásicos de la misma, como son la responsabilidad surgida por los daños y perjuicios que causen la caída de los árboles, edificios, incumplimiento de contratos, etc., existen un cada vez mayor número de supuestos de responsabilidad originados precisamente por el empleo o utilización de esos nuevos inventos y esas nuevas industrias: tal acontece con la energía atómica, la electricidad, la circulación de vehículos de motor en general (transporte aéreo y terrestre), etc.

Ello ha originado una serie de problemas en extremo interesantes, ya que resulta imposible, incluso doctrinalmente, reconducir todas estas nuevas consecuencias a la idea de la responsabilidad, a menos de forzar, claro es, su verdadera esencia.

aquél a la vez que perfilando con la mayor nitidez posible su contenido y caracterización.

Con ello, se lograría no solamente la integración en esta figura de todos los nuevos supuestos que merecieran tal calificación, sino también la erradicación definitiva de aquellas otras manifestaciones que aún cuando actualmente sean consideradas como responsabilidad conforme al criterio clásico, constituyen figuras jurídicas distintas (4).

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS SUPUESTOS DERIVADOS DE RELACIONES JURÍDICAS EXTRACONTRACTUALES

Característica esencial de la llamada responsabilidad extracontractual es, a diferencia de la que deriva de las relaciones obligacionales, la *inexistencia de todo vínculo jurídico previo* entre el obligado a resarcir y el sujeto receptor de la indemnización.

El motivo desencadenante del deber indemnizatorio en esta categoría de relaciones, no es, por tanto, otro que un hecho o un acto del que deriva la producción de un resultado perjudicial para otras personas.

A la vista de lo que acabamos de indicar, podría describirse el mecanismo de la mal llamada responsabilidad objetiva a través del siguiente esquema:

Un acto del agente, o de un tercero que se encuentre bajo nuestra dependencia, o *un hecho* provocado por animal o cosa sometidos a la esfera dominical o vigilante de aquél.

Un resultado dañoso, consecuencia inmediata o mediata de dicha actividad o hecho.

Relación de causalidad, que poniendo en conexión el acto o hecho con el resultado, permite imputar la consecuencia al sujeto obligado a indemnizar (5), *pese a haber empleado toda la diligencia posible* (6).

La contemplación del precedente esquema pone de relieve las siguientes consecuencias:

(4) Como manifestación de esos nuevos supuestos que aún cuando actualmente vengán incluidos en el concepto de responsabilidad no tienen, en realidad, tal carácter, podemos citar a la mal denominada responsabilidad objetiva, cuya construcción necesita fluir por nuevos cauces.

(5) La imputación a que aquí nos referimos, se opera *ex lege* (deber objetivo de resarcir). Mas en las relaciones extracontractuales, lo mismo que en las obligacionales o contractuales, puede llevarse a cabo también por vía de culpa (dolo o culpa *stricto sensu*).

(6) Aun cuando nuestro Código civil se inspire en el principio subjetivista en materia de responsabilidad, y existan aún tratadistas que sigan tal criterio, lo cierto es que la generalidad de la doctrina científica patria ha admitido ya desde principios de siglo que la obligación de indemnizar en los supuestos contemplados por los artículos 1.902 y ss., puede imponerse en algunos casos por la simple causación de daño, y, por tanto, sin que intervenga acción u omisión voluntaria dolosa, ni siquiera culposa. (Ello acontece principalmente con el artículo 1.905.)

1.^a Que es suficiente la producción de un daño o lesión personal o patrimonial, sin que intervenga culpa de ningún género, para que entre en juego el mecanismo de la indemnización.

2.^a Que hasta el preciso momento en que el resultado lesivo se produce, ninguna relación jurídica existía o mediaba entre los sujetos a los que afecta el evento dañoso.

3.^a Que por tanto, es precisamente el efecto lesivo la fuente directa e inmediatamente originadora del deber indemnizatorio.

Parece pues evidente, que el resarcimiento derivado del acto dañoso en los supuestos de extracontractualidad, no tiene el carácter de *indemnización por vía de responsabilidad y sí obligacional*, en cuanto para que pudiera existir la responsabilidad sería requisito esencial que se incumpliera dolosa o culposamente una obligación y ésta no existe *a priori* en esta clase de relaciones.

Creemos, pues, que nos hallamos en presencia de una *deuda indemnizatoria, obligación de indemnizar*, o como quiera llamársela, siempre que tal denominación lleve en sí la idea de que se trata de un vínculo de carácter obligacional, nacido directa e inmediatamente de un resultado dañoso o perjudicial.

No acabamos por tanto de comprender cómo puede hablarse de responsabilidad en los supuestos de daños o perjuicios derivados de relaciones extracontractuales, y no lo comprendemos, tanto si el resultado lesivo se produce dolosa o culposamente, como si es originado sin voluntariedad ni negligencia alguna.

Podrá hablarse sí, de que el evento dañoso origina una *obligatio* representada por el deber de resarcir o indemnizar que la Ley impone en ciertos casos, mas ello no implica responsabilidad, siendo éste, sin duda, uno de los supuestos en que más claramente se pone de relieve la existencia de ese *panteísmo de la responsabilidad* de que hemos hablado anteriormente (7).

Las razones en que nos apoyamos para negar que en estos supuestos exista responsabilidad, son de una rotundidad abrumadora.

Vaya en primer lugar por delante, el hecho de que el Código civil en su artículo 1.089, determina con claridad meridiana que las obligaciones nacen «de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», precepto que debe entenderse en relación con el artículo 1.093 que determina el lugar en que se regulan las obligaciones derivadas de culpa o negligencia, que no es otro que el Capítulo II del Título XVI del Libro IV de dicho Cuerpo legal, artículos 1.092 a 1.910.

Pues bien, dicho Capítulo II tiene como epígrafe *De las obliga-*

(7) Estimamos que, además de ese *panteísmo*, existe una especie de conformismo o convencionalismo gramatical en lo que a la denominación de responsabilidad se refiere, al punto de que en muchas ocasiones y posiblemente por no preocuparse de ahondar en su naturaleza o para evitar las molestias de una investigación detallada, se aplica tal denominación aún a sabiendas que no es exacta, que es precisamente lo que acontece con la llamada responsabilidad objetiva, como nos estamos preocupando de demostrar.

ciones que nacen de culpa o negligencia, lo que pone de relieve claramente que para el legislador patrio de los resultados dañosos producidos por cualquiera de los motivos recogidos en los preceptos de dicho Capítulo, no nacen responsabilidades y sí *verdaderas y auténticas obligaciones*.

Téngase además en cuenta, que desde el momento en que tanto un considerable sector de la doctrina científica como jurisprudencial aceptan que alguna de las figuras reguladas en dichos artículos constituyen supuestos de la mal llamada responsabilidad objetiva o sin culpa, ello implica que de las conductas lícitas y no culposas productoras de daños, *surgen también obligaciones y no responsabilidades*.

Pero es que además, no sólo es el criterio legal el que autoriza la construcción de estas indemnizaciones o resarcimientos como auténticas obligaciones, sino también la propia doctrina científica, no faltando autores que al contemplar los supuestos de indemnizaciones o resarcimientos derivados de relaciones *extracontractuales*, estiman se trata de obligaciones (8).

Terminamos, pues, este epígrafe, sentando la afirmación de que para nosotros la llamada generalmente «responsabilidad extracon-

(8) Tal acontece, por ejemplo, con GUTIJARRO CONTRERAS, en *Responsabilidad civil automovilística*, A. D. C., t. XVI, fasc. III, 1963, pág. 659 principalmente, donde plantea en términos generales y para su aplicación tanto a las relaciones extracontractuales como obligacionales, la idea de prescindir del concepto de responsabilidad civil, sustituyéndolo por el de *obligación de indemnizar*, considerando que con ello se facilitarían muchos problemas que actualmente tiene planteados esta institución de la responsabilidad.

Esta idea se encuentra ya en una conferencia pronunciada por el profesor HERNÁNDEZ GIL, en el *Curso sobre problemas jurídicos de la circulación de vehículos de motor* y publicada en la «Rv. Pretor», año XIII, núm. 19, 1964, con título de *La responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en cuya página 90 plantea el problema de si la responsabilidad objetiva es en la esfera civil una *nueva fuente de obligación de indemnizar* «que se suma a la derivada de culpa a tenor de los preceptos legales del Código civil o, por el contrario, la responsabilidad objetiva reemplaza a la procedente de culpa».

El autor se inclina por la segunda posición a diferencia de lo que hacemos nosotros, en cuanto estimamos que el hecho generador de lo que hoy llamamos responsabilidad objetiva lo que hace, en realidad, es crear una obligación, la de indemnizar al perjudicado.

El mismo criterio puede verse en orden a este extremo en PUIG BRUAT, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, *Derecho general de las Obligaciones*, Barcelona, 1959, pág. 433, respecto de las relaciones extracontractuales; en MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, París, 1938, números 94 y 95, págs. 292 y ss.; en PARES DA SILVA, *Obrigaçao de indemnizaçao*, en «Boletín Min. Just.», núm. 84, marzo, 1958, págs. 5 y ss., etc.

A su vez, y en relación con lo indicado en el texto, hemos de agregar que las obligaciones a que venimos aludiendo pueden producirse tanto por acto culposo u omisivo como perfectamente diligente, supuesto este último en el que nos hallaremos a presencia de *obligaciones legales*.

Por último, hemos de indicar que también la jurisprudencia emplea el concepto *obligación* para designar las consecuencias de los actos u omisiones en que inter venga cualquier género de culpa o negligencia extracontractual (artículos 1.902 a 1.910 C. c.); tal acontece, entre otras, con las SS. T. S. de 26-VI-1909, 9-I-1931, 22-X-1932, 24-III-1952, 23-XII-1952, etc.

tractual» es una denominación legal y técnicamente inexacta e incorrecta, en cuanto jurídicamente hablando constituye una verdadera *obligación indemnizatoria legal*, en la que el «débito» se encuentra constituido precisamente por ese resarcimiento o indemnización que a título de prestación viene impuesta al deudor, y la «responsabilidad», por las consecuencias que a éste se le seguirán caso de no satisfacer o cumplir dicha prestación.

II. PROBLEMÁTICA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE DICHA FIGURA EN LOS CASOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE RELACIONES CONTRACTUALES

La determinación de la naturaleza jurídica del objetivo deber de indemnizar en los supuestos de relaciones crediticias o contractuales, ofrece, en nuestro modo de ver, muchas dificultades, a diferencia de lo que acontece en los casos de extracontractualidad.

Ello es lógica consecuencia de la diferente estructura de uno y otro género de relaciones; y así, mientras en las extracontractuales la obligación surge *ex novo*, directa e inmediatamente del resultado dañoso o perjudicial, constituyendo al sujeto pasivo en el deber de indemnizar o resarcir el daño causado, en las relaciones crediticias y contractuales la obligación ya existía, imponiendo al deudor el deber de cumplir el contenido de la prestación convenida.

La diferencia, pues, en términos generales entre ambas categorías de relaciones jurídicas es esencial a los efectos aquí perseguidos, pudiendo estructurarse así:

<p><i>Relaciones extracontractuales en general:</i></p> <p>Resultado lesivo o dañoso.</p> <p style="text-align: center;">↑↓</p> <p>Obligación de indemnizar o resarcir.</p>	<p><i>Relaciones obligacionales en general:</i></p> <p>Incumplimiento del débito (daño o perjuicio).</p> <p style="text-align: center;">↑↓</p> <p>Responsabilidad.</p>
---	--

Ante esta situación tan distinta —a primera vista al menos— entre ambos géneros de relaciones jurídicas y supuesto que en las extracontractuales el deber de indemnizar ha sido calificado por nosotros de auténtica *obligación legal*, cabe preguntarse cuál podrá ser la naturaleza jurídica del resarcimiento en los supuestos de incumplimiento objetivo de una obligación.

Adelantaremos nuestra opinión, diciendo que para nosotros constituye una auténtica «obligación» de contenido indemnizatorio, que se constituye por ministerio de la Ley para sustituir a una preexistente relación crediticia o contractual, cuyo cumplimiento

deviene imposible por causas totalmente ajenas a la voluntad del deudor.

Y hecho esto, vamos a exponer las consideraciones que nos han conducido a establecer la afirmación precedente.

Si la esencia de la obligación es el cumplimiento de la prestación convenida, parece evidente, como dice un autor patrio, que incumplir aquélla convertiría la *obligatio* en letra muerta, dado que no serviría a los fines humanos de solidaridad y cooperación para los que fue creada.

Es lógico, por tanto, que ante la posibilidad del incumplimiento de la obligación, el Derecho arbitre los medios encaminados tanto a garantizar la realización de la prestación convenida, como a compensar al acreedor de los daños y perjuicios que el definitivo incumplir o el retrasado cumplimiento puedan originarle.

Mas, no obstante dichas medidas y garantías, lo cierto es que las prestaciones no siempre se cumplen, incumplimiento que hace entrar en juego la relación de responsabilidad que toda obligación lleva consigo.

El problema radica a los efectos aquí perseguidos, en determinar si el no cumplimiento del débito es o no siempre motivo de responsabilidad.

La regla general en lo que a ello respecta, es la de que la responsabilidad y subsiguiente reparación o indemnización de daños y perjuicios se manifiesta únicamente en los supuestos de incumplimiento voluntario. Tal es al menos el criterio seguido por la generalidad de la doctrina científica, tanto española como extranjera (9),

(9) Vid., con referencia a este punto, ALBADMARJO, *Instituciones...*, Parte General y D. de obligaciones, Studia Albornoiana, Bolonia, 1961, núm. 53, pág. 584; ALMASI, *L'acte illicite dans le droit privé*, pág. 69, donde considera que «la reparación es un reflejo del acto ilícito...» (Cit. por MARTON, en *Les fondaments...*, pág. 343, nota 1). También CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...*, t. III, 9.ª edic., tema LXX, pág. 170, IV, cuando con ocasión de referirse al resarcimiento de daños y perjuicios, artículo 1.101 del C. c., dice: «El incumplimiento de la obligación imputable al deudor, se traduce en el cumplimiento forzoso, que, a veces, puede cumplirse en forma específica»; y ENNECERUS, *Tratado...*, t. II, vol. I, § 43, págs. 222-223, respecto de la responsabilidad, bien que en § 10, pág. 63, la extiende a los supuestos de inculpabilidad; y PÉREZ PEÑA, *Derecho...*, t. IV, vol. I, págs. 197-198, donde habla del incumplimiento como «situación, y págs. 279-280, al estimar que la responsabilidad nace de la conducta culpable y antijurídica del deudor; y GORGI, *Teoría de las obligaciones*, especialmente en vol. V, 1929, págs. 230 y ss., en cuanto para él no parece existir más incumplimiento que el culposo; y KRUCKMAN, citado por GANGI, en *Scritti giuridici vari*, vol. I, págs. 93 y ss., núm. 20, dado que sólo distingue dos clases de responsabilidad: 1.ª La dirigida al cumplimiento de una prestación; y 2.ª La dirigida al resarcimiento del daño por falta, inexactitud o retardo, en ninguna de cuyas dos categorías o manifestaciones se encuentra la del incumplimiento objetivo que estamos contemplando; y el propio GANGI, en *Obra citada*, especialmente núm. 19, págs. 184 y 185; así como CHIRONI, *La colpa nel diritto contrattuale odierno, Colpa contrattuale*, Torino, 1897, en cuanto no admite más que la idea de la responsabilidad derivada de culpa.

Vid. asimismo DEMOGUE, *Traité...*, t. III, París, 1923, núm. 222 bis, página 362; y ESPÍN CÁSNOVAS, *Manual...*, vol. III, Madrid, 1961, pág. 261; y LARENZ,

sin duda como consecuencia del criterio seguido por el Derecho positivo de los distintos países que, o se inspiraba directamente en el principio de la culpa o no tenía una clara idea de la mal llamada responsabilidad objetiva (10), habiendo sido preciso el esfuerzo conjunto de la doctrina científica y jurisprudencial, para o bien abrir una brecha en la interpretación de ciertos preceptos (11), o dar lugar a la promulgación de leyes especiales en las que se recogen y regulan expresamente concretos supuestos de este nuevo género de indemnización o resarcimiento (12).

Consecuencia de ello ha sido, que la doctrina científica al construir la teoría de la responsabilidad lo haya hecho sobre la base

Derecho de obligaciones, t. I, 1958, págs. 15, 279 y 280, en cuanto para él: «La responsabilidad personal del hombre halla su más visible expresión en el Derecho penal. Para el Derecho civil es normalmente la base de una obligación de indemnización de daños y frecuentemente también de otros perjuicios jurídicos», bien que admita como excepción la fórmula objetiva (págs. 281 y ss., t. I principalmente); FUG PEÑA, *Ob. cit.*, t. I, vol. II, 1959, pág. 418; VALVERDE, *Derecho...*, 4.^a edic., Valladolid, 1937, t. III, págs. 112 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones...* traduc. de la 4.^a edic., por SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJERO, t. I, Madrid, 1929, págs. 119-120; BONNICASE, *Elementos...*, t. II, México, 1945, número 403, pág. 403, etc.

(10) Así, ni en los Códigos inspirados en el modelo francés ni en el propio B. G. B., se regula, al menos clara y directamente otra responsabilidad que la culposa, bien que la doctrina científica y la jurisprudencial, hayan extraído otras consecuencias. Tampoco podemos considerar verdadera excepción al suizo, pese a las afirmaciones de algún autor, en cuanto los supuestos de responsabilidad por caso fortuito en él contenidos (arts. 103, 306, 420-3.º, 447, 448, 487, etcétera) no ofrecen diferencia con los regulados en los artículos 1.601 a 1.603, 1.744-1.745, 1.783-1.784, etc., de nuestro C. c., que mantiene un criterio subjetivista, pese a que la doctrina estime que se trata de supuestos de responsabilidad objetiva.

Posiblemente, los únicos Códigos civiles que regulan concreta y específicamente este género de responsabilidad sean los modernísimos de Etiopía (L. IV, Tít. XIII, Secc. II, arts. 2.066 a 2.089) e Italia (art. 2.054), bien que este último refiera tal figura a un aspecto de las relaciones humanas que no suelen comprenderse en los Códigos civiles, como es precisamente la circulación de vehículos de motor. (También el C. c. etíope regula estas relaciones en el artículo 2.081).

(11) La prioridad en la construcción moderna de la mal llamada responsabilidad objetiva, corresponde a SALEILLES y JOSSEMAN en Francia (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, París, 1897, y *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, París, 1897, respectivamente), y a BINDING en Alemania (*Die Normen*, II, 1904).

Por lo que a España se refiere, son muchos los juristas clásicos que, o no tocan la cuestión (tal acontece, por ejemplo, con SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho...* cit., t. IV, Madrid, 1899, al estudiar los artículos 1.902 y ss. del C. c., y con BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, Valladolid, 1900, t. III), o siguen manteniendo el criterio subjetivo (ORRERO VALENTÍN (J.), *Tratado elemental del Derecho de Obligaciones según el Libro IV del Código civil español*, Valladolid, 1893; y CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, t. II), o reducen la obligación objetiva al artículo 1.905 del C. c. (MAXRESA, *Comentarios...*, t. XII, Madrid, 1907).

(12) Tal acontece, por ejemplo, con la Ley de 7-VI-1871 sobre ferrocarriles en Alemania, y más modernamente, con las que regulan la circulación de vehículos de motor y transporte aéreo en los distintos países, que recogen las nuevas orientaciones en materia de resarcimiento objetivo.

de la conducta ilícita o antijurídica del deudor, estableciendo para el incumplimiento voluntario la sanción del resarcimiento o indemnización, y de aquí, que la generalidad de los juristas al contemplar la teoría del incumplimiento, o estimen en términos generales que el no imputable no origina responsabilidad alguna salvo que la Ley lo establezca expresamente (13), o consideren dicho incumplir involuntario como un supuesto de extinción de la obligación (14).

Téngase en cuenta además, que si bien la responsabilidad en su

(13) Vid., en general, los autores indicados en nota 9, relación que completamos con las siguientes citas: CASTÁN TOBEÑAS, *Ob. cit.*, en dicha nota, mismo tomo, pág. 148; PUIG BRUTAU, *id.*, *id.*, pág. 433; BONVICINI, *Il danno a persona (Il danno risarcibile e il suo accertamento)*, Milano, 1958, § 24, pág. 45, parece seguir, al menos argumentalmente, el mismo criterio, cuando dice que: «El incumplimiento, representando una culpa o un ilícito contractual, constituye, por tanto, la causa de la obligación derivada (resarcimiento)».

A su vez, BONASI BENUCCI, en *La responsabilidad civil*, Barcelona, 1958, págs. 9 y ss., núm. 2, parece remitir la responsabilidad a la culpa, aún cuando haya (dice) quien lo ponga en duda, criterio que en cierto modo concuerda con el de CARNELUTTI, en *Teoría general...* Madrid, 1955, dado que para él la responsabilidad es la sujeción a una sanción (págs. 217-218), y como la sanción correspondiente a los supuestos de incumplimiento, es la que el autor llama *sanción represiva* (pág. 46) y ésta viene referida en cualquiera de sus manifestaciones (restitución directa, resarcimiento del daño y reparación) a la realización de un acto ilícito (pág. 46), ello supone evidentemente que el incumplir es voluntario.

A su vez, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, t. I, pág. 168, otorgan al incumplimiento de las obligaciones carácter de voluntariedad, y lo mismo acontece con SALVAT (R.), en *Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. I, 6.ª edic., Buenos Aires, 1952, núm. 79, pág. 93, en cuanto estima que «si el incumplimiento no es imputable, como cuando acontece por caso fortuito o de fuerza mayor, la condena a satisfacer daños y perjuicios no tendría fundamento, por que el deudor está relevado de toda responsabilidad»; y con BONNECASE, *Elementos...*, *cit.*, t. II, núm. 471, pág. 409, en relación principalmente con núm. 475, pág. 411, donde afirma tajantemente que el incumplimiento «... debe ser resultado de una culpa del deudor»; etc.

(14) Así se manifiestan, entre otros, FERRINI (C.), *Manuale di Pandette*, Milano, 1900, núm. 444, pág. 572; WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. de Padda e Bensa, vol. II, Torino, 1925, § 204, pág. 62, al menos argumentalmente, en cuanto nos dice que «... la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación, libera al deudor». También ESPÍN CÁNOVAS, *Ob. cit.*, vol. III, pág. 261; GIORGI, *Ob. cit.*, t. II, 1928, pág. 29; IARENZ, *Ob. cit.*, t. I, páginas 279-280, y § 19, salvo casos excepcionales (responsabilidad objetiva); ENNECERUS, *Ob. cit.*, t. II, vol. I, § 223, donde nos dice que por razones de conexión, al tratar del incumplimiento imputable tratará también del no imputable, bien que por razón de liberar al deudor, *en rigor debiera tratarse en la extinción de las obligaciones*; DEMOGUE, *Traité...*, t. III, 1923, núm. 262, pág. 441; VALVERDE, *Ob. cit.*, t. III, pág. 94; ALBADALEJO, *Instituciones...*, *cit.*, núm. 35, pág. 564, nota 1; CASTÁN TOBEÑAS, *Ob. cit.*, t. III, pág. 393, cuando el capítulo relativo a la extinción de las obligaciones, al contemplar la «pérdida de la cosa debida o la imposibilidad de la prestación», nos dice lo siguiente: «La obligación se extingue cuando el deudor no puede cumplirla en virtud de una causa que no le es imputable», así como en pág. 169, con ocasión de estudiar la prueba del caso fortuito considera que dicha prueba «... corresponde al deudor, pues al alegarse aquél se alega la extinción de la obligación»; PUIG PEÑA, *Ob. cit.*, t. IV, vol. I, pág. 252; RUGGIERO, *Ob. cit.*, t. II, vol. I, págs. 122-123 y 134-135, al tratar del caso fortuito; etc.

más abstracta significación es un concepto amplísimo y un tanto anfibológico, en una más lata bien que igualmente generalizada acepción viene considerada como una especie de sanción provocada por el incumplimiento voluntario del débito obligacional (15), concepción ésta que en nuestro modo de ver tiene perfecto encaje en los más estrictos moldes de la lógica jurídica.

En efecto, el Derecho es una forma de vida social, una ordenación normativa de la vida humana, que a través del establecimiento de un orden de conductas y relaciones persigue la consecución del bien común. Para el mantenimiento de dicho orden, ha de proceder a la valoración de aquellas conductas que lo ataquen o favorezcan, estableciendo un sistema de sanciones y premios. Tal valoración, por ir referida a conductas de seres inteligentes y libres, ha de tener en cuenta necesariamente el factor voluntad.

Pues bien, si aplicamos esto a la teoría del incumplimiento de las obligaciones, nos encontramos con que en la valoración de ese incumplir habrá de tenerse necesariamente en cuenta el factor voluntad a fin de que pueda o no entrar en juego la llamada responsabilidad y su lógica consecuencia, la sanción, y esto es precisamente lo que hace el Derecho positivo como regla general.

En consecuencia, y habida cuenta lo hasta ahora indicado, estimamos que la teoría del incumplimiento y sus efectos podría esquematizarse así:

Incumplir voluntario (doloso o culposo) = A *responsabilidad*.
Incumplir involuntario = A *extinción de la obligación*.

Mas la vida moderna con su complejidad, ha motivado la aparición de una serie de actividades cuyo desenvolvimiento exige el empleo de unos medios que a la vez que procuran un mayor beneficio a la comunidad, son generosa fuente de riesgos y perjuicios para ella.

(15) Así, por ejemplo, se manifiestan ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, en *Ob. cit.*, t. I, págs. 160 y ss.; RUGGIERO-MAROI, *Ob. cit.*, t. II, vol. I, en cuanto hablan de responsabilidad únicamente con relación a la prestación no cumplida.

Vide también GANGI, *Il debito e la responsabilità*, en «*Scritti giuridici*» cit., vol. I, núm. 19, págs. 184 y 322, así como el propio CARNELETTI, en *Teoría general...*, cit., págs. 217-218, donde, como indicábamos en nota 13, considera la responsabilidad como sujeción a la sanción, y CARBONIER, *Droit civil*, t. II, París, 1957, núm. 85, pág. 287, cuando al tratar de la naturaleza de las obligaciones y referirse al deber estricto que en aquellas, además del deber existe lo que él denomina *sanction étatique*, que viene a ser la consecuencia de su incumplimiento voluntario.

A su vez, entre los filósofos del Derecho hay quien se preocupa de este tema, tal acontece, por ejemplo, con LUISO PENA, *Derecho natural*, Barcelona, 1961, pág. 144, donde liga la idea de la responsabilidad con la de voluntariedad; y con COSENTINI, *Filosofía del Diritto*, Torino-Roma-Milano-Napoli-Palermo, 1914, págs. 37 y 83, donde considera la responsabilidad como sanción de acciones ilícitas y voluntarias, lo mismo que acontece con ARAMBURU, *Filosofía del Derecho*, Nueva-York, t. I, 1924, págs. 506 a 517 y especialmente 509-510; y ROGUIN, *La science juridique pure*, t. II, 1889, núms. 572 y ss., págs. 216 y ss., muy especialmente en pág. 222 y, argumentalmente, en núm. 604 bis, págs. 258 y ss.

Consecuencia de dicho estado de cosas ha sido el gran auge que en los últimos tiempos ha alcanzado la mal llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, que obliga a resarcir los daños causados sin culpa de ninguna clase, a quien directa e inmediatamente se beneficia con el uso y disfrute de aquellos medios peligrosos.

Pues bien, cuando por motivo de emplear alguno de esos medios, o por causas completamente ajenas a la voluntad del deudor, y en ambos supuestos sin dolo ni culpa del mismo, se produce el incumplimiento de una obligación, ¿por qué se le va a medir con el mismo nivel que al incumplidor voluntario?

Hacerlo así, infringe, en nuestra opinión, en primer lugar los principios de la justicia conmutativa y distributiva, y, además, no se acomoda a los más elementales postulados jurídicos, en cuanto no puede tener la misma naturaleza ni tratamiento el incumplimiento buscado y querido, que el no imputable (subjétivamente al menos) al deudor.

Uemos visto a través de lo hasta ahora dicho, que la esencia del incumplimiento propiamente dicho es la voluntariedad. Pues bien, confirmando esta aseveración, nos atrevemos a dar un paso más afirmando que *en nuestra opinión no hay más que un verdadero y auténtico incumplir obligacional: el voluntario, sea imputable a dolo o culpa.*

De aquí, que para nosotros, el caso fortuito y la fuerza mayor en cuanto aconteceres ajenos a la voluntad humana, no puedan o no deban ser considerados como causas originadoras de incumplimiento y sí como productoras *per se* y de regla, de la extinción de las obligaciones.

La Ley, sin embargo, como ya hemos apuntado, establece en ocasiones alguna excepción a este principio general, excepciones que en nuestro modo de ver *no pueden convertir ese objetivo y mal denominado incumplir en una responsabilidad, dado que ello implicaría formular un reproche a quien nada reprochable hizo en cuanto acomodó su conducta al mandato legal.*

La motivación de tales excepciones radica, en términos generales, en consideraciones de política jurídico-social que imponen la necesidad de obligar a resarcir los daños y perjuicios originados por incumplimiento involuntario (16).

(16) La fundamentación de dicho objetivo deber de indemnizar suele situarse: en el soporte del riesgo por parte de quien obtiene beneficios de la utilización de los medios peligrosos autorizados por la Ley; en la necesidad de permitir dichas actividades que, si bien peligrosas, son necesarias para la comunidad, etc.

Para un estudio de las diferentes teorías justificatorias de ese deber pueden verse SÜSS (TH.), *La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán*, Rv. D. Priv., t. XXVII, 1943, especialmente págs. 55 y ss.; ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin, 1941; RUTSAERT (J.), *Le fondement de la responsabilité civile contractuelle. Etude de doctrine et de jurisprudence contemporaines*, Bruxelles-Paris, 1930; DE MIGUEL GARCÍA-LÓPEZ, *La responsabilidad sin culpa*, Barcelona, 1931, etc.; sin olvidar el estudio de las razones de orden social y público de la teoría del

Teniendo pues en cuenta estas bases, ¿cómo construir jurídicamente las indemnizaciones y resarcimientos que en estos casos manda satisfacer la Ley? Ya lo decíamos al comenzar este epígrafe; como verdaderas y auténticas obligaciones, bien que no convencionales sino legales.

El porqué de esta solución lo acabamos de expresar: es la Ley la que en tales supuestos *impone al deudor el deber de indemnizar, a título de obligación y no de sanción, por el incumplimiento de la prestación convenida y no realizada por causas ajenas a su voluntad.*

Posiblemente, la construcción del *resarcimiento-obligación* (o de la *obligación-indemnización*), pueda parecer a alguien, en principio al menos, un tanto extraña, original y discutible. Mas no creemos que acontezca lo mismo después de exponer las razones que nos han conducido a ella, toda vez que si bien en la forma que nosotros formulamos dicha construcción no la hemos encontrado en ninguno de los autores consultados, no es menos cierto que la idea de considerar a esta mal llamada responsabilidad como una obligación, se encuentra más o menos claramente apuntada en algún sector de la doctrina civilística moderna, siendo bastantes los juristas que no se resisten a emplear el término obligación para designar este deber indemnizatorio (17).

riesgo que además de los citados realizan, entre otros, SALMILES, *Essai d'une theorie generale de l'obligation*, París, 1901, pág. 376; y *Le risque professionnel dans le Code civil, reforme social*, París, 1898, t. I, págs. 634 a 667, principalmente; HOLMES (O. W.), *Delle forme primitive delle responsabilità*, en «Arch. giuridico», vol. XLII, Pisa, 1889, págs. 80-81; SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, pág. 124, etc.

(17) Entre los que hacen uso de dicho concepto citaremos a LARENZ, en *Ob. cit.*, t. I, págs. 15 y 280. Así, en la primera de ellas, después de sentar la afirmación de que de los daños y perjuicios imputables surge una relación de obligación, y de que el responsable del daño *venga legalmente obligado a indemnizar*, dice así: «Más también puede derivar la obligación en que el obligado haya de responder, a virtud de la Ley, de los riesgos usualmente conectados...». A su vez, en pág. 280 nos dice también que «Para el Derecho civil es normalmente la base de una obligación de indemnización de daños y frecuentemente de otros perjuicios jurídicos». También PAES DA SILVA, en *Obrigaçao de indemnizaçao*, en «Bol. Min. J.», núm. 84, marzo 1958, págs. 5 y ss., trabajo éste en que ya el título es suficientemente significativo, bien que además a lo largo del mismo hable siempre de *obligación de indemnizar*, que para el autor no es, en realidad, otra cosa que una categoría o especie de *obligatio*, cuya especialidad radica en la específica prestación que constituye su contenido; y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Comentarios a la obra de Enneccerus*, t. II, vol. I, § 43, pág. 220, así como SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXX, redactado por MARÍN PÉREZ y ALVAREZ DE MIRANDA TORRES, Madrid, 1961, págs. 249 *in fine*-250.

A su vez, von THÜR, en *Partie generale du Code federal des Obligations*, vol. II, Lausanne, 1931, si bien en el índice de la obra, al tratar de la responsabilidad objetiva (núm. VII, págs. 518 y ss.) emplea la denominación de *responsabilidad legal*, en vol. I, 1929, págs. 360-364, con ocasión de referirse a la «responsabilidad derivada del riesgo creado», emplea el término *obligación de reparar*. Igualmente PACCHIONI, *Tratatto delle obbligazioni. Introduzione*, Torino, 1927, págs. 1 y ss., donde a la responsabilidad la llama también *obligatio* en sentido estricto; y MARTON, *Ob. cit.*, núms. 94 y 95, págs. 202 y ss., en

Mas no es solamente la doctrina científica quien apunta y recoge la idea de la obligación legal de resarcir en los casos de incumplimiento no culpable de la prestación, sino también el Derecho positivo, que al emplear con gran frecuencia los términos *está obligado al resarcimiento, obligado a reparar...*, *obligación de indemnizar*, etc., nos muestra cómo el mismo legislador parece admitir la posibilidad de este género de obligaciones, proporcionándonos las bases para construir y apoyar nuestra tesis (18).

cuanto distingue entre *la obligación de reparar un daño que nace como obligación autónoma primaria*, «la obligación extracontractual de una negotiorum gestio, o de una comunidad de intereses incidentales proveniente de un daño o perjuicio común y del enriquecimiento sin causa», y «la obligación de reparar aplicada como sanción de otras obligaciones».

Por su parte, CASTÁN TORRES, en *Ob. cit.*, t. III, 9.^a edic., pág. 53, habla de un *deber de indemnizar* y de las llamadas *deudas indemnizatorias*, entre las que incluye aquéllas que derivan de algún acto que a pesar de no ser culpable, determina por razones especiales tenidas en cuenta por la Ley un *deber de indemnizar* (responsabilidad objetiva) (art. 1.905 C. c. y S. 19-X-1909) y HERNÁNDEZ GIL, en *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 90, alude precisamente al problema de la denominada responsabilidad objetiva, como posible fuente de una *obligación de indemnizar*, al igual que acontece con BOVICINI, *Il danno a persona (Il danno risarcibile e il suo accertamento)*. Milano, 1958, donde nos habla de la *obligación de resarcimiento*, a la que califica de secundaria (pág. 45); y con RUIZ GALLARDÓN, *Derecho civil. Obligaciones*. Madrid, 1957, págs. 276-2, que alude a la transformación de una obligación incumplida, en *deuda indemnizatoria*; y RODERA, *Il problema della responsabilità civile*. Milano, 1964, pág. 47, nota 15, que nos habla del incumplimiento de la *obligación de resarcimiento*; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*. Milano, 1964, págs. 156, 244 y 251 d), donde emplea los términos *obligación de resarcimiento «del daño», obligación de resarcir el daño*, y nos dice que la *obligación de resarcimiento del daño constituye el caso principal de las obligaciones de resultado*; y GUIJARRO CONTRERAS, cit. en nota 8, que propugna la sustitución del concepto «responsabilidad» por el de *obligación de indemnizar*.

También podemos citar aquí a los pandectistas, que emplean con frecuencia el término *obligación al resarcimiento*, u *obligación de resarcir*, tal acontece, por ejemplo, con WINDSCHEID, en *Il diritto delle...*, cit., vol. II, § 257, págs. 36 *in fine*-37, 41, nota 15, y sobre todo en vol. I, págs. 343 *in fine*-344, donde al referirse, no ya al daño objetivamente causado, sino al culpable, nos dice: «La consecuencia en Derecho privado de la transgresión de la prohibición del Derecho, consiste, o en el nacimiento a favor del lesionado de un *Derecho de obligación*, tendente a una pena o resarcimiento, o en la pérdida para el reo de un derecho o de una posición jurídica; y con ARNDTS, *Tratatto...*, cit., vol. II, § 206, págs. 23 y ss. y § 243, pág. 217.

Por último, citaremos también a DEL VECCHIO, filósofo del Derecho, que en su obra *La Justicia*, Buenos Aires, 1952, pág. 222, nos dice lo siguiente: «Cuando una acción irroga injusto daño a otro, la *obligación del resarcimiento* (civil) surge *ipso facto* para el actor de aquella, aunque no haya tenido intención de dañar, pues sería injusto en cualquier caso, que el daño fuere soportado por otro antes que por él».

(18) Como manifestaciones de este criterio legal, podemos citar los siguientes Códigos civiles:

ARGENTINO: artículos 1.109 y 1.113, similares a los 1.902 y 1.903 del Código civil español, y en los que se emplean las frases «*está obligado a reparar*» y «*La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren...*».

MEXICANO: arts. 1.910 y ss., que tienen como epígrafe *De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos*, empleándose en el artículo 1.910 la frase «... *está obligado a reparar*»; en el 1.912, «... *obligación de indemnizarlo...*», y el 1.913,

A la vista de lo que acabamos de exponer, no creemos pueda tacharse de fantástica o descabellada la posición por nosotros mantenida. Ciertamente que la denominación de responsabilidad es la que

«... *obligada a reparar el daño...*». Por el contrario, en el Tit. IV, al tratar del *incumplimiento querido* de las obligaciones (dolo, culpa, etc.), hace uso siempre del término «responsabilidad».

VENEZOLANO: que nos habla de la *obligación de reparar* los daños causados por culpa o negligencia (arts. 1.185 y 1.190); de que el deudor *no está obligado a pagar los daños o perjuicios causados por consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor* (art. 1.272).

ALEMÁN (B. G. B.): respecto de los daños culpables o dolosos, establece que quien los causa «... *está obligado* para con ella (el perjudicado) *a la indemnización del daño causado* por estos (art. 823-I); que «*La misma obligación incumbe a aquél que infringe una Ley destinada a la protección de otro...*» (art. 823-II).

A su vez, en el mismo Libro II, al regular el «Derecho de las relaciones obligatorias», emplea el término *obligación*, en conexión con el de *indemnizar* en diversos supuestos: tal sucede, por ejemplo, con el artículo 249, a tenor del cual, «*Quien está obligado a la indemnización de daños...*», y el 250, que dice: «*El acreedor puede señalar un plazo adecuado al obligado a la indemnización...*», o el 251-II, que habla del *obligado a la indemnización...*, y los 256, 257, etc., que emplean el término «responsabilidad», refiriéndola generalmente a los casos de dolo y culpa, etc.

ETIÓPE: Se refiere a la *obligación de indemnizar* en el artículo 1.703 y a la *obligación de reparar* en el 2.089 (2), bien que en otras ocasiones y respecto de las mismas cuestiones haga uso del término «responsabilidad».

ITALIANO: este Código utiliza en diversas ocasiones el término *obligación* en lugar del de «responsabilidad», refiriéndolo al resarcimiento o indemnización. Tal acontece, por ejemplo, con el artículo 1.218, primero de los contenidos en el Cap. III, Lib. IV, cuyo epígrafe es el de «Responsabilidad del deudor», pese a lo cual establece que en el caso de incumplimiento, aquél *está obligado al resarcimiento del daño*, e igual acontece con el artículo 2.043, primero del Título que regula los actos lícitos, en el que se emplea el término *obligación de resarcir los daños*, y con el 2.050, que habla de *obligación de resarcimiento*, y el 2.054-I, según el cual el conductor de un vehículo *está obligado a resarcir el daño causado*, bien que en sus párrafos III y IV haga uso del término «responsabilidad».

En lo que a nuestra patria se refiere, tenemos para los daños y perjuicios voluntaria o negligentemente causados el artículo 1.902, que aun cuando referido a las relaciones extracontractuales, es también de aplicación a las negociales. Según él, quien por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, *está obligado a reparar el daño causado*. Lo mismo acontece con el 1.903-I, bien que en éste, al igual que en los restantes del mismo Capítulo y Sección, se haga uso también del término «responsabilidad». A su vez, el artículo 1.122-2.ª, relativo a las obligaciones condicionales, se emplea la frase *queda obligado al resarcimiento*, pese a referirse a un supuesto de culpa.

A su vez, el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de 19-XI-1964, aunque en su artículo 2.º comienza empleando la palabra «responsabilidad», agrega: «... *derivada de la obligación de todo conductor de vehículo de motor de reparar los daños causados...*», y en el 21 y bajo el epígrafe «*Hechos de los que nacen obligaciones impuestas al conductor*», se dice: «*Las obligaciones cuyo cumplimiento se asegura son las que nacen de todo hecho de la circulación que produzca daños...*».

De ambos preceptos parece deducirse, a nuestro modo de ver, que se sanciona el principio de que toda lesión o daño, aun cuando sea ajeno a la idea de culpa, genera una auténtica obligación cuya prestación es la reparación, y

predomina para designar las indemnizaciones y resarcimientos que la Ley estima deben abonarse en caso de incumplimiento objetivo de la prestación (19), pero ello no constituye obstáculo alguno para que su verdadera naturaleza jurídica sea la que nosotros propugnamos, o sea, la de una *obligación legal* (20).

que ello es aplicable tanto a las relaciones extracontractuales como a las negociales u obligacionales.

Por último, llamamos la atención sobre la S. T. S. de 22-X-1932 que habla de *deuda de indemnización*, ya que si bien se refiere a un supuesto del artículo 1.002 del C. c., establece una correlación con los que regulan las relaciones obligacionales en los artículos 1.101 a 1.166.

(19) Y también para designar las consecuencias del incumplimiento imputable. Más no debe olvidarse, al menos en relación con la tesis que propugnamos, que en Roma no se empleó dicho concepto y que aún en los tiempos modernos hay juristas que no lo emplean, al menos en alguna de sus obras, tal acontece, por ejemplo, con SAVIGNY, en *Le Droit des obligations*, traduit par GERARDIN ET JOZON, París, 1863.

A su vez, GLÜCK, en sus *Commentario alle Pandette*, trad. bajo la dirección de SERAFFINI, lo emplea en alguno de sus volúmenes, mientras que en otros prescinde de él. Tal acontece, por ejemplo, en t. XIII, Milano, 1906, en el que no hace uso del término «responsabilidad», pese a que en él trate de la custodia, siendo el traductor italiano FERRINI, quien lo emplea en sus notas. Por su parte, WINDSCHIED, en *Ob. cit.*, vol. I, emplea indistintamente ambos términos, *responsabilidad* y *obligación de resarcir*, lo mismo que acontece con ARNDTS, en *Ob. cit.*, y FERRINI, en *Manuale...* cit.

Estimamos, por tanto, que se trata de lo que bien pudiéramos llamar «ciclo denominativo usual», «convencionalismo gramatical», «denominación convencional», algo, en fin, que el uso jurídico ha dado carta de naturaleza y que por su fuerza expresiva, facilidad de acomodación gramatical o lo que fuere, ha producido un fenómeno de absorción, incorporando a su ámbito manifestaciones que, como la que estamos contemplando en el presente trabajo, nada tienen que ver técnicamente con la responsabilidad.

(20) OBLIGACIÓN; por que en ella concurren los elementos constitutivos del vínculo obligacional: el *débito*, representado en este caso por el resarcimiento o indemnización que el deudor ha de satisfacer al acreedor; y la *responsabilidad* o consecuencia desfavorable que resulta para el deudor de no abonar la indemnización. Dicha responsabilidad está representada en el presente supuesto por la ejecución forzosa del débito con la correspondiente traba o embargo de bienes, satisfacción de intereses, costas, etc.

LEGAL; dado que su origen sólo puede encontrarse en un expreso mandato de la Ley, en cuanto la regla general es la extinción del débito en los casos de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor aun cuando se hubiere pactado lo contrario, dado que hasta en tales supuestos es la Ley quien ha de llevar a cabo este previo y expreso pronunciamiento.

Tal hecho podría, por tanto, ser considerado como uno de esos *actos semejantes a los negocios* de que nos habla EXNERBERTS en su *Tratado...*, t. I, v. II, pág. 11, caracterizados por que si bien en ellos existe una voluntad, el efecto no se produce por obra de ésta, sino *ex lege*, que viene a ser aproximadamente lo que acontece en el presente caso.

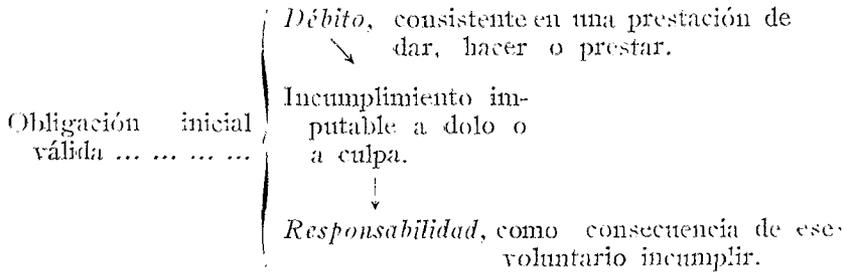
(Como ejemplo de lo que hemos indicado en el primer párrafo del epígrafe LEGAL, vide: C. c. español, artículo 1.105, en relación con los 1.774, 1.745, 1.784 (caso fortuito más no fuerza mayor), 1.891, etc., que constituyen la excepción específicamente determinada por la Ley. C. c. etíope, artículo 1.886, en relación con los 1.791, 2.069 y 2.071, que regulan la regla general y las excepciones al principio de exoneración de responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor; y el C. c. italiano, artículo 1.218 (regla general), en relación con los 1.805 y 2.054-IV (excepciones); y el B. G. B., artículos 275 y 276 (regla general), en relación con los 678 y 833, así como con la Ley de Responsabilidad

Mas, supuesto que en el caso contemplado nos hallásemos en presencia de una obligación *ex lege*, se plantea el problema de cómo se opera su nacimiento, dado que inicialmente existe una obligación de carácter convencional que se extingue ante la imposibilidad de cumplir la prestación por consecuencia bien de un caso fortuito bien de una fuerza mayor.

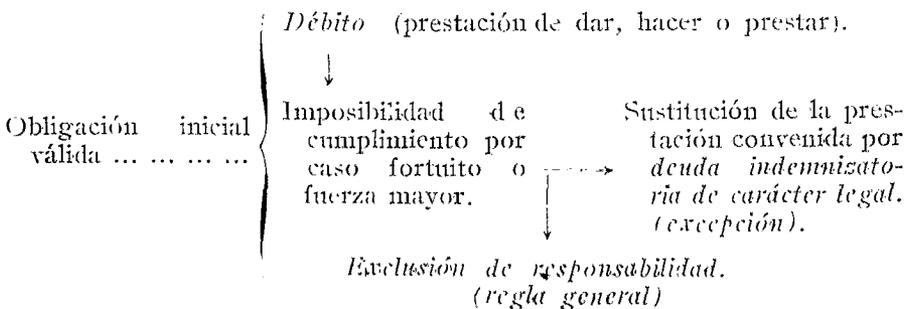
La solución a esta cuestión entendemos se encuentra (o al menos debe buscarse), en el mecanismo de la novación, aun cuando ello a primera vista pueda parecer también extraño.

En efecto, en el supuesto que estamos examinando y de acuerdo con la tesis por nosotros sustentada, el fenómeno del nacimiento de la responsabilidad y de la obligación legal de indemnizar, se puede esquematizar así:

Supuesto de incumplimiento querido



*Supuesto de incumplimiento no querido
(caso fortuito, fuerza mayor)*



Civil de Ferrocarriles de 7 junio-1871, con sus modificaciones de 1923 y la Ley de Vehículos Automóviles de 13 IX-1937, con su nueva redacción de 24-VIII-1954; y el C. c. de Venezuela, cuyos artículos 1.264, 1.272 y 1.274 establecen la regla general, así como los 1.747 y 1.758, las excepciones, sin olvidar, aun cuando sólo sea a título de curiosidad, el C. c. chino, libro II, entrado en vigor el 5-V-1930, artículos 225-I, en relación con los 220, 231, 645 (argumentalmente) y para el caso fortuito aun cuando no para la fuerza mayor, el 654.

Si comparamos ambos supuestos, podemos ver cómo en el segundo de ellos se opera una verdadera sustitución de prestaciones, en cuanto la inicial o convenida de dar-hacer-prestar es reemplazada por otra consistente en resarcir o indemnizar los perjuicios y daños que el imposible cumplimiento de la prestación originariamente pactada puede producir al acreedor.

A su vez, el fenómeno novativo de las obligaciones en general, puede esquematizarse así:

- 1.º Preexistencia de una obligación válida que se extingue.
- 2.º Creación de una nueva obligación que sustituye a la anterior. La novedad de esta nueva obligación puede consistir en un cambio de sujetos, objeto o causa.
- 3.º *Animus novandi*.

Pues bien, si comparamos el supuesto de incumplimiento no querido o involuntario con el mecanismo de la novación que acabamos de esquematizar, observaremos cómo entre ellos existen las siguientes semejanzas:

- a) Existencia de una obligación primaria válida.
- b) Cambio de alguno de sus elementos esenciales. En este concreto supuesto, dicho cambio afecta al objeto y a la causa.
- c) Aparición, como consecuencia de ello, de una obligación nueva, distinta, por lo tanto, de la anterior (21).

El único aspecto de la novación que en principio al menos parece no concurrir en el supuesto del incumplimiento involuntario, es el del *animus novandi*, esencial al parecer para que pueda producirse el fenómeno novativo. Y aquí es precisamente donde radica la principal objeción que puede oponerse a la equiparación de ambas figuras, bien que tal dificultad sea en realidad más aparente que real.

En efecto, comenzaremos por hacer constar, que el requisito del *animus novandi* no es tan esencial que sin él no pueda construirse el instituto de la novación. Y no lo es, desde el momento en que nuestra legislación admite la existencia de una novación legal; la regulada en el artículo 1.209 del Código civil (22).

(21) En efecto, téngase en cuenta que en el supuesto que contemplamos existe una primaria prestación de dar, hacer o prestar alguna cosa o servicio, que es sustituida por la de satisfacer una determinada cantidad de dinero a título de indemnización, sustitución que se opera por ministerio de la Ley. Con ello, no sólo cambia de modo radical el objeto de la obligación y, por tanto, la «obligatio» inicialmente convenida, sino también la propia causa originadora, en cuanto tal cambio afecta además de a la materialidad del objeto, a la razón de ser o título causal de la obligación, que no es como en la primera la voluntad de las partes, sino la Ley.

(22) Ciertamente que ha sido muy discutida la naturaleza jurídica de la subrogación, y que son bastantes los juristas patrios que no admiten, pese al criterio legal, que la figura contemplada en los artículos 1.209 y ss. sea una novación. Mas son también muchos los que se inclinan hacia la tesis del C. c., estimando que en estos casos nos hallamos a presencia de una auténtica novación, figura ésta que nada tiene que ver con la verdadera subrogación, y que dicha novación es legal; tal acontece, por ejemplo, con SANTAMARÍA, *Comentarios al*

Ha de tenerse asimismo en cuenta a estos efectos, que el Código civil español no prohíbe expresamente esta clase o categoría de novación.

A mayor abundamiento, conviene recordar que el *animus novandi* no siempre ha sido exigido como requisito de la novación, y así, el Derecho romano clásico no le incluye entre ellos, apareciendo por vez primera en la época Justiniana (23).

Pues bien, si el propio Código civil admite la posibilidad de una novación legal y la regula en su articulado, bien que se trate de una figura tan discutida por la doctrina, cabe preguntar por qué no estimar que el supuesto pueda ampliarse para comprender todos aquellos casos en que resultando objetivamente imposible el cumplimiento de la prestación convenida, la Ley, para compensar los riesgos y subsiguientes perjuicios que derivan de las actividades lícitas pero peligrosas que provocan ese objetivo incumplir, sustituye *per se* aquella prestación por otra de resarcimiento o indemnización, convirtiendo así la obligación de dar, hacer o prestar alguna cosa o servicio, en *obligación o deuda indemnizatoria* (24).

Código civil, t. II, 1958, pág. 167; PUTIG BRUTAU, *Fundamento...*, cit., t. I, vol. II, pág. 195, donde estudia la subrogación dentro de la novación, no negando su carácter novativo y admitiendo la existencia de la legal; SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJERO, en *Comentarios a las «Instituciones...»*, de RUGGIERO, t. II, vol. I, pág. 246, que también hablan de una novación legal, refiriéndola al artículo 1.209 del C. c.; AZURZA y OSOZ, en *Notas sobre la novación*, en «Rv. D. Priv.», 1950, págs. 600 y 606 b), que también admite esta categoría novativa, referida a la indicada figura; y CASTÁN TOBEÑAS, en *Derecho...*, cit., t. III, 5.ª edic., pág. 560, donde nos habla de una novación convencional y otra legal, clasificación que realiza a la vista del C. c. (En la 9.ª edic., mismo tomo, pág. 328, insiste en ello, si bien agrega que la doctrina admite solamente la novación convencional). Vid. también VALVERDE, *Tratado...*, cit., t. III, 4.ª edic., pág. 197, nota 2.

A su vez, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus *Comentarios* al t. II, vol. I de la obra de ENNECERUS, al referirse en pág. 402 al artículo 1.209 del C. c., si bien lo hacen aludiendo a la subrogación no afirman terminantemente que ello no sea novación, sino que lo que hacen en realidad es negar se trate de una novación extintiva al decirnos: «Frente a esto nada puede obstar la circunstancia de que la subrogación sea sistematizada por el legislador dentro de la sección relativa a la novación, pues esta palabra, en el sentido que la emplea nuestro C. c., no significa necesariamente la extinción, sino que puede significar también modificación»; pues bien, estos tratadistas admiten que tal subrogación-novativa, puede ser legal. Por su parte, SCAEVOLA, en *Comentarios...*, t. XIX, 1902, págs. 1046 y ss., admite la existencia de la novación legal, mereciendo asimismo citarse, en relación con este extremo, RUIZ GALLARDÓN, *Derecho...*, cit., pág. 276, que con ocasión de contemplar las clases de novación distingue entre la voluntaria y la necesaria, diciendo respecto de esta última: «2) Necesaria. Con independencia de la voluntad de las partes (por ejemplo, una obligación incumplida, haciéndose imposible la prestación, se transforma en deuda indemnizatoria).

(23) Vid., en relación con ello, ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 3.ª edic., Madrid, 1947, págs. 435 a 437; PELLEGRINI, *Voz Novazione*, en «N. Dig. Ital.», t. VIII, 1939, pág. 1129, así como SALPIUS y SALKOWSKI, cits. por WINDSCHILD, en *Il Diritto delle...* vol. II, § 354, pág. 378, nota 12, etc.

(24) Merece destacarse, en relación con lo indicado en el texto, lo dicho por PUTIG BRUTAU, respecto de la novación y las distintas figuras que en ella

Claro es que a ello se puede contestar alegando diversas razones, y entre ellas, por ejemplo, que si bien el Código considera novación legal la figura del artículo 1.209, no incluye dentro de dicha Sección, Capítulo y Título la manifestación que estamos contemplando en el presente trabajo (25); que ello implica la adaptación a los tiempos actuales de una antiquísima clasificación de la novación, sin utilidad alguna (26); que en estos casos, no se produce la extinción del *vínculo primitivo o constitutivo*, sino que se opera un *cumplimiento por equivalencia*, al no ser posible en forma específica (27).

Ninguna de estas posibles alegaciones nos parecen de suficiente solidez para prescindir radicalmente de la tesis que venimos manteniendo (28), como se podrá comprobar al examinarlas separadamente.

I. *No existen más supuestos de novación legal, que los regulados en el Código civil.*

No creemos sea esta una razón absoluta e insoslayable en orden a la imposibilidad de admitir otros supuestos de novación legal, de la misma forma que la declaración del artículo 1.137 del Código civil en orden a la solidaridad, no ha impedido que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, hayan extendido tal figura a supuestos no expresamente determinados (29).

En consecuencia, de la misma forma que se hace uso de la in-

pueden comprenderse, en *Fundamentos...* cit., t. I, vol. II, pág. 392: «Por todo ello cabe afirmar que la tendencia de la moderna doctrina romanista a *ocultar tras la apariencia unitaria de ciertos conceptos toda la gran variedad que ofrece la práctica profesional* no debe hacer olvidar que en el fondo sucede lo mismo que vemos descrito con referencia al *Common Law*, por S. J. STOLJAR».

(25) Título I, Capítulo 4.º, Sección 6.ª, Libro IV, «De la novación», artículos 1.203 a 1.213.

(26) SANCHEZ REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Edic. Nauta, 1964, núm. 127, pág. 374, con ocasión de comentar la posición de RUIZ GALLARDÓN.

(27) Mismo autor, *Ob.* núm. y pág. de nota anterior.

(28) Conste, sin embargo, que pese a estimar acertada dicha posición, no hacemos tal afirmación con un criterio exclusivista, y sí únicamente, estimando que las consideraciones que hasta hoy se han hecho para combatir las ideas que nos han servido de base para construir nuestra tesis, no nos parecen tan sólidas ni tan definitivas como para considerar que nuestra posición pueda estar equivocada o ser inadmisibles radicalmente; antes, al contrario, creemos que en ellas hay bases suficientes para reforzar el criterio por nosotros sustentado, bien que, repetimos, ello no quiera decir en modo alguno que no podamos ser nosotros los que hayamos incidido en el error. Eso, el tiempo lo dirá.

(29) Así y por lo que a la *doctrina científica* hace, no faltan autores que consideren existe solidaridad en los supuestos regulados en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, *pese a que ninguno de ellos lo declare expresamente*.

Tal posición es mantenida, entre otros, por PUIG PEÑA, *Tratado...*, t. IV, vol. I, pág. 43, c)-4.º; PUIG BRUVAU, *Fundamentos...*, cit., t. I, vol. II, págs. 189 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Comentarios* al t. II, vol. II de la obra de ENNECERUS, § 235, págs. 674-675; § 236, pág. 680-V, en relación con 679-V; § 243, pág. 711-VII, en relación con pág. 709-VII; CERRILLO QUÍLEZ, en voz *Solidaridad*. Dicc. de Derecho Privado, Edic. Labor, t. II, Barcelona, 1950.

interpretación extensiva para resolver el problema de la solidaridad en los supuestos contemplados por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, pese al pronunciamiento categórico del artículo 1.137, ¿por qué no va a acudirse a análogo procedimiento en el caso que estamos contemplando, máxime cuando a nuestro modo de ver no habría que hacer uso en él de esa interpretación extensiva y sí únicamente de la declarativa? (30).

pág. 2800; DE BUCH Y BAULLE, en sus anotaciones al *Curso* de COLÍN Y CAPITAN, t. III, 1943, pág. 444-3.^o; BOKREEL MACRÁ, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual*, Barcelona, 1958, 2.^a edic. respecto del artículo 1.902 (pág. 320), en cuanto para el 1.903 se inclina a considerar que la responsabilidad es directa (pág. 321), etc.

Ello no impide, sin embargo, que otros sectores de la doctrina científica sigan manteniendo el criterio de que los supuestos de responsabilidad regulados en los artículos 1.902 y ss. del C. c., son obligaciones mancomunadas, aplicando en nuestra opinión más rectamente el artículo 1.137 del citado Cuerpo legal. Tal acontece, por ejemplo, con DÍAZ PATRO, en *Introducción al Derecho de Obligaciones*, La Habana, 1943, págs. 180-181, y con TRAVIEBAS, en *La culpa*, en «Rev. D. Priv.», 1920, pág. 200, y ALBADALEJO, en *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en A. D. C., t. XVI, fasc. II, 1963, pág. 360 y ss., y especialmente págs. 368-369; y también, argumentalmente al menos, con SANTAMARÍA, en *Comentarios...*, cit., t. II, pág. 75, en cuanto al comentar los artículos 1.137 a 1.148, se limita a decir que la solidaridad constituye la excepción, y ni en los comentarios de dichos preceptos, ni en los que hace a los artículos 1.902 y ss., nos dice que en estos últimos la responsabilidad sea solidaria, criterio éste que también se observa en ESPÍX CÁNOVAS, *Manual...*, cit., t. III, 1959, págs. 124-125.

En cuanto al *criterio jurisprudencial*, merece la calificación de indeciso, dado que son varias las Sentencias que el T. S. tiene pronunciadas tanto en uno como en otro sentido, bien que en los últimos tiempos el criterio que parece preponderar sea el de ampliar los supuestos de solidaridad, estimando que ésta existe incluso más allá de los límites de las declaraciones expresas de voluntad, con lo que como indica AMORRI (en *La responsabilidad del deudor solidario*, Barcelona, 1963, pág. 91), «... El Tribunal Supremo ha superado en algunas resoluciones el plano de la interpretación declarativa, realizando una interpretación extensiva...».

Ejemplos de este ambiguo o impreciso criterio son las siguientes resoluciones:

En favor del carácter mancomunado de las obligaciones nacidas de culpa o negligencia: Ss. de 23-marzo-1921; 21-junio-1946 y 19-febrero-1959.

En pro de su carácter solidario: Ss. de 23-diciembre-1903; 2-marzo-1915; 25-marzo-1957; 20-mayo-1959 y 14-febrero-1964.

(30) Otro ejemplo de esta interpretación entre declarativa y extensiva de los preceptos legales la tenemos, sin ir más lejos, en la llamada responsabilidad objetiva, que constituye precisamente el objeto de este trabajo.

El C. c. español, como todos los latinos, al regular en los artículos 1902 y ss. las obligaciones que surgen de culpa o negligencia, sigue el criterio subjetivo o de la culpabilidad.

Mas el desarrollo del maquinismo y la industrialización de la vida que caracterizaron la última fase del siglo XIX y comienzos del XX, dieron lugar a una serie de eventos hasta entonces desconocidos o poco frecuentes, que exigían una rápida y clara decisión, especialmente en materia de accidentes laborales.

Comienza así a apuntar en Europa la llamada teoría del riesgo, que resucita, en opinión de algunos, la antigua responsabilidad por el resultado, bien que esto sea solamente exacto en parte, ya que lo único que hace en realidad es tomar de ella la idea de que no solamente se debe responder civilmente de los resultados producidos culposa o negligentemente por el agente, sino también de los que se

Porque téngase en cuenta que la idea de novación legal que proponemos, además de estar permitida por la Ley para los supuestos de cambio de acreedor, puede admitirse también legalmente para el caso que contemplamos, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.089, 1.090 y 1.105 del Código civil.

En efecto, la tesis que propugnamos, no es en realidad otra que la de considerar que la Ley en los supuestos de imposible y objetivo incumplimiento de la prestación, *sustituye la obligación pactada por otra de resarcir o indemnizar*.

Para llegar a tal conclusión, tomamos como punto de partida el hecho de que esa indemnización o resarcimiento tiene, como hemos ya indicado reiteradas ocasiones, el carácter de *obligación legal astricto sensu*, en cuanto es la propia Ley quien directa e inmediatamente la constituye (31), al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.089 y 1.090 del Código civil, que al admitir esa fuente

origen por causas ajenas a su voluntad (caso fortuito y fuerza mayor), siempre que dichas actividades impliquen un riesgo para la sociedad o el individuo y un beneficio para el usuario del elemento peligroso (Vid. para esto las obras que en Francia iniciaron la teoría del riesgo: JOSSEFRAND, *De la responsabilité du fait des choses unanimes*, París, 1897; y SALMELLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, París, 1897. Igualmente deben verse para tener una clara idea del movimiento que motivó su aparición, las obras de DE MIGUEL GARCÍ-LÓPEZ (A.), y SUSS (Th.), *cit.*, en nota 16).

Y buena prueba de que los Códigos —o al menos los latinos— no recogían en su articulado este tipo de responsabilidad, por lo menos de modo expreso, lo tenemos en el hecho de que la generalidad de los civilistas tanto contemporáneos como inmediatamente posteriores a los primeros Códigos civiles, no suelen admitir otro género de responsabilidad que la culposa; tal acontece, por ejemplo, con GEORGI, *Teoría de las obligaciones...*, trad. por la «Rv. Gral. Leg. J.», principalmente, vols. II (1928) y V (1929); con CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Culpa contrattuale*, Torino, 1897, núm. 294, págs. 661 y ss.; con BOXARI BENTUCCI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, 1958, págs. 9 y ss.; y BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, Berlín, 1934, y CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, t. II, 1930, págs. 313-314; con SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. IV, 2.ª edic., 1889; VALVERDE, *Tratado...*, *cit.*, t. III, pág. 788 y ss., especialmente las 789-793 *in fine*, 799, cuando afirma que nuestro C. c., como el francés, no establece la responsabilidad real al mantener el principio de una falta probada o presunta, 800, 801 *in fine*, etc.; OTERO VALENTÍN (J.), *Ob. cit.*, págs. 409 a 412, etc.

Algunos autores como MANRESA, en sus *Comentarios...*, t. XII, Madrid, 1907, págs. 626-627, admiten la posibilidad de una responsabilidad sin culpa únicamente para el supuesto contemplado en el artículo 1.905 del C. c., más no para los regulados en los restantes preceptos de dicho Capítulo del Libro IV, Título XVI, a los que da un claro matiz culposo (vide págs. 595 y ss., 598, 602, 608, 609, 617 *in fine* 618, 640, 641, 644, 645, etc.), y lo mismo acontece con DE BUEN en sus notas al *Curso...* de Colín y Capitant, t. III, en cuanto sólo respecto al artículo 1.905 considera «... existan atisbos de la doctrina de la responsabilidad objetiva».

(31) Al emplear la frase «... es la propia Ley quien directa e inmediatamente la constituye», pretendemos salir al paso de la posible objeción de que en principio, al menos, todas las obligaciones son legales. No, no intentamos decir eso ni tampoco negarlo. Deseamos únicamente poner de relieve al hacer aquella afirmación, que si no fuere por que la Ley lo dispone especial y específicamente así, la obligación a que aludimos en el texto no existiría, dado que el caso fortuito y la fuerza mayor, de regla, operan la extinción de toda obligación.

generadora de obligaciones, autorizan a la Ley para crear o constituir éstas sin más requisito o condición que así se determine expresamente.

Si a su vez ponemos en relación estos dos preceptos con el artículo 1.105 del mismo Cuerpo legal y observamos que a tenor de él, *«fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, ... nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos fueran inevitables»*, podremos llegar a la conclusión de que en todos los supuestos en que la Ley declare que pese a resultar imposible el cumplimiento de la obligación por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor tiene el deber de indemnizar al acreedor, nos hallaremos en presencia de una obligación indemnizatoria de carácter legal y no de un supuesto de responsabilidad, *habida cuenta que es la propia Ley quien alterando la regla general de que los eventos no culpables ni culposos que impidan el cumplimiento de la prestación motivan la extinción de las obligaciones, sustituye por motivos de política jurídica dicha extinción por la realización de una prestación distinta de la inicialmente convenida.*

Y no se diga que esos motivos de política jurídica no existen, en cuanto buena prueba de ellos la tenemos en las leyes de navegación aérea de 21 de julio de 1960, y de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962, en las que la mal llamada responsabilidad objetiva se ha convertido casi en regla general (32), como consecuencia del fuerte sentido social o socializador que impregna actualmente el Derecho todo, incluso el mismo Derecho privado, corriente ésta a la que, en nuestra opinión, se debe en gran medida el auge alcanzado por esa objetivación del deber de indemnizar (32 bis).

Estimamos, pues, y perdónesenos la insistencia, que cuando la Ley en el artículo 1.105 establece esa excepción, lo que en realidad hace es abrir camino al legislador para que pueda, en aquellos casos que lo estime conveniente (33), *crear una nueva obligación que sustituya a la que en otro caso se extinguiría totalmente.*

Pues bien, somos de la opinión que esta interpretación de los artículos 1.089, 1.090 y 1.105 del Código civil merece la calificación de meramente declarativa y nunca de extensiva, máxime si la com-

(32) Mas aunque en dichas leyes se emplee normalmente el término responsabilidad, también en ocasiones al referirse a ella se hace uso del concepto obligación; tal ocurre, por ejemplo, en el artículo 110.11 de la Ley de Navegación aérea; con el 30 de la Ley sobre vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962; con los artículos 20 y 21 del Reglamento del Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor de 19 de noviembre de 1964; con el artículo 13 de la Ley de Policía de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, etc.

(32 bis) Vid. S. T. S. de 10-XI-1963, Sala 2.ª donde se pone de relieve este sentido social, cuando dice: «... ya que en estos casos de riesgo socialmente útil y habitual, como es el originado por la circulación, el deber de cuidado no puede ser medido de un modo tal...»

(33) Tal son, por ejemplo, los transportes aéreos, marítimos y terrestres, dada su necesidad a la vez que peligrosidad para la sociedad y el individuo.

paramos con la que hemos visto suele hacerse del artículo 1.137 en relación con los 1.902 y 1.903 del referido Cuerpo legal (34).

Y esto es precisamente lo que acontece en los supuestos de imposibilidad objetiva del cumplimiento de la prestación convenida, en los cuales, la Ley sustituye directa e inmediatamente la extinción de la obligación preexistente, de carácter inequívocamente convencional, por una nueva *obligatio* de carácter legal y contenido indemnizatorio, hecho éste que, en nuestra opinión, ofrece todos los caracteres de una novación, en la que el *animus novandi* subjetivo es sustituido por un *animus novandi* legal o *animus legis*, fenómeno este que se pone de relieve claramente sin necesidad de interpretación extensiva alguna, en los artículos 1.089, 1.090 y 1.105 citados.

II. *La admisión de la novación legal, no es en realidad otra cosa que la adaptación moderna al campo de dicho instituto, de una antiquísima clasificación.*

Si esta afirmación se hiciera con una finalidad puramente histórica la admitiríamos sin discusión, ya que, efectivamente, la figura de la novación necesaria tiene su origen en el Derecho romano. Mas lo cierto es que cuando se dice lo que indicamos en el epígrafe de este apartado, se hace con ánimo de crítica o reproche jurídico de tal posición, con lo que no estamos plenamente conformes.

Consideramos, por tanto, que esta alegación no puede servir de base para rechazar la tesis que sustentamos de una novación legal, entre otras, por las siguientes consideraciones:

1.^a Toda institución jurídica, incluso las más modernas, cuentan con más o menos remotos y directos antecedentes (35), hecho este que no puede servir para fundamentar la afirmación de que ello pueda considerarse como algo contrario a su actual existencia o validez.

Pues bien, la clasificación de la novación en convencional y ne-

(34) Por otra parte, hemos de tener en cuenta, que si el legislador ha empleado el término *responderá* en el artículo 1.105 del C. c., ello no quiere decir que lo haya empleado estricta e inequívocamente en el sentido de *responsabilidad stricto sensu*, o sea, como consecuencia perjudicial que le sobreviene al deudor caso de incumplir la prestación convenida. Y decimos que no quiere decir esto, en primer lugar porque no sería la primera vez que el legislador de 1889 ha empleado un concepto equivocado, o poco preciso, o le ha dado un significado distinto del que a primera vista pueda parecer.

En segundo lugar, porque tampoco el término es absolutamente significador de una responsabilidad en el sentido de la dolosa o culposa, en cuanto puede también entenderse en el sentido de constituirse el deudor en el deber de realizar la prestación que la Ley o la propia obligación le impongan, en aquellos supuestos en que la prestación convenida no pueda cumplirse por causas ajenas a su voluntad.

(35) Fijémonos sólo, a título de ejemplo, en la modernísima institución de la Propiedad horizontal, regulada en nuestra patria en realidad por una Ley de 1960, y cuyos antecedentes, sin embargo, se remontan nada menos que a la época de Immeroum, rey de Sippar, unos 2000 años antes de Jesucristo, hecho éste que nos puede servir para sentar la afirmación de que aquella figura jurídica es algo anticuado y sin utilidad alguna.

cesaría fue ya conocida en el Derecho romano clásico, teniendo en principio, al menos, un carácter que hoy bien pudiéramos llamar procesalista, en cuanto su origen se encontraba en el instituto procesal de la *litis contestatio* concluida *inter partes* con el asentimiento del Magistrado, lo cual operaba la extinción de la acción de dar, hacer o prestar a la vez que su sustitución por una obligación procesal de condena o de prestación (36).

No dudamos, que como dicen los especialistas, la novación necesaria desapareciese por falta de utilidad (37) y, que en el Derecho Justiniano no existiera otra modalidad de la misma que la voluntaria.

Mas, de análoga forma que en las fuentes romanas se estableció una equiparación entre la novación voluntaria y la necesaria, de carácter procesalista, y los hechos que daban lugar a esta última llegaron a ser considerados *como supuestos de novación que se producen por ministerio de la Ley* (38), lo que probablemente hubo de acontecer por exigencias de la vida, ¿puede decirse que actualmente no existen motivos que hagan precisa la existencia de una novación legal?

Porque lo cierto es que existen y, se encuentran, en la necesidad que tiene el Derecho de coordinar la aparición de una serie de nuevas manifestaciones, aspectos o formas de vida social cuya utilidad para la humanidad es obvia, con el grave peligro que su multiplicación y uso llevan consigo para los individuos.

Y ante este complejo mundo de intereses afectados, necesidad de emplear esos medios peligrosos, exigencias sociales, etc., el Derecho ha reaccionado estableciendo, en ciertos y concretos casos, bien la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados sin culpa alguna; bien la sustitución del cumplimiento de la obligación, que deviene imposible por causas ajenas a la voluntad del deudor, por un cumplimiento dinerario (39), con lo que en estos últimos supuestos no sólo cambia la prestación convenida, sino también la fuente originadora de esta segunda *obligatio*, dado que mientras la primera nace de la voluntad de los particulares, la segunda se genera *ex lege*.

III. *Que en estos casos no se opera la extinción del vínculo*

(36) Vid. sobre este aspecto JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, editorial Labor, 1937, trad. de L. Prieto Castro, págs. 284 y 286; DE OLIVA DE CASTRO (a.), Voz «Novación», en *Diccionario*, cit., t. II, pág. 2766; PELLEGRIN, Voz «Novazione», *Ob. cit.*, t. VIII, págs. 1123 a 1125; COVÍAN, Voz «Novación», en *Enciclopedia Jurídica*; SEX, t. XXIII, pág. 493. También sobre novación necesaria, puede verse WINDSCHEID, *II Droit*..., cit. vol. II, § 350, páginas 386-387.

(37) COVÍAN, *Ob. cit.*, t. I y pág. de nota anterior, y SANCHO REBULLIDA, *Ob. cit.*, núm. 127, pág. 374.

(38) Así se manifiestan entre otros JÖRS-KUNKEL y DE LA OLIVA DE CASTRO, en *Obs. cit.*, ts. y págs. cit. en nota 36.

(39) La necesidad de indemnizar como obligación originaria y *ex novo*, tiene lugar en las relaciones extracontractuales. La sustitución o novación *ex lege* del objeto, se opera en las relaciones contractuales.

constitutivo, sino el cumplimiento por equivalencia, al no ser posible en forma específica.

Posiblemente, constituya ésta la más interesante de cuantas consideraciones puedan hacerse para combatir la idea de que el objetivo incumplimiento de las obligaciones no constituye un supuesto de responsabilidad, sino que da lugar a un proceso novativo generador de una nueva obligación de carácter legal.

Y decimos esto, por que evidentemente resulta difícil diferenciar exactamente la figura del *cumplimiento por equivalencia, prestación por equivalencia*, etc., de la novación legal que en el supuesto que contemplamos se produce, en cuanto ambas ofrecen muchos puntos comunes, bien que en nuestra opinión ello no quiera decir que se trate de la misma figura jurídica (40).

Mas, como creemos sinceramente que «cumplimiento por equivalencia» y «obligación legal de resarcir o indemnizar» son dos manifestaciones jurídicas distintas, vamos a exponer las razones en que nos apoyamos para mantener tal criterio y, consiguientemente, que el no cumplimiento objetivo de las obligaciones da lugar a un fenómeno de novación legal y no a un cumplir por equivalencia.

1.º El llamado por la doctrina científica *cumplimiento por equivalencia, prestación equivalente, prestación por equivalencia, idquod interest*, etc., tiene como punto de partida un incumplimiento de la obligación por el deudor.

Pues bien, *el incumplimiento de las obligaciones, es un concepto que, en nuestra opinión, solamente se puede construir en torno a una idea central de carácter fundamental y preponderantemente subjetivo: la de su voluntariedad*. No hay, por tanto —estimamos—, más que una clase o categoría de incumplimiento; aquel que se produce por la voluntad dolosa o culposa del deudor. En consecuencia, la irrealización involuntaria u objetiva de la prestación, no supone incumplimiento y si *imposibilidad no culpable de cumplir la obligación* (41), lo que constituye una diferencia esencial tanto des-

(40) Estas dificultades diferenciadoras son frecuentes en el terreno de la Ciencia jurídica, y un ejemplo de ello lo tenemos, sin ir más lejos, y como ya indicábamos en otro lugar, en las figuras de la subrogación del acreedor en el pago de las obligaciones y la novación legal por cambio del acreedor.

(41) Somos de la opinión, por tanto, de que debería revisarse la teoría del incumplimiento de las obligaciones con vistas especialmente a esta figura de la mal denominada «responsabilidad objetiva», para procurar acomodarla a las consecuencias cada vez más numerosas y frecuentes que dicha figura produce.

Consideramos que se ha extendido en demasía el ámbito del término «incumplimiento», aplicándolo a situaciones que no suponen verdadero incumplir, en cuanto como hemos indicado en el texto, dicho concepto debe aplicarse únicamente al incumplimiento buscado y querido o al negligente, más nunca al producido por caso fortuito o fuerza mayor.

Por otra parte, la doctrina científica no parece oponerse a esta idea, sin que la acoge, al menos argumentalmente, al estimar como regla general que el llamado cumplimiento forzoso y la subsiguiente responsabilidad solamente proceden en los supuestos de incumplimiento imputable, y, por lo tanto, voluntario (Vide, CASTÁN TOBEÑAS, LARENZ, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU y demás autores citados en notas 9 y 13).

de el punto de vista de la idea central como de los efectos que producen ambas figuras. .

2.º Consecuencia de ello, es que un considerable sector de la doctrina científica moderna proyecte el llamado cumplimiento por *equivalencia* sobre el incumplir voluntario del deudor, más no sobre el objetivo (42), posición ésta que en nuestra patria tiene además su apoyo legal en el artículo 1.101 del Código civil a tenor del cual:

«Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.»

3.º Por otra parte, si en los supuestos de imposibilidad objetiva de cumplir la prestación se diere el llamado cumplimiento por equivalencia, ello supondría que la obligación sigue siendo la misma y consiguientemente, que pese a dicha imposibilidad la obligación puede seguir dirigiéndose al objeto primitivo, lo que, como muy bien indican algunos tratadistas, no constituye una hipótesis satisfactoria (43).

Por el contrario, en los supuestos de *imposibilidad objetiva de cumplir*, tal situación produce *per se* y de modo automático la extinción de la obligación convencional. Pero al mismo tiempo, la Ley constituye una obligación que sustituye a la antigua y en la cual, cambia tanto el objeto como la fuente originadora. No hay,

(42) Pueden verse sobre esta cuestión PUG PEÑA, *Ob. cit.*, t. IV, vol. I, págs. 209 a 301, donde nos define esta categoría de incumplimiento como «la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por el incumplimiento culpable de la obligación, satisfaciendo al perjudicado los daños y perjuicios que se le originaron»; CASTÁN TOBEÑAS, *Ob. cit.*, t. III, págs. 170 y ss.; ALBADALEJO, *Ob. cit.*, págs. 583-584, argumentalmente; VALVERDE, *Ob. cit.*, vol. III, págs. 249 y ss.; PUG BRUTAT, *Ob. cit.*, t. I, vol. II, págs. 450-451, 454-456 en relación con 431 y ss.; WINDSCHIED, *Il diritto... cit.*, vol. II, § 264, pág. 63; COLÍN y CAPITANI, *Curso... cit.*, t. III, págs. 41 y ss.; DE BUEN y BALLEGA VÁZQUEZ, en notas y comentarios a dicha *Ob.* y t., pág. 139; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, t. II, págs. 30 y ss.; GIORGI, *Ob. cit.*, vol. II, pág. 133; RUGGIERO, *Ob. cit.*, t. II, vol. I, págs. 63 *in fine*-64, 67 y 68.

A su vez, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en Comentarios al t. I, vol. I de la obra de ENNECERUS, § 48, pág. 249-1, si bien no emplean el término «cumplimiento por equivalencia» ni otro semejante, al tratar de la imposibilidad total y definitiva de cumplir la obligación, limitan la prestación de la indemnización a los supuestos de incumplimiento imputable al deudor.

(43) Así se pone de relieve precisamente en el *Tratado...* de ENNECERUS, t. I, vol. I, § 48, pág. 246, nota 1.

En dicho lugar se mantiene la tesis de que la obligación continúa la misma y, en consecuencia, no se extingue ni es reemplazada por otra. No obstante, se plantea una interesantísima cuestión, cual es, la de si en dichos supuestos de imposibilidad total subsiguiente de la prestación y consiguiente obligación de indemnizar, se transformará o no el crédito, en un crédito de indemnización modificándose así su objeto, cuestión esta que es resuelta por ENNECERUS en el sentido de considerar que la prestación del interés constituye un nuevo subrogado del cumplimiento, bien que otros, como WINDSCHIED, se inclinan por la tesis contraria.

por tanto, sustitución por equivalencia de prestaciones, sino prestación nueva (44).

IV. CONCLUSIONES

1.^a Los daños o perjuicios derivados de relaciones extracontractuales, pueden ser causados tanto culposa como objetivamente y no generan nunca responsabilidad, sino obligaciones.

2.^a La diferencia entre las dos clases de obligaciones que se indican en la anterior conclusión, radica por tanto en la fuente que las origina: la voluntad culposa o negligente del individuo en unas; la Ley, directa e inmediatamente, en otras.

3.^a Consecuencia de ello es, que la indemnización o resarcimiento que corresponde al tercero perjudicado en ambos supuestos, no tiene el carácter de consecuencia desfavorable derivada del incumplimiento querido de una *obligatio* (esto es, responsabilidad), sino que constituye la prestación misma de la obligación indemnizatoria.

4.^a En las relaciones obligacionales o contractuales, únicamente existe una clase o categoría de incumplimiento: el voluntario (*dolo*, culpa), que, por tanto, es el único que puede producir responsabilidad.

5.^a La imposibilidad objetiva de cumplir la obligación, esto es, la provocada por caso fortuito o fuerza mayor, no constituye verdadero incumplimiento y produce de regla la extinción de las obligaciones.

6.^a Cuando por ministerio de la Ley ello no acontece, se opera *ex lege* la sustitución de la prestación convenida (*dare-facere-prestare*) por otra legal de indemnizar.

7.^a Tal sustitución constituye, en nuestra opinión, una auténtica y verdadera novación, cuya característica principal es la de que el *animus novandi* viene sustituido por un *animus legis*.

8.^a Por tanto, la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación y los subsiguientes daños que ello produce, no generan responsabilidad, sino que dan lugar al nacimiento de una nueva obligación de carácter estrictamente legal.

9.^a Consiguientemente, las denominaciones de «responsabilidad objetiva», «responsabilidad sin culpa», «responsabilidad por riesgo», etcétera, son jurídicamente inexactas, debiendo ser sustituidas por las de *obligación legal de indemnizar*, *deuda indemnizatoria* o cual quiera otra semejante que refleje mejor su verdadera naturaleza.

(44) Hacerlo de otro modo, conduciría a equiparar al deudor que no cumple la obligación por *dolo*, culpa o retraso, y a quien nunca pretendió eludir el cumplimiento de su obligación, sino que se vio imposibilitado de hacerlo por caso fortuito o fuerza mayor.

Por ello, estimamos que en este último supuesto, la Ley, reconociendo sin duda esa voluntad de cumplir a la vez que para evitar en la medida de lo posible los perjuicios que al acreedor produce el objetivo incumplir, arbitra el

procedimiento de novar la obligación constitutiva u originaria sustituyéndola por otra distinta, hecho éste que no podrían realizar ya los sujetos de la *obligatio* primitiva dado que ésta se ha extinguido automáticamente por virtud del caso fortuito o la fuerza mayor. Y a tales efectos, además de realizar la sustitución en el objeto, opera la del *animus novandi* por un *animus legis*, que acaso tenga su raíz en un *animus societatis*, pensando el legislador acaso, que la razón de ser de tal sustitución y apriorísticamente de la mal llamada «responsabilidad objetiva», se encuentra en un riesgo que la sociedad ha creado en beneficio de ella misma.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

I. MARTI MIRALLES, J.: «Principios de Derecho Sucesorio» (1)

Con motivo de la publicación por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de la obra del ilustre jurisconsulto catalán don Juan Martí Miralles, *Principios de Derecho Sucesorio*, el Director de nuestro Instituto como Delegado Especial de su Consejo Permanente, pronunció en Barcelona, y en un acto de gran trascendencia, las siguientes palabras:

Excmo. señor, señores:

Como Director del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Delegado especial de su Consejo permanente y siguiendo una inveterada costumbre forense, os pido vuestra venia para pronunciar unas palabras con motivo de la entrega solemne que os voy a hacer de la edición castellana de la obra *Principis del Dret Successori* del que fue ilustre jurisconsulto catalán don Juan Martí y Miralles.

El acto que en estos momentos estamos celebrando, constituye la etapa final, de un relativamente largo período del que yo quisiera hacer os un pequeño resumen.

Vaya por delante que todo lo que yo pueda decir aquí está dicho mucho mejor en esa breve pero enjundiosa introducción que el ilustre Notario de Madrid, miembro del Instituto, catalán por *jus soli* y *jus sanguinis*, don Juan Vallet de Goytisolo, ha escrito para esta edición castellana de la obra más caracterizada de don Juan Martí Miralles, como ofrenda de homenaje para honrar a la escuela jurídica catalana encarnada en uno de sus más ilustres seguidores. Allí se recoge en una síntesis perfecta lo que esta escuela significó en nuestra historia jurídica moderna, sus caracteres más destacados, lo que fue y lo que no fue, sus principales cultivadores y lo que cada uno de ellos, al menos los más significados, representan en este movimiento jurídico.

Todo cuanto pudiera decirse está dicho y bien dicho por Juan Vallet sin que yo pretenda adicionar ni mucho menos enmendar o corregir nada. Pero sí diría que lo que Vallet ha escrito para esta edición, como presentación y ofrenda, es la letra grande; lo que hay que estudiar necesariamente para el examen, y yo quisiera poner esa letra pequeña, que tan antipática nos resultaba en los repasos de última hora y que sólo más tarde, cuando hacíamos un estudio más reposado del tema, nos enseñaba algún dato curioso, alguna

(1) MARTÍ MIRALLES, J.: *Principis del Dret Successori*; Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964; 324 págs.

nota interesante que servía de complemento al texto principal y nos ayudaba a retenerlo y recordarlo. Esa letra menuda es la que yo quisiera poner o decir aquí como simple aclaración o explicación más o menos anecdótica.

Hace ya algunos años nuestro Ministro, Sr. Iturmendi me indicó su deseo de que fuese publicada la obra de Martí y Miralles como figura señera y representativa de los juristas catalanes de la escuela moderna. Conocida es de todos la preocupación del Ministro por el derecho foral, como lo tiene demostrado en su perseverante labor prelegislativa con los distintos apéndices de los derechos forales.

El Consejo permanente del Instituto se hizo naturalmente eco de estos deseos, que coincidían con los nuestros, porque el Instituto no es ni ha sido nunca un órgano introvertido, sino que intenta por todos los medios a su alcance proyectarse hacia fuera con sus cuatro Anuarios de Civil, Penal, Historia y Filosofía, sus secciones delegadas en la mayor parte de las Universidades españolas, sus cursos monográficos de conferencias y su apoyo eficaz a todas las Asociaciones de Derecho nacionales o internacionales que buscan su ayuda y orientación.

Tropezamos, como no, con un inconveniente que es el que surge ordinariamente en estos casos, las consabidas dificultades presupuestarias, que nos obligó a llevar su gestación a un ritmo más lento del que hubiésemos deseado. Pero no cejamos en el empeño, y puesto a punto el mecanismo intelectual sólo restaba conseguir una pequeña ayuda material. En uno de sus viajes a Barcelona, nuestro Secretario general señor García Gallo, habió del tema con vuestro Alcalde, nuestro ilustre antecesor en el Instituto, don José María de Porcioles, encontraron la fórmula necesaria de colaboración y el asunto quedó prácticamente hecho.

Pusimos manos a la obra, seleccionando para su publicación la que puede considerarse como la más fundamental de todas las que integran su extensa labor jurídica, los *Principis del Dret Successori*, y a partir de entonces todo ha sido entusiasmo y facilidad dentro del Instituto. El maestro Federico de Castro, Director del Seminario de Derecho civil, entrañable amigo de toda la vida, alentó el proyecto desde el primer momento. Don Luis Martí Ramos, hijo del autor, acudió presuroso a nuestra llamada y en una inolvidable entrevista, plena de emocionado afecto filial, se ofreció como traductor. Los colaboradores del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y miembros del Instituto, don Carlos Melón Infante y don Jerónimo López, aportando su extraordinaria competencia y laboriosidad, dirigieron y cuidaron, como algo propio, la edición, que fue coronada con esa perfecta introducción a la que me referí al principio de don Juan Vallet de Goytisolo, en la que no sobra ni falta nada y en la que se percibe y se siente vibrar con igual fuerza la emoción del buen jurista y la del hombre enamorado de la tierra que le vio nacer.

Por si esto fuera poco, la edición ha sido completada con dos bellas notas necrológicas del señor Borrell y Soler, ya fallecido y del maestro Ramón María Roca Sastre.

En resumen, yo diría que la edición castellana de los *Principios del Derecho Sucesorio* es una obra de conjunto del Instituto, en la que han participado a más de las personalidades catalanas de las que queda hecho mérito,

todos sus elementos desde el Presidente y Director al personal administrativo de la Sección de Publicaciones.

Y esta es la letra menuda que yo quería agregar al texto principal. Perdónad si la llamada o nota ha resultado pesada o extensa.

Ya no me queda apenas nada que decir si no es la propia ofrenda:

Señor Alcalde de Barcelona: El Instituto Nacional de Estudios Jurídicos que tiene el honor de contarle como el primero de sus directores, quiere ante todo expresarle su reconocimiento por vuestra generosa ayuda y al propio tiempo se honra también en ofrecerle, modesta y humildemente, esta edición hecha con toda emoción y cariño, como ofrenda y homenaje a la obra de un jurista catalán que fue también un cristiano ejemplar, encarnación viva de una gran escuela jurídica, que brilló a finales del siglo pasado y en los primeros años del presente, de la que aún se conservan insignes representantes, continuadores de aquella, que todos conocemos y admiramos, escuela que con su pléyade de ilustres cultivadores tanto contribuyó a enriquecer el derecho foral de Cataluña y, en definitiva, el acervo común del Derecho Patrio.

2. VII Coloquio franco-español de las Facultades Pirenaicas de Derecho y de Ciencias Económicas.

Durante los días 24 a 29 de mayo se han celebrado en Valladolid y Bilbao las reuniones correspondientes al VII Coloquio franco-español de las Facultades Pirenaicas de Derecho y Economía sobre el tema «Aspectos jurídicos y económicos de la planificación», con nutrida asistencia de Profesores de las Facultades de Bordeaux, Toulouse, Montpellier, Barcelona, Zaragoza, Bilbao y Valladolid, además de funcionarios españoles de la Comisaría del Plan de Desarrollo. El tema, por su amplitud, permitía muy diversos planteamientos, lo que se tradujo en la variedad de comunicaciones presentadas, que dieron lugar, casi siempre, a animados Coloquios e interesantes intercambios de puntos de vista. Como hoy día no parece posible que el jurista se desinterece del problema de la planificación, daremos a continuación el título de las Comunicaciones presentadas, dedicando mayor atención a aquellas que se relacionan más con el Derecho privado.

El Profesor Rubio Sacristán, Decano de la Facultad de Derecho de Valladolid, trató de «Problemas teóricos de la planificación», precisando esta última noción y los diferentes significados en que suele utilizarse; observó que, si bien los primeros ensayos de planificación moderna de la economía se llevaron a cabo por la Revolución rusa, fueron los economistas de los países capitalistas los que se adelantaron a estudiarla teóricamente, mientras que a partir de la muerte de Stalin hay un grupo de economistas soviéticos que se preocupan por los principios capitalistas y hasta llegan a aceptar algunos de ellos.

El Profesor Mazères, de la Facultad de Toulouse, expuso «La conception française de la planification», poniendo de relieve que Francia ha sabido encontrar su propia vía en este terreno; en su origen fue un esfuerzo por enderezar la economía maltrecha por la guerra, encontrando en Jean Monnet el hombre que supo llevar a efecto el Plan.

El Profesor Beltrán, de la Facultad de Valladolid, trató de las «Características generales de la planificación», describiendo los cinco tipos más importantes y exponiendo las características del Plan español que se ha inspirado fundamentalmente en el francés.

El Profesor Ducos-Ader, de la Facultad de Bordeaux, habló de «Le régime juridique de la planification», aludiendo a cierta prevención inicial de los juristas franceses motivada por no haber intervenido apenas en la misma; se ocupó de la naturaleza jurídica del Plan y de la Ley aprobadora del mismo, del régimen de su ejecución y de los conflictos que a veces se plantean entre el Ministerio de Hacienda y la Comisaría del Plan, destacando la singularidad de funciones de esta última.

El Profesor Badouin de la Facultad de Montpellier se ocupó de «La planification en pays sous-developpés», con especial referencia a los países del

Africa negra de expresión francesa, analizando la causa de los fracasos, o semi-éxitos, de los intentos planificadores que allí se han llevado a cabo.

El Profesor Sánchez Calero, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, trató de «La disciplina del principio de iniciativa económica en la regulación del Plan». La libre iniciativa es la base de la economía del mercado, aunque hoy se está de acuerdo en que no hay libre iniciativa sin la intervención del Estado, pues muchas veces la libertad anula la libertad. Pero caben dos caminos para configurar esta intervención estatal: o bien se anula la libertad del mercado con base en un Plan imperativo, o bien se tutela a fin de que la libertad de hecho se aproxime a la libertad en abstracto. La valoración ética del principio de libertad de mercado está contenida en la Encíclica *Mater et Magistra* al afirmar que la economía es de la libre iniciativa de los individuos, ya actúen individualmente, ya se asocien. El Plan español tutela la libre iniciativa conforme al artículo 2.º de la Ley de 28 de diciembre de 1963, pudiéndose afirmar que el legislador estimula la iniciativa privada y coarta la iniciativa estatal. Cuando se dice que el Plan es vinculante para el sector público conviene distinguir entre el Plan propiamente dicho y la ley aprobadora del mismo; el Plan no es una ley pues, por razón de la materia, es una verdadera incógnita el comportamiento de los sujetos económicos y su forma de reaccionar ante los incentivos ofrecidos por el mismo; la ley define el marco a que ha de ajustarse la acción del Estado en el orden económico, pero, además, contiene declaraciones cuyo valor jurídico es dudoso. La iniciativa de los particulares es esencial para el buen funcionamiento de la economía de mercado, pero es preciso fijar los límites de aquélla; a este respecto pueden distinguirse tres grupos de normas: las que encauzan o fomentan dicha iniciativa, las que tratan de prevenir y reprimir los excesos y abusos de dicha libertad entre las que figuran fundamentalmente la Ley de prácticas restrictivas de la competencia, y las que suplen la falta de iniciativa económica.

El señor Mendoza Oliván, Profesor Adjunto de la Universidad de Zaragoza, disertó sobre las «Cuestiones de procedimiento en la legislación reguladora del Plan de Desarrollo», tratando de precisar la naturaleza jurídica de las relaciones entre el particular que se acoge al Plan y la Administración, viendo en ellas un contrato administrativo, examinando los problemas de su ejecución y las lagunas que contiene la legislación dictada, así como la inexistencia de un adecuado órgano de control.

Los Profesores Emeri y Lalumière, de la Facultad de Bordeaux, desarrollaron el tema «Le plan et le budget en France», exponiendo sus mutuas implicaciones así como las frecuentes faltas de conexión entre ambos que, en algún momento, han conducido a una oposición entre el Plan de Desarrollo y el Plan de Estabilización.

La quinta sesión de trabajo estuvo íntegramente dedicada al tema «Planificación y Agricultura».

En primer lugar, los señores Luna Serrano y Alonso Lambán, Profesores Adjuntos de la Facultad de Zaragoza, expusieron su Comunicación sobre «Problemas en torno a una planificación agraria», en la que, tras hacer una reseña del estado de la agricultura española, se refirieron a las razones de una intervención del Estado en este sector de la economía, poniendo de re-

lieve los riesgos de una planificación imperativa y destacando las manifestaciones de planificación agraria que se contienen en el vigente Plan español de Desarrollo.

El Profesor Lacruz Berdejo, de la Facultad de Zaragoza, trató de «La reforma del crédito real agrario». Comenzó refiriéndose a los inconvenientes que se han denunciado en relación con esta forma de crédito, especialmente la complejidad de su constitución, los posibles conflictos con otros acreedores y la difusión de la cláusula de estilo que adscribe los frutos a los fines de garantía, no obstante lo cual considera que tales inconvenientes pueden ser superados. Distingue las diferentes clases de crédito agrario por razones económicas, por razón de su finalidad y por razón de las garantías, haciendo notar las insuficiencias de nuestra legislación, sobre todo en relación con los créditos a largo plazo que excedan de catorce años y los que tienen por finalidad la cancelación de otro crédito y el desendeudamiento progresivo. Por otra parte, la política del crédito real agrario ha de tender a una selección de prestatarios y a vigilar las inversiones, incluso proporcionando al cultivador asistencia técnica. El Ponente sugirió diversas medidas administrativas encaminadas a una mejora del crédito real agrario, y asimismo propugnó que se facilite al arrendatario la obtención del crédito real y que la hipoteca pueda extenderse al valor de las mejoras que presumiblemente hayan de lograrse con el crédito que se solicita.

Los Profesores Serrano y Serrano, García Cantero y Lete del Río, de la Universidad de Valladolid, presentaron una Comunicación sobre el tema «Desarrollo y Ordenación Rural», en la que se analizó el Decreto de 2 de enero de 1964 sobre la ordenación rural, el cual viene a constituir una de las formas de planificación agraria previstas en el Plan de Desarrollo de 1963; materialmente, dicho Decreto viene a duplicar el contenido de la Ley del Plan de Desarrollo en lo relativo a la mejora agraria, si bien no ocurre así formalmente dado su menor rango legislativo. La Ordenación rural se presenta con independencia de la Ordenación general del territorio, y se lleva a cabo por la Administración, la cual puede actuar de oficio o a instancia de los particulares o de determinados organismos oficiales; entre sus mayores defectos puede señalarse la excesiva lentitud con que está realizándose y la escasa participación de letrados en las diferentes Comisiones encargadas de su elaboración y ejecución.

El Profesor De los Mozos, de la Facultad de Valladolid, leyó su Comunicación sobre «La conversión legal como técnica del derecho de reforma de la agricultura». Comenzó haciendo ver la necesidad de que la dogmática jurídica asimile el fenómeno de la planificación, examinando luego las manifestaciones más importantes de planificación agraria que han tenido lugar en España a partir de 1938. Limitándose al campo obligacional, trata de interpretar el alcance de las modificaciones acaecidas en el contenido de los contratos con base en el concepto de conversión legal, que ha sido tomado del Derecho civil, pero que al adoptarse por el legislador agrario le hace objeto de modificaciones. Después de examinar diversos supuestos de conversión operados legislativamente, llega a la conclusión de que en el trasplante de la técnica se produce una transformación de la relación contractual que viene impuesta por la ley, quedando inalterado el elemento subjetivo, pero

variando el contenido de aquélla con los fines propios de la planificación.

Durante la continuación de los Coloquios en Bilbao se expusieron las Comunicaciones siguientes:

El Profesor Martín Guzmán, de la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, trató de las «Técnicas de concentración en el desarrollo regional». El Profesor Lajugie, Decano de la Facultad de Bordeaux, se ocupó de «La planification régionale en France». El señor Cotorruelo Sendagorta, Sub-Comisario del Plan Español de Desarrollo, disertó sobre «Los fundamentos del Plan de Desarrollo, Económico y Social español». El Profesor Ludwig, de la Facultad de Toulouse, expuso su Comunicación sobre «La planification et les Administrations locales». Por último, el Profesor Robine, de la misma Facultad francesa, trató de «La loi de Rilly et les planifications régionales».

G. G. C.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CASAS-MERCADE, Fernando: «Los arrendamientos sobre finca rústica», Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965; 760 págs.

El autor presenta su obra con absoluta honestidad científica: «Este trabajo —escribe— es de índole práctica. Hemos intentado la exégesis del derecho positivo vigente, con ligeras incursiones a otros terrenos cuando nos lo han exigido razones de conveniencia para situar al lector. Nos guiamos, como siempre, por la Jurisprudencia y sólo nos valemos de nuestro modesto criterio ante el hecho imprevisto, la antinomia extraña, el error evidente, el caso dudoso, la opinión diversa, la regla oscura o perturbadora». En efecto, el libro se caracteriza por la atención constante a la pequeña y grande Jurisprudencia, de suerte que cada capítulo se cierra con una relación de sentencias relacionadas con la materia tratada; así como por una detalladísima casuística, bien sistematizada, que realza su utilidad práctica. Pero no podemos silenciar la escasa atención prestada a las cuestiones que, en injustificada oposición, suelen denominarse «teóricas»; reproche que también hube de hacer a la obra de autor sobre aparcerías en estas mismas páginas (cfr. *ADC.* 1956, p. 964 s.).

La materia se distribuye en cinco libros: el primero dedicado al nacimiento de la relación arrendaticia (constitución, fuentes, orden de prelación, clases, forma, inscripción); el segundo trata de la vida de la relación arrendaticia (caracteres, partes, derechos y obligaciones, la finca, los aprovechamientos, renta, duración, pactos especiales, daños y perjuicios, retracto, reparaciones y mejoras, aspectos hipotecarios, administrativos, penal y social, subarriendo, cesiones consentidas); el tercero se ocupa de la extinción; el cuarto se dedica a las diferentes modalidades (arrendamiento protegido, especialmente protegido, excluidos, colectivo, etc.); por último, el libro quinto trata de la normativa procesal.

Es encomiable el propósito de exhaustividad alentado por el autor (cfr. las páginas dedicadas a los arrendamientos forzosos o militares), así como el ingente material acumulado que, en ocasiones, hubiéramos deseado fuese objeto de mayor elaboración doctrinal.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

HOOD PHILLIPS, O.: «A First Book of English Law», 5.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1965 (332 páginas).

Es frecuente en la literatura jurídica anglo-sajona, especialmente en la inglesa, un tipo de libro de carácter introductorio que se propone como finalidades, de un lado la de dar una visión inicial y primera de los problemas

jurídicos y de su ordenamiento al estudiante de Derecho al comienzo de su carrera y, de otro, la de proporcionar estos conocimientos con carácter elemental a quien necesita para otras actividades un mínimo de formación jurídica, aunque no se piense que en el futuro tenga que profundizar en ella (son ejemplos recientes de estos libros, por citar alguno, W. F. Frank, *The General Principles of English Law*, 3.ª ed., Londres, 1964; W. D. Redmon, *General Principles of English Law* Londres, 1964).

El *First Book* de Hood Phillips es bastante más que esto. Su contenido coincide con aquellos en el capítulo I sobre nociones generales del Derecho inglés (1), incluyendo un breve bosquejo histórico del *Common Law*, y del nacimiento y desarrollo de los principios y de la jurisdicción de equidad; y en los capítulos últimos, breves resúmenes de nociones generales de Derecho penal (capítulo 15), de Derecho de propiedad (y Derechos Reales, capítulo 16), del derecho de las obligaciones derivadas de actos ilícitos no penales, de naturaleza no contractual (*Law of Tort*, cap. 17; el gran desarrollo de la responsabilidad civil extra contractual es una de las características más salientes de los sistemas jurídicos anglo-sajones respecto de los continentales europeos) y del derecho de obligaciones y contratos (capítulo 18; con un análisis breve, pero sumamente preciso de la doctrina de la *consideration*). Y aún en esta parte el libro presenta la particularidad de suma importancia y no frecuente, de dedicar un capítulo especial y relativamente extenso, al derecho de las personas (cap. 19, págs. 291 a 324), que contiene una teoría general de la personalidad jurídica y tratamientos separados de la persona individual o física y de la persona jurídica; analizando respecto de la primera las reglas generales de capacidad y las causas de incapacidad y, en cuanto a la segunda, la naturaleza jurídica de los entes colectivos y fundacionales, y sus distintos tipos, materia sumamente compleja en Derecho inglés en cuya *legal menagerie*, como irónicamente se la llama (pág. 319), aparecen junto a las personas jurídicas típicas (las *Corporation*) figuras de difícil encuadra como las *Corporation Sole*, oficios personificados de vieja historia y, de menos prosapia, pero con problemas aún más complejos, los sindicatos (*Trade Unions*), montados sobre una serie de derogaciones legislativas del *Common Law* y un conjunto de complejas y apasionantes decisiones judiciales que han hecho de ellos *quasi* o *near corporations* (2).

Pero lo que se debe fundamentalmente destacar (con independencia de que en las partes mencionadas de coincidencia con los libros elementales, el tratamiento aquí puede ser más riguroso y profundo) de este libro son las muy importantes parte I (cap. 2 y 8) y parte II (cap. 9 a 14), en las

(1) Esto es, el sistema jurídico de Inglaterra, Gales y Norte de Irlanda; el Derecho privado escocés, retenido tras la *Union Act* de 1707 responde a otros principios, mucho más influidos por la recepción del Derecho romano; «tiene una historia muy distinta a la del inglés», y sus peculiaridades se conservan, aunque tiendan a desaparecer, según el propio Hood Phillips, pág. 1.

(2) Por supuesto este tema aparece tratado con mucho mayor detalle en los libros de Derecho sindical (por ejemplo, N. A. Citrine, *Trade Union Law*, Londres, 1950, págs. 17, 143 y sgs., 201).

que se contienen exposiciones que en absoluto pueden calificarse como introductorias sobre dos importantes materias.

La parte I lleva por rúbrica «Los tribunales» (*The Courts*), constituyendo un estudio sumamente completo de la organización jurisdiccional inglesa y de la composición y ámbito de competencia de los órganos que la forman. El estudio se extiende a los principios generales sobre los que reposa la administración de justicia, incluido el papel que juegan los abogados, junto con materias tales como la designación de jueces, la defensa por pobre y la significación de los juicios con Jurado. Por lo demás, junto a los órganos de la jurisdicción ordinaria, de los Jueces de Paz y *Coroners* a la Cámara de los Lores, se estudian también los Tribunales especiales, muchos de ellos residuos históricos de organizaciones semi extintas, y otros, por el contrario, en pleno vigor (Tribunales militares y eclesiásticos, por ejemplo) y algunos de ellos incluso de creación sumamente reciente (así el Tribunal de «prácticas restrictivas» de la competencia creado por la ley sobre esta materia de 1956).

La parte II tiene el atractivo título de «Las fuentes del Derecho» (*The Sources of English Law*) y es, con toda seguridad, uno de los tratamientos más sistemáticos que puedan leerse en libros ingleses sobre el tema, tanto en su vertiente de fuentes de creación o producción del Derecho como en la de fuentes de conocimiento.

En cuanto a las fuentes de creación («el medio a través del cual el Derecho se hace o pone como existente», pág. 91) el libro analiza sucesiva y separadamente como tales:

— La Ley, entrando sin ambages en la distinción de las relaciones recíprocas que entre sí guardan la ley formal (*Act of Parliament*) y las formas legislativas y reglamentarias derivadas, así como las prescripciones autonómicas de distintos organismos y grupos sociales, con un capítulo especial dedicado a los problemas de aplicación e interpretación de las leyes

— La Jurisprudencia, destacando las diferencias entre el valor de la decisión o sentencia en los sistemas de *Common Law* y los sistemas codificados continentales, basada en la aceptación por los primeros de la doctrina de la obligatoriedad jurídica del precedente, aplicada incluso al Tribunal Supremo respecto de sus propias decisiones («la Cámara de los Lores se tiene a sí propia por sometida a la doctrina de sus sentencias anteriores», *bound by its own previous decisions*: pág. 135) y por supuesto, imponiéndolas a los Tribunales inferiores, con reflexiones sumamente útiles para la localización de la *ratio decidendi*, que es donde reside la regla jurídica que se impone como obligatoria.

La costumbre, rechazando como improbable la posibilidad de que puedan existir hoy, o reconocerse, costumbres generales que no formen ya parte del acervo del *Common Law* (3), salvo posiblemente en Derecho cons-

(3) Las relaciones entre *Common Law* y costumbre general es uno de los temas claves en el Derecho inglés; la tesis de Blackstone sobre el predominio de la costumbre parece hoy definitivamente rechazada, por autoridades como Pollock, Holmes, Cardozo, Pound y Plucknett, entre otras, aparte de que los clásicos, señaladamente Glanvill y Coke, no hablaron de costumbre en el sentido popular

titucional; con lo que la costumbre normativa tiene que ser forzosamente de naturaleza local, además de tener que probarse respecto de ella su carácter inmemorial (anterior a 1189, primer año del reinado de Ricardo I; página 187, con una explicación del curioso origen de este cómputo de la inmemorialidad), su continua observancia y su razonabilidad. *Probarse* en sentido estricto, la mera alegación no basta; no rige respecto de la costumbre la máxima *iura novit curia*; respecto de la inmemoriabilidad basta la prueba de observancia «desde que hay memoria», salvo que se alegue y pruebe de contrario que en algún tiempo posterior a 1189 la costumbre dejó de observarse.

Respecto de las fuentes instrumentales se hace una descripción muy detenida tanto de la forma de publicación y cita de las leyes, como de la publicación y cita de las decisiones en las series de *Law Reports*. Cerrándose esta parte II con un excelente capítulo sobre los «libros de autoridad», desde Glanwill a Pollock o Winfield (especialmente, en cuanto a los autores modernos, respecto del *Law of Tort*, una de las materias en que, reconocidamente, los tratadistas han ido en sus elaboraciones por delante de los jueces).

En resumen, como libro introductorio respecto de la historia del Derecho inglés y sus ramas fundamentales, y como libro básico en cuanto a su Derecho de las personas, organización de los Tribunales y fuentes del Derecho, el de Hood Phillips resulta sumamente completo y de un gran interés. La quinta edición, que aquí se comenta, es una edición revisada respecto de la cuarta, aparecida en 1960. La primera edición es de 1948; y bastantes de las sucesivas ediciones han tenido varias reimpressiones.

M. ALONSO OLEA

INSTITUT INTERNACIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE:
«Jurisprudence de droit uniforme», núm. 3-4. Ed. Dott. A. Giuffrè. 1964.
Milano. Un volumen de 369 págs.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene su sede en Roma; esta localización ya presenta un significado para el campo del Derecho privado que ha tenido su cuna en esta ciudad clásica y eterna por tantos conceptos. Actualmente tiene este Instituto una misión muy significativa en el ámbito comparativo y cuenta ya con una labor extensa en el proceso de unificación de ciertas instituciones en las que se ha presentado la necesidad de un unánime acuerdo en sus relaciones internacionales.

Presidido con mano maestra por el profesor Eula y secundado por su Secretario, el Consejero de Estado, Doctor Mattaui, el Instituto cuenta con ilustres miembros consejeros que representan aquellos países más interesados por una misión de concordia y entedimiento en el ámbito de las

de Blakstone, sino en el concreto de costumbre de los tribunales del Rey, estos es, en líneas generales, de jurisprudencia y precedentes judiciales.

relaciones jurídicas privadas entre los pueblos. Austria está presente por la persona de Loewe, Alemania por Riese, Estados Unidos por Jessup, Bélgica por Lilar, España por De Castro y Bravo, Francia por David, Italia por Mónaco, la India por Singh, Israel por Yadin, Grecia por Zepos, Japón por Murakami, Holanda por Dorhout Mees, Suiza por Gutzwiller, Suecia por Petren, Turquía por Artus y Yugoslavia por Blagojevic.

La sede del Instituto cuenta con una biblioteca copiosa en fondos de Derecho comparado que resulta uno de los mejores centros de estudio de Europa en esta materia. Entre las varias actividades idóneas del Instituto se debe destacar la de ofrecer esta publicación trimestral del texto original de la jurisprudencia sobre las materias tratadas en varios Convenios internacionales. El presente fascículo 3-4, del año 1964, contiene un artículo de fondo a cargo de M. Hornslet, quien da *Noticia de los casos sentenciados por el Tribunal Supremo de Dinamarca en 1963 relativos a ciertos convenios internacionales*. A continuación se recogen las sentencias sobre el Convenio de Bruselas de 1924 que se concretan a casos de conocimiento de embarque, su acción de responsabilidad (contra el capitán de la nave, sobre prescripción), averías, el ámbito de aplicación del Convenio, sobre competencia libramiento, navegabilidad de la nave y otros aspectos.

Sobre el Convenio de Varsovia de 1929 para el transporte aéreo, se recogen dos casos sobre la culpa: la equivalente a dolo (con una especial definición dada por la Ley francesa) y la inexcusable (por un error grave; además, se aborda la responsabilidad del transportista (en el caso de una culpa inexcusable y deliberada).

El Convenio de Ginebra (1930), referido a la Ley uniforme (Anejo I) sobre las letras de cambio y títulos a la orden ha producido una abundante jurisprudencia, entre la que se debe destacar la referente a la aceptación, al aval (dado sin indicación del beneficiado), a los títulos a la orden (sobre fecha de suscripción y lugar de creación), al endoso (sus efectos, el posterior al protesto, por recibimiento en caja, por quiebra del endosante), a la letra de cambio (su prescripción, conversión y ser incompleta a la emisión), a su pago (falta de pago, acción cambiaria) y a su firma.

Por último, y en cuanto atañe al Convenio de Ginebra de 1931, acerca de la ley uniforme (Anejo I) sobre cheques, se producen sentencias respecto al cheque nulo que le faltan los elementos esenciales, al firmado en blanco, al endosado en blanco, al «cheque de banca», al pago y a la provisión en el cheque.

J. BONET CORREA

J. GIRON TENA: «Las grandes empresas». (Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran sociedad anónima. Los grupos de sociedades). Méjico-Valladolid, 1965; 142 págs. 100 pesetas.

Al jurista moderno le compete, como a cualquier estudioso, desentrañar las cuestiones vivas de su especialidad. No debe renunciar a construir, sugerir o intentar modificar los cauces jurídicos que sirven para satisfacer las

necesidades del tráfico. Y para cumplir este compromiso es rigurosamente necesario operar con un método adecuado; es decir, con un método con el que se pueda averiguar no sólo la estructura de las instituciones, sino también, su porqué y su funcionamiento real. Porque hoy interesa más analizar la realización efectiva y real de las instituciones que construir la forma de las mismas.

La preocupación por temas vivos y la utilización de un método adecuado miden la sensibilidad del jurista. Y en este sentido la obra —en general— del Profesor Giron Tena es la labor de un jurista de fina sensibilidad: y concretamente, la obra que rescensionamos confirma la línea de una preocupación y preocupación con sentido de la realidad.

El libro que hoy analizamos se integra de tres conferencias (con algunas adaptaciones que exigía la publicación) dictadas en la Universidad Autónoma de México. Giran las tres conferencias en torno de un mismo centro de interés: la problemática jurídica de la gran sociedad. La primera está dedicada a estudiar —a modo de introducción— «la evolución de los tipos de empresas hasta el cuadro actual de las mismas»; la segunda se refiere a «las cuestiones actuales de la gran sociedad anónima», y, finalmente, la tercera aborda el tema de «los grupos de sociedades».

Como puede observarse, el libro analiza dos cuestiones esenciales: «la gran sociedad anónima» y «los grupos de sociedades». Y analiza tales cuestiones con el deseo de «romper el formalismo y aproximar el Derecho a los hechos, porque creo que es esto lo adecuado a los temas de innovación y reformas» (pág. 19). Y en esta línea de pensamiento se procede a desentrañar los supuestos económicos que han dado lugar al doble fenómeno de la «gran sociedad anónima y de las asociaciones de sociedades». Y concluye: «es la empresa lo que constituye el fenómeno peculiar contemporáneo y son los problemas de esta época los que, del impacto de la misma sociedad y en la economía, se derivan» (pág. 48). De este fenómeno el autor aborda dos cuestiones: por un lado, la problemática jurídica en torno a la gran sociedad anónima, y, por otro lado, la temática que ofrece los grupos de empresas.

Por lo que se refiere a la gran sociedad anónima hay que partir de la afirmación —puntualiza el autor— de que se trata de un tema que «lleva el signo de nuestro tiempo» (pág. 55). Nuestra atención debe centrarse en la «problemática básica que la gran empresa suscita en el seno de la estructura y régimen de la S. A.». Centrado, así, el tema, procede el autor a enmarcarlo dentro del Derecho comparado, para lo cual revisa detenidamente los ordenamientos italiano, alemán, inglés y norteamericano. Manejando una bibliografía de primera mano y un método riguroso y profundo, no sólo en el derecho positivo de dichos países, sino además (y de modo especial), en la polémica doctrinal en torno al tema y en los proyectos de reforma que se elaboran del derecho de sociedades alemán e italiano.

A dos cuestiones fundamentales se reduce la problemática jurídica de la gran sociedad anónima. A saber: «la transformación en figura jurídica-pública de la sociedad anónima por razón de su magnitud» (pág. 92); y en el tema de si la desconexión entre poder de decisión y propiedad de los bienes origina la conversión en jurídico-pública de la posición jurídica que corres-

ponde a los directores o consejeros de administración de las grandes sociedades anónimas contemporáneas» (pág. 93). Respecto a la primera cuestión afirma «que el solo hecho de la magnitud es independiente...» «y que lo que está en juego no es solamente el carácter público o privado, sino la permanencia del concepto mismo de sociedad, si la intervención pública ahoga la libertad de decisión y si los accionistas ni arriesgan ni influyen en la orientación de la entidad» (pág. 93. Respecto a la segunda gran cuestión concluye que «la acción del empresario requiere un saber...» «por eso los accionistas, empresarios, espontáneos como los aspirantes a toreros, no son un ideal: que elijan y destituyan, como en la política, y que estén bien informados, es otra cosa» (pág. 93).

Finalmente, se afronta en el libro que comentamos el tema del grupo de sociedades (así se titula la tercera conferencia que integra la publicación). Sobre dos campos del Derecho Mercantil ha causado impacto el hecho de grupos de empresas: sobre el «sistema competitivo» (tema de la libre competencia); y, sobre la tipología de sociedades (tema de si el grupo de empresas debe constituir un tipo nuevo de sociedad).

El primer sector afectado se reduce a la idea de que la existencia y actuación de los grupos ha creado unos supuestos económicos contrarios al sistema de economía de mercado. Se trata, por consiguiente, de un tema que afecta a lo que se ha venido en llamar «constitución económica» de un país. Los mecanismos de las leyes anti-trus tienden a compensar el fenómeno, que por lo demás es general en todas las economías occidentales. El Derecho ha de enfrentarse a este fenómeno, aunque, quizá, el que más interese sea el de la tipificación del grupo. La raíz del problema está en un doble dato: por un lado, la independencia «en que jurídicamente permanecen las empresas del grupo, y, al mismo tiempo, la pérdida de su autonomía económica» (página 119). ¿Debe pensarse en la necesidad de institucionalizar jurídicamente una figura que dé unidad al grupo? He aquí la clave de esta cuestión. El Catedrático de la Universidad de Valladolid pasa revista a la doctrina que se ha elaborado en torno al tema para llegar a la conclusión de que «los problemas acerca de unidad económica y pluralidad jurídica del grupo son, probablemente, en el momento actual, insuperables, por vía doctrinal» (página 124). «El tema de los grupos es el tema de coordinación de una variedad de relaciones jurídicas, orgánicas o contractuales. Su unidad jurídica plena no es una solución; sería una negación del grupo» (pág. 125).

El libro recensionado cumple una doble función: por un lado, informa con rigor de la situación actual de los problemas que plantea, manteniendo el autor una postura coherente a través de todas las páginas; y, por otro lado, abre surcos nuevos en las cuestiones analizadas sugiriendo múltiples puntos de reflexión. Y en este sentido el trabajo realizado es rigurosamente intelectual, porque no zanja los temas, sino que señala nuevos horizontes.

LECLERCQ, Jacques: «La familia según el Derecho Natural». Traducción española del Doctor Juan Ventosa, Biblioteca Herder, Sección de Ciencias Sociales. Barcelona, 1964, 384 págs.

La personalidad del ilustre profesor de la Universidad de Lovaina es muy conocida en el mundo católico, siendo sus obras muy divulgadas, ya en versión original, ya traducidas.

El presente volumen constituye el tomo III de sus *Leçons de Droit Naturel*, cuya cuarta edición apareció en Bélgica en 1957. Se trata de una obra clásica en la cual los juristas que deseen información sobre la concepción iusnaturalista de la familia y del matrimonio, encontrarán amplios desenvolvimientos acerca de los temas antiguos y de la nueva problemática que la institución familiar plantea. Así, las cuestiones sobre indisolubilidad y divorcio, reconocimiento legal del concubinato, la nueva moral del derecho al amor, el problema de la natalidad, los derechos de la mujer, la situación de los hijos naturales, etc., reciben un adecuado tratamiento a la luz de la Revelación y de la actual doctrina de la Iglesia Católica.

Quizá pudiera notarse la falta de una puesta al día de la bibliografía a partir de la fecha de la última edición belga. Por otra parte, pensando en el lector de habla española acaso hubiera convenido una nota aclaratoria sobre la legislación matrimonial española, cuyas íntimas motivaciones no se aclaran suficientemente en la obra.

La traducción es muy correcta y la presentación excelente, como ya nos tiene acostumbrados la Editorial Herder.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LETE DEL RIO, José Manuel: «La responsabilidad de los órganos tutelares». Prólogo de I. Serrano y Serrano; Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 1965; 225 págs.

La presente obra constituye la Tesis Doctoral de su autor que fue mantenida el 25 de octubre de 1963 en la Facultad de Derecho de Valladolid obteniendo la calificación de «Sobresaliente *cum laude*».

La reseña crítica de esta clase de trabajos —uno de los más característicos de los de investigación científica— obliga a centrar la atención en el tema escogido, en el método utilizado y en los resultados que se han obtenido.

El tema de la responsabilidad de los órganos tutelares ofrece el atractivo de que ha sido poco estudiado por la doctrina, porque la tutela, dentro del Derecho de Familia, es una de las materias que menor número de estudios especializados ha suscitado, quizá porque la minuciosa reglamentación legal produce la engañosa impresión de que todos los problemas están resueltos: por otra parte, como observa el prologuista y ponente de la Tesis, nuestro sistema legal falla en su aplicación práctica por la inveterada desidia de unos y otros órganos tutelares en el cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone. Por tanto, lo acertado de la elección

del tema aparece clara, tanto si se examina la vertiente dogmática como el plano de sus aspectos prácticos.

El doctor Lete del Río ha considerado necesario un planteamiento histórico y de derecho comparado para centrar el tema de su investigación. Ello parece acertado, dado que no podía faltar una exposición del Derecho Romano, el cual, a través de las Partidas, ha estado vigente hasta la promulgación del Código civil; aquella exposición --breve, pero suficiente-- se completa con una referencia a los Fueros, a la recepción del Derecho romano en las Partidas, al Proyecto de 1851 que fue una copia del sistema francés, y a los aspectos procesales contenidos en las Leyes de 1855 y en la vigente. El Derecho francés se estudia, no como Derecho comparado, sino como antecedente histórico de nuestro sistema vigente, siendo de destacar lo detallado de su exposición, así como el cuidado puesto en recoger las últimas modificaciones legislativas.

A continuación se trata del Derecho comparado, tarea facilitada por la atención prestada al sistema francés, de modo que le bastan al autor unos breves trazos para describir el sistema belga y el italiano del Código de 1865 --que se adscriben al sistema de tutela de familia--, mientras que se dedica mayor extensión --por su valor de contraste-- a aquellos países (Alemania, Suiza e Italia después de 1942) que han adoptado la llamada tutela de autoridad.

Con estos antecedentes necesarios aborda el autor en el capítulo VI el estudio de nuestro derecho positivo, estando guiada su investigación por la idea fundamental de que, siendo la tutela una institución en favor de los tutelados, las normas sobre responsabilidad deben interpretarse en beneficio de los menores e incapacitados. Así se trata de la naturaleza de esta responsabilidad, del carácter subsidiario de la responsabilidad extracontractual en defecto de normas concretas, de los diferentes supuestos de responsabilidad en relación con cada uno de los órganos y el momento en que se produce, así como de ciertos casos que ofrecen una mayor complejidad (tutela de los retrasados mentales, tutor nombrado por el extraño, mujer casada tutora de su marido, tutor de hecho, etc.). Se finaliza el trabajo con el estudio de las acciones procedentes en materia de tutela, remoción de los órganos tutelares e indemnización de daños y perjuicios.

Los resultados de la investigación llevada a cabo por el doctor Lete del Río aparecen recogidos a todo lo largo del capítulo VI, y pueden cifrarse en haber logrado iluminar, muchas veces decisivamente, un abigarrado conjunto de preceptos, cuya aplicación no siempre resulta clara. En este sentido bien puede afirmarse que quien en adelante se ocupe de la tutela no podrá prescindir, especialmente, de las ideas expuestas en dicho capítulo. También me parece acertada la caracterización de esta responsabilidad como un supuesto de responsabilidad legal, aunque falta en nuestra doctrina un estudio completo de sus características y régimen. Por otra parte, estimo muy razonable el punto de partida del autor de que, antes que pensar en reformar la tutela, convendría hacer lo posible por que funcionase con arreglo al Derecho vigente, aunque a lo largo de la exposición abundan las consideraciones de *lege ferenda*.

Cabe señalar, por último, que el autor ha conducido su investigación de

forma excelente tanto en lo relativo al manejo de fuentes bibliográficas como jurisprudenciales.

Personalmente discrepo de alguna conclusión y hubiera deseado que hubiera dedicado mayor atención a algunos aspectos (por ejemplo, estimo que el origen inmediato de determinados preceptos de nuestro Código en materia de tutela pudiera encontrarse en el Código portugués). Pero ello no obsta para que felicitemos al doctor Lete del Río por esta su primera muestra de dedicación científica, al propio tiempo que le auguramos un puesto destacado en las filas del privatismo español.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MENENDEZ-VALDES GOLPE, E.: «Las particularidades de derecho patrimonial en el Noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código civil» (Comentarios al texto foral). Becerreá, 1964. Un volumen de 247 páginas.

La codificación del Derecho consuetudinario gallego ha venido a despertar la conciencia de la actitud indolente en que los juristas regionales se habían acomodado; desde la generación de nuestros padres —y para concretarla podemos referirnos a la figura de Pérez Porto— son escasísimos los estudios teóricos y prácticos que tienen por objeto alguna de las particularidades de las relaciones jurídicas más típicas de esta región. Será el profesor Fuenmayor, no gallego, entonces en la Universidad de Santiago y profesional de la abogacía, por lo tanto, con una experiencia directa y práctica del ambiente regional, quien en un alarde de documentación, publique en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (1952), a propósito del «Derecho civil de Galicia», un estudio que vuelve a suscitar la atención de una serie de modalidades que perviven en el agro de las diversas comarcas gallegas. Desde esta contribución fundamental pocos estudios meritorios se hicieron hasta la publicación de la valiosa obra de Paz Ares que aparecía a la luz coetáneamente con el texto de la Compilación gallega.

Pero, desde que apareció la Compilación, el buen y mal humor, la agudeza e ironía, y hasta los complejos del jurista galáico, han salido a relucir en la prensa. Los partidarios o foralistas regionales, los no partidarios o no foralistas, ya situados en la región o fuera de ella, han promovido un duelo dialéctico de recriminaciones: que si se trata de resucitar «muertos», que si es obra de «petit comité» o de laboratorio, que si es a destiempo, que para qué provocar más complejidades en vez de seguir la legislación común, que lo que merecía la pena no se legislaba, que si faltaba esto o lo otro o si sobraba la coma o el punto. El espíritu liberal y rebelde de la región no hace su ausencia como no lo hizo ya con Isabel de Castilla y Fernando de Aragón cuando ante la resistencia a su causa tuvieron que imponer delegados y cancilleres castellanos en la Audiencia gallega; como sucedió a principios del siglo xvii, en tiempos de Felipe III, para conseguir una una ley de renovación de foros, vital para su gran masa de población, y como ocurrirá siempre que se trate de aplicar disposiciones a espaldas de la idiosincrasia gallega.

Con la interesante obra de Menéndez-Valdés *Golpe*, acerca de las particularidades del Derecho patrimonial del noroeste de España, en relación con la Compilación gallega y el Código civil, se renueva el estudio y se abre la polémica. En el aspecto científico de su trabajo, hay que señalar dos partes bien netas: una primera, de comentario al texto legal, donde se sigue correlativamente el orden de exposición del articulado de la Compilación de Galicia, referido a los títulos preliminar, primero, segundo y tercero, que abarcan la materia de los foros, subforos y otros gravámenes análogos, la compañía familiar gallega y la aparcería, donde se hace, además, por el autor un profundo análisis crítico de la realidad sociológica gallega y de sus matices jurídicos, que él conoce muy bien como notario; y, una segunda parte, que se diferencia de la anterior, porque se abandona el método expositivo de comentario para pasar a realizar un magnífico estudio sobre el sistema sucesorio de Galicia, a propósito del título cuarto del texto compilativo que trata la mejora de labrar y poseer, la dote y el usufructo vidual; desde la página 153 hasta la 213 el autor renuncia a sus propósitos de las «consideraciones preliminares», de dirigirse tan sólo a los «juristas prácticos», ofreciendo un estudio dogmático y de la dogmática dominante (Cámara, Fuenmayor, Roca Sastre, Vallet de Goytisolo, Fosar, Casso, Dávila, Alpañés, Seco Caro); aquí se revela la sólida preparación de Eduardo Menéndez, su cultura humanista, su agudez crítica y su gran experiencia como notario.

La obra se cierra con una conclusión (mejor diríamos, una confesión) que, en parte, explica el tono polémico de las «consideraciones preliminares», que no tienen razón de ser en esta magnífica obra de estudio de las costumbres jurídicas gallegas.

Respecto a la crítica del texto compilativo estoy de acuerdo con el autor en lo que atañe a la materia sobre foros (cfr. en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIII, 1953, p. 161 ss) y también con la naturaleza de «comunidad tácita familiar» de la sociedad o compañía familiar gallega (cfr. en *Lar*, de Buenos Aires, 269, 1958, p. 8 ss). En cambio, me parece dura la crítica hacia los compiladores, ya que todos eran profesionales (Magistrados, Notarios y Abogados gallegos), encuadrados en esa faceta «práctica» que el autor discrimina poco afortunadamente; sí tiene razón, Eduardo Menéndez, al decir que la Compilación no fue obra de consulta general con todos los estamentos jurídicos gallegos interesados en realizar una obra lo más perfecta y acabada posible.

La obra se concluye con un índice de materias y otro general, que la hacen muy manejable y práctica para quienes se interesen en la búsqueda de un aspecto concreto.

J. BONEI CORREA

NIETO, Alejandro: «Bienes comunales». Un volumen de 975 páginas. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

Son muy poco frecuentes en el acervo de la literatura científica del Derecho español estudios de la densidad y el volumen de éste. El autor ha realizado una labor que puede servir verdaderamente de modelo, al tomar

como tema de su estudio una institución difícil y problemática, e investigar hasta el final todos los recovecos de su historia y de su presente. Tras la publicación de esta obra, merecidamente el autor ha obtenido la cátedra de Derecho administrativo, y en verdad que, si en los antiguos gremios se exigía una obra para pasar de oficial a maestro, ésta hubiera podido servir admirablemente a su autor a tal intento.

El profesor Nieto, en el prólogo, comienza poniendo de relieve cómo la terminología ha contribuido a introducir mayor confusión en el tratamiento de los bienes comunales, pues lo que se quería decir con ese nombre es que se trataba de bienes de aprovechamiento común de los vecinos, de aprovechamiento vecinal, y, por tanto, «bienes vecinales», distintos de los comunes y los de uso común o público. Y atribuye igualmente el desenfoque en España del estudio del tema a las ideas de ciertos autores --principalmente las de Laveleye-- sobre la propiedad colectiva como origen de toda propiedad; de aquella los bienes comunales serían «restos paleontológicos milagrosamente conservados». Estas ideas hacen escuela en nuestro país, reflejándose, sobre todo, en Joaquín Costa, y convierten a los bienes comunales en un tema de la filosofía de la historia o de pintoresca sociología regional; en un mito cuyo único lado positivo fue el lograr detener el acelerado proceso de liquidación que el liberalismo racionalista había impuesto al patrimonio comunal. Aun desmontada la tesis de Laveleye, el origen histórico de los bienes comunales ha continuado en la penumbra, de modo que «la Historia no ha sido aquí un instrumento colaborador del Derecho, sino una excusa para su pereza». Y, sin embargo, el secreto de los bienes comunales ha de indagarse precisamente en su historia; y no en la evolución de las diversas regulaciones, mejor o peor hecha ya por Azcárate, Cárdenas y Altamira, sino analizando la evolución histórica del instituto, su historia interna. Los resultados que consigue el autor mediante este análisis histórico son realmente satisfactorios: una vez que ha logrado dar con la clave histórica de la institución, ésta se ha hecho perfectamente inteligible, y el fundamento histórico ha resultado útil en todas y cada una de las páginas del libro, como guía insustituible en las interpretaciones dudosas que se han visto iluminadas bajo una nueva perspectiva.

La investigación propia comienza en la Edad Media, que es donde, en España, hay que buscar el origen de los bienes comunales. «Los primeros siglos de la Reconquista suponen la ocupación, por las gentes del Norte, de unos territorios abandonados y en su mayoría incultos, que tiene lugar conforme a dos principios: el señorial-feudal y el comunal». Curiosamente, la literatura se ha volcado, hasta ahora, primordialmente sobre el primer principio; pero como es lógico, para nuestro tema va a ser de más importancia el segundo.

De acuerdo con éste, la ocupación de los yermos se realiza en ocasiones comunales. El rey o el señor asignan unas tierras a una comunidad de vecinos; originariamente, todas las tierras de una agrupación de vecinos son comunales. Sobre ellas, van poco a poco ejerciendo los vecinos sus derechos de presura y escalo... Y con el tiempo, estas apropiaciones individuales que constituían una excepción dentro de las tierras comunales, se

generalizarán tanto que, invirtiéndose los términos, las tierras comunales serán unas simples porciones de tierra no sujetas a propiedad particular.

Los bienes comunales durante los primeros siglos de la Reconquista se atribuyen a los vecinos y moradores de un lugar, a los presente y a los que han de venir; con otras palabras, a una mera agrupación social de vecinos. Pero hacia el siglo XIII se introduce una técnica jurídica romanista que niega personalidad a estas simples agrupaciones sociales, las considera incapaces para ser titular de derechos y obligaciones, y en su lugar coloca unas personas fictas a las que atribuye, sin más, las antiguas relaciones jurídicas del común de vecinos, y, entre ellas, sus bienes: así, el común de vecinos se ve suplantado por una *universitas*, por el Municipio. Esta sustitución no es inmediata: en los documentos medievales se va viendo cómo sólo muy paulatinamente se coloca el Municipio, al principio junto al común de vecinos, y luego desplazándolo por completo. Esta transformación jurídica habría de acarrear graves consecuencias: por lo pronto, los derechos de aprovechamiento de los vecinos van pasando a segundo plano y cada vez cobran mayor importancia los derechos del concejo, que consigue arrogarse un título dominical en el sentido romano. Con todo, la circunstancia de que los bienes del Concejo pudieran utilizarse indistintamente para los fines individuales de los vecinos o para fines corporativos o privados de la *universitas*, quita importancia inmediata a esta cuestión, que sólo se puso al descubierto en todo su valor en el siglo XIX con ocasión de la desamortización.

La esencia de los bienes comunales se nos pone así de manifiesto en las diversas fases de su evolución histórica: primero son los bienes del común de vecinos, luego los bienes del Municipio, y, por último, determinados bienes municipales; los de aprovechamiento común.

El autor, que se ocupa igualmente en su planteamiento histórico de los baldíos y de la formación de los bienes comunales en el siglo XIX, pasa a continuación a examinar el problema de la naturaleza jurídica de estos bienes, para lo cual, parte de la simple observación de que sobre los mismos concurren los derechos del Municipio, por un lado (en cuanto bienes municipales), y de los vecinos, por otro (en cuanto bienes de aprovechamiento común o vecinal).

Analizando separadamente estos elementos, resulta que los derechos de los vecinos son derechos reales administrativos de goce. Cada vecino tiene un derecho de este tipo y los derechos de cada uno de ellos se articulan con los derechos de los demás vecinos en una relación jurídica que puede considerarse como una comunidad de tipo germánico.

En cuanto al derecho de Municipio, es una relación dominical que se expresa en los términos prevenidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Local. Los derechos del Municipio se articulan, por último, con los derechos de los vecinos en forma de lo que la moderna técnica jurídica denomina titularidad jurídica compartida, que determina, a su vez, influencias recíprocas entre unos y otros derechos.

De esta manera quedan analizados los bienes comunales típicos, es decir, los que configura y regula la Ley de Régimen Local y Reglamentos complementarios. Pero estos bienes comunales típicos no agotan las posibilidades de comunidad existentes. Habiendo afirmado que la esencia de la

misma estriba en el aprovechamiento común (vecinal), es claro que pueden darse aprovechamientos comunes, no sobre bienes de propiedad del municipio, sino sobre otras clases. Así aparecen los llamados bienes comunales atípicos, a los que se dedica un extenso y promenorizado estudio: entre ellos, las llamadas comunidades de tierra (la titularidad dominical no corresponde a un municipio, sino a varios de ellos agrupados en una comunidad con personalidad jurídica independiente), los montes vecinales (que en unos casos constituyen simples comunidades de tipo civil y en otros ofrecen la peculiaridad de que la agrupación de sus beneficiarios no coincide con la entidad político-administrativa) a los que tanta importancia se ha dedicado en la legislación forestal y en la *Compilación de Derecho gallego*; las comunidades vecinales (en las que los beneficiarios son vecinos de varios municipios o entidades locales menores, pero sin que haya surgido entre ellos una persona jurídica distinta), las servidumbres y comunidades a que hace referencia el Código civil, y las servidumbres de pastos ejercidas en comunidad sobre terrenos ajenos.

A continuación, examina el autor las diversas cualidades y caracteres de los bienes comunales. Empieza ocupándose de la inalienabilidad, mostrando su evolución histórica, y la independización dogmática del principio en el momento en que los bienes del común se convierten en municipales. Examina las diversas doctrinas en torno al fundamento de la inalienabilidad, concluyendo que el verdadero sentido del principio se encuentra en una limitación al régimen de enajenaciones y concretamente en que el bien comunal debe ser previamente desafectado. Se ocupa después con gran detalle de la desafectación en sus diversas clases, para terminar examinando la enajenación de los bienes desafectados y la posible expropiación forzosa de los mismos y su interés para salvar los rigores del principio de inalienabilidad.

Otro carácter de los bienes comunales en su imprescriptibilidad. La importancia del tema la muestra la simple comparación de las inmensas extensiones que un tiempo abarcaban los bienes comunales y su relativa insignificancia actual: aun cuando en parte las usurpaciones han sido legitimadas posteriormente por disposiciones administrativas o por una ley especial, aun así puede afirmarse que ha sido la prescripción el medio ordinario por el que se han consolidado las ocupaciones ilegales de bienes comunales. Frente a este hecho inconcuso, se alza, desde la Edad Media el principio de la imprescriptibilidad de tales bienes, siempre proclamado y nunca respetado: para el autor, siguiendo a García de Enterría, este principio puede salvarse entendiendo que a la prescripción precede la desafectación expresa o tácita de los bienes comunales, con lo cual la posesión de los particulares puede dar lugar a la usucapión: estudiada la desafectación de los bienes en el capítulo anterior, se fija aquí especialmente en la usucapión de los particulares, estudiando asimismo la adquisición de bienes en concepto de comunales por la Administración, igualmente por el procedimiento prescriptorio.

En íntima relación con el tema anterior, se analiza luego el de la legitimación y recuperación de los bienes comunales usurpados. Aparte las apropiaciones del príncipe (hoy el Estado); las pretensiones de los señores de extender a los bienes comunales sus derechos de señorío que luego son

dominicales, y las pretensiones de los vecinos de convertirlos en bienes de propiedad privada mediante su reparto, existe la agresión más elemental e injustificada: la usurpación. Junto a ella, existe la cesión con título aparentemente legítimo otorgado por quien no tiene capacidad para darlo (licencias y privilegios de roturación de bienes comunales, etc.). En cualquier caso, la reacción jurídica frente a las usurpaciones ofrece dos variantes: la consagración de la ocupación mediante un procedimiento legitimador, o la reivindicación de lo usurpado, bien sea por vía administrativa o judicial. El autor, después de analizar la historia de la cuestión en nuestro Derecho, fijándose detenidamente en la reforma agraria republicana, atende especialmente a los procedimientos reivindicatorios, explicando la moderna formulación del principio de autotutela y la recuperación administrativa directa; luego, las posibilidades de acción judicial, y terminando con el examen de los medios de defensa de la Administración en el Registro de la Propiedad.

Los últimos capítulos se dedican a la forma de los aprovechamientos, en el Derecho comparado y en el español (la vecindad como presupuesto de los aprovechamientos comunales; explotación directa o comunal; adjudicación por lotes o suertes; adjudicación en pública subasta; el principio de la gratuidad, etc.), y al presente y futuro de los bienes comunales, fijándose en su decadencia y exponiendo la problemática actual, tanto de los de pequeña y mediana como de los de gran extensión, y algunas soluciones para revitalizarlos.

El autor ha realizado esta obra de extensión desusada valiéndose, al lado de la escasa bibliografía española, y de la rica literatura extranjera (sin embargo, de carácter instrumental y secundario en obras de este carácter), de los autores del Derecho intermedio y la Jurisprudencia europea. Pero sobre todo, nos dice, «la clave de este libro se encuentra, sin duda, en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en su caso del Consejo de Estado». «El Tribunal Supremo ha tenido que afrontar durante más de un siglo numerosos problemas de bienes comunales, cuya resolución no admitía ni escapismos históricos ni generalidades dogmáticas. La mayor parte de los materiales de este libro proceden de esa inagotable cantera jurisprudencial, como puede comprobarse en el índice de resoluciones citadas y el tratamiento que se les da en el texto». También ha consultado el autor la doctrina del Consejo de Estado formada en torno al apartado cuarto del artículo 192 de la Ley de Régimen Local, así como la de la Dirección General de los Registros, y en determinadas cuestiones la de la Audiencia Territorial de La Coruña. El profesor Nieto advierte cómo ha considerado siempre las sentencias del Tribunal Supremo en relación con los hechos a que se refieren, tendencia tan poco corriente como digna de elogio. El estudio de los hechos en la Jurisprudencia le ha servido también para conocer la realidad existente en España durante la época desamortizadora.

Nos encontramos, como habrá podido intuir el lector, ante una obra profundamente seria. Llena de datos doctrinales y jurisprudenciales, no constituye un simple centón, sino un producto elaboradísimo y original. Por ende, dada su extensión, es el resultado de un trabajo ingente; además, dada su calidad, de un trabajo inteligente. El libro del profesor Nieto represen-

ta un magnífico servicio prestado a la elaboración de nuestro Derecho administrativo, tan necesitado de ella como falto de obras monográficas; y no podrá dejar ya de consultarse en la materia, en la que se ha ganado limpiamente el derecho a la imprescriptibilidad.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

RAYMOND, Guy: «Le consentement des époux au mariage». Préface de C. Cornu. Bibliothèque de Droit Privé, tome LXII. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1965, 174 págs.

Se admite unánimemente por la doctrina que en país divorcista los problemas planteados por el consentimiento matrimonial ofrecen escaso relieve práctico, ya que presenta mayor facilidad el recurso a la disolución del vínculo que un proceso de nulidad. De aquí la inicial extrañeza del lector extranjero ante esta Tesis Doctoral, sentimiento compartido por el propio prologuista de la obra, el Profesor Cornu, Decano de la Facultad de Poitiers, quien destaca el idealismo que hay en la postura del autor. Sin embargo, en la literatura monográfica francesa hay, lo que bien pudiera calificarse de «presencia constante» de las cuestiones sobre consentimiento matrimonial; así, después de la obra ya clásica de Glasson (1866), pueden señalarse las Tesis Doctorales de Poitrineau (1906), Cangardel (1934), Dechamps (1934) y los trabajos más recientes de Foulon-Piganiol y de Guyon en las páginas de la *Revue trimestrielle de Droit civil*. Todo ello revela una sana preocupación por lo que constituye la base fundamental de la unión matrimonial.

La obra se inicia con un estudio preliminar de la libertad matrimonial como condición de la libertad de consentimiento, en el que se ocupa el autor de los problemas planteados por la promesa de matrimonio, el eugenismo, el celibato y los votos eclesiásticos y los impedimentos en general; alude también a la cláusula de celibato impuesta en el contrato de trabajo, cuestión resuelta por s. *Cour* de París de 30 de mayo de 1963, en relación con las azafatas de «Air France»; se muestra inclinado a justificar la necesidad de consentimiento paterno para los contrayentes menores de edad que establece la legislación francesa.

Trata luego del elemento formal, o sea, el rito de la celebración civil del matrimonio, sosteniendo el carácter constitutivo de la declaración del Oficial del Estado Civil para los matrimonios celebrados en Francia; con atenuaciones del formalismo el matrimonio celebrado en el extranjero (por el principio de la equivalencia de formas), el matrimonio de los enfermos, el celebrado por poder y el llamado matrimonio póstumo incorporado al artículo 171 del *Code*, por ley de 31 de diciembre de 1959. La ausencia total de rito implica el concubinato, y la parcial, la clandestinidad. Configura la apariencia matrimonial como un efecto de la celebración.

A continuación se ocupa del elemento interno, o sea, la intención conyugal, tratando como supuestos de ausencia de voluntad los derivados del estado de salud, el matrimonio *in extremis* (según la tradición de la doctrina francesa), y la impotencia como supuesto de consentimiento parcial

(ya se sabe que el *Code* no se ocupa expresamente de ella como causa de nulidad del matrimonio).

Por último, bajo el epígrafe de la personalización de la intención conyugal estudia la falta de libertad y el error en la persona.

Corresponde esta Tesis al tipo medio francés, con buena información nacional, pero con superficiales referencias al Derecho Comparado. El autor se inspira fundamentalmente en la doctrina canonista, pero le hubiera sido seguramente útil la consulta de ordenamientos civiles también inspirados en el Derecho Canónico. Su tesis del valor constitutivo de la declaración del Oficial del Estado parece inspirada en Cicu, si bien cabe observar cierta contradicción con su defensa del valor del consentimiento matrimonial

GABRIEL GARCÍA CANTERO

VIEHWEG, Theodor: «Tópica y Jurisprudencia». Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1964; 143 págs.

El libro que vamos a reseñar es una investigación sobre la naturaleza de la Ciencia del Derecho. Su encuadramiento sistemático es, pues, la Teoría General del Derecho. La cuestión que se plantea es cuál sea el estilo de pensamiento que corresponde a la actividad del jurista.

Parte Viehweg de un concepto de Jurisprudencia (expresión empleada en un sentido amplio que coincide con lo que hoy, entre nosotros, más frecuentemente se denomina Ciencia del Derecho) equivalente al concepto clásico de la misma: la Jurisprudencia es la búsqueda de «qué sea lo justo aquí y ahora». Pero así como en la mayoría de las investigaciones concretas este concepto, si no combatido directamente, es, de hecho, no tenido en cuenta, en el trabajo que comentamos es desarrollado hasta sus últimas consecuencias. La Jurisprudencia, pues, no se confunde con el Derecho Positivo (positivismo jurídico), ni con su exégesis y construcción (formalismo jurídico). Tampoco puede la Jurisprudencia, desde esta perspectiva, ser elaborada de una vez por todas porque los problemas o situaciones conflictivas que la suscitan están engranados en una realidad concreta («hic et nunc») en proceso de continua evolución y, por tanto, cambian de matiz o de naturaleza o incluso desaparecen y son sustituidos por otros.

Esta base de partida, que subyace en toda la obra, se explicita en el capítulo VIII («la tópica y la doctrina civilista») y en él encuentra desarrollo e ilustración. En cuanto al desarrollo podemos sintetizar las afirmaciones de Viehweg en los siguientes términos: la Jurisprudencia está vinculada al problema de la justicia tanto, 1) en su estructura general («la realidad formula la pregunta por el ordenamiento justo y la Jurisprudencia busca la respuesta»), como, 2) en sus elementos integrantes, es decir, sus conceptos y proposiciones («los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica sólo cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia» (pág. 134), como 3) en la utilización de estos conceptos y proposiciones (no son principios absolutos omnicomprensivos, sino reglas

directivas que han de ser diferenciadas y recortadas continuamente en función del problema y que juegan conectados entre sí de una manera flexible). Los ejemplos que ilustran y avalan estas afirmaciones están tomados de la doctrina civilista contemporánea, concretamente, de Von Hippel, Esser y Wilburg.

Entendida así la Jurisprudencia la actividad del jurista o profesional de la investigación jurisprudencial no puede ser configurada con arreglo al esquema de las ciencias deductivas como ha querido la Jurisprudencia de conceptos y como inconscientemente se pretende en muchas ocasiones debido a la fuerza de inercia de los hábitos mentales en aquellas adquiridos. El esquema de estas ciencias es el sistema en su acepción lógica estricta. El sistema supondría en la Jurisprudencia, como supone en las ciencias sistematizadas, la ordenación de los conceptos y proposiciones jurídicos a partir de unos primeros principios en tal forma que éstos sean compatibles e independientes entre sí y, además, que sean capaces de derivar de sí todos y cada uno de aquellos conceptos y proposiciones. Tal sistematización desnaturalizaría la actividad jurisprudencial que, ante «una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental «cuál sea el ordenamiento justo), esto es, de ser móvil» (pág. 142). Aparte de ello la sistematización tropezaría en su elaboración con dificultades de mucha envergadura. Dice Viehweg al respecto: «Sería necesario: una rigurosa axiomatización de todo el Derecho, unida a una rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo que se alcanzaría de un modo más completo mediante el cálculo; unos preceptos de la interpretación de los hechos ordenados rigurosa y exclusivamente hacia el sistema jurídico (o cálculo jurídico); no impedir la admisibilidad de las decisiones «*non liquet*»; conseguir una continuada intervención de un legislador, que trabaje con una exactitud sistemática o calculatoria para hacer solubles los nuevos casos que surjan como insolubles, sin perturbar la perfección lógica del sistema (o cálculo)».

Descartada la lógica como pieza maestra del quehacer jurídico y situada como auxiliar indispensable, pero en segundo puesto queda por decir para completar la teoría de la obra reseñada cuál es justamente esta pieza maestra sobre cuyo esquema se modela la Jurisprudencia: la tópica. A su estudio se dedica la mayor parte del libro. En base, sobre todo, al capítulo III («Análisis de la Tópica»), podemos sintetizar el concepto de la misma en los siguientes términos: una técnica de discusión de problemas en base a unas premisas no apodícticas (o verdaderas en sentido científico), sino «acceptables», «admisibles», o «defendibles» (es decir, útiles y razonables, que no es igual que racionales, y que permitan no quedar paralizados ante el problema).

Sería imposible, en los límites de una recensión, reflejar la riqueza del estudio de la tópica que Viehweg lleva a cabo. Habremos de conformarnos con indicar, sucintamente, el hilo conductor de su exposición. Nos introduce en ella con una alusión a la distinción de Vico entre los estilos de pensar antiguo (retórico o tópico) y moderno (crítico o deductivo). Continúa con la formulación filosófica de la Tópica en Aristóteles. Prosigue con el desarrollo utilitario que de ella dio Cicerón. Conecta la Tópica con el

pensar aporético de Hartmann. Y, en los capítulos IV y V avala su tesis central de que la Jurisprudencia es una Tópica con un argumento histórico: que tanto el *ius civile* como el *mos italicus* se alinean, indiscutiblemente, en el estilo tópico de pensamiento, siendo la fulgurante emergencia de las Ciencias deductivas en el siglo XVII la que ha provocado la desviación de parte de la *eternal research* jurisprudencial por caminos distintos a los que tradicionalmente empleó.

El libro está prologado por García de Enterría quien da cuenta de la fecundidad de la aportación de Viehweg que ya ha cuajado en varios frutos doctrinales que, desde la perspectiva por «Tópica y Jurisprudencia» alumbrada, han procedido a desarrollos ulteriores de las ideas en él contenidas. El magisterio del prolonguista libera de toda ponderación: «Puede resultar paradójico que un libro como éste que reclama para la ciencia jurídica su humildad y sus limitaciones resulte a la postre liberador y ampliador de horizontes, pero estos efectos son siempre una virtud de la verdad... En la sociedad nueva en incesante transformación y penetrada de problemas jurídicos inéditos, tener plena conciencia de esta enseñanza es, sin duda, el mejor servicio que puede prestarse a las posibilidades reales de la Justicia.» (pág. 18).

La traducción se debe a la pluma del Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Díez-Picazo.

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

VINEY, Geneviève: «Le déclin de la responsabilité individuelle». Préface de André Tunc. Bibliothèque de droit privé, sous la direction de Henry Solus. Tome LIII. Paris, 1965. 416 págs.

La obra del profesor Viney parte de un supuesto sociológico evidente: la importancia que el progreso técnico atribuye a los grupos sociales como causantes en su actividad de eventuales perjuicios; los juristas no pueden seguir justificando la ignorancia del *Code civile* hacia los daños no causados por un hecho individual.

Hasta fines del siglo XIX la responsabilidad civil tenía el monopolio de la reparación de daños, pero en la época moderna esta posición preeminente ha desaparecido por virtud de la aparición y desenvolvimiento de las técnicas de socialización de los riesgos.

Sobre esta realidad del mundo contemporáneo el profesor Viney estudia, en primer lugar el problema de si la víctima que tiene derecho a obtener reparación de un daño de una o varias Entidades colectivas: Cajas de Seguridad Social, Cajas de Seguro, Estado o colectividades públicas, personas morales de Derecho privado y fondos de garantía, puede renunciar a estos beneficios a fin de perseguir fundándose en el Código de Napoleón, una indemnización al estilo clásico.

En materia de accidentes de trabajo el artículo 466 del Código de Seguridad Social rehusa a la víctima esta facultad de elección, sin embargo,

tiene acción contra terceros responsables para la reparación integral de sus daños aunque dentro de límites muy reducidos pues se excluye al accidente causado por el patrono o sus delegados, a menos que la falta sea intencional; idéntica norma se encuentra en los artículos 1.145 y 1.147 del Código rural y sin ninguna limitación se reconoce este derecho a la obtención de la indemnización complementaria en provecho de las víctimas beneficiarias de prestaciones debidas por razón de Seguros Sociales.

La facultad de opción es negada a la víctima por el artículo 8.º número 2 del Decreto de 30 de junio de 1952 sobre Fondos de garantía de automóviles, los Fondos son organismos de pago subsidiario para el solo caso de que los responsables de los daños resulten desconocidos, o total o parcialmente insolventes.

En materia de seguros, distintos del de responsabilidad, seguros de personas y cosas, existe, sin ninguna duda, esta facultad de opción cuando el asegurado es la víctima directa del daño. En el caso de seguros de responsabilidad, cuando la víctima no es el asegurado, sino extraña al contrato, la indemnización corre a cargo del «responsable» de acuerdo con la ley de 13 de julio de 1930 que considera al asegurador en un papel subsidiario, de auxiliar en el pago de la responsabilidad civil; lo que se armoniza con la concesión a favor de la víctima de una acción directa contra el asegurador; generalmente la víctima actúa conjuntamente contra responsable y asegurador, pero la jurisprudencia ha declarado válida la estipulación en la póliza de la cláusula de renuncia a esta acción conjunta, al asegurador sólo se podrá demandar probando la imposibilidad de cobrar la indemnización del responsable.

En cuanto a la facultad de opción entre la acción de indemnización dirigida contra una persona moral y la de responsabilidad individual contra su agente es premisa previa, el del problema de la naturaleza de las relaciones entre la persona moral y su agente pues es evidente que si se consideran como un mandato no existirá esta facultad de opción y en cambio la teoría de la comisión conduce a resultados completamente opuestos.

El legislador ha excluido con carácter incondicional y para todos los casos la aplicación de la teoría de la comisión, delimitando los actos por los que los dirigentes sociales responden de su patrimonio propio, y, en consecuencia, negando a la víctima en estos casos la facultad de optar entre ellos y la persona moral como posibles demandados.

En sus relaciones exteriores el dirigente se confunde con la persona moral, en consecuencia, la persona moral será responsable en todos aquellos casos en que estos dirigentes sociales concurra una apariencia de autoridad y de representatividad; pero el hecho de que la sociedad pueda ser puesta en causa no significa la exención personal del autor del daño. Sin embargo, como los servicios del dirigente a la persona social le hacen incurrir en frecuentes faltas civiles (faltas contraactuales, concurrencia desleal, fraudes fiscales, falta de cotización a la Seguridad Social) es frecuente la garantía de la Sociedad por estas extralimitaciones a favor del dirigente; con relación al contenido de estas atribuciones debe medirse la responsabilidad individual del dirigente social.

Existe tanto la necesidad de que una actitud del responsable no substraiga

el patrimonio social a las persecuciones de la víctima, como de que estos dirigentes sociales responden cuando han actuado fuera de sus atribuciones. Si el dirigente en el ejercicio de su cargo y sin buscar una finalidad personal cometido una falta contractual o delictual no se debe autorizar a la víctima la facultad de opción entre la acción contra la Sociedad y su dirigente social. Los Tribunales restringen la opción a los casos de exceso y desviación de poder.

El estatuto de las empresas privadas que otorgan beneficios a las víctimas por actos de sus agentes, prevén explícita o implícitamente la relación entre sus prestaciones y la posibilidad de demandar a la persona moral según el Derecho común, si no existe esta previsión, no se puede privar a la víctima del ejercicio de la acción que le sea más ventajosa, la víctima tiene opción entre la indemnización contratada o la responsabilidad procedente según el Derecho común.

Con relación a las colectividades públicas el problema y su solución es el mismo que el estudiado con relación a la Seguridad Social.

La ley de 5 de abril de 1937, sobre responsabilidad de los funcionarios de enseñanza pública rehusa esta posibilidad de opción, sólo el Estado puede ser emplazado. La ley de 7 de febrero de 1933, artículo 7.º, establece que: «El Estado es, civilmente, responsable de las condenas en daños e intereses que sean pronunciadas, en razón de estos hechos, contra los Magistrados, salvo sus recursos contra estos últimos».

No es cierto, como se ha sostenido, que la Ley niegue la opción a la víctima y le obligue a perseguir al Estado solamente ante los Tribunales, judiciales, a los que somete exclusivamente los litigios de este orden. El término «civilmente responsables» es una referencia a la responsabilidad del *Committant* (1384, 5 del *Code civile*).

A continuación del problema de la opción se centra el profesor Viney en el estudio del de la repercusión de la indemnización pagada por la colectividad, sobre el causante del daño. El artículo 397 del Código de Seguridad Social establece que, después que el accidente o la lesión de que el asegurado es víctima, es imputable a un tercero, las Cajas de Seguridad Social se subrogan de pleno derecho a los interesados o a los que de ellos traigan derechos, en su acción contra los terceros responsables para el reembolso de los gastos que le ocasionaren el accidente o la lesión. El beneficio de la acción de indemnización de daños e intereses se divide entre la Caja para el reembolso de sus gastos y la víctima por la suma restante de la indemnización procedente según las reglas de Derecho común (arts 1.382 y sigs del C. c.). El autor postula por el otorgamiento de una acción a favor de las Cajas contra los terceros causantes del perjuicio por el que les supone a la Caja este desembolso, tal como existe en materia de accidentes de trabajo. Numerosos establecimientos públicos (industrias eléctricas y del gas, Minas S. N. C. F., y ciertas empresas privadas, desempeñando con relación a sus agentes funciones de Cajas de Seguridad Social, han sido dotadas de la facultad de recuperar de los terceros responsables por medio de una subrogación legal el pago de las prestaciones realizadas a la víctima, beneficiario de subrogación legal que sobrepasa el carácter limitativo de la enumeración realizada por el artículo 1.251 del Código civil. Esta

acción subrogatoria, se extiende también al reembolso de las prestaciones indemnizatorias, es decir, al reembolso de los pagos hechos directamente a la víctima para compensarla de los perjuicios sufridos y para obtener el reembolso de su cuantía, aun cuando esta sobrepase los límites señalados por el Derecho común. El reconocimiento para la Asamblea plenaria, en contraposición a la segunda Sección de la Sala de lo civil, de la posibilidad a los organismos públicos de la utilización de una acción directa para el reembolso de las prestaciones no indemnizatorias supone una interpretación extensiva del vínculo de causalidad aunque ello suponga dejar sin explicación lógica el que las Cajas de Seguridad dispongan para este reembolso de una simple acción subrogatoria.

Con relación al Estado, el artículo 1.º de la Ordenanza de 7 de enero de 1959 establece «Cuando la muerte o enfermedad crónica de un agente del Estado es imputable a tercero, el Estado dispone de pleno derecho contra este tercero, por subrogación en los derechos de la víctima o sus causantes, de una acción de reembolso de las prestaciones realizadas por consecuencia de su deceso o enfermedad». El Estado no tiene ningún recurso directo fundado en el artículo 1.382.

La situación de las demás Corporaciones públicas es análoga a la de las Cajas de Seguridad Social. En cuanto a los recursos contra terceros responsables la ordenanza de 7 de enero de 1959 en su artículo 5.º establece que «el Estado puede recurrir contra terceros por la totalidad de las prestaciones a la que es obligado, con la condición de que su montante no exceda del de la reparación puesta a cargo de dichos terceros».

Otro problema que surge de las interferencias de los sistemas de indemnización colectiva y de responsabilidad individual es que no poseen siempre criterios de evaluación idénticos. Si, por ejemplo, el daño de terceros ha sido evaluado por la Caja a una tasa superior a la señalada por el Juez de Derecho común, la Caja puede oponerse a la tasa señalada a los terceros con relación a la víctima, y en el caso de que los Organismos de Seguridad Social hayan fijado una tasa inferior a la señalada por el Juez de Derecho común, deberán reducir su recurso en proporción a la tasa de incapacidad que haya servido de base a sus propios gastos.

En el Derecho común las variaciones del daño posteriores al pronunciamiento del Juez, evaluando daños-intereses, no dan derecho a las partes a pedir la revisión de la valoración, en cambio, para las legislaciones de indemnización colectiva el principio de autoridad de cosa juzgada no es en ninguna manera obstáculo a la recuperación de los terceros de las mejoras posteriores a la decisión definitiva fijando la tasa del recurso si al menos esta variación está prevista como posible por el Juez. Este recurso, por otra parte, no puede rebasar el montante total de la indemnización debida por Derecho común a la víctima por el autor del daño. La jurisprudencia ha autorizado expresamente a los organismos que hacen oficio de Cajas de Seguridad Social a recuperar por el cauce de la acción directa fundada sobre su perjuicio personal, por aplicación del artículo 1.382 del Código civil, las mejoras que imponen el estatuto después del juicio.

Otro problema interesante es el del ámbito de los recursos contra los terceros responsables para el reembolso de la indemnización pagada a la

víctima; con relación al Estado la Ordenanza de 7 de enero de 1959 establece que este recurso no puede ejercerse sobre la porción de daños-intereses correspondientes a perjuicios que, por razón de su naturaleza, no se encuentran al menos parcialmente cubiertos por las prestaciones destinadas a cubrir los perjuicios materiales no corporales.

Estudio especial hace el profesor Viney de los Recursos del Fondo de Garantía automovilista contra los autores del daño responsables según las reglas del Derecho común. La Ordenanza de 7 de enero de 1959, 4 establece que «El Fondo de Garantía se subroga en los derechos que tiene el acreedor de la indemnización contra la persona responsable del accidente o su asegurador, el régimen de esta acción subrogatoria está calcado del de la Seguridad Social.

Además, el Fondo de Garantía dispone de un recurso directo establecido por el Decreto de 30 de junio de 1956, artículo 11, que permite al Fondo de Garantía perseguir al responsable por el importe de lo pagado y sus intereses, en gastos realizados por el Fondo.

El capítulo 3.º de la primera parte trata de la acumulación en favor de la víctima de las prestaciones pagadas. La jurisprudencia y la doctrina con relación a la ley de 13 de julio de 1930, habían establecido la posibilidad de la acumulación pagada por el asegurador de personas (Seguro de Vida, Seguro individual contra los accidentes de trabajo) y los daños e intereses debidos por el responsable del perjuicio. El artículo 36, al permitir al asegurador de daños la subrogación, impide la acumulación en esta clase de seguros, a favor de la víctima.

La Corte de Casación ha establecido que si la víctima actúa contra el asegurador en la medida que su perjuicio ha sido reparado no puede dirigirse contra los terceros responsables y los terceros pueden defenderse con la excepción del pago realizado por el asegurador. En caso de acumulación en beneficio de la víctima, por ignorancia por el tercero responsable de la existencia del contrato, el asegurador puede reclamar de la víctima el exceso de lo cobrado. En las pólizas de seguros es muy frecuente la estipulación de la cláusula subrogatoria, sin embargo, la Corte de Casación ha establecido su nulidad en la medida que sus consecuencias para el asegurado son más desfavorables que las que se seguirían de la subrogación legal.

En la medida que ello no suponga la privación al asegurado de las garantías que le confiere el artículo 36 será posible la sustitución en la póliza de la subrogación por una acción directa.

El asegurador, por consecuencia del ejercicio de la acción subrogatoria se encuentra con las mismas prerrogativas del asegurado y por ello, por ejemplo, puede dirigirse contra los aseguradores de los terceros responsables.

El artículo 36, 3 establece que el asegurador no tiene ninguna acción contra los descendientes, ascendientes, empleados o domésticos, y, en general, contra toda persona que viva en el hogar del asegurado, salvo el caso de mala fe de alguna de esas personas.

La acción subrogatoria tiene, pues, el doble límite de la suma pagada por el asegurador subrogante y de la deuda de los terceros responsables

con relación al asegurado y se ejerce tanto por las sumas debidas por el tercero, responsable por contrato o por delito.

La sentencia contra el asegurador en caso de acción de la víctima contra el asegurador, no tiene eficacia con relación a los terceros responsables y en el caso de acción contra los terceros responsables la sentencia contra estos terceros no tiene frente al asegurador la eficacia de la cosa juzgada.

La Jurisprudencia ha reconocido a la víctima un derecho propio a la indemnización del seguro, para evitar que una negligencia del asegurado, supusiese para la víctima la pérdida de su derecho.

El Derecho común del Seguro de Responsabilidad considera como excepciones no oponibles a la víctima: a) La decadencia de los derechos del asegurado con posterioridad a la realización del accidente b) La suspensión del contrato por un suceso que no hay adquirido existencia cierta antes del contrato. Y el Decreto de 7 de enero de 1959 ha declarado inoponibles a las víctimas de accidentes de automóvil: a) Las exenciones autorizadas por el mismo Decreto (art. 7.º), así como por el Bureau Central de Tarification (art 28). b) Las decadencias del derecho, anteriores o posteriores al accidente, con exclusión de la suspensión regular de la garantía por no haberse pagado las primas. c) La reducción de la indemnización aplicable al asegurado, que de buena fe ha cometido una irregularidad en la declaración de los riesgos. La Jurisprudencia ha autorizado al asegurador para reclamar no sólo las sumas ya pagadas, sino las que deberá pagar en lo sucesivo.

En cuanto al recurso de la persona moral de Derecho privado contra sus mandatarios, que con sus actos la han hecho responsable, se exige en virtud del artículo 1.992 del Código civil la prueba de la falta de ese agente o mandatario que deberá apreciarse según los términos del mandato y según sea gratuito o retribuido.

En caso de que estas personas sean garantes de la responsabilidad de sus acciones, sus recursos se ejercen por la totalidad de la indemnización pagada a la víctima.

Para la persecución de sus órganos dirigente por la persona moral se requiere como requisito previo su destitución, los textos legislativos hacen referencia unánime a las reglas del mandato para regular la responsabilidad de estos dirigentes con relación a la persona moral.

Expuestas las interferencias entre responsabilidad individual y colectiva el profesor Viney pasa al estudio de la posibilidad o imposibilidad de su coexistencia. Esta posibilidad existe en materia de Seguridad Social ver los artículos 67 y 68 de la Ley de 30 de octubre de 1946, sobre accidentes de trabajo consideran como demandado al responsable del daño, el artículo 95 de la Ordenanza de 19 de octubre de 1946, de Seguros Sociales, reglamentando la acción contra los terceros responsables, tan sólo la legislación sobre los Fondos de Garantía del automóvil consagran la posibilidad de actuar contra el asegurador del responsable.

Sin embargo, las estadísticas oficiales demuestran que nueve de cada diez recursos ejercidos por los organismos públicos, tales como E. D. F. y S. N. C. F. contra los terceros responsables causantes de accidentes a sus

agentes y cuyas prestaciones han pagado estos Organismos, son dirigidos directa o indirectamente contra Compañías de Seguros.

Los Tribunales han entendido por terceros responsables no sólo la persona civilmente responsable, sino la persona moral, a cuyo servicio estaba el agente que realizó el acto dañoso.

La persona moral, sin embargo, raramente actúa después contra sus empleados causantes del daño y el artículo 36, 3 de la Ley de 13 de julio, de 1930 prohíbe al asegurador de la persona moral dirigirse contra los empleados del asegurado.

¿Qué defensa de la responsabilidad individual contra las consecuencias de la ausencia de recursos del asegurador contra el asegurado existen? El seguro de responsabilidad constituye el único enemigo irreductible de la responsabilidad individual, porque solamente ella no abre ningún recurso al organismo colectivo que ha pagado.

Sin embargo, numerosas leyes han establecido la obligación de asegurarse, sobre todo, en materia de transportes, construcción, etc., y una Orden de 7 de febrero de 1915, establece el Seguro Obligatorio de Automovilismo «para toda persona física o moral en razón de los daños materiales o morales causados a terceros por un vehículo de motor, con la sola excepción del Estado y Corporaciones Públicas».

La Corte de Casación ha declarado ineficaz la cláusula de irresponsabilidad contenida en una póliza suscrita por una agencia de viajes que confió a sus clientes a los servicios de un taxista brasileño no asegurado, país en el que el seguro no es obligatorio.

LOS PROCEDIMIENTOS DESTINADOS A EVITAR LA SUPRESION DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL QUE SUPONE EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD

El artículo 12 de la ley de 13 de julio de 1930, establece que el asegurador no responde, aunque exista convención en sentido contrario, de las pérdidas y daños provenientes de una culpa intencional o dolosa del asegurado; el artículo 468 del Código de Seguridad Social prohíbe al patrono garantizarse por un seguro de las consecuencias de faltas inexcusables y la ley de 13 de julio de 1930, establece que puede estipularse que el asegurado quede como propio asegurador por una suma o cantidad determinada o que soportará una deducción fijada de antemano sobre la indemnización pagada por el siniestro.

Por otra parte, existen procedimientos de penalización a la conducta del asegurado como el de aumento o disminución de la prima en cada renovación del contrato sea en función de los accidentes sufridos en el período precedente o en el de las culpas origen de los daños. La facultad de rescisión, para evitar las agravaciones del riesgo durante el curso del contrato, está muy generalizada en las pólizas del contrato de seguro, sobre todo, en las de responsabilidad. El modelo de condiciones generales para el seguro en materia de automovilismo autoriza esta facultad de rescisión, que no ha servido para la prevención de faltas individuales; los asegura-

dores la han ejercido según sus intereses y no por la gravedad objetiva de los riesgos en que han incurrido sus asegurados.

La primera parte de la obra termina con el estudio de la posibilidad y condiciones de una conciliación de la responsabilidad individual y las técnicas de reparación colectiva. Los primeros intérpretes del artículo 1.382 del Código civil habían considerado a la responsabilidad civil como un complemento de responsabilidad penal. Desde 1870 la Jurisprudencia y la doctrina cambiaron su punto de vista por el hecho de que lesiones graves en perjuicio de víctimas inocentes no se podían imputar a la culpabilidad de una persona y, sobre todo, por el hecho de que las técnicas modernas pueden suponer daños catastróficos por un error insignificante a cuyas consecuencias era imposible hacer frente ningún patrimonio individual. Sin embargo, en un régimen moderadamente socialista, la responsabilidad individual puede aligerar las cargas sociales que suponen un régimen de indemnización integral. Pero la coexistencia de estos dos regímenes de responsabilidad, dice el profesor Viney, debe realizarse sobre estas bases: La víctima no debe tener opción entre el ejercicio de la acción de responsabilidad individual según los artículos 1.382 y siguientes y 1.147 y siguientes del Código civil y la reparación colectiva: a) A los organismos colectivos corresponde posteriormente dirigirse al responsable para obtener la reparación y en este sentido se orienta la Jurisprudencia moderna, b) El resarcimiento debe tener su causa en la lesión a un derecho de la víctima reconocido por el ordenamiento jurídico: derecho a la vida, a la salud, al patrimonio, etc.

Si la responsabilidad individual ha declinado de su misión indemnizatoria debe conservar su papel como medio de prevención y represión de las faltas culposas para las que la técnica penal y disciplinaria no ofrecen soluciones flexibles y variadas.

II PARTE

LA INFLUENCIA DE LAS TÉCNICAS DE REPARACION COLECTIVA SOBRE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL INDIVIDUAL

Para abrir el proceso de reparaciones, se requiere que la falta sea causal del daño, pero por ejemplo, un accidente de automóvil depende frecuentemente de varias causas: estado de la carretera, conducta de la víctima, del conductor, etc. La distribución de la responsabilidad con su intrínseca dificultad se ha visto superada por las técnicas de reparación colectiva que solucionan la reparación automática de estos daños.

En el sistema clásico de la responsabilidad civil, cada daño se consideraba perfectamente independiente e individualizado y sus particularidades designaban precisamente sus reglas de indemnización, pero en el mundo moderno se relacionan con causas denominadas «fuentes de riesgos», que obligan como tales a los que actúan sobre ellas imponiéndoles obligaciones de responder de los eventuales daños por medio de seguro u otra garantía.

colectiva) y así los accidentes de tráfico son ligados al automóvil que los provoca, y el deterioro de las casas vecinas por los humos o trepidaciones, se imputan a la «explotación industrial», considerada en su integridad.

El artículo 1.386 del Código civil obliga al propietario a reparar el daño causado por la ruina del edificio en el caso de que sea debida a falta de su reparación; en la época de su redacción la riqueza inmobiliaria era la principal fuente de riqueza; hoy día no ocurre lo mismo y no se concibe que, por ejemplo, una simple caída de una piedra, sin culpa del propietario, pueda suponerle su ruina, sin embargo, el principio de responsabilidad subsiste a través de la transformación de la obligación de reparación en pago de prima de seguro al organismo que tiene a su cargo la responsabilidad.

Es necesario también la consideración de los diferentes derechos existentes sobre la cosa a fin de averiguar a quién incumbe la carga del seguro, sea el encargado de su guarda el que después del accidente será el demandado por la acción de la víctima. Encargado de la guarda jurídica de la cosa es el propietario o el individuo al que el propietario se la ha atribuido por medio de un *negotium juris*, es decir, de un contrato regular.

La Jurisprudencia ha establecido «que el propietario de la cosa confiada a un tercero, no cesa de ser responsable, si no se ha estipulado que ese tercero ha recibido con la cosa, la posibilidad de prevenir los daños que ella pueda producir», por ejemplo, no responderá el propietario en caso de cosa confiada para su dirección y uso a un explotador profesional de las mismas.

La Jurisprudencia, para evitar la agravación del asegurador por hechos de los empleados ha establecido que no está encargado de su guarda mas que el individuo que explota por su propia cuenta la cosa que dirige y controla.

En cuanto a la responsabilidad del comitente por los daños causados por su empleado se trata en realidad de un artificio destinado a evitar que la sociedad tome a su cargo cierta categoría particular de insolvencias. La Sala de lo Social en contraposición a la Sala de lo civil que exige una ligazón estrecha entre los actos del empleado y sus funciones, exonera sólo al comitente cuando los actos de su empleado son extraños a la relación laboral.

Lo mismo que la teoría anterior, la de la responsabilidad del comitente implícitamente hace referencia a la «explotación profesional», ambas teorías no son más que una manifestación de la responsabilidad sin falta.

La mayoría de las obligaciones pactadas por la explotación profesional son obligaciones de resultado, poco importa al cliente la diligencia o no de su proveedor, si no obtiene el resultado pactado, la responsabilidad del deudor es independiente de su culpabilidad.

Independientemente el explotador profesional tiene a su cargo una obligación de seguridad que a veces constituye el objeto principal de su contrato (ejemplo, contrato médico o de clínica), que es una carga de la explotación repercutible sobre la colectividad. Sin embargo, mientras el riesgo comercial o industrial se identifica fácilmente por la inejecución de la prestación estipulada, por lo que puede ser objeto de seguro, no lo es

el de la actividad de un médico o de un abogado; su responsabilidad será apreciada según su «obligación de actividad».

Sobre la reparación de daños surgidos de la relación de vecindad la estadística demuestra que la mayoría de los daños de gran cuantía surgen como consecuencia de explotaciones comerciales o industriales. Sin embargo, el interés público de proteger la existencia de estas instalaciones se armoniza con la reparación de daños que, cubierta por entidades aseguradoras, suponen una transferencia a través del precio de venta, a cargo de los consumidores.

Hoy día, más que de una responsabilidad sin falta, debe hablarse de una indemnización sin falta, la falta tiene su papel no como condición de la indemnización, sino como medida de la sanción.

Después de una Sentencia de la Sala de lo civil de 26 de marzo de 1913, el principio de la reparación integral de todos los daños está hoy prácticamente admitido. El Juez tiene una gran libertad de evaluación en la apreciación del daño moral y su condena debe ser en proporción a la culpabilidad de su autor.

Por otra parte, son nulas las convenciones exonerando a la responsabilidad individual en caso de dolo o falta grave y así en materia de accidentes de trabajo la falta intencional del patrón origina para la víctima una acción directa por la diferencia entre la indemnización legal y el montante de daños e intereses que deben serle pagados por aplicación del Derecho común.

La pluralidad de autores en el hecho dañoso ha servido también a la Jurisprudencia para hacer funcionar el sistema de responsabilidad individual, proporcionando la condena a la diversa gravedad de las culpas de los diversos coautores; ello supone en la práctica la disociación de la acción de reparación de la víctima contra el organismo colectivo y la ejercida contra el autor del daño.

¿Qué efectos tienen la gravedad de las faltas en relación con los recursos contra los autores individuales del daño? En cuanto a la acción de las Cajas de Seguridad Social contra el patrón culpable de una falta intencional o inexcusable, su efecto es el sometimiento del culpable al Derecho común y así el artículo 469, 1.º del Código de Seguridad Social abre a la víctima la posibilidad de exigir directamente del culpable la reparación del perjuicio causado, conforme a las reglas del Derecho común y en la medida que el perjuicio no ha sido reparado por aplicación de las reglas del presente libro», y el artículo 469, 2 autoriza a la Caja a intentar contra el autor del accidente acción para el reembolso de las sumas pagadas.

En cuanto a la influencia de la responsabilidad de las personas morales sobre la responsabilidad individual varía según la relación que le ligue con sus miembros, en el caso excepcional de que haya actuado por medio de un mandatario que ha actuado dentro de los poderes conferidos, sus responsabilidad será directa.

En los demás casos, la cualificación del acto del comisionado dependerá de su papel en el seno de la persona moral y de las obligaciones contraídas por ésta en reclamación a terceros. En los dirigentes sociales que encarnan a la persona moral casi siempre se registrará una coexistencia de

la responsabilidad individual y de la responsabilidad colectiva, sin embargo, en numerosos casos el Derecho positivo reconoce casos de responsabilidad colectiva sin responsabilidad individual y así la persona moral es responsable cuando las medidas necesarias no han sido adoptadas, tanto en el caso de que cada agente haya obrado en la esfera de sus atribuciones como en el de que la omisión resulte de un vicio de la estructura interna del organismo.

La Jurisprudencia a efectos de la responsabilidad ha considerado como persona moral «a todo grupo provisto de una posibilidad de expresión colectiva, para la defensa de sus intereses lícitos, dignos por consecuencia de ser jurídicamente reconocidos y protegidos». Una Sentencia de la Corte de Aix de 13 de noviembre de 1956, ha establecido «Una Asociación no declarada que funciona durante numerosos años, teniendo cuenta en Banca efectuando compras y realizando pagos, teniendo la apariencia de una asociación declarada y debiéndose considerar como tal por aplicación de la teoría de la apariencia».

Al lado de la persona moral única, Agrupación que en principio es reconocida por el Derecho francés, la técnica moderna hace aparecer grupos de gentes especializadas que aunan sus esfuerzos en vista de un interés común, tendencia que se manifiesta incluso en profesiones tradicionalmente individualistas, así, una operación se confía hoy a un equipo médico.

El Código civil concede a las víctimas la acción de responsabilidad por hecho de otro del artículo 1384, sin embargo, a veces es imposible averiguar el lazo de causalidad y, en este caso, sólo le queda ejercer una acción de responsabilidad solidaria.

La reparación se impone con toda evidencia y de una manera automática cuando todos los individuos del grupo del que ha surgido el hecho dañoso están cubiertos por el mismo seguro. La Corte Suprema (15 de junio de 1957) a propósito de una partida de caza; que siete cazadores convinieron cerrar con una salva de disparos de la que resultó herido un octavo, condenó a los siete solidariamente porque «la causa real del accidente ha consistido en la acción concertada de los siete demandados que han participado en un acto que no es acto normal de la caza en condiciones de imprudencia y torpeza, siéndoles imputables a todos». La víctima de estos daños debe probar el hecho dañoso y su imputabilidad a un miembro ideal del grupo, estando tan sólo dispensada de designarle físicamente.

La obra del profesor Viney recoge todas las tendencias de la doctrina y jurisprudencia francesa para una armónica delimitación de los campos de la responsabilidad de Derecho común y de la responsabilidad colectiva; constituye una valiosa ayuda para la tarea inmensa que en este campo les queda por realizar a la de todos los países, mérito que nosotros creemos debería ser reconocido por su edición en lengua española.

LUIS SIMÓN DÍAZ

REVISTAS

A cargo de Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

I. Parte general.

BENEXTO, Juan: *Los grandes tratadistas de "Iustitia et iure": Esteban Fagúndez y Francisco Pinheiro*, RGLJ, año CX, segunda época, tomo XLIV, número 3; págs. 339-351.

Constituyen dos muestras de la aportación de la Universidad de Évora al pensamiento jurídico. Fagúndez (1577-1645) escribe: "De contractibus et de acquisitione et translatione domini". Y Pinheiro tiene dos obras dedicadas a materias jurídicas: "De censu et enphiteusi" y "De testamentis".

ELÍAS DE TEJADA, Francisco: *Necesidad de sustituir los Principios Generales del Derecho por el Derecho Natural hispánico*, RGLJ, año CX, tomo 45, segunda época, julio-agosto 1962; págs. 1-20.

"La noción de los Principios Generales del Derecho fue en la segunda mitad del siglo XIX, el inconfesado sustitutivo que el positivismo jurídico encontró para la idea eternamente válida del Derecho Natural." Por eso el autor propone volver a la idea del Derecho Natural, entendido a la manera de nuestros tratadistas clásicos.

ESPINAR LA FUENTE, Francisco: *Sobre la distinción entre derechos reales y obligacionales*, RGLJ, año CX, núm. 5; págs. 615-657.

El objeto del artículo "se reduce a plantear ciertos problemas previos y a proponer determinadas soluciones para fijar, la línea de pensamiento del autor, en una materia que de tal modo se extiende por el conjunto del Derecho privado".

JORDANO BARRA, Juan B.: *Derecho civil y Derecho del trabajo*, RDP, diciembre 1934; págs. 1023-1032.

El Derecho del trabajo, que hace su aparición a mediados del siglo XIX, pasa por distintas fases: Derecho excepcional, Derecho de la Sociedad, ius

specialis. Como Derecho de clase se le conceptuó en principio. Este criterio subjetivista vuelve a reinar en autores actuales, concibiéndole, no en el sentido de Derecho de clase, sino como el de una categoría jurídico profesional, definida por el interés. También modernamente se le liga al hecho social del trabajo, o al contrato de trabajo. Se analiza su naturaleza jurídica (tesis privatista, publicista, mixta, del tertium genus), y la cuestión de su autonomía.

MARIN PÉREZ, Pascual: *El nuevo Derecho civil de la Rusia soviética*, RGLJ, año CX, núm. 5, segunda época, tomo 45, noviembre 1962.

El nuevo C. c. ruso, aprobado para entrar en vigor el 1.º de mayo de 1962, introduce modificaciones en las normas civiles del Estado soviético. Marín Pérez expone los principios o bases de tal reforma.

MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, Luis: *Aragón y los fueros aragoneses ante su actual compilación*, RT, núm. 13, 1963; págs. 11-30.

El artículo contiene una visión de conjunto del multiseccular Derecho foral aragonés. Sus orígenes, allá por la Edad Media, lo dejan marcado del signo de la sociedad en que surge. Se estudian sus etapas posteriores: Decreto de Nueva Planta, Código civil, actual proyecto de compilación.

MENDIZABAL ALENDE, Rafael de: *Averroes, filósofo y juez (Síntesis crítico-biográfica)*, RGLJ, año CX, segunda época, tomo XLIV, núm. 4; págs. 489-531.

Entre las muchas dedicaciones intelectuales de Ben Roxd, está la del Derecho. "Excelente jurista", aunque no igualara a su abuelo, fue uno de los mejores de Andalucía, en frase de Ibn Said, y "un fénix de la ciencia jurídica", según Benabioseibia. No se ha estudiado su producción, sobre todo por falta de ediciones críticas, pero se sabe, por ejemplo, que ciertos pasajes de ella se consideraron en su tiempo peligrosos.

Entre sus posibles obras se encuentran:

a) El "Compendio del libro de jurisprudencia de Algazel" y un tratado con el título de "Punto de partida del Doctor autorizado"—al modjtéhíd—"y término supremo del Doctor moderado"—al moctesid—"en lo referente al Derecho".

b) "Vigilia super erroribus repertus in textibus legis."

c) El Tratado sobre los "provechos ilícitos de reyes presidentes y usureros" y otros dos acerca de "los sacrificios" y los "diezmos".

d) El "Curso completo de jurisprudencia árabe" (en dos volúmenes) y una compilación de causas forenses.

NADDELMANN, Kurt H.: *Interpretación uniforme del "Derecho Uniforme": consideraciones posteriores*, BIM, año XVI, núm. 48; págs. 611-618.

Cualquier Texto Uniforme, después de su confesión encierra el problema de su progresiva adaptación a las circunstancias cambiantes de la vida. Se re-

cogen las experiencias americanas, relatándose los cambios ocurridos en lo que se refiere al Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos.

DE ROMEO Y LAGUNAS, Manuel José: *Algunos aspectos de la Justicia y el Derecho soviéticos*, BIM, año XVI, núm. 47, mayo-agosto 1963; págs. 373-380.

La URSS tiene una concepción del Derecho en que se le considera parte de la superestructura socialista y fuerza creadora activa que contribuye al desarrollo del ideal socialista. Sobre estas bases, apuntadas por Gorchenine, se desarrolla el tema, que no es sino resumen de un trabajo de este autor, "*El tribunal soviético y su papel en el desenvolvimiento de la legalidad socialista*", y de un comentario al mismo de G. Lyon-Caen en las páginas de *Le Pensée*.

2. Derecho de la persona.

CABALEIRO, Ezequiel: *La doble nacionalidad*, RGLJ, año CX, segunda época, tomo XLIV, núm. 1; págs. 7-75.

El concepto jurídico de doble nacionalidad es una etapa intermedia en el camino que va de la nación al supranacionalismo. El concepto de nación en crisis, referido a las formas nacionales, aprecia virtualidad, entendido como *nación-idea*.

Se estudia la nacionalidad como entidad jurídica; la doble nacionalidad, su significado; algunos aspectos del régimen jurídico de la doble nacionalidad de Derecho.

El Derecho internacional privado emplea este concepto como punto de conexión. Y otras muchas ramas de Derecho se sirven igualmente de él para señalar "una de las condiciones de los individuos que pueden utilizar sus normas".

La unicidad y exclusividad son notas de concepto de nacionalidad que parecen excluir la *doble nacionalidad*. No obstante, varias razones la justifican: 1) porque el tipo de organización *internacional* está en crisis, exigiendo vías de superación; 2) necesidad de encontrar base jurídica a la tolerancia de hecho de la doble nacionalidad; 3) por motivos económicos. Por eso, junto a la doble nacionalidad *de hecho*, conflictual, surge la *de Derecho*, o pactada, que constituye una situación absolutamente legal, y que supone la búsqueda de un régimen jurídico particular para el sujeto que está vinculado a varias agrupaciones.

Se analizan como aspectos del régimen jurídico de la doble nacionalidad en Derecho: la identidad de los vínculos nacionales; el objeto de un sistema legal para regular la doble nacionalidad; los convenios y la naturaleza de las normas contenidas en los mismos; la doble nacionalidad ante los Derechos privados nacionales; la doble nacionalidad y el Derecho público; el establecimiento de las personas con doble nacionalidad.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El negocio jurídico del Derecho de familia*, RGLJ, año CX, núm. 6, junio 1962; págs. 771-792.

Siendo, a juicio del autor, indispensable una parte general del Derecho de familia, un capítulo importante de ésta es la teoría del negocio jurídico fami-

liar. Aun reconociéndose en los estudios dedicados al negocio jurídico, la división de éstos en negocios familiares y patrimoniales, se construye la teoría general de los mismos sobre la contemplación exclusiva del negocio patrimonial.

Nuestro Derecho positivo ofrece un amplio campo de supuestos de negocios jurídicos familiares, que exigen una ordenación sistemática. No hay, sin embargo, en la doctrina conformidad respecto a la admisibilidad de la figura. Por ello es preciso preguntarse por el ámbito y límites de la autonomía privada en el Derecho de familia, contestando el autor que, son éstos los mismos que en el resto del Derecho privado (la Ley, la Moral y el Orden público), pero actúan con mayor presión.

Son características esenciales del negocio de familia: la existencia de un interés público evidente en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, existencia de subordinación y de autoridad dentro de las relaciones familiares, conexión de las instituciones familiares con el estado civil de las personas, y actuación vigorosa del ingrediente ético y de orden público.

Se clasifican, analizándose, por fin, la estructura de este tipo de negocios.

FERRARI, Gennaro: *L'infortunio agricolo nella dottrina e nella giurisprudenza*, DG, A 77-serie III-A XVIII, enero-febrero 1962-N.1; págs. 12-38.

En materia de accidentes agrícolas, la doctrina y jurisprudencia italiana ofrece vivos contrastes, por la infeliz redacción de los artículos de las Leyes de 23 de agosto de 1917 y 21 de noviembre de 1918. En el trabajo se exponen los problemas que más han empeñado a la doctrina y jurisprudencia.

FERRARI, Gennaro: *L'infortunio agricolo nella dottrina e nella giurisprudenza*, DG, A. 77-serie III-A XVIII, marzo-abril 1962, núm. 2; págs. 97-123.

Es continuación del artículo que con el mismo nombre se publicó en el número anterior de DG. (vid. reseña anterior).

MAC LEAN, Roberto: *Las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado argentino y peruano*, BIM, año XV, núm. 44, mayo-agosto 1962; páginas 299-343.

Tanto en uno como en otro sistema se acepta la extraterritorialidad de la persona jurídica. Así, en Argentina son personas jurídicas las existentes en país extranjero, con tal que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio y sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado (arts. 34 en relación con el 33 C. c.). Y el artículo 15 del C. de c. del Perú establece que las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en Perú. Sentado este principio, se enfrenta el autor con el examen de la forma en que se opera la extraterritorialidad de las personas jurídicas, es decir, el problema del *reconocimiento*. Tras la clasificación, aborda la existencia, capacidad, jurisdicción de los tribunales,

domicilio, nacionalidad, ejercicio del comercio y requisitos para el establecimiento de sucursales. Se refiere a los tratados vigentes en la materia entre Argentina y Perú.

MARTORANO, Federico: *Considerazioni di Diritto comparato en tema di limitazioni negoziali della concorrenza*, RDDC, año IX, núm. 4, julio-agosto 1963; págs. 414-461.

Es objeto de estudio el tratamiento que en el sistema jurídico inglés reciben las prohibiciones contractuales de concurrencia, que son restricciones que un sujeto, por convenio, establece en el ejercicio de su libre actividad económica en interés de la contraparte.

PENSADO TOMÉ, Antonio: *En torno a la exigencia de licencia marital para la confesión judicial de la mujer casada*, RGLJ, año CX, segunda época, tomo XLIV, núm. 3; págs. 352-382.

En este artículo se trata de precisar si la mujer casada, independientemente de la venia o licencia marital general para comparecer en juicio, necesita otra especial para confesar, al menos bajo juramento indecisorio, posiciones formuladas por su contrario procesal.

PUGLIESE, Giovanni: *Il diritto alla "riservatezza" nel quadro dei diritti della personalità*, RDDC, año IX, núm. 6, noviembre-diciembre 1963; págs. 605-627.

El derecho a la "riservatezza" o a la intimidad privada está encaminado a impedir la divulgación de la propia palabra, escritos y, en general, a impedir a los demás la entrada en nuestra propia esfera. En Italia es, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, y como consecuencia de la divulgación de la intimidad personal por obra del cinematógrafo y la novela, cuando los juristas consideran la necesidad de delimitar el campo específico de este derecho de la personalidad. En este artículo se plantea el autor el problema de encontrar encaje jurídico positivo a esta figura.

SANTAGATA, Carlo: *Crediti "ex mandato" e sostituzione del mandante*, RDDC, año IX, núm. 6, noviembre-diciembre 1963; págs. 628-664.

El artículo 1.705 C. c. italiano, cuando el mandatario actúa en nombre propio, concede al mandante el ejercicio de derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato, advirtiendo la ley que en tal ejercicio actúa el mandante "sustituyéndose al mandatario", ya que en la primera parte del citado artículo ha dispuesto que "los terceros no tienen ninguna relación con el mandante". La jurisprudencia italiana, siguiendo en esto la misma línea que la doctrina francesa, propone como solución una acción directa del mandante, fundada en su subingresso en los derechos y obligaciones asumidos con los terceros, por el mandatario, en la ejecución del mandato. La doctrina italiana no es unitaria. Sus soluciones son: transferencia automática al mandante de los créditos ex

mandato; poder del mandante de apropiarse de tales créditos; resolución y rescisión del contrato estipulado por cuenta de otro, pero en nombre propio, por el mandatario.

SATTA, Salvatore: *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, RDC, año LXI, septiembre-octubre 1963, núm. 9-10; págs. 325-332.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, que en abstracto no existe, por ser ambas posiciones tuteladas por el Ordenamiento, ha constituido y constituye el punto difícil de los estudiosos del Derecho público. El problema del resarcimiento del daño derivado de lesiones de intereses legítimos ha cobrado actualidad en la doctrina, especialmente entre los estudiosos del Derecho administrativo, precisamente porque la Administración, en muchos sectores, no funciona como debiera.

SIQUEIROS, José Luis: *Ley aplicable al estado civil de los extranjeros en Méjico: ¿Federal o Estatal?*, BIM, año XV, núm. 44, mayo-agosto 1962; páginas 345-354.

El estado civil de los extranjeros en Méjico, por lo que toca a los diferentes actos relativos a su adquisición, modificación o disolución, debe ser regido siempre por las leyes mejicanas, entendiéndose por estas últimas las legislaciones vigentes en el Distrito Federal, Territorios Federales y Estados de la República, dependiendo de la jurisdicción territorial donde habite el interesado.

El artículo 50 de la Ley de Nacionalidades y Naturalización no limita la autonomía legislativa de las entidades federativas para regular el estado civil de los extranjeros, domiciliados o transeúntes en las mismas.

3. Derecho de cosas.

BARONE, Umberto: *Sul vincolo d'inedificabilità dell'a. 40 della legge urbanistica*, DG, A. 77-serie III-A. XVIII, mayo-junio 1962, núm. 3; págs. 193-203.

La Ley urbanística italiana de 17 agosto 1942, establece limitaciones de la propiedad urbana, como el vínculo de inedificabilidad.

CRISTÁN TOBEÑAS, José: *La propiedad y sus problemas actuales*, año CX, núm. 3, segunda época, tomo 45, septiembre 1962; págs. 211-260.

Se recoge en el trabajo el discurso de apertura de los Tribunales pronunciado por el autor en septiembre de 1962.

Estudia: la propiedad, un problema actual; fundamento y bases del derecho de propiedad, estructuras históricas del derecho de propiedad. Como puede verse, la publicación queda incompleta en este número.

En el desarrollo de estos apartados, el autor se hace eco de las opiniones doctrinales más caracterizadas.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *La propiedad y sus problemas actuales (conclusión)*, RGLJ, año CX, núm. 4, segunda época, tomo 45, octubre 1962; págs. 411-491.

Continuación del discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Castán Tobeñas en la apertura de Tribunales del año 1962. La problemática actual de la propiedad, aspectos y rasgos de la propiedad en nuestro tiempo, es el primer punto de atención del trabajo. El señor Castán, en un último apartado, estudia las repercusiones en el Derecho patrio del concepto moderno de la propiedad y del principio de su función social.

PERLINGIERI, Pietro: *Ripartizioni dei frutti "pro rata temporis" in tema di usufrutto succesivo e di cesione di usufrutto*, DG, A. 77-serie III-A. XVIII, enero-febrero 1962 - N.1; págs. 1-11.

La constitución del usufructo, lo mismo que su extinción, plantea problemas. El artículo 984 C. c. italiano prevé el caso de constitución o extinción del mismo durante el año agrario, o en el curso de un período productivo de mayor duración. La solución que da para tal caso es el reparto de los frutos entre propietario y usufructuario en proporción a la respectiva duración de sus derechos.

El mismo problema se plantea en casos del usufructo sucesivo. El autor del trabajo lo aborda distinguiendo previamente entre usufructo sucesivo constituido por el propietario y el caso de cesión del derecho del usufructuario a otro.

SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO, Carlos: *Observaciones sociológico-jurídicas sobre la propiedad inmobiliaria en el Derecho arcaico romano*, RT, núm. 12, año 1962; págs. 79-107.

El primitivo Derecho romano no ve en la propiedad más que una manifestación de la potestas del pater ejercida sobre las cosas públicas o privadas por medios fácticos (posesión). Tal poder no se puede enajenar, gravar, desmembrar ni transmitir libremente mortis causa. Es limitado en su extensión física, y sólo abarca lo que se puede cultivar con los medios que integran la familia (hijos, esclavos, clientes). En fin, no es un derecho, sino un usus dentro del "ius quiritium" prolongado genealógicamente en el seno familiar. ¿Cuándo se convirtió en derecho subjetivo tal poder? Cuando la primitiva potestas empieza a descomponerse, empujada por imperiosas razones sociológicas, y entonces el dominio es el poder residual, desligado ya del uso (disfrute) de la cosa, que conserva el que ha entregado su objeto a otro para alguna utilización.

4. Obligaciones y contratos.

DE BUEN LOZANO, Néstor: *La forma en el contrato de trabajo*, BIM, año XV, número 43, enero-abril 1963; págs. 59-73.

"Nos enfrentamos a un tema concreto de Derecho laboral, dice el autor, como es el de la determinación de la naturaleza jurídica del requisito de forma

que con relación al contrato colectivo establece la ley de la materia." La Ley Federal del Trabajo (mejicana) dispone, en el artículo 45, que: "El contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse por escrito y por triplicado bajo pena de nulidad. Un ejemplar será conservado por cada una de las dos partes y el otro depositado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje correspondiente, y si no la hubiera, ante la autoridad municipal. No producirá efectos legales sino desde la fecha en que quede depositado por cualquiera de las partes." Sobre este precepto, el autor se plantea las siguientes cuestiones:

1. ¿Existe contrato colectivo de trabajo válido cuando las partes, sindicato y empresa, lo otorgan por escrito y por triplicado?
2. ¿El requisito del depósito perfecciona el contrato colectivo a título de forma, o bien constituye un trámite que presupone la previa existencia y validez del contrato?
3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del requisito de depósito?

CARRESI, Franco: *Il contenuto del contratto*, RDDC, año IX, núm. 4, julio-agosto 1963; págs. 365-413.

Se entiende por *contenido* el conjunto de las determinaciones de las partes de las que resulta el tipo de regulación de intereses que se ha querido ejecutar con el contrato. Se integra de elementos diversos: cláusulas principales y secundarias, condiciones particulares y generales, cláusulas de estilo, siendo necesario que reúna los requisitos de licitud, posibilidad y determinación o determinabilidad. En líneas generales, puede decirse que para que exista determinación es necesario que el contenido esté específicamente determinado.

En relación con el contenido del contrato se traen a examen numerosas figuras jurídicas y clasificaciones de los contratos.

FERNÁNDEZ CANTOS, J. L.: *El problema de la vivienda y la usura*, RGLJ, año CX, núm. 1, enero 1962; págs. 76-104.

La Ley de 23 de julio de 1908, que reprime la usura, proclama en su artículo 1.º la nulidad del contrato de préstamo en los siguientes casos: primero, préstamo con interés superior al normal y desproporcionado con las circunstancias del caso; segundo, préstamos leoninos aceptados por el prestatario a causa de su deficiente situación económica o mental, y tercero, préstamo en que se supone recibida una cantidad mayor de la verdaderamente entregada. Una cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que debían concurrir los tres requisitos para considerar un préstamo como usurario. Pero esta orientación ha sido posteriormente rectificada, teniéndose por motivos independientes cada uno de los tres enunciados.

Los requisitos establecidos para calificar de usurario un contrato de préstamo deben ser apreciados en el momento inicial del mismo. Igualmente deberá apreciarse el préstamo usurario, aunque se simulen contraídos otros contratos lícitos, tales como compraventas con pacto de retro, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Por fin, se refiere el autor a las amplias facultades que otorga el artículo 2.º

de la Ley que comentamos a los tribunales para formar libremente sus convicciones en vista de las alegaciones de las partes.

GATTI, Serafino: *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, RDC, año LXI, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1963; páginas 424-463.

En el Código civil italiano se encuentran disposiciones que dan relevancia jurídica a la desigualdad entre prestación y contraprestación. Tales son, por una parte, los artículos 1.447 y 1.448, y por otra, el 1.467. Los dos primeros, referidos a los contratos bilaterales, establecen acciones rescisorias, por haberse contratado por la necesidad de librarse de un daño o existir lesión ultra dimidium. El otro tiene su campo de aplicación en los contratos de tacto sucesivo, cuando se da excesiva onerosidad para una de las partes.

GORLA, Gino: *Condizioni generali di contratto en contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, RDC, año LXI, núm. 3-4, marzo-abril, 1963; páginas 108-128.

El verdadero problema de las condiciones generales y de los contratos mediante formulario es proteger a la parte más débil contra las cláusulas onerosas establecidas por la otra parte. El articulado del nuevo Código civil italiano establece preceptos renovadores, distinguiendo el problema de la inserción de las condiciones generales del contrato, del más concreto de la inserción y validez de las cláusulas onerosas. El artículo 1.341 exige para la efectividad de las cláusulas onerosas que sean expresamente aprobadas por escrito. Este método drástico presenta, según el autor, serios defectos, debido a la imposición de un requisito de forma, siendo para él preferible otro sistema más elástico, como el vigente en Alemania, por ejemplo.

JORDANO BAREA, Juan B.: *La sociedad de un solo socio*, RDM, vol. XXXVII, número 91, enero-marzo 1964; págs. 7-34.

La sociedad de un solo socio puede ser resultado ocasional o preordenado (sociedad de favor o comodidad). La sociedad devenida unipersonal se nos presenta a primera vista como algo paradójico y contradictorio. Pero a la vista de reiterada jurisprudencia resulta claro que la sociedad anónima o limitada reducida a un solo socio no se disuelve mientras subsista la spes refectionis, o esperanza de que se rehaga la pluralidad. Se trata de una ficción.

El fenómeno de la unipersonalidad preordenada en la constitución de una sociedad anónima o limitada implica un supuesto de negocio indirecto, cuyo negocio medio es una sociedad de aquellas clases y cuyo fin ulterior, un *scopus* atípico (creación de un patrimonio afecto al ejercicio del comercio individual), imposible de conseguir directamente. El pactum fiduciar, o por mejor decir, los diferentes pactos fiduciarios concluidos con cada suscriptor de complacencia no son más que un expediente de segundo grado, escogido para preordenar el negocio medio al fin ulterior.

LÓPEZ VILAS, Ramón J.: *Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato*, RDP, julio-agosto 1964; págs. 615-641.

El subcontrato no es más que un nuevo contrato derivado y dependiente de otro previo, de su misma naturaleza, contrato, aquél, que se origina en virtud de la actitud de una parte contractual que decide contratar con un tercero en base al contrato anterior del cual ella también es parte. El contenido de este segundo contrato no podrá exceder de los límites y amplitud del primero.

El subcontrato es un caso de *unión* entre contratos. Esta unión se debe a la naturaleza y función de los contratos (*unión* objetiva y necesaria). Se orienta en una sola dirección. Se mantiene e incide sobre el desarrollo de la relación propia del contrato y no escuetamente sobre la formación del mismo.

Desde otro aspecto, el subcontrato es un caso de *sucesión constitutiva*. Da origen a una cesión especial, reducida al uso o ejercicio de la posición contractual del contratante intermediario. La primera relación continúa inmutable entre las partes que la contrataron.

TUNC, André: *Posibilidad de comparar el contrato entre sistemas jurídicos de estructuras económicas diferentes*, BIM, año XV, núm. 43, enero-abril 1962; páginas 3-18.

El contrato puede considerarse como el fundamento de la economía occidental capitalista. Dentro de este sector responde a la idea de realización espontánea de la armonía dentro de la libertad. En los países socialistas, por su parte, el contrato sirve para precisar y realizar el plan, y sólo en pequeños sectores se da una verdadera contratación a la usanza occidental.

En los contratos internacionales los países socialistas, cuando intervienen con una contraparte perteneciente a otro bloque de naciones fuera de los planes económicos, asumen papeles semejantes a los contratantes capitalistas. Junto a este hecho, se destaca una aproximación de sistemas contractuales. El intervencionismo estatal, la presión de determinados grupos, ha hecho que la contratación en los países del oeste sea cada vez más, *inmersión* de ambas o una sola de las partes en un estatuto preconfigurado. Igualmente en los países de economía liberal se producen con frecuencia situaciones en que se impone la obligación de contratar.

VAISECELLI, Emilio: *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, RDC, año LXI, núm. 7-8, julio-agosto 1963; págs. 243-268.

La responsabilidad por el retraso en el cumplimiento de una obligación no significa en todo caso la oportunidad de la sanción. La responsabilidad por el retraso y la sanción reposan en un presupuesto diverso. Se estudian las diferencias entre el retraso y la mora.

VARRONE, Claudio: *Ressegna di dottrina e giurisprudenza sul contratto estimatorio*, DG, A.77-serie III-A.XVIII, mayo-junio 1962, núm. 3: págs. 205-222.

En torno al contrato estimatorio se abordan problemas de naturaleza, perfección, partes y respectiva posición de las mismas, figuras afines, contrato estimatorio y quiebra, régimen tributario y tutela penal del tradens.

VICENTE CHAMORRO, J. y PÉREZ ESCOLAR, R.: *Del cheque en descubierto* (En torno al art. 535 bis del Código penal), RDM, vol. XXXVIII, núm. 93, julio-septiembre 1964.

La ilicitud de esta conducta no engendra una responsabilidad en el terreno civil. "El acreedor no padece ningún perjuicio en su patrimonio, salvo el de no haber logrado el cobro de su crédito. El derecho a la cantidad importe del cheque no nace de haber sido impagado éste."

5. Derecho de familia.

BOSCHAN: *La equiparación jurídica del varón y la mujer en el derecho matrimonial europeo*, RDP, julio-agosto 1964; págs. 605-615.

La evolución legislativa de los países europeos en el siglo xx se ha orientado a equiparar al varón y la mujer en el derecho matrimonial. El autor, para dar testimonio de tal afirmación, analiza las relaciones entre marido y mujer en los países que han sentido la influencia de tal orientación.

MAC LEAN, Roberto: *La familia en el Derecho inglés*, BIM, año XV, núm. 45, septiembre-diciembre 1962; págs. 597-612.

El propósito del trabajo es ofrecer una visión panorámica del concepto y condición legal de la familia en Inglaterra, según las leyes promulgadas por el Parlamento, las decisiones de los tribunales de justicia y las opiniones de los autores. Un propósito adicional es presentar al lector la sincronización que existe, no única, sino particularmente en esta rama, entre el impulso social y la actividad legislativa; lo que a fines del siglo pasado, Dicey, y en nuestro tiempo Morris Ginsberg, han llamado la relación entre el Derecho y la opinión pública.

6. Derecho de sucesiones.

ALPAÑES DOMÍNGUEZ, Enrique: *Albaceaigo de realización y albaceaigo de entrega*, RDP, diciembre 1964; págs. 1033-1062.

Se analizan los sistemas de adquisición hereditaria, evolución del albaceaigo, naturaleza jurídica y clases. La esencia del tema, escondida tras estos aparta-

dos, está, para el autor, en la determinación de hasta qué punto "los albaceazgos objeto de estudio transforman y debilitan el status normal del heredero".

ROMEO Y LAGUNAS, Manuel José: *Especialidades testamentarias en Cataluña*, RGLJ, año CX, núm. 1-2, segunda época, tomo 45, julio-agosto 1962: páginas 21-35.

Se analizan los siguientes aspectos: Testamento en general, clasificación de los testamentos, idioma en que han de escribirse, estatutos personal y formal de los mismos, revocación, testigos, clases y especialidades. Entre los tipos de testamentos se analiza el abierto, cerrado, ológrafo, ante el párroco, sacramental. Se estudian igualmente el Codicilo y la Memoria testamentaria.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Las acciones de petición de herencia en el Derecho español*, RGLJ, año CX, núm. 3, segunda época, tomo 45, septiembre 1962; págs. 261-333.

"Son de petición de herencia todas aquellas acciones que persigan bienes o derechos, reales o de obligación, únicamente sobre la base del mejor derecho hereditario del demandante, que el demandado niega." Su naturaleza ha sido entendida diversamente según los autores: Se ha pensado por unos que se trataba de una acción universal. Para otros, la petición de herencia es una acción de estado. Y, por fin, también se ha considerado como acción real, personal o mixta. Están activamente legitimados para su ejercicio: el heredero, el coheredero; el legitimario estará legitimado cuando haya de suceder como heredero, bien por disposición del causante o de la ley; el simplemente llamado no puede interponerla, porque su ejercicio supondría aceptación tácita de la herencia. Plantea problema la legitimación activa del comprador o, en general, del cesionario de la herencia y la del administrador de la herencia, sea o no, además, albacea. La legitimación pasiva se estudia con relación a los siguientes sujetos: heredero aparente, *possessor pro possessore*, herederos del heredero aparente, cesionario de la herencia, *possessor iuris*, mero detentador, exposeedor.

La carga de la prueba, alcance de la cosa juzgada y prescripción de las acciones de petición de herencia son los siguientes puntos de estudio, con los que se concluye el trabajo.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ROSI, Guido: *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, RDCC, año IX, número 8, septiembre-octubre 1963; págs. 493-544.

La acción revocatoria por quiebra encontraba su fundamento en el artículo 709 del C. de c., en el fraude. La nueva ley de quiebras italiana consagra la indisponibilidad relativa del patrimonio del deudor en el período sospechoso. De aquí es posible extraer la revocabilidad del acto que contrarie esta prohi-

ción, aunque tal consecuencia no se fije en ninguna norma legislativa. Así, admitida la revocatoria en el período sospechoso de la quiebra, viene a ser un instrumento para hacer realidad el sistema de la *par conditio creditorum*, y hacer recaer sobre el bien de que se trate la ejecución concursal.

Se analizan separadamente los supuestos de revocatoria en la hipoteca voluntaria, judicial y legal.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

BERNARDINI, Piero: *Disciplina comunitaria e disciplina interna in materia di concorrenza*, RDC, año LXI, julio-agosto 1963, núm. 7-8; págs. 282-310.

La entrada en vigor del primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE, ha suscitado de nuevo problemas relativos a la concurrencia en las reglas del Tratado de Roma. De interés se considera el problema de la relación entre la disciplina de la concurrencia contenida en el Tratado de la CEE y la disciplina interna italiana.

SENA, Giuseppe: *L'abuso di posizione dominante*, RDC, año LXI, noviembre-diciembre 1963, núm. 11-12; págs. 417-423.

La libertad de iniciativa privada impone, no obstante, ciertas limitaciones, para corregir situaciones de empresas en *posición dominante*. Tal normativa, viene a exigir a este tipo de empresas la obligación de perseguir un cierto fin; por tanto, incidiendo sobre el momento teleológico del poder, no reduce la amplitud de su naturaleza, sino que modifica la naturaleza misma.

STOLFI, Mario: *Diritto europeo in materia di concorrenza*, RDC, año LXI, septiembre-octubre 1963, núm. 9-10; págs. 332-350.

A partir de la segunda postguerra, ha tomado actualidad entre los juristas el tema de la libertad de concurrencia, y en los países se ha manifestado en la legislación *antitrust*. Estas orientaciones se han proyectado también en el Derecho internacional, así, por ejemplo, en el marco de los países de la CEE, que aspiran a realizar una integración económica entre ellos.

2. Comerciantes y sociedades.

CARLON, Luis: *Contribución al estudio del nombre comercial*, RDM, volumen XXXVIII, núm. 94, octubre-diciembre 1964.

La protección dispensada al nombre comercial inscrito depende de los sistemas. Es diferente en Derecho francés, inglés, alemán e italiano la considera-

ción que tiene el uso indebido de un nombre comercial ajeno, requiriéndose en algunos, como el alemán, para dispensar protección, la previa inscripción.

En el Derecho español parece que el legislador ha querido otorgar la defensa establecida específicamente en el Estatuto del Registro de la Propiedad industrial sólo a los concesionarios de un Registro, dejando a los demás sometidos a las normas generales en materia de protección de los derechos subjetivos. Y el amparo que presta el Estatuto se extiende al campo administrativo (impidiendo se conceda un nombre comercial igual), penal y civil (indemnización de daños y perjuicios), con carácter absoluto para los titulares registrales, que lo sean en la vida real y sólo frente a terceros (no frente al titular real) para el que lo sea exclusivamente registral.

Los titulares de un nombre comercial no registrado, si bien carecen de la protección que el Estatuto de la Propiedad industrial otorga al concesionario de un registro de nombre comercial, encuentran vías protectoras, en el Derecho comparado, considerándose la utilización indebida de un nombre comercial como supuesto de *competencia desleal* o como *infracción de un derecho absoluto* (se considera surgido éste sin necesidad de cumplir ninguna formalidad registral). De estos dos caminos, el segundo es el practicable en Derecho español.

CARLON, Luis: *Contribución al estudio del nombre comercial*, RDM, volumen XXXVIII, núm. 93, julio-septiembre 1964; págs. 5-55.

El nombre comercial, como signo distintivo, cumple una función identificadora de las actividades industriales y comerciales. Su significado y regulación es diferente en los diversos ordenamientos. En España, la primera mención legal aparece en la ley de Propiedad industrial de 16 de mayo de 1902. La legislación española reconoce sobre el nombre comercial un derecho absoluto que somete parcialmente a las reglas que rigen el derecho de propiedad, pero que en algunos casos se aparta de ellas. Se estudia el nacimiento, transmisión y extinción del nombre comercial y el registro del mismo. En el Derecho comparado se pueden distinguir los sistemas italiano, germánico, francés e inglés. A diferencia de los registros alemán e italiano, que cuando menos parcialmente pueden ser considerados Registros de nombres comerciales, el Registro mercantil español es un Registro de personas, identificadas por su nombre civil. Pero el nombre comercial es susceptible, en España, de ser inscrito en otro Registro: el de la Propiedad industrial. Esta inscripción es potestativa, pero de carácter principal y sustantivo, por cuanto no es una mención que acompañe al verdadero objeto de la inscripción. La inscripción, en general, produce efectos en relación a la vida del derecho al nombre comercial.

FERRARA JR., Francesco: *Sulle modalità dell'aumento di capitale con conferimenti in natura nella società per azioni*, RDC, año LXI, marzo-abril 1963; págs. 73-92.

Las aportaciones en especie a las sociedades por acciones plantea numerosos problemas. Recientemente, dice el autor, la jurisprudencia (italiana) ha tenido ocasión de pronunciarse, y conviene analizar tal decisión porque se trata de

un sector del Derecho de las sociedades por acciones que no ha sido profundizado por la doctrina, y que está plagado de dudas e incertidumbres. Se refiere al caso de la sociedad Pirelli, analizando la problemática de las aportaciones en especie, en la fase de constitución de la sociedad y en una sociedad constituida.

FERRI, Giuseppe: *Diritto agli utiliti e diritto al dividendo*, RDC, año LXI, noviembre-diciembre 1963, núm. 11-12; págs. 405-416.

Para fijar la naturaleza y régimen jurídico del dividendo, es forzoso precisar el contenido de la fórmula "diritto agli utili", para así poder diferenciar este derecho del derecho al dividendo. Este plantea el problema de su naturaleza. ¿Se puede considerar como fruto, o no? La doctrina está dividida. El autor advierte al final de su trabajo: "La realidad es que el dividendo no es fruto", y agrega: "es un derecho que surge a consecuencia de la decisión de distribución, y un bien que se atribuye al socio a consecuencia de un acto de voluntad de la sociedad."

FORNIER BAIGORRI, Ascensión: *Concentración de empresas y prácticas restrictivas de la competencia en la legislación*, RT, núm. 14, 1963; págs. 23-33.

La concentración de empresas es fenómeno potenciado por la masa de capitales aunados, que exige la economía moderna. Fenómeno mirado con recelo por las leyes antimonopolio, y corregido de formas diferentes en el Derecho comparado. En España se reglamenta en la Ley 20, julio 1963.

SALIS, Lino: *Il "procacciatore di affari"*, RDC, año LXI, julio-agosto 1963, número 7-8; págs. 269-280.

El *procacciatore* de los negocios, italiano, como figura que tiene por sí relevancia jurídica para el Derecho, se configura en el supuesto de que a una persona, no ligada al proponente por otros vínculos de subordinación, le venga atribuido el poder de realizar la misma actividad, en relación con terceros, que la que tiene reservada según ley el contrato de agencia, pero sin aquellas características que la ley misma señala como típicas de esta relación social.

3. Cosas mercantiles.

SANTA PINTER, J. J.: *La letra de cambio en Puerto Rico*, RDM, vol. XXXVII, número 91, enero-marzo 1964; págs. 35-53.

Su concepto se halla definido en el artículo 497 del Código como una orden de pago incondicional, por escrito, dirigida por una persona a otra, firmada por la persona que la libra requiriendo a aquella a quien va dirigida que pague, a la vista, o a fecha fija o futura determinable, cierta cantidad de dinero a la

orden o al portador. Se estudia la presentación a la aceptación, el protesto, la intervención en la aceptación, intervención en el pago, letras en diversos ejemplares.

4. Obligaciones y contratos.

CASANOVA, Mario: *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, RDC, año LXI, núm. 3-4, marzo-abril 1963; págs. 93-107.

El artículo 160 de la Ley sobre quiebras, italiana, admite un *convenio preventivo*, en el cual el deudor ofrezca a los acreedores, para el pago de sus deudas, la cesión de todos los bienes existentes en su patrimonio, siempre que con ellos puedan ser satisfechos, al menos, en un cuarenta por ciento del valor de sus créditos. Pero el artículo 186 de la misma Ley dispone para el *convenio con cesión de bienes* que "no se resuelve si en la liquidación de los bienes se obtiene un porcentaje inferior al cuarenta por ciento". Por este camino el sacrificio de los acreedores puede exceder del sesenta por ciento.

Una interpretación lógica del artículo 186, que atienda exclusivamente a la ratio legis, permite, en este caso, declarar resuelto el convenio cuando el porcentaje sea de tal naturaleza, por su pequeñez, que no asegure una satisfacción en modo alguno apreciable de los acreedores.

CASTELLANO, Gaetano: *La risoluzione di diritto del contratto d'assicurazione sulla vita*, RDCC, año IX, núm. 5, septiembre-octubre 1963; págs. 545-558.

El artículo 1.942 cpv., prevé la resolución automática del contrato de seguro cuando el asegurado deje de abonar el premio del mismo. Esta solución es preferible para el autor por significar una mayor certeza en el desarrollo de la relación. Sin embargo, es también cierto que la solución adoptada puede constituir perjuicio para el asegurado, cuando la falta de pago sea debida a fuerza mayor o a incapacidad de entender o querer. La ponderación de estos argumentos contrarios no debe, no obstante, llevarnos a restar valor a la regulación prevista por el legislador.

GAMBINO, Agostino: *Contratto di assicurazione e attività assicurativa*, RDC, año LXI, septiembre-octubre 1963, núm. 9-10; págs. 351-382.

Se toca, una vez más, el viejo problema de la relevancia de la empresa, a efectos de configuración del contrato de seguro, que admite dos formas de enfoque: indagación de la postura del ordenamiento positivo, y análisis en el terreno dogmático sobre cómo la empresa pueda incidir sobre el contenido y la función contractual.

GARCIA AMIGO, Manuel: *La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios; legislación y condiciones generales de contratación*, RDM, vol. XXXVIII, núm. 94, octubre-diciembre 1964; págs. 311-365.

Entre la agencia de transporte y sus clientes se establece una forma típica de relación contractual, con la cual la agencia se obliga a transportar con me-

dios ajenos las mercancías del usuario de sus servicios, debiendo distinguirse, contrato de transporte de las agencias y contrato de comisión, cuando la agencia es comisionista del cargador.

La legislación española fundamental es la Ley de Ordenación de Transportes Mecánicos por carretera (27-XII-47), Reglamento para su aplicación (9-XII-1949) y Reglamento tipo de agencias de transporte (27-VIII-1951), Decreto 2-VII-1964. Se impone en ella a la agencia una obligación de contratar y una *predeterminación reglamentaria* del contenido mínimo del contrato particular, como contrapeso del poder de este tipo de empresas, que actúan normalmente en régimen de monopolio. Se estudia la relación contractual de transporte en el Reglamento tipo.

SANTA PINTER, J. J.: *Teoría de los contratos mercantiles en el Derecho puertorriqueño*, BIM, año XVI, núm. 47, mayo-agosto 1963: págs. 353-361.

En el C. de c. de Puerto Rico no existe una teoría general de las obligaciones mercantiles, pero es posible destacar de sus normas, escasas en esta materia, algunas ideas generales. Así: exigencia de buena fe; prescindencia de formas estrictas en la contratación, para adaptarse a la rapidez del movimiento comercial; prohibición de los términos de gracia; el crédito como base de las operaciones mercantiles; configuración de la mora.

Se analiza el Título primero del Libro segundo del Código de Comercio.

IV. DERECHO NOTARIAL

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Contenido sustantivo de la escritura pública*, RDN, año XII, núm. 43, enero-marzo 1964, págs. 7-144.

En toda escritura pública, nos dice el autor, hemos distinguido, antes de ahora, su contenido sustantivo o *negotium*, y su forma, o *instrumentum*, distinguiendo en éste el hecho de su formalización, de su resultado o documento público. En el trabajo de que damos noticia, analiza, con abundante bibliografía, las consecuencias materiales o sustantivas derivadas de la intervención del notario, dando forma a las declaraciones de las partes, cuando éstas, al comparecer ante él, van ligadas por compromisos previos.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos*, BIM, año XVI, núm. 46, enero-abril 1963: páginas 97-114.

Es deseable una unificación de la codificación procesal en el continente americano. En tanto se llega a tal resultado, dificultado por la diversidad de textos,

aun cuando la mayoría conserva la inspiración de la Ley española de 1855, el autor dedica el artículo al estudio de la uniformación de la prueba en Hispanoamérica.

Sentado que los códigos procesales civiles objeto de nuestro estudio adolecen de falta de elasticidad y exceso de formalismo en materia de prueba, la reforma tendente a su *uniformación*, y con mayor motivo si se aspira a la todavía más ventajosa fórmula de *unificación*, habrá de remover tales obstáculos a todo lo largo de las cuatro fases o etapas en que aquélla se descompone, proposición, admisión, ejecución y apreciación.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLA, Niceto: *Eficacia de las providencias de jurisdicción*, BIM, año XV, núm. 45, septiembre-diciembre 1962; págs. 521-596.

Recopila por orden alfabético de autores las ponencias presentadas al tercer congreso internacional de Derecho Procesal, celebrado en Venecia en abril de 1962.

LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, Miguel: *La preparación de los jueces para el ejercicio de la profesión*, BIM, año XVI, núm. 47, mayo-agosto 1963; págs. 363-372.

Alude al Instituto de Formación e Investigación Jurídica del Japón, Le Centre National d'Etudes Judiciaires de Francia, L'Accademia Nazionale della Magistratura de Italia y la Escuela Judicial española.

MAC LEAN, Roberto: *Introducción al estudio de la extraterritorialidad de las sentencias*, BIM, año XVI, núm. 47, mayo-agosto 1963; págs. 325-351.

No hay unanimidad doctrinal en torno a qué se entienda por sentencia extranjera. El primer intento de justificar el reconocimiento extraterritorial de los fallos se encuentra en las opiniones de Bartolo en el siglo XIV. En el trabajo se dedican páginas a analizar las diferentes teorías, así como las diversas clases de sentencias, ya que los autores, para su mejor estudio, han clasificado a las sentencias de muy diversas maneras. Y en cuanto a los efectos se destacan tres: Efecto de cosa juzgada; efecto de fuerza ejecutoria, y efecto de valor probatorio, concluyéndose que es principio establecido en la gran mayoría de los países civilizados que una sentencia, pronunciada válidamente en un país, será reconocida o ejecutada en otro, según el caso, después de haber sido autorizada por un tribunal de este segundo país, aunque los motivos y formas de esta autorización varían grandemente.

SILVA MELERO, Valentín: *Verdad y error en la decisión judicial*, RGLJ, año CX, núm. 1-2, segunda época, tomo 45, julio-agosto 1962; págs. 21-35.

Se analizan posibles causas de error en las decisiones judiciales. Las causas de error en el proceso civil, dice el autor, han sido calificadas doctrinalmente, unas, como de carácter legal, fundadas en la imperfección de las normas jurídicas, y otras como de carácter personal, referidas a la persona de

los jueces. Tampoco el proceso penal está exento de causas de error, y recientemente autores extranjeros han señalado las que se refieren a la forma de practicar algunas pruebas, especialmente la testifical.

WALD, Arnold: *Validez de los convenios sobre el fuero del contrato y aplicación de la ley extranjera a los convenios celebrados en el Brasil*, BIM, año XVI, núm. 48; págs. 551-561.

“En los contratos internacionales firmados en el Brasil surgen dudas, muchas veces, acerca de la validez de las cláusulas que consideran competente determinado fuero para conocer de todos los litigios derivados del convenio, o de aquellas que reglamentan el contrato, y sus efectos, por la ley extranjera del domicilio o nacionalidad de una de las partes contractuales.”

Se estudia el fuero contractual y la regulación del contrato por la Ley extranjera.

3. Procesos especiales.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, BIM, año XVI, núm. 47, mayo-agosto 1933; págs. 295-324.

De los ingredientes que integran toda decisión judicial, a saber: fundamentación e imperatividad, el legislador brasileño quiso en este caso cargar el acento sobre el segundo y de ahí el nombre de esta institución.

En su naturaleza se da una doble configuración política y jurídica, y un entronque con la doctrina brasileña del *habeas corpus*, que hipertrofiado se extiende desde la mera libertad de movimientos o de locomoción hasta la tutela de otros muchos derechos ciertos y exigibles, según sentir de la jurisprudencia que más tarde trascenderá e imprimirá carácter al mandato de seguridad. El autor agrega: “comparto plenamente la posición de los expositores brasileños que enfocan el mandato de seguridad desde el ángulo del derecho administrativo, así como también la de mi compatriota el profesor Jesús González Pérez cuando a propósito del amparo mexicano entiende que éste hubo de desbordarse a fin de suplir las deficiencias de una justicia administrativa montada sobre bases inconsistentes y con horizontes limitados”.

Se dedican apartados al estudio de las siguientes cuestiones: mandato de seguridad y supremos modos de comprobación jurisdiccional; jurisdicción y jurisprudencia en orden de mandato de seguridad; presupuestos constitucionales de la institución; extensión del mandato de seguridad; cuestiones atañentes a las partes.

BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Consideraciones sobre el arbitraje*, BIM, año XV núm. 43, enero-abril 1962; págs. 19-57.

La institución del arbitraje se nos presenta llena de vitalidad y es muy difícil encuadrarla satisfactoriamente en una única disciplina jurídica. En su

estructura se destacan unos elementos, que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y la ejecución del mismo. Estos elementos se pueden modificar. "Según que se mire la tendencia a equiparar el arbitraje con el procedimiento judicial, o a la pretensión de establecer entre ellos un contraste manifiesto, podrá hablarse de doctrinas publicistas y privatistas." Se estudian en apartados separados cada una de las fases del arbitraje.

FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, BIM, año XVI, núm. 46, enero-abril 1963; págs. 3-69.

Tanto el amparo mejicano como el mandato de seguridad brasileño son instituciones con grandes afinidades espirituales. El amparo está dotado de los siguientes aspectos autónomos: a) El amparo como instrumento protector de los derechos fundamentales de la persona humana. b) El amparo como garantía jurisdiccional contra leyes inconstitucionales. c) El amparo con funciones de recurso de casación. d) Y por fin, como defensa de los particulares frente a la Administración. Se analiza cada uno de estos aspectos, quedando caracterizada la figura como más compleja y amplia que el mandato de seguridad brasileño.

Se estudia: Naturaleza y estructura procesal de las dos instituciones; tribunales de amparo y de mandato; partes (sujeto activo, autoridad demandada, tercero interesado, Ministerio Público); principios formativos; influencia y compenetración recíproca.

PERENZIN, Dominic: *Las excepciones en el juicio ejecutivo mercantil mexicano*, BIM, año XVI, núm. 48; págs. 563-595.

La causa originadora de los medios primitivos para lograr celeridad fue la idea de que era injusto tener que someterse a los inconvenientes del proceso ordinario con sus formalismos y lentitudes, cuando la deuda poseía un cierto grado de certeza.

La certeza sigue siendo hoy la justificación del juicio ejecutivo cuando acompaña a un título jurídico que recibe por ello la denominación de ejecutivo. Se clasifica la certeza en interna y externa, y se analiza el régimen de excepciones en relación con la certeza. Por fin se dedica la parte final del estudio a investigar la cuestión de la procedencia del juicio ordinario posterior al ejecutivo.

RÍOS ESPINOZA, Alejandro: *Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad*, BIM, año XVI, núm. 46, enero-abril 1963; págs. 71-96.

El artículo 113, inciso 33, de la Constitución de Brasil de 16 de julio de 1934 estableció:

"Se otorgará mandato de seguridad para la defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. El proceso será el mismo del *habeas corpus*, debiendo ser siempre escuchada la persona de derecho público interesada. El mandato no perjudicará las acciones petitorias competentes."

Este precepto, donde se crea el mandato de seguridad, ha sido recogido por la constitución vigente de 18 de septiembre de 1946, que dice así:

"Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandato de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder."

Este inciso se encuentra actualmente reglamentado por la Ley núm. 1.533, de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas al mandato de seguridad.

Los elementos estructurales del inciso constitucional son: Derecho líquido y cierto. *Habeas corpus* y mandato de seguridad. Sujeto activo de la relación procesal. Temporalidad. Violación actual o inminente. Sujeto pasivo de la relación procesal. Ilegalidad o abuso de poder. Se analiza cada uno de ellos.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- 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 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 Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).

- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 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 Dereito 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).
 RFDDBA = 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 de 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 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 Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung 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 Público (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 Vérgleichende 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

Puede inscribirse una escritura de hipoteca, presentada en el Registro y pendiente de calificación, en el momento en que tuvo acceso a dicha oficina un mandamiento judicial que declaraba la incapacidad del deudor.

A) El principio de prioridad es uno de los fundamentales en que se asienta nuestro ordenamiento hipotecario, pues al obligar al Registrador a que despache los títulos por el orden de su presentación en el Registro, conforme se deduce de los artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria, viene a determinar el rango de los mismos, caso de que sean compatibles, y de otra parte, impide la inscripción o anotación del título que, presentado posteriormente, esté en contradicción o se le oponga.

En el desenvolvimiento del mencionado principio de prioridad, es doctrina reiterada por este Centro la de que al presentarse títulos contradictorios, la escritura, con las debidas formalidades que tuvo acceso en primer lugar, será la que gozará de los efectos tutelares del sistema, no obstante lo cual—conforme declaró la Resolución de 22 de octubre de 1952—en algunos casos no puede aplicarse con total rigurosidad, hasta el punto de que llegue a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho, que puedan contribuir a una más acertada calificación.

B) El examen detallado de las circunstancias del presente caso, muestra como hecho fundamental la apertura del sumario por el Juez instructor y la subsiguiente expedición del mandamiento referido, para evitar que resulten perjudicados los posibles legítimos derechos de un gran número de personas como consecuencia de los actos del deudor, mas como quiera que la resolución judicial se ha dictado con fecha posterior a la del asiento de presentación de la escritura de hipoteca y sin tener efectos retroactivos, no puede enervar la pretensión del acreedor hipotecario que se encuentra protegido en base del principio de fe pública registral, y todo ello sin perjuicio del fundamental derecho de los interesados, de ejercitar las acciones oportunas ante los Tribunales de Justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título discutido, según establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. (Resolución de 26 de mayo de 1965. B. O. del 22 de junio.)

Puede inscribirse una declaración de obra de una central eléctrica descrita en una escritura de aceptación de herencia por los actuales titulares registrales, sin ser necesaria la previa inscripción de dichas obras a favor de la persona que las realizó, quien no las inscribió, transmitiendo el inmueble en estas circunstancias al padre de los actuales propietarios.

A) El principio de publicidad exige que el Registro se asiente sobre la base del elemento finca inscrita bajo folio y número especial, según el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, con la finalidad de que los terceros puedan enterarse de todo lo que haga referencia al inmueble y les facilite el conocimiento, no sólo de su situación jurídica, sino también de los datos físicos correspondientes, pues aunque estos últimos no aparecen amparados por la fe pública registral no por ello deja de tener importancia, conforme puso de relieve, entre otras, la sentencia de 21 de marzo de 1953, en base del principio de legitimación, que reputa veraz, mientras no sea declarada su inexactitud, cuantas circunstancias naturales o físicas resulten de los asientos.

B) El principio de tracto sucesivo, regulado en el artículo 20 de la Ley, no constituye un obstáculo para la inscripción de unas obras realizadas por titulares anteriores, ya que el derecho del transferente aparece inscrito al estarlo el inmueble sobre el que se asientan la central eléctrica y demás realizaciones, que es lo que constituye la entidad finca, y no las construcciones y obras por sí solas que, separadas del terreno que les sirve de soporte, carecen de virtualidad para abrir folio registral, ya que al ser elementos accesorios del suelo—artículo 358 del Código Civil—forman parte íntegramente del mismo, y únicamente pueden ser inscritos en la hoja abierta a la finca principal.

C) Por lo expuesto, la legislación hipotecaria se preocupa de que figuren en los libros registrales todas aquellas circunstancias que pongan en concordancia la situación real con la del Registro, y así los artículos 208 de la Ley y 308 de su Reglamento, en términos generales, y el artículo 31 de este último texto legal, en los casos de concesiones administrativas, autorizan las inscripciones de las declaraciones de obras ejecutadas, incluso después de practicada la del inmueble, con lo que se logra aquel paralelismo y es ajustada la actuación de los titulares actuales del inmueble, que de esta forma han subsanado la omisión que se había padecido. (Resolución de 29 de mayo de 1965. B. O. del 23 de junio.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

LAS CLAUSULAS DE ESCALA MOVIL "COSTE DE LA VIDA" EN LOCALES DE NEGOCIO Y LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE RENTA

(Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1965)

SUMARIO: 1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1965: el conflicto de intereses planteado y la doctrina legal pronunciada.—2. Aspectos político-económicos y sociales que determinan las condiciones negociales de los contratos de arrendamientos urbanos.—3. El arbitrio judicial en el ámbito de la contratación privada.—4. La diferencia entre una cláusula de escala móvil "coste de la vida" y una mera cláusula de elevación de renta.—5. El fraude a la ley en la legislación de arrendamientos urbanos.

1. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1965: el conflicto de intereses planteado y la doctrina legal pronunciada.*

El primero de julio de mil novecientos cincuenta y seis, una sociedad anónima, propietaria de una casa, arrienda a un comerciante de tejidos un local de negocio, entre cuyas disposiciones (cláusula decimotercera) se estipula "que ambas partes acuerdan fijar la renta a satisfacer por el arrendatario en la forma siguiente: a) durante los cinco primeros años de la vigencia del contrato el arrendatario pagará la renta de setenta mil pesetas anuales; b) a partir del sexto año de vigencia, la renta a pagar en los cinco años siguientes será la que resulte de aumentar la renta pactada de setenta mil pesetas anuales en la misma proporción que haya aumentado el coste de la vida, tomando como base comparativa el actual índice de novecientos cincuenta y seis, con cinco, que figura en el general coste de vida, publicado en el "Boletín Oficial de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación" de febrero-abril de mil novecientos cincuenta y seis y el que resulte fijado en la época en que se realice la determinación de la renta a pagar, tomando también como base el índice de coste de vida que figure entonces en la misma publicación o en otra análoga a la fecha más próxima al treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y uno; que si no pudiera determinarse la renta a pagar por el procedimiento indicado el índice se fijaría por medio de tres árbitros que resolverían en equidad la cuestión; si la renta que resultare de cada cálculo para fijar el quinquenio fuere inferior al diez por ciento de la renta, se incrementará en todo caso en un diez por ciento; c) vencidos los diez primeros años de vigencia, la renta será determinada nuevamente para otros cinco años en la forma establecida en el apartado anterior, y así sucesivamente mientras que permanezca en vigor el presente contrato de arrendamiento."

Transcurridos los cinco primeros años, la renta contractual de cinco mil pesetas mensuales se elevaba en la cifra de dos mil cincuenta y cinco pesetas mensuales más, una vez realizadas las operaciones de acuerdo con el aumento del coste de la vida. En un principio, el arrendatario pagó varias mensualidades

con el incremento ocurrido, pero terminó por solicitar del arrendador la ineficacia de la cláusula decimotercera del arriendo y que se considerase su nulidad radical por ser contraria a derecho.

El Juez de Primera Instancia competente desestima la demanda interpuesta por el arrendatario y acepta el pacto conforme a derecho. Interpuesto recurso de apelación por el arrendatario ante la Audiencia Territorial correspondiente, ésta declara radicalmente nulos los apartados *b)* y *c)* de la cláusula decimotercera del contrato de arrendamiento e ilegítimos los incrementos de renta operados en el expresado contrato. Ante esta decisión, el arrendador interpone recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, quien (siendo ponente el Magistrado Antonio Peral García) dicta la siguiente sentencia:

"CONSIDERANDO: que el contrato privado de arrendamiento del local de negocio concertado por los litigantes, se estableció libremente por las partes y en el concepto de renta una cantidad de setenta mil pesetas anuales, durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, incrementada a partir del sexto año con las variaciones que en el coste de la vida señale el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y cuyo incremento será aplicable durante los cinco años a partir del sexto, haciéndose constar que en el caso de no poderse determinar la renta por dicho procedimiento, se fijará por medio de tres árbitros que resolverían en equidad, y que si la renta que resultase de cada cálculo para fijar la del quinquenio fuera inferior al diez por ciento de la pagada en el período anterior, ésta se incrementará en un diez por ciento, y aún se especifica que al vencimiento de los diez primeros años, la renta será determinada nuevamente para otros cinco en la forma establecida en el apartado anterior, y así sucesivamente mientras que permanezca en vigor el presente contrato de arrendamiento, apartados todos ellos que constituyen e integran la cláusula trece en sus apartados *a*, *b* y *c*, y que en estudio que el Tribunal "a quo" lleva a cabo en relación con la impugnación que de la misma se plantea en el escrito inicial de la litis, resuelve en la sentencia que se recurre, declarando radicalmente nulos los apartados *b* y *c*, de aquella condición establecida, así como la ilegitimidad de los incrementos de renta operados en el expresado contrato en virtud de lo dispuesto en los mencionados apartados, y es todo esto, precisamente, lo que motiva la formalización del recurso de injusticia notoria, sosteniéndose en el mismo sobre la base de una interpretación errónea del artículo cien de la Ley de Arrendamientos Urbanos que la cláusula referida no constituye un pacto de aumento quinquenal progresivo que desvirtúa el sistema de actualización basado en la equivalencia de las prestaciones en los arrendamientos, sin tener en cuenta el recurrente que, tal y como aparece redactada la cláusula discutida, si bien no limita el incremento de la renta, sino que lo impone, en cambio impide el libre juego de los factores económicos al prohibir que la renta pueda ser inferior a la establecida como inicial en el contrato, ya que no otra significación tiene el párrafo tercero del apartado *b)*, que trata de asegurar en todo caso el aumento de renta, estableciendo un aumento funcional del diez por ciento, aunque el cálculo efectuado por los sistemas anteriores diere un resultado inferior, y como ello determina un aumento fijo con carácter progresivo, con ausencia total de las circunstancias de tipo económico y contrario al principio de actualización de la renta a los índices de valoración del coste de la vida, agravado todo ello con el contenido del apartado *c)* que al disponer

los incrementos, vencidos los diez primeros años, para los sucesivos, en la forma establecida en el apartado anterior, habría de hacerse sobre la renta incrementada y no sobre la inicial fijada en el contrato, resultando con ello una progresión contraria de todo punto a lo que constituyen las cláusulas actualizadoras de escala móvil á base del "coste de la vida", pues, al fin y al cabo, esas cláusulas previsoras o reintegrativas de índice variable hacen depender la determinación de la cifra a pagar en moneda fiduciaria de los índices administrativos derivados de aquella circunstancia, cuyo alcance no es otro que el mantenimiento de una determinada equivalencia de las prestaciones en el momento de la ejecución del contrato, y como esta finalidad estabilizadora no ha sido respetada en la condición debatida, sino que lleva el designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente, llegando mediante tal procedimiento y por la sucesión de tales aumentos a constituir una manera de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato, establecida en el artículo once de la Ley especial, se hace inviable el motivo primero y de consecuencia el segundo, porque si se estima la nulidad de pleno derecho, equivalente a la inexistencia de la cláusula litigiosa, que fue precisamente la que dio lugar al abono de los incrementos de renta, se hace indudable que éstos han de reintegrarse, ya que como consecuencia de la nulidad decretada, los efectos producidos han de quedar sin valor alguno, reponiendo las cosas al ser y estado en que se encontraban con anterioridad, y como, por otra parte, la libertad de fijación de renta que concede el artículo noventa y siete de la Ley, que ha de quedar sometida siempre a los demás preceptos arrendaticios en cuanto han de respetarse los postulados esenciales de la improrrogabilidad de los contratos de arrendamiento, y como ello es lo que pretende la sentencia recurrida, se hace inaceptable este segundo motivo, desestimándose el recurso..."

Esta sentencia del Tribunal Supremo tiene especial interés para el jurista actual porque pone en evidencia alguna de las concretas condiciones negociales que en los momentos presentes suelen suscribirse en la contratación privada, especialmente en materia de locación urbana; porque pone de relieve la amplitud de poderes del arbitrio judicial en cuanto al mantenimiento de un contrato o de rechazarlo en parte, declarando la nulidad de pleno derecho o inexistencia de determinadas cláusulas contractuales; porque diferencia y determina el alcance y la finalidad de las cláusulas de escala móvil referidas al "coste de la vida" en contraste con una mera cláusula de elevación de renta; y porque tales condiciones negociales constituyen un fraude o manera de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato, proclamada por el artículo once de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Analícemos, pues, la importancia que cada uno de estos extremos tiene para la problemática jurídica actual.

2. Aspectos político-económicos y sociales que determinan las condiciones negociales de los contratos de arrendamientos urbanos.

Es de gran importancia constatar cómo nuestra política legislativa ha incorporado los principios de justicia social en el ordenamiento que se refiere a las relaciones arrendaticias. La contienda bélica que a partir de 1936 sufrió nuestro territorio traio como resultado un especial condicionamiento para la locación

urbana, al ocurrir la destrucción de edificios y, como consecuencia, provocar una situación de carestía de viviendas y locales que en la postguerra se vio agravada por una lenta recuperación económica (a consecuencia del despojo de las reservas de oro del Banco de España y del bloqueo internacional) que impedía programar un ritmo de construcción acelerado por falta de materiales, por la concentración cada vez más creciente de personas en los núcleos urbanos y por la falta de inversión de los capitales privados debido al bloqueo de rentas y tasa de alquileres con la imposición de prórroga forzosa en beneficio del arrendatario.

Estas dos últimas medidas legislativas de intervención eran una arma de dos filos que los poderes públicos tuvieron que arriesgar para dar preferencia a situaciones de estabilidad social y abortar la especulación que toda situación deficitaria provoca en el mercado, sacrificando las posibilidades de inversión (por la ausencia de un atractivo de lucro) de los capitales privados. La legislación extravagante de la locación urbana (1) surgida en el transcurso de los quince años siguientes a nuestra guerra civil amparaba fundamentalmente la situación de los arrendatarios, pues, a pesar de dar algún incentivo al movimiento constructor, al otorgar la posibilidad de establecer con libertad las rentas de viviendas y locales de negocio de nueva edificación, una vez establecidas volvían a quedar bloqueadas. Por otra parte, la acción de la Administración pública pretendió contribuir a remediar la escasez de viviendas, para lo cual surgieron medidas legales reglamentarias sobre la adquisición de materiales a precio de tasa, construcciones y arrendamientos al amparo oficial; a la antigua legislación de "casas baratas" se unió la de "viviendas de renta limitada", "viviendas protegidas", etc. El alcance limitado de tales medidas no tuvo otro efecto que crear un sector más de privilegio para un grupo de funcionarios que, con el de los viejos arrendatarios, discriminaban el resto de la población española durante una época dominada por la inflación, cuya cúspide se alcanza en el año 1957 (2); tras ella, todo un clima de inquietudes financieras, de incontables aventuras por parte de improvisados promotores industriales y comerciales, confiados en las posibilidades de un crédito fácil y de una aparente abundancia de dinero, así como de otro sector también importante en medios y asesoramiento donde reinaba la especulación. Con una legislación excesivamente casuística, y hasta en ciertos puntos oscura, la tarea judicial resultó sobrecargada y los repertorios jurisprudenciales se han visto, y se siguen viendo, colmados de sus decisiones y sentencias.

Las situaciones fraudulentas en este sector se han revestido de las formas más diferentes: se ha recurrido al arrendamiento de temporada (indefinida), al de lujo (pobremente alhajado), al amueblado (con insuficiencia), al cobro de primas (totalmente abusivas) por un mobiliario inexistente o hasta por la sola noticia de un alojamiento (de agencias clandestinas o irregulares), a pseudo-

(1) Cfr. BONET CORREA: *Exposición sintética del Derecho de arrendamientos*. Santiago; de Compostela, 1952, con amplia bibliografía y jurisprudencia. Posteriormente, cfr. CASTÁN y CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. Madrid, 1956-1957.

(2) Véase la masa de circulación fiduciaria según los balances del Banco de España en la "Memoria" del Banco Central: *Estudio económico*. Madrid, 1961, pág. 208.

contratos de venta con opción de compra (con precio exorbitante) y a diversas condiciones negociales ilícitas (3). Entre tales condiciones negociales ilícitas se encuentra la modalidad que hoy es objeto de repulsa por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 1 de abril de 1965, donde el arrendador ha pretendido que pasase por una cláusula de estabilización en escala móvil la que no es y que el juzgador ha discriminado con acierto y gran sentido de equidad y justicia en base a sus poderes de arbitrio. Pero antes de pasar a este punto concreto, hay que resaltar cuáles han sido las facultades moderadoras del arbitrio judicial de acuerdo con esta legislación locatícia extravagante.

3. *El arbitrio judicial en el ámbito de la contratación privada.*

Desde que los poderes públicos reglamentan en nombre del Estado la vida social y tratan de encauzar las fuerzas económicas del país, la función y personalidad del jurista y del juez han ido burocratizándose (4). El jurista de la sociedad española tampoco se sustrae a esta tendencia; desde los tiempos en que su figura era uno de los árbitros máximos de la sociedad, o como la del juez, la personalidad más señera del ámbito jurisdiccional, hasta la época actual, donde resultan unos miembros más de una escala de funcionarios o de un engranaje social especializado bajo la égida de una organización central estatal para la administración de justicia, de una justicia dictada en un tropel de normas legislativas y reglamentarias que abarcan los sectores más diversos y es interferida por unos determinados intereses políticos, económicos y sociales, la función del juez se ve sometida de día en día a un conjunto de tecnicismos, de precisiones, de la más compleja naturaleza científica y práctica que lo tienden a distanciar, cada vez más, de su auténtica función de arbitrar justicia.

La cuestión de la interpretación llamada auténtica no está puesta actualmente en el hallazgo del espíritu del legislador o de la letra de la ley o ya en una libre decisión, según posturas doctrinales superadas, sino respondiendo al conjunto de invariantes, al condicionamiento de una serie de dogmas político-económicos que imperan en la legislación, producto de un determinado ambiente social. Los poderes del juzgador resultan así constreñidos hasta el margen de la hoy llamada revisión judicial, mecanismo técnico-jurídico tan sólo dispuesto para la lucha contra la simulación y el fraude. No nos extrañe ver en algunos casos que la tercera instancia vaya perdiendo su auténtica esencia del poder crítico y que sus sentencias tiendan a decisiones de equidad y hasta se multipliquen, lamentablemente, sus *obiter dicta*. En materia de arrendamientos estos aspectos negativos son de todos conocidos.

En contraste con los aspectos negativos hay que destacar la función positiva de amparo, revisión y conversión que los órganos judiciales llevan a cabo en la contratación privada (5). Entonces la función judicial desenvuelve su con-

(3) En este último aspecto hay que destacar el importante estudio del profesor DE CASTRO Y BRAVO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIV-2, 1961, págs. 295 ss.

(4) Cfr. BREXTEL: *Der Jurist in der gewerblichen Wirtschaft*, en *Juristen-Jahrbuch*, 1, 1960, págs. 291 ss.; FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, especialmente en los apartados que se refieren al "jurista no bien visto" y al "jurista en la sociedad industrial".

(5) Cfr. PÉREZ SERRANO: *El amparo judicial para al revisión de los contratos*. Madrid, 1941; ROYO MARTÍNEZ: *Transformación del concepto de con-*

tenido arbitral rectificadora y supletoria de la deformación de la voluntad de las partes. En este sentido, la sentencia de 1 de abril de 1965 confirma la decisión tomada por la Audiencia Territorial de mantener el contrato estipulado, pero considerar en parte radicalmente nulos los apartados b) y c) de la cláusula decimotercera de las condiciones del arrendamiento, declarando ilegítimos los aumentos producidos como consecuencia de dichos apartados. A este respecto, la sentencia "estima la nulidad de pleno derecho, equivalente a la inexistencia de la cláusula litigiosa, que fue precisamente la que dio lugar al abono de los incrementos de renta" y "se hace indudable que éstos han de reintegrarse, ya que, como consecuencia de la nulidad decretada, los efectos producidos han de quedar sin valor alguno".

El arbitrio judicial interviene así frente a la crisis de la autonomía de la voluntad privada, ante la fuerte tendencia hacia la pérdida de la responsabilidad social. El liberalismo industrial decimonónico provocó los movimientos de rebelión socialista, los movimientos totalitarios, los intervencionismos, hasta llegar a la contrarreacción de las economías programadas actuales del presente neoliberalismo europeo y americano. La intervención del Estado en la disciplina y reglamentación de las relaciones jurídicas individuales y colectivas ha ido estrechando su círculo hasta proceder a la más nimia reglamentación de las relaciones en la conducta humana. La pérdida de esta autonomía tenía que ser sustituida por unas garantías de seguridad, tantas veces al margen de una justicia intrínseca. No nos extraña que hayan surgido las exigencias más minuciosas, las condiciones negociales más puntillosas en la contratación actual y suponga hoy su nota característica. Con tales condiciones negociales se trata de llenar hasta lagunas legales, omisiones, y a veces se intenta sustituir el ordenamiento. Otras modalidades tienen un designio corrector o de defensa de la inestabilidad económica o del poder adquisitivo de la moneda, como sucede con las conocidas "cláusulas de estabilización" en sus diversas modalidades (cláusula oro o plata, valor-oro o plata, en moneda extranjera, las de escala móvil, etc.), cuando se enfrentan con el dogma del nominalismo pecuniario.

Con referencia a esta modalidad de cláusulas, la sentencia de 1 de abril de 1965 toma posiciones de interés para el jurista actual al enfrentarse con las exigencias deformadas de una sociedad anónima arrendadora que pretende camuflar e identificar una simple cláusula de elevación de renta con una auténtica cláusula de estabilización del tipo escala móvil con índice basado en en el "coste de la vida". Sobre algunos extremos generales y algunos especiales de estas cláusulas debemos, una vez más (6), añadir algunas consideraciones al respecto.

trato en el Derecho moderno. La nueva concepción de revisibilidad del contrato, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 177, 1945, págs. 113 ss.

6) Cfr. BONET CORREA: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, VIII-1, 1955, págs. 89 ss.; IB: *La cláusula de escala móvil "valor pan" en el arrendamiento de local de negocio*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, IX-1, 1956, págs. 286 ss.; IB: *Cláusula de revisión periódica en un arrendamiento de local de negocio*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XVI-3, 1963, págs. 885 ss.

4. *La diferencia entre una cláusula de escala móvil "coste de la vida" y una mera cláusula de elevación de renta.*

La línea seguida por el Tribunal Supremo respecto a las conocidas "cláusulas de estabilización", puede decirse que es unánime en cuanto a su admisión. Así sucede para la modalidad de las "cláusulas oro o plata" o "valor-oro o valor-plata", que, a partir de la sentencia de 4 de julio de 1944, las estima como una "previsión para garantizar el justo interés contractual" (7), o la de 29 de abril de 1946, al considerarlas como aparadoras de "la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos" (8), o la de 28 de noviembre de 1957 —también a propósito de un local de negocio—, al confirma que "la cláusula discutida no significa aumento, sino estabilización concertada, pacto no expresamente prohibido y que su admisión evita otros medios reprobables, pudiendo, incluso, llegar a ser inferior a la renta contractual, por las fluctuaciones que el papel-moneda pueda experimentar" (9).

Esta misma posición de aceptación se adopta actualmente para la nueva modalidad conocida por "cláusulas de escala móvil", cuando la sentencia de 23 de febrero de 1963 —también respecto a otro local de negocio—, "proclama su validez general para el campo del derecho civil común" y estima "más justo el sistema de señalar en los pagos de tracto sucesivo un precio variable que se determina en proporción a ciertos índices consistentes generalmente en el valor en cambio de una mercancía de consumo corriente, el trigo, por ejemplo..., lo que constituye el tipo de cláusula de estabilización llamado de escala móvil" (10).

(7) El ponente de esta sentencia fue el ilustre profesor y magistrado DE LA PLAZA, cfr. el *comentario* del prof. BATLLE, en sus notas a COLIN y CAPITANT, III, pág. 294, y el del profesor BONET RAMÓN, en *Revista de Derecho Privado*, XXVIII, 1944, pág. 866.

(8) Cfr. ARANZADI: *Repertorio de Jurisprudencia*, XII, 1946, pág. 691.

(9) Cfr. ARANZADI: *Repertorio de Jurisprudencia*, XIV, 1957, pág. 3427.

(10) En cambio, anteriormente la sentencia de 25 de enero de 1955, considerándola como una cláusula de escala móvil "valor pan", la declaró nula de pleno derecho, en base a que existen en nuestro Derecho leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza, como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades esenciales es mantener el precio de los arrendamientos, prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan, y sin que lo establecido por tales leyes y disposiciones pueda ser derogado por la voluntad de las partes más que en aquello que en tales normas se determina (arts. 6 y 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, 6 y 11 del de 21 de enero de 1936 y 121, 128 y 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos" (1946). Se declara conforme con esta opinión J. V. M.: *Inadmisión de la cláusula de estabilización "valor pan" en arrendamientos urbanos* (S. 25 enero 1955), en *Revista de Derecho Notarial*, IX-X, 1955, págs. 617 ss. Nosotros ya tenemos relatado el fundamento legal sobre el que se basó esta sentencia, cfr. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-I, 1956, págs. 286 ss., y debemos añadir que la cláusula especificada en el contrato de arrendamiento celebrado no implicaba una auténtica "cláusula de estabilización", o cláusula de escala móvil "valor pan", sino tan sólo una mera cláusula de elevación de renta, de efecto unilateral para el arrendador; así se comprueba al ver que las partes pactaron textualmente que "caso de disminuir el precio del pan no existirá repercusión en baja del arrendamiento"; se suprimía la auténtica esencia de la cláusula estabilizadora, su fluctuación tanto al alza como a la baja, al eliminar la adecuación al índice económico propuesto, resultando así una ausencia de conmutabilidad en

El propio Tribunal Supremo, además de aceptar la común opinión de la doctrina científica favorable a las cláusulas de estabilización (11), precisa en qué consisten las del tipo llamado "cláusulas de escala móvil", diferenciándolas de otras condiciones negociales privadas, como ocurrió en la sentencia de 23 de febrero de 1963, respecto de una mera cláusula de revisión periódica de la

la relación obligatoria. En este sentido, SÁNCHEZ FABA: *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, 24, 1960, págs. 445 ss. Resulta, pues, que el verdadero fundamento jurídico de la nulidad de las cláusulas pactadas, y que el Tribunal Supremo examina conforme al índice "valor pan", no procede de que sean contrarias a lo legislado, porque no lo son, como sucedió también con la sentencia de 13 de noviembre de 1952, donde en cambio sí se trataba de una verdadera cláusula de escala móvil "valor pan" (véase mi desacuerdo en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1, 1955, páginas 250 ss.; admite su validez o invalidez según el ordenamiento aplicable posterior o anterior, RODRÍGUEZ-SOLANO: *Arrendamiento de fincas urbanas. Renta. Su fijación en especie y sometimiento a las fluctuaciones del valor de ésta. Concordancias a la sentencia de 13 de noviembre de 1952*, en *Pretor*, II-7, 1953, páginas 19 ss.), y con la sentencia de 3 de marzo de 1962, que igualmente trataba una auténtica cláusula estabilizadora de escala móvil, el "valor de 203 horas de trabajo de un peón especializado en el ramo de la construcción" (en cambio, SANTOS BRIZ: *Nota*, en *Revista de Derecho Privado*, XLVI, 1962, pág. 673, la juzga clara y con lógica legal, si bien observa que el propio Tribunal Supremo admite la validez de otra cláusula de estabilización en este ámbito arrendaticio sobre la forma de revisar la renta, en la sentencia de 3 de enero de 1962); tampoco procede la nulidad de estas cláusulas porque el contrato de arrendamiento suponga una excepción con su legislación extravagante (Sentencia de 25 de enero de 1955; véase también mi desacuerdo en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-1, 1956, págs. 286 ss.; en contra: J. V. M.: *Inadmisión de la cláusula de estabilización "valor pan" en arrendamientos urbanos. Sentencia de 25 de enero de 1955*, cit. pág. 617, en cambio J. S. B.: *Observaciones*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1, 1955, pág. 250, cree dudosa la nulidad conforme a la legislación arrendaticia de 1931 y 1936), sino porque, a nuestro juicio, no resultaban ser genuinas cláusulas de estabilización (SS. 25 enero 1955, 23 febrero 1963 y la actual de 1 abril 1965), y sí, tan sólo, condiciones negociales ilícitas, de finalidad fraudulenta.

(11) Las cláusulas de estabilización son consideradas válidas y eficaces por: FALKENSTEIN y HAUSER: *El patrón oro en los créditos hipotecarios*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, págs. 446 ss.; DUALDE: *Cláusula pago en oro*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXI, 1947, págs. 1 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS: *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXI, 1947, págs. 666 s.; VELASCO ALONSO: *Algunas consideraciones sobre la cláusula "valor oro"*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIV, 1950, págs. 530 ss.; FENECH: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 2, 1954, págs. 141 ss.; DE COSSÍO: *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIX, 1955, págs. 953 ss.; BONET CORREA: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1, 1955, págs. 89 ss.; CERRILLO QUÍLEZ: *La renta. II. Cláusulas pago oro en el arrendamiento urbano*, Barcelona, s. a. (1956); LACASA CORASA: *El precio en el arrendamiento urbano*, Barcelona, 1957; SOTO NIETO: *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. II. Cláusulas de estabilización y "cláusula rebus sic stantibus" en relación con el arrendamiento urbano*, Alcoy, 1959, págs. 155 ss. Niegan validez a dichas cláusulas: PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II, 1946, págs. 39 ss.; ROCA SASTRE y PEIG BRUTAU: *Cláusulas de estabilización*, en *Estudios de Derecho Privado*, I, 1948, págs. 251 ss.; SIMÓN CANO:

renta, o como hace la sentencia actual que comentamos de 1 de abril de 1965, donde las discrimina de otros pactos diferentes, como son los de mera elevación de la renta. En ambas sentencias se especifican las notas diferenciales que caracterizan unas condiciones negociales ilícitas de las auténticas cláusulas de escala móvil.

Según la sentencia de 23 de febrero de 1963, "la característica de las cláusulas de estabilización consiste en la referencia del pago en dinero a un patrón mercancía que, en su cambio por otras, sea menos susceptible de los bruscos desequilibrios de valor que el signo monetario oficial", mientras que una revisión periódica de la renta "no puede calificarse como una cláusula de estabilización, puesto que, sin ser determinada la cuantía del pago por las circunstancias económicas que teóricamente puedan estar, como en el momento presente, bajo el signo de la estabilidad, establece un aumento constante, fijo e indefinido que, por el contrario, va contra la pretendida proporcionalidad equitativa de las recíprocas prestaciones y contra las directrices de nuestro sistema jurídico que exigen una seguridad en los límites de los créditos y sus garantías en el tiempo y en la cuantía.

Igualmente, la actual sentencia de 1 de abril de 1965 dice que "lo que constituye las cláusulas actualizadoras de escala móvil a base del costo de la vida" es que "esas cláusulas previsoras o reintegrativas de índice variable hacen depender la determinación de la cifra a pagar en moneda fiduciaria de los índices administrativos derivados de aquella circunstancia, cuyo alcance no es otro que el mantenimiento de una determinada equivalencia de las prestaciones en el momento de la ejecución del contrato", mientras que un pacto de elevación de renta "tal y como aparece redactada la cláusula discutida, si bien no limita el incremento de renta, sino que lo impone, en cambio impide el libre juego de los factores económicos al prohibir que la renta pueda ser inferior a la establecida como inicial en el contrato", pues "trata de asegurar, en todo caso, el aumento de renta, estableciendo un aumento funcional del diez por ciento, aunque el cálculo efectuado por los sistemas anteriores diere un resultado inferior, y como ello determina un aumento fijo con carácter progresivo, con ausencia total de circunstancias de tipo económico, y contrario al principio de actualización de la renta a los índices de valoración del costo de la vida", resultando "una progresión contraria de todo punto a lo que constituye las cláusulas actualizadoras de escala móvil a base del coste de la vida", por lo que esta cláusula "lleva el designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente".

La diferencia que el Tribunal Supremo establece entre unas condiciones negociales con el aspecto de una cláusula de estabilización y las auténticas cláusulas de escala móvil aparece bien claro: a) porque en las cláusulas de elevación de renta no existe una equivalencia de las prestaciones, ya que la renta no oscila según el índice económico elegido (sea oro, trigo o coste de la vida), aumentando o disminuyendo la renta según una situación inflacionista o deflacionista, sino que se eleva constantemente en beneficio exclusivo de una de las

Interpretación de una cláusula sobre valor monetario, en Revista General de Derecho, 1, 1945, págs. 496 ss.; PUIG PEÑA: Cláusula oro, en Nueva Enciclopedia Jurídica Scir, IV, 1952, págs. 183 ss.

partes; b) porque dichas cláusulas de mera elevación de renta, al tener como objetivo el exclusivo beneficio del arrendador con el unilateral aumento de la renta, destruyen la finalidad estabilizadora que poseen las cláusulas de escala móvil, donde la renta oscila según el índice económico y su riesgo resulta en beneficio o en perjuicio de ambas partes contratantes; c) porque las simples cláusulas de elevación de renta van contra las directrices políticas, económicas y sociales que recoge el ordenamiento legislativo de la locación urbana que establecen una seguridad en la situación de las personas en relación con la vivienda o el local de negocio que usan, así como respecto a sus créditos, en cuanto a la cuantía que alcanzan y al tiempo en que se ejercen (12).

En la sentencia que comentamos, al arrendador no le fue suficiente establecer una cláusula de escala móvil cuyo índice se basaba en el aumento del coste de la vida. Su avaricia le llevó a no perder nunca y a que su renta se elevase por todos los medios posibles, arbitrando la combinación de una escala móvil para los tiempos de inflación y de una cláusula de aumento de renta a través de unos porcentajes para las épocas de deflación, cuyo resultado, naturalmente, no es lícito para el Tribunal Supremo; si el arrendador sólo hubiera introducido en su contrato de arrendamiento de local de negocio la primera parte del apartado b) de la cláusula decimotercera del contrato, desde su comienzo hasta su segundo punto y coma, ningún inconveniente habría tenido el Tribunal Supremo en declarar válida tal cláusula, cuyo índice hacía referencia al "coste de la vida", tal como se acepta por el ordenamiento actual para los préstamos hipotecarios (art. 219 del Reglamento Hipotecario) (13) y por el propio de los arrendamientos (Disposición transitoria 12 bis de la LAU de 1956 y art. 100 y Disposición transitoria 17 de la LAU de 1964). Pero al desfigurar la finalidad estabilizadora a partir del segundo punto y coma del texto del apartado b), de la citada cláusula contractual, e imponer un incremento ilícito, como es el que resulta de la condición absoluta de elevar "en todo caso" el precio del arrendamiento siempre que "la renta resultare en cada cálculo para fijar el

(12) Las cláusulas de elevación de renta, conocidas por la doctrina alemana por "Miet-Erhöhungsklauseln" se caracterizan por su unilateralidad en favor del arrendador y porque elevan únicamente la renta. La doctrina discute si es necesaria o no la autorización del Deutsche Bundesbank para su validez; cfr. ROQUETTE: *Erhöhungsklauseln statt Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1958, págs. 1857 ss.; *Ibidem*: *Die Zulässigkeit von Erhöhungsklauseln bei Mietverträgen*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 37, 1959, págs. 1626 ss., sostiene la no necesidad de autorización para poder implantar las partes estas cláusulas y las cree lícitas; en cambio, otro autor cree necesaria la autorización del Banco federal alemán, y si no resultan nulas, incluso conforme al § 139 del B. G. B., cfr. DÜRKES: *Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen*, en *Der Betriebs-Berater*, 1958, págs. 759 ss.; *Ibidem*: *Mieterhöhungsklauseln als Ersatz für unzulässige Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen?*, en *Der Betriebs-Berater*, 1959, páginas 1121 ss.; *Ibidem*: *Wertsicherungsklauseln*, 6.ª ed. Heidelberg, 1964, pág. 156.

(13) Cfr. DE LA RICA: *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 159 ss.; BONET CORREA: *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en *Revista de Derecho Notarial*, XXIX-XXX, 1960, págs. 43 ss.; MARTÍNEZ DE LA CUEVA: *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-393, 1961, págs. 273 ss.; MARTÍNEZ SARRIÓN: *Las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios*, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1962, págs. 553 ss.

quinquenio fuere inferior al diez por ciento de la renta", estableciéndose, además, la modalidad fraudulenta que contiene el apartado siguiente c) de la cláusula decimotercera del contrato de autos, donde se pretende coaccionar al arrendatario respecto a su derecho de prórroga del contrato, expresando que una vez "vencidos los diez primeros años de vigencia" se pactarán las mismas condiciones y "así sucesivamente mientras permanezca en vigor el presente contrato de arrendamiento", se desfigura el recto sentido de una cláusula estabilizadora.

Ante la citada cláusula contractual, el Tribunal Supremo confirma la sanción de nulidad radical de los apartados b) y c) que dictó la Audiencia Territorial, puesto que "mediante tal procedimiento (señala el alto Tribunal) y por la sucesión de tales aumentos" se llega "a constituir una manera de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato, establecida en el artículo 11 de la Ley especial"; por tanto, "se estima la nulidad de pleno derecho, equivalente a la inexistencia de la cláusula litigiosa".

Resulta evidente que el Tribunal Supremo, con esta sentencia de 1 de abril de 1965, así como en su anterior de 23 de febrero de 1963, trata de frenar la tendencia especulativa que fraudulentamente surge bajo la apertura de liberalización de la renta (art. 97, en concordancia con el 6 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos) y que ciertos arrendadores, como el de autos, utilizan al mismo tiempo para obtener un lucro indebido y como medio indirecto de hacer abortar la garantía que concede la propia Ley al arrendatario (art. 11) para que se prorrogue el contrato. Este es otro de los puntos concretos que conviene comentar.

5. *El fraude a la ley en la legislación de arrendamientos urbanos.*

El Tribunal Supremo ya manifestó en su sentencia de 23 de febrero de 1963 que carece de valor todo pacto que varíe o trate de limitar la duración legal de los arrendamientos de edificaciones urbanas, señalando al respecto la ecuación que existe entre renta y prórroga, ya que las condiciones onerosas de una renta insoportable conducen a una renuncia de la prórroga del contrato arrendaticio. La sentencia actual refuerza dicha tesis con una argumentación más en lo que atañe a la interpretación legal de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, al decir que "la libertad de fijación de renta que concede el artículo noventa y siete de la Ley ha de quedar sometida siempre a los demás preceptos arrendaticios en cuanto han de respetarse los postulados esenciales de la improrrogabilidad de los contratos de arrendamiento", sacando como consecuencia que "ello es, precisamente, lo que pretende la sentencia recurrida", por lo que "se hace inaceptable este segundo motivo, desestimándose el recurso" del arrendador.

Tanto el argumento postulado por la sentencia de 1963, sobre la ecuación concreta que existe entre renta y prórroga, como el sometimiento entrelazado, que proclama la sentencia de 1965, de unos preceptos con otros del ordenamiento locaticio, son el fundamento jurídico por el cual se evidencia el fraude a la ley que comete el arrendador. La sentencia de 1 de abril de 1965 concreta dicho fraude en el "designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente" por parte del arrendador, lo que constituye "una manera de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato, establecida en el artículo 11

de la Ley especial". Es importante señalar cómo el Tribunal Supremo ha preferido declarar la nulidad radical o inexistencia de una cláusula contractual en base al fraude a la ley cometido por el arrendador que poner el fundamento de tal nulidad en el carácter leonino de la cláusula, según el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 (la conocida Ley de Usura) que alegaba el arrendatario, puesto que la estimación del precio o renta no es un dato del todo concluyente, sino relativo, dependiente del caso que se trate y hasta de la coyuntura económica. Precisamente, si una cláusula de estabilización no resulta nunca leonina en un contrato es porque hace ascender o descender el precio del índice elegido por las partes en relación con el complejo de circunstancias económicas del país (14). Por eso, el Tribunal Supremo, en este caso, demuestra una gran finura y tacto jurídico al no sancionar la cláusula en vista de su resultado, por una renta más o menos elevada, sino por su finalidad fraudulenta, pues la elevación del arriendo a dos mil pesetas mensuales más (que resultaba después de aplicar el índice del costo de la vida) era conforme al criterio oficial y legítima, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato; incluso hubiera resultado válida si hubiese sido la exclusiva condición o cláusula pactada; pero si hubiese ocurrido el evento contrario, de que el índice de la vida hubiese disminuido, ya no sería dicho índice el aplicable, sino que entraría en juego el aumento del tanto por ciento impuesto por el contrato, ya que, "en todo caso", se pactó que se produciría una elevación de la renta de un modo fijo, constante e indefinido. Por lo cual, además de desfigurar la cláusula de estabilización y romper la commutabilidad de las prestaciones, al resultar estas desconectadas del citado índice del costo de la vida, se coaccionaba al arrendatario a abandonar el local en vista de que la renta se elevaba sin relación con la coyuntura económica, por lo que devendría injusto y gravoso para el arrendatario el pago de dicha renta. Es evidente que tal sentido de la interpretación que el Tribunal Supremo hace cuando habla de la "ecuación prórroga-renta" o del sometimiento de unos preceptos a otros en el ordenamiento arrendaticio y el fraude que se crea si se trata de desligarlos o de proclamar su independencia de una manera literal y arbitraria. Abuso y fraude que el juzgador tiene facultad para apreciar conforme a lo dispuesto por el propio ordenamiento de arrendamientos urbanos (artículo 9.º de la LAU de 1956 y del texto refundido de 1964).

JOSÉ BONET CORREA

(14) Por el contrario, VALLET DE GOYTISOLO: *La antítesis inflación-justicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, 1960, págs. 531 ss., no considera justas dichas cláusulas estabilizadoras.

II SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Juan J. BERNAL QUIROS, Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Julio GARRIDO, Rafael IZQUIERDO, Antonio, M. MORALES, José M. PEÑA, José PERE RALUY, José PEREZ VEGA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PEAN.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DOCTRINA LEGAL: INJUSTICIA NOTORIA: *Las resoluciones dictadas por las Audiencias derivadas del recurso de suplicación no sientan doctrina legal.* [S. 30 de abril de 1965; no ha lugar.]

2. CAUSA ILÍCITA: DERECHOS LEGITIMARIOS. PRUEBA DE CONFESIÓN: *Es ilícita la causa del contrato de compraventa por la que se eludió el art. 806, que obligaba a la causante vendedora a respetar los derechos legitimarios de sus hijos legítimos, mediante la venta a otro hijo de la totalidad de sus bienes, habiéndose acreditado tal extremo, inexistencia de otros bienes que los enajenados, por la confesión del hijo comprador.*

SIMULACIÓN. ESCRITURA PÚBLICA: *Las escrituras públicas acreditan en materia de contratos los que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, pero no la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni la intención o propósito que oculten o disimulen, extremos ambos que escapan a la apreciación notarial, por lo cual se admite la simulación del contrato consignado en escritura pública.*

PRESUNCIONES: *La infracción del art. 1.253 C.C. sólo puede denunciarse por el n.º 1.º del art. 1.392 L.E.C., ya que el raciocinio que implica no se puede estimar cuestión de hecho.* [S. 4 de febrero de 1964; ha lugar.]

3. COMPRAVENTA CONDICIONADA: RESOLUCIÓN: *No cabe instar la resolución de un contrato de compraventa sujeto a una condición suspensiva que no ha tenido cumplimiento, porque la obligación no ha llegado a nacer.*

INTERPRETACIÓN: *La interpretación del contenido y alcance obligacional de los negocios jurídicos es función primordial de los Tribunales de instancia, y habrá de estarse a su apreciación mientras no resulte violenta, arbitraria o contraria a una exigencia racional.* [S. 28 de enero de 1965; no ha lugar.]

4. PRESUNCIONES: *Por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C. no puede atacarse la apreciación y certeza de los hechos proclamados por la Sentencia, sino sólo la falta de enlace lógico entre éstos y las deducciones que de los mismos se extraen, y ello no con invocación del artículo 1.249 del Código Civil, sino del 1.253, que es el que exige ese enlace preciso y directo.* [S. 28 de diciembre de 1964; desestimatoria.]

5. COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE CAUSA: *Existe identidad de causa aunque el ahora actor fuese demandado en el anterior pleito, ya que lo pedido en este pleito es lo que opuso en el primero por vía de excepción.* [S. 27 de abril de 1965; no ha lugar.]

6. COSA JUZGADA: PRECLUSIÓN: *Las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo tienen a su favor un derecho de repetición cuando aquéllos sobre vienen por culpa o dolo de tercera persona; pero en virtud del principio de preclusión no pueden, después de la sentencia firme penal en que se declaró la responsabilidad civil, ejercitar aquel derecho por nuevos acaecimientos que siendo consecuencia del acto culposo estaban ya manifiestos, o en vías de desarrollo, cuando se enjuició dicho acto y no se hizo reserva alguna de su ejercicio.* [S. 27 de enero de 1965; no ha lugar.]

La argumentación se refuerza en el cuarto considerando con este razonamiento: "Ni aun queriendo apoyarse en la doctrina de la *actio non nata* podría tener acogida la tesis del recurso, porque la entidad aseguradora cuando actuó en el proceso penal y ejercitó la acción de repetición contra el culpable y persona subsidiariamente responsable de las consecuencias económicas del delito, ya conocía la existencia del accidente de trabajo que tenía asegurado y sus posibles derivaciones, y entonces pudo y debió reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que todavía eran concretos, pero que ya se prevenían, o, por lo menos, reservarse el ejercicio de las acciones que pudieran corresponderle para el supuesto de que las lesiones sufridas por la víctima del accidente, le produjeran incapacidad permanente..."

II. Derechos reales.

1. OBLIGACIÓN PERSONAL: CARGA REAL: INTERPRETACIÓN: *El compromiso adquirido por el comprador de un inmueble a título de obligación personal según concretamente se declara de seguir dedicando éste o parte de él al mismo fin a que lo dedicaba el vendedor, a título gratuito y perpetuo, extendiendo dicha obligación a sus herederos, causahabientes y demás personas que le sucedieran en la propiedad, cualquiera que sea la actividad de que se trate y la importancia del fin a que se aspire, supone una estipulación de adscripción modal en cuanto al uso o aprovechamiento, y no una servidumbre personal, sin que tenga trascendencia real al ligar sólo a los contratantes y a quienes puedan entenderse los efectos del contrato conforme al artículo 1.257 C. C., pero no a los terceros propietarios sucesivos, aun cuando manifiesten conocer tal estipulación al adquirir la finca.* [S. 4 de junio de 1964; no ha lugar.]

En el considerando 1.º se establece "que para el establecimiento de una servidumbre personal, a virtud de título constituido por negocio jurídico contractual, precisa en cuanto se refiere al elemento real u objetivo de la misma: 1.º. Que se fije, concretamente, en qué consiste el gravamen que

ha de soportar el predio sirviente, conforme a la naturaleza jurídica de la servidumbre y a su perfecta compatibilidad con el derecho de dominio, que faculta al propietario para usar, disfrutar, disponer y reivindicar la cosa, habida cuenta de que, el contenido económico y jurídico de esa clase de servidumbre, radica en la mera utilización de alguno de los aprovechamientos parciales que sea susceptible de ofrecer la finca gravada, pero sin suprimir, en cuanto al todo o parte de la misma, de manera absoluta y perpetua el ejercicio de las facultades referidas y las que, por ser inherentes al dominio, su pérdida o privación, total y definitiva, supone o implica la desaparición o, al menos, desmembración del derecho de propiedad. 2.º. Que para la efectividad del gravamen limitativo del dominio, se establezca de manera clara e indiscutible, en armonía con lo que es y significa el derecho "real", una acción "erga omnes" que, potencialmente, desde el principio y actualizando esa facultad potencial, según la aconsejen o requieran las vicisitudes que puedan oponerse a aquella efectividad, permitan accionar frente a cuantos obstaculicen esa facultad del goce del aprovechamiento parcial que constituye el contenido de la servidumbre, por la propia virtualidad del "título" creador y en armonía, pero ya con independencia de la voluntad manifestada por el constituyente de la servidumbre, accionando directamente contra éste y todos sus sucesores en la propiedad del fundo sirviente, así como frente a cuantos de hecho o de derecho, desarrollen alguna actividad obstativa al aprovechamiento establecido, con esa trascendencia real, de lo que se sigue que, no puede ser bastante a producir tal efecto, el hecho de que, en contrato, se obligue personalmente a una de las partes a respetar una modalidad de uso, anteriormente establecida, en cuanto a todo o parte de la finca que se transfiere, aun cuando extienda esa obligación a sus herederos, *causahabientes* y sucesores, lo que al no afectar, directa e inmediatamente la cosa, a la finalidad perseguida, carece de eficacia como derecho real, ya que no puede extravasar lo estipulado los límites que, respecto a los elementos personales, establece en sus efectos el texto del párrafo primero del artículo 1.257, C. c."

2. ACCIÓN DECLARATIVA DE PROPIEDAD: DIFERENCIA CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA: *En este caso no se ejercita acción reivindicatoria propiamente dicha, con repercusión en la posesión ostentada por el demandado, sino que se ejercita una acción declarativa del dominio sustentada en la existencia de una relación jurídica entre el actor y la cosa, que sirve de título y proclama su mejor derecho.* [S. 31 de octubre de 1963; n.º ha lugar.]

NOTA: Reitera esta Sentencia la doctrina ya mantenida en Sentencias anteriores de que la acción declarativa del dominio es diferente de la acción reivindicatoria; a diferencia de ésta, aquélla no requiere que el demandado sea poseedor, y se ejercita para acallar a la parte contraria que discute el derecho del demandante.

En el caso de la Sentencia se trata de dos ayuntamientos que tenían inscrita a su favor una finca, y se ejercita la acción para conseguir la cancelación de la inscripción a favor del demandado.

3. ACCIÓN DECLARATIVA: DIFERENCIA CON LA REIVINDICATORIA: *No es reivindicatoria, sino declarativa de dominio, la acción que se limita a pedir la declaración de propiedad sin contener pretensión de recuperación.*

COMPRAVENTA DE DERECHOS: *No puede estimarse la acción reivindicatoria de determinadas aguas que fueron alumbradas por un tercero en virtud de contrato realizado con el actor y a costa de aquél, formando parte de un complejo de derechos y de obligaciones en el que es obligado y beneficiario el actor.*

CONDICIÓN RESOLUTORIA: *La cláusula por la que determinado convenio se condiciona a la aceptación y compra de derechos por determinado organismo oficial, mas que una condición suspensiva configura un contrato perfecto sometido a condición resolutoria, porque sólo de producirse el evento contemplado volverían las partes a la situación anterior al contrato.*

CONFESIÓN: *La llamada confesión judicial deja de tener este carácter por cuanto el titulado confesante debe ser conceptualizado como testigo, ya que no depone como parte en el pleito. [S. 9 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO: IDENTIDAD DE LA FINCA: CUESTIONES DE HECHOS: *Son cuestiones de hecho que incumben al Tribunal de Instancia, determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio y si está o no justificada la identidad de la finca reivindicada, sin otra limitación que la de incurrir en error de hecho o de derecho, denunciabile en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.*

BUENA FE: CUESTIÓN DE HECHIO: *No es cauce adecuado el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., para combatir la afirmación del Tribunal "a quo" de que los recurrentes al plantar árboles fuera de las lindes normales de su propiedad, no pueden alegar ignorancia y buena fe, careciendo de todo derecho respecto a aquellos. [S. 20 de diciembre de 1963; no ha lugar.]*

5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *La Jurisprudencia constantemente exige, para el ejercicio de la acción reivindicatoria, la concurrencia de los tres requisitos siguientes: primero, título legítimo de dominio en el reclamante; segundo, identificación de la cosa que se pretende reivindicar; y tercero, que se conozca exactamenet quién es el detentador.*

TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES: NECESIDAD DE LA ENTREGA: *De los artículos 609 y 1.095 del C. c. se deduce que de los contratos sólo nacen acciones personales, siendo necesaria la entrega para el traspaso del derecho real.*

ENTREGA POR ESCRITURA PÚBLICA: *El otorgamiento de escritura pública, si en ella no consta lo contrario, equivale a la entrega de la cosa vendida, desde cuyo momento el adquirente puede ejercitar los derechos correspondientes al dominio, mientras no opere en contra la prescripción extintiva de las acciones que lo sustentan. Contra la presunción del artículo 1.462 sólo puede oponerse que de la escritura resulta claramente lo contrario.*

EFFECTOS DEL "IUS IN RE": *Los efectos del verdadero ius in re sobre una cosa adquirida son la individualidad y la acción erga omnes para hacer efectivo el derecho.*

INTEGRACIÓN CONTRATOS: *Determinado insuficientemente el objeto adjudicado en los contratos, han de ser integrados atendiendo a los actos coetáneos y posteriores de las partes.* [S. 4 de mayo de 1965; ha lugar.]

A.—Una inmobiliaria fue adjudicando los pisos de un inmueble, por ella construido, hasta completar el cupo de inquilinos. Este primer acto se valora disparmente entre las partes. Los inquilinos piensan que se ha celebrado un verdadero contrato de compraventa, pendiente, si se quiere, de elevar a escritura pública, pero con plena operatividad contractual. Y en base a este contrato, y a la ocupación de las viviendas, consentida por la otra parte, se consideran propietarios de cada piso y copropietarios de las partes comunes del inmueble. Incluso alegan que existían unos estatutos de esta comunidad, facilitados por la empresa vendedora, en los que se les otorgaba una cuota de participación en los elementos comunes, de un 10 por 100. La constructora, por su parte, no comparte el criterio de los contratantes, pues piensa que el único acto jurídico que se ha llevado a cabo ha sido “una mera adjudicación provisional, cuya naturaleza era la de una promesa de compraventa”.

Considerándose, por lo antes indicado, dueña del inmueble, la Compañía realiza obras en un semisótano del inmueble, construido para salvar el desnivel del terreno, y aprovechado para conducciones de agua. Estas obras, realizadas en la primavera de 1959, consistieron en hacer del semisótano un local comercial.

La junta de copropietarios se puso al habla con el entonces Gerente de la demandada, para que se paralizasen las obras, y la respuesta de éste fue que las obras no se paralizarían, sino que seguirían, con la intención de instalar allí un almacén de carbón. Ante esto, el presidente de la junta de copropietarios logró disuadir de sus propósitos al futuro comprador del almacén de carbón.

A finales del año 59 se requirió por la vendedora a los copropietarios para dar forma escrita al contrato de compraventa, según la calificación de los propios copropietarios, y como la empresa constructora se negó a hacer constar su decisión de construir un nuevo local y la oposición de los compradores, no se efectuó la firma. Hubo una segunda tentativa de lograr la escritura, rechazada también.

Al fin los compradores, como copropietarios del edificio de que tratamos, interpusieron acción reivindicatoria, con objeto de que se les reconociera ser elemento común, propiedad de la comunidad de propietarios el local semisótano y se efectuara la entrega del mismo, reservándose las acciones correspondientes contra la Compañía por modificación de las estructuras del inmueble.

La demandada contestó afirmando: que no se trataba de compradores, sino de adjudicatarios provisionales, teniendo este acto naturaleza de una promesa de compraventa. Que los estatutos no se hallaban vigentes a la hora de la adjudicación, y por tanto no habían sido aceptados por los adjudicatarios de las viviendas. Que no se había firmado el contrato de compraventa, que, en consecuencia, no se reconocía la existencia de la junta de propietarios.

Como prueba de la no vigencia de los estatutos, aludió a una carta, omitida por los demandantes, que cursaron éstos a la inmobiliaria por conducto notarial, en 26 de diciembre de 1959 "quejándose de que no se les entregara ni diera conocimiento de unos estatutos que se afirma en la demanda tenían los adjudicatarios en su posesión varios meses antes". Esta prueba potenció su valor por confesión de la parte demandante.

Por fin aludió al hecho de estar los adjudicatarios disfrutando de las viviendas sin pagar, ni el precio, ni satisfacer los intereses y amortización del préstamo del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional.

Tanto en primera como en segunda instancia, prospera el criterio de los demandantes. El Tribunal Supremo casa la sentencia afirmando:

"En el momento de las adjudicaciones no estaba prevista la construcción del local comercial, y aunque se puso a los adjudicatarios en posesión de sus respectivos pisos, no se les entregó, ni inicial ni posteriormente, la del semisótano, que retuvo siempre la inmobiliaria, sin que haya mediado escritura pública, por lo que al no existir título dominical legítimo falta un requisito *sine qua non* para que pueda prosperar la acción reivindicatoria ejercitada, al no haberse puesto el local litigioso en poder de los compradores demandantes."

B. 1.—Como el litigio, tan sólo se plantea sobre el semisótano, el T. S. no tiene inconveniente en reconocer implícitamente la propiedad de los vecinos sobre los pisos. Así, nos manifiesta que se puso a los adjudicatarios en posesión de sus respectivos pisos, y aunque no nos dice con qué título, del contexto del párrafo, antes transcrito, se desprende que esta entrega fue el *modo* transmisivo de la compraventa.

Lo más interesante de esta sentencia es exigirse, en un elemento común, como es el llamado semisótano, conducción de abastecimientos de agua al inmueble en el momento de la venta, en el que no había aún obras de construcción del local comercial, una entrega específica. Si la ley entiende que los elementos comunes son inherentes a la propiedad de los pisos (art. 396, párrafo I C. c. y 1.º L. 21 julio 1960), la entrega de éstos supone la de aquéllos, la posesión de éstos supone la de los otros.

2.—Otro interesante problema, es el suscitado en torno a una afirmación del T. S. referida a la entrega instrumental. Se dice por nuestro alto Tribunal que "el apartado segundo del artículo 1.462 no establece una presunción *ius tantum* rebatible por cualquier medio, sino que a su disposición de que en las ventas hechas en escritura pública, su otorgamiento equivale a la entrega de la cosa vendida, sólo puede oponerse que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario". De aquí se deduce que basta la escritura pública para que se transmita la propiedad de la cosa vendida, sin hacer falta que el vendedor tenga posesión de la misma.

¿Qué significado tiene la frase: "equivaldrá a la entrega de la cosa"? (artículo 1.462, 2 C. c.). Las respuestas se pueden agrupar en dos grandes sistemas: sistema de equivalencia en el resultado y sistema de equivalencia en los medios.

a) *Sistema de equivalencia en el resultado*: Los autores que agrupo aquí, creen, en general, que por medio de la escritura pública se consigue directa-

mente la transmisión del derecho real. Así piensan, por ejemplo, Albaladejo y La Cruz. Y así igualmente La Laguna, quien afirma: "Los contratos obligatorios de finalidad traslativa que por su naturaleza consensual requieren en principio, para producir efecto real, la mediación de la *traditio*, pueden operar directamente la transmisión con la intervención de una cierta forma, en los términos que previene el artículo 1.462".

En este sistema, la entrega se suprime, y la transmisión de los derechos reales se efectúa directamente por efecto del otorgamiento de escritura pública. Este acto provoca el desplazamiento del derecho, automáticamente, salvo que se dedujere claramente lo contrario del documento. El adquirente puede obtener posteriormente la posesión por medio de la acción reivindicatoria, y no por medio netamente posesorio, pues la posesión no cuenta para nada en la transmisión.

Esta postura, que es la mantenida por la sentencia comentada, no encaja en nuestro sistema. Ya en las *Partidas*, el otorgar escritura va unido a la transmisión de la posesión: "Dando algún ome a otro heredamiento o otra cosa cualquier, apoderándole de las cartas que por tal ovo, e *faciendo otra de nuevo*, o dandogela, *gana la posesión, mager no le apodcre de la cosa dada corporalmente*" (L. 8, Tit. 30, Part. 3.^a).

La *práctica a mediados del siglo pasado* la resume así García Goyena: "La escritura suele hacer las veces de entrega, aun sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de constituto posesorio."

El P. de 1851, al decir del mismo autor, "adopta la ley de Partidas en toda su extensión, y establece para todos los casos que la escritura baste para ganar la posesión, que es la consecuencia inmediata y natural de la entrega". El texto del art. 1.385 del P. 51, en su párrafo segundo, dice así: "Cuando por disposición de la ley o por voluntad de las partes se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario."

Este texto, antecedente directo del art. 1.462, 2.º, C. c., es de capital importancia para la correcta interpretación de nuestro C. c. Merece un pequeño detenimiento, interpretándole dentro de sus antecedentes y sistema. Aquéllos los conocemos ya. Tanto las *Partidas* como la *práctica de mediados del siglo pasado*, dan a la escritura valor de entrega, entendida ésta en su sentido más puro, como transmisión de la posesión. Y en cuanto a éste, al sistema, su estudio nos va a llevar a paralelas conclusiones.

En materia de transmisión de derechos reales, el P. adopta el sistema francés. "La propiedad — dice — se adquiere por herencia, *contrato* y *prescripción*" (art. 548 P. 1851). "La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad... La propiedad para el acreedor y la cosa está a su riesgo, desde que el deudor queda obligado a la entrega" (art. 981 P. 51).

El contrato de compraventa, por efecto de estos preceptos, provoca la transmisión del derecho real. Esta es obra del propio ordenamiento, en cuanto las partes celebren el contrato. Pero al mismo tiempo engendra una obligación de entrega. "El contrato de compraventa es aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa y el otro a pagar por ella un precio

cierto y en dinero" (art. 1.367 P. 51). Esta obligación de entrega se refiere a la transmisión de la posesión, para que el adquirente del derecho pueda disfrutarlo de hecho.

La entrega por escritura pública no tenía en el P. 51 tampoco nada que ver con la transmisión del derecho. Estaba encaminada a transmitir su posesión.

Nuestro C. C. rompe con el sistema transmisivo del P. 51. "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (art. 609). Y en otro precepto dice: "El acreedor no adquirirá derecho real sobre ella (la cosa) hasta que le haya sido entregada" (art. 1.095 C. c.). Según éste, la entrega es indispensable para la transmisión del derecho; es anterior a toda transmisión del mismo. Por tanto, en la compraventa, el otorgamiento de escritura es una forma de entrega, como lo era, indudablemente, en el P. 51. Este antecedente directo del C. c., que apenas ha sido modificado en el art. 1.462,2 actual, y el texto del 1.095 me llevan a concluir que con la escritura se transmite la posesión y no el derecho real.

b) *Sistema de equivalencia en los medios*: Equivaldrá significa en este caso que por la escritura se consigue la transmisión de la posesión.

¿Qué posesión se transmite? Por razones evidentes podemos pensar que esta transmisión no será del hecho posesorio. El otorgamiento de escritura, por sí sólo, no puede afectar nunca a un hecho como es la posesión, si el vendedor continúa en el disfrute de la misma. Lo transmitido es el derecho posesorio que tenga el transmitente. Este, en unos casos tan sólo, tendrá tal derecho; ej., despojado. Pero en otros puede tener también el hecho de la posesión. La transmisión del derecho posesorio en estos casos significa que el poseedor, de hecho, se convierte en precarista frente al adquirente, aunque no suceda así respecto a terceros usurpadores, contra los que puede interponer interdictos en tanto posea de hecho.--(Antonio Manuel MORALES MORENO.)

6. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELO DE UTILIDAD. CUESTIÓN CIVIL: *Corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer de la pretensión dirigida a lograr la declaración de nulidad de un modelo de utilidad, cuyo reconocimiento lesiona derechos de dominio del actor, sin que se discutan defectos de carácter formal en la tramitación del expediente de los que correspondería conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que por la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial adquirió aquel un derecho que, por su carácter privado, queda bajo la salvaguardia del Estado, pudiendo impetrar en su defensa el auxilio de los Tribunales de orden civil en lo que afecta a su propiedad.* [S. de 26 de mayo de 1962; no ha lugar.]

7. MODELO DE UTILIDAD: DIFERENCIAS QUE EXCLUYEN SU NULIDAD: "Al resultar inmovibles los supuestos fácticos de que parte la sentencia recurrida, consistentes en la afirmación de mediar ciertas diferencias entre los modelos de utilidad de que son titulares las partes litigantes, se hace inoperante la

alegación de unos preceptos jurídicos dictados específicamente para los casos en que se trata de una simple copia o imitación de un modelo registrado."

DOCUMENTOS PÚBLICOS: MEMORIA DESCRIPTIVA DE MODELO DE UTILIDAD: "Los que se citan como documentos públicos, o sea, las Memorias descriptivas de las Patentes o modelos de utilidad están desprovistos del indicado carácter." [S. de 29 de enero de 1965; no ha lugar.]

8. YUXTAPOSICIÓN DE DERECHOS SOBRE UNA MISMA FINCA. PROPIEDAD DIVIDIDA: *Se produce esta situación cuando el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades contenidas en el dominio; pero sin que por esto aparezca uno como dueño y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho del otro.*

NATURALEZA JURÍDICA DE ESA SITUACIÓN: *El derecho de los dos propietarios no recae sobre la totalidad de la cosa, de modo que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su cuota, ya que no existen porciones alicuotas, por lo que la figura no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa terminología francesa— o de propiedad dividida —técnica alemana.*

YUXTAPOSICIÓN DE DERECHOS SOBRE UNA MISMA FINCA. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE UNO DE LOS TITULARES: *Cada uno de los dos titulares está limitado por el derecho del otro, de modo que, desaparecido el derecho de uno de ellos, el del otro se amplía sin más, para convertirse en propiedad plena.* [S. 8 de abril de 1965; ha lugar en parte.]

NOTA: La disputa surge respecto de una finca extremeña en que uno tiene el derecho sobre determinado número de encinas y otro el de aprovechar el resto. (J. M. P.)

9. COMUNIDAD DE BIENES. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN COMUNERO: *Un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, en cuyo caso la sentencia favorable les aprovecha, sin que les perjudique la contraria.*

COMUNIDAD DE BIENES. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN COMUNERO OPOSICIÓN DE OTRO COMUNERO: *No puede accionar uno de los comuneros en nombre de la comunidad cuando a ello se opone otro de los cotitulares.* [S. 8 de abril de 1965; ha lugar.]

NOTA: Esta sentencia da lugar al recurso, de casación, estimando que hay falta de legitimación activa en la acción reivindicatoria entablada por uno de los condueños, cuando otro de ellos afirma que la finca discentida fue vendida a los demandados con anterioridad a la demanda.

SERVIDUMBRE DE LICES: HUECOS DE MERA TOLERANCIA: *Los huecos abiertos en pared propia contigua a finca ajena pueden cerrarse edificando en terreno propio, aunque las dimensiones de aquéllas sean superiores a las fijadas por el art. 581 del C. c.*

INCONGRUENCIA: *Los Tribunales, en bien de los propios litigantes y para evitar un nuevo pleito, deben resolver todas las cuestiones substancialmente contenidas en los escritos de alegación, sin que sea necesario ajustarse literal*

y rigurosamente a las peticiones de las partes, pues pueden agregar extremos que, sin constituir deficiencia esencial, sean consecuencia necesaria o lógica de lo que fue la fundamental cuestión propuesta y debatida. [S. 6 de mayo de 1965; no ha lugar.]

NOTA: El actor pedía que se condenara a los demandados a que cierren todos los huecos que existan en pared de éstos, si ellos son posteriores al C. c., o que se declare que él puede cerrarlos construyendo en su propiedad, si su apertura data de fecha anterior a dicho cuerpo legal.

La sentencia que se recurre como incongruente, sobre la base de que la apertura de todas las brechas es posterior al C. c., teniendo en cuenta las diferencias de tamaño de los huecos, condena al cierre de unos y declara el derecho del actor a edificar en su propiedad y cerrar los otros.

El T. S. estima que no hay incongruencia. (J. M. P.)

11. ACCIÓN REIVINDICATORIA: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN FRENTE A LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL: *No se viola el art. 32 L. H. cuando los actores han probado el dominio, debiendo prevalecer la realidad jurídica extrarregistral, máxime cuando la inscripción del recurrente fue en calidad de heredero de quien transmitió las fincas a los causantes de los demandantes, que impugnaron oportunamente la inscripción registral.* [S. 21 de enero de 1965; no ha lugar.]

12. ACCIÓN REIVINDICATORIA: PETICIÓN DE NULIDAD DE LA INSCRIPCIÓN: *No infringe el párrafo 2.º del artículo 38 L. H. la sentencia que estima la demanda sin que previamente o a la vez se instase la nulidad o cancelación de la inscripción a favor de la entidad demandada, ya que basta que se tienda a la cancelación de la misma, y además dicha inscripción era posterior a la de la demandante, y debe, en consecuencia, ceder ante esta.* [S. 23 de mayo de 1964; no ha lugar.]

13. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 L. H.: NOTIFICACIÓN A ACREEDORES HIPOTECARIOS POSTERIORES: *Al aplicar el Tribunal "a quo" a los acreedores hipotecarios posteriores al título del ejecutante el domicilio contractual a que se refieren los artículos 130 y 131 L. H. a propósito de los deudores hipotecarios, lejos de vulnerar ningún texto legal en vigor se ajusta a las normas de hermenéutica contenidas en el principio de Derecho, que dice: "ubi est eadem ratio debet esse eadem iurisdispositio".*

Y al no especificarse en el artículo 131 L. H. la forma en que han de llevarse a cabo las notificaciones exigidas por su regla 5.ª, cuando no se haya hecho constar en la certificación registral el domicilio de los interesados, ha de acudirse necesariamente para suplir tal omisión a las normas de la sección 3.ª, tit. IV, libro 1, L. E. C., en la que se halla el artículo 269, conforme al cual se hizo la notificación por edictos al acreedor hipotecario posterior.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO. 1): *Incide en el vicio de inadmisión señalado en el número 6.º del artículo 1.729 L. E. C., el motivo que, acusando falta de aplicación del artículo 4.º C. c., interpretación errónea de las reglas 3.ª y 5.ª del artículo 131 L. H., y aplicación indebida del artículo 269 L. E. C., no expresa el párrafo o inciso de dichos preceptos que estima infringido, a pesar de comprenderse en cada uno de ellos distintos epígrafes o apartados.*

2) *El motivo que alega, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., violación por aplicación indebida del artículo 1.249 C. c., por la duplicidad de conceptos que contiene su formulación, incide en el defecto reseñado en el número 4.º del artículo 1.729 L. E. C., y actualmente en la oportuna causa de desestimación. Aparte de que la infracción del artículo 1.249 C. c. únicamente es impugnabile en casación por vía del número 7.º, y no por la del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. 31 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

Se alega en el recurso que al notificarse al acreedor hipotecario posterior, por edictos, la existencia del procedimiento del artículo 131 L. H., se observa la letra de la Ley pero se viola su espíritu, con lo que se comete fraude a la Ley.

Se dice violado el espíritu de la Ley porque la notificación se establece con la finalidad de que el acreedor posterior se entere de la existencia del procedimiento y "pueda intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito... intereses y costas" (art. 131, regla 5.ª, párrafo 2.º y 1.º L. H.), y la notificación por edictos impide aquella finalidad.

Se trataría, pues, más bien de la que puede llamarse forma antigua del fraude a la Ley, o simple violación de la Ley, que del fraude en sentido estricto, tal como lo entiende la doctrina actual.

El T. S. no aborda directamente la cuestión del fraude. Se limita a rechazar que haya habido violación de ningún precepto legal.

La notificación por edictos parece correcta. El domicilio del acreedor hipotecario posterior es desconocido, y el acreedor ejecutante no tenía con aquél relación o vinculación alguna.

Aceptar la tesis del recurrente llevaría, en último extremo, a poder alegar que cualquier notificación por edictos implica fraude a la Ley.

Lo que no parece tan acertado (ni tampoco necesario, pues la simple aplicación de la L. E. C. hubiera llevado a la misma conclusión) es la aplicación al acreedor hipotecario posterior del domicilio contractual que la L. H. establece respecto del deudor hipotecario, por no ser idéntica la "ratio legis".

Roca Sastre parece no estimar adecuado el domicilio que resulte del Registro para las notificaciones a los acreedores hipotecarios posteriores, ya que según dicho autor "hay que entender que estas notificaciones deben verificarse con arreglo a lo que dispone la L. E. C. respecto de las notificaciones en general" (Derecho Hipotecario, 5.ª ed., tomo IV, pág. 842).

(J. J. B-Q.)

III. Obligaciones.

1. NULIDAD POR ERROR ESENCIAL: *Constituye error esencial en la compraventa, causa de nulidad—anulabilidad—, la creencia de la compradora de que en el solar adquirido se podía edificar. [S. 20 abril de 1965; no ha lugar.]*

2. INTIMIDACIÓN: CONDICIONES PERSONALES: *No cabe la intimidación al recurrente que posea los títulos profesionales que constan, por causa tan baladí como la alegada.* [S. 27 de junio de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Los títulos profesionales a que se refiere la Sentencia consisten en que el recurrente era aparejador. La causa de intimidación alegada fue: ejercitar la acción ejecutiva derivada de varias letras de cambio de las llamadas de favor, que el recurrente tenía aceptadas, y que fueron oportunamente protestadas.

3. RESCISIÓN POR FRAUDE; PRUEBA DE LA INSOLVENCIA: *No cabe invocar la rescisión por fraude cuando no existe insolvencia; la existencia de procedimientos judiciales contra diferentes fincas de la demandada, y las posteriores adjudicaciones de las mismas a sus acreedores no bastan para estimar la acción impugnatoria; el artículo 1.111 C. c. es de naturaleza subsidiaria, como lo prueban los artículos 1.291 y 1.294.* [S. 1 de marzo de 1965; no ha lugar.]

4. OBLIGACIÓN CIVIL; REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO: *Es típicamente civil y no administrativa, la obligación contraída por el Instituto Nacional de la Vivienda, que no tiene directa ni indirectamente a la ejecución de una obra o servicio público, sino a reparar el daño causado por la viciosa tramitación del apremio instruido por el recaudador especial de tal Instituto, en virtud del cual fue privado el actor del inmueble que le pertenecía, sin posibilidad de reintegrarle en él, a pesar de haberse declarado la nulidad del expediente, por haber pasado a poder de un tercero protegido por la fe pública registral, y por la cual se comprometió el Instituto a construir un nuevo edificio de características equivalentes al que fue objeto del apremio*

CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: *Conforme a las sentencias de 2 de febrero y 10 de noviembre de 1942, la diferenciación entre los contratos civiles y los administrativos responden a los siguientes principios: 1.º. La materia de contratación ha de considerarse en principio como fundamentalmente civil, y sometida al derecho común, y sólo por excepción y a virtud de circunstancias especiales se puede asignar determinados contratos al círculo del Derecho público; 2.º. Los criterios más destacados para diferenciar los contratos administrativos y los civiles (el que atiende a los elementos subjetivos y carácter, posición con que actúan los mismos en la relación jurídica; el que atiende a la forma, el que se fija en el contenido de la relación y el que mira al objeto y finalidad), todos son utilizables estrechamente enlazados y dentro de la debida jerarquía, y facilitan la distinción, ya que "como todos los demás aspectos de la diversificación entre el Derecho privado y el público, tiene por eje el contenido y finalidad de las materias que discrimina, ya que el fin es el que condiciona la forma, y el régimen jurídico de los diversos actos, y en atención a él, la Administración, obra unas veces como poder y otras como simple persona jurídica".* [S. 15 de octubre de 1963; no ha lugar.]

También se citan, respecto a la diferenciación mencionada, las Sentencias 3 julio 1941, 28 diciembre 1942 y 25 octubre 1951.

5. COMPRAVENTA; ENTREGA DE LA COSA: *La entrega de la cosa no es obligatoria para el vendedor, si el comprador, al presentarse para recibirla, no da al mismo tiempo el precio, pero esto es así solamente cuando expresamente no se ha pactado otra cosa.* [S. 7 de mayo de 1965; no ha lugar.]

6. PRÉSTAMO: LEY DE USURA: NEGOCIOS INTERDEPENDIENTES: *No está incurso en el p.º 2.º del art. 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908 (suponer recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada) el préstamo hipotecario en que la cantidad prestada, que el prestatario confesó recibida, fue entregada realmente a los pocos días del otorgamiento de la escritura, sin que obste a ello el que dicha entrega no se realizase hasta que se formalizaron otros dos contratos que ligan a las partes: uno de cuentas en participación, en el que el prestamista se interesa en los negocios del prestatario con una cuota del 35 por 100, tanto en las pérdidas como en los beneficios, y otro de mandato retribuido de éste en favor de aquél, al no estar probada la unidad de las tres convenciones, ni su simulación, circunstancia ésta por la que tampoco se incurrió en la infracción del art. 9.º de la citada ley.* [S. 6 febrero 1964; no ha lugar.]

7. CONTRATO SOBRE EJECUCIÓN DE OBRA: INTERPRETACIÓN: *La Sala llega a la conclusión de que el precio pactado lo fue por ajuste o precio alzado de la obra a realizar, si bien con posibilidad de aumento por sólo dos motivos: 1.º si hubiese elevación de salarios o materiales como consecuencia de disposiciones oficialmente promulgadas, y 2.º si el convenido precio alzado sufriera alteración por aumento de las unidades de obra o de su calidad.*

LOS ARTÍCULOS 1.592 Y 1.593 C. c.: *No contienen normas de derecho necesario; la fijación del pago del precio en el contrato de obra, bien por piezas o medidas entregadas y satisfechas, o a tanto alzado con independencia de la estimación parcial de la obra efectuada, es cuestión encomendada a la libre voluntad de las partes, con las limitaciones derivadas de la naturaleza del objeto.* [S. 23 de junio de 1964; no ha lugar.]

8. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA; PRECIO: *En el arrendamiento de obra o contrato de empresa, el precio es un requisito esencial, si bien no es indispensable que se concrete de antemano, o en el instante de celebrarlo, siendo suficiente su fijación con posterioridad por los propios interesados o un tercero, o a través de tasación pericial; elegido por los interesados el sistema de determinación del precio, pueden modificarlo ulteriormente introduciendo modificaciones, aunque se hubiera señalado a la vista de planos, modelos o diseños.*

FIJACIÓN POR UNIDAD DE MEDIDA: *Es aplicable a la construcción de un edificio, ya que el art. 1.592 C. c. no establece distinción alguna entre superficies homogéneas y heterogéneas, y es una consecuencia de la libertad de contratación.* [S. 7 de octubre de 1964; no ha lugar.]

9. APARCERÍA: *La aparcería es un contrato "sui generis" que participa de la naturaleza de la sociedad y del arrendamiento, en el que es fundamental*

la confianza entre los contratantes y el deber de lealtad del cultivador en la valoración y entrega al propietario de los frutos que le corresponden.

RÉGIMEN: Es esencial en la regulación del contrato de aparcería la autonomía de la voluntad de las partes, no siéndole aplicables las prórrogas forzosas establecidas para los arrendamientos, ni siquiera los plazos mínimos de duración de los mismos.

OPCIÓN PARA DEVENIR ARRENDAMIENTO: Sólo procede en las aparcerías agrícolas.

APARCERÍA AGRÍCOLA Y APARCERÍA PECUARIA: Entre las fincas destinadas al "cultivo" y las dedicadas a "pastos" o explotación pecuaria hay una diferencia sustancial, consistente en que mientras que en las primeras el arrendatario se hace cargo de labrar la tierra, convirtiéndola en instrumento de trabajo, en las segundas se limita a aprovechar o explotar, mediante sus ganados, el pasto que espontáneamente se ofrece, y si en los primeros predomina el trabajo propiamente agrícola, en lo segundos, lo predominante es la explotación de un capital representado por el ganado. Los prados, en general, son fincas rústicas de explotación ganadera, aunque los ganados pertenezcan al arrendatario; y en este caso, al menos (de aparcería agropecuaria), deben calificarse de finca pecuaria. [S. 23 de enero de 1965; Sala VI.]

NOTA: La autonomía de la voluntad es esencial en todo contrato. Por otra parte, dicha autonomía tiene importantes limitaciones en la aparcería; así el establecimiento de una duración mínima, aunque ésta sea distinta de la de los arrendamientos; incluso el mismo derecho de conversión que tiene el aparcerero es una verdadera limitación de la autonomía de la voluntad de las partes.

10. **CONTRATO DE FIANZA: CARÁCTER ACCESORIO:** Al no haberse justificado la existencia de una obligación principal no cabe estimar la acción ejercitada por el acreedor contra el fiador. [S. 13 de marzo de 1965; no ha lugar.]

11. **TRANSPORTE AÉREO: INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE:** La indemnización establecida en el art. 22 del Convenio de Varsovia de 1929 es compatible con la establecida por razón del Seguro Obligatorio de Viajeros, sin que, por tanto, la segunda sea deducible de la primera, ya que aquélla se impone legalmente por la presunta responsabilidad, en tanto que la derivada del Seguro nace de un convenio y la produce una contraprestación económica, que pesa sobre el asegurado, el cual no pretende, a costa de su propio peculio, exonerar ni enjugar responsabilidades del porteador, mero intermediario entre asegurador y asegurado en lo que se refiere al cobro de la prima. [S. 15 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

Conforme al artículo 22, ap. (1) inciso 1.º, del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de marzo de 1930, y publicado en la "Gaceta" del 21 de agosto de 1931, "en el transporte de personas, la responsabilidad del porteador, con relación a cada viajero, se limitará a la suma de ciento veintinueve mil francos", y según el ap. (2), respecto de equipajes facturados y mercancías, "la responsabilidad del porteador se limitará a la suma de doscientos cincuenta francos por kilogramo". (Hay que tener en cuenta que, conforme al ap. (4), tales sumas se refieren al franco francés

integrado por sesenta y cinco miligramos y medio de oro, con la ley de novecientas milésimas de fino.)

En el Considerando 2.º no se reconoce valor decisivo al informe de la Dirección General de Aviación Civil, conforme al cual se descartaba que el accidente fuese debido a deficiencias técnicas, desprendiéndose que la Compañía aérea demandada adoptó las medidas racionales para que no se produjera. Y aunque se cita en igual sentido una sentencia de 1 de junio de 1958, lo cierto es que en la misma (Considerando 2.º) se reconoció la exoneración de responsabilidad de la Compañía aérea, con fundamento en el dictamen de dicho Organismo "al probar que no existía por su parte culpa ni negligencia alguna por el medio más objetivo y ajeno a su intervención que podía utilizar, con las máximas garantías por tratarse de un Organismo oficial". (R. I.)

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: INTERPRETACION DE CONTRATO: *La Sala califica el contrato como arrendamiento de temporada mediante una valoración conjunta de la prueba, y especialmente con base en la cláusula expresa de que la duración se limitaba a la temporada de verano, y, a veces, a la de primavera, y en el hecho de suscribir anualmente un contrato nuevo sobre el mismo objeto, cuya única razón era variar el precio, así como en la autorización gubernativa de cierre temporal del negocio del demandado.*

PRUEBA: AFRECIACIÓN CONJUNTA: *No es lícito en casación, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, separar alguna de las probanzas o elementos de la misma confesión. La confesión sólo hace prueba plena cuando se ha prestado bajo juramento decisorio.*

2. ARRENDAMIENTO DE TERRENO NO EDIFICADO EN EL QUE EL ARRENDATARIO, CON AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR, REALIZA CONSTRUCCIONES: RÉGIMEN APLICABLE: *Si lo arrendado es un espacio descubierto sin ninguna edificación, falta la base esencial para que el arriendo se halle sometido a la L. A. U., sin que a ello obste el que por las partes se señale la modalidad de uso a que ha de destinarse el arrendatario, ni la facultad reconocida a éste de realizar mejoras en el terreno aptas para dicho fin —construcciones precisas para la instalación de maquinaria y levantamiento de cobertizos y techumbres para el resguardo de las mismas y del personal empleado en las actividades laborales y para la debida y adecuada realización del trabajo requerida por la industria a instalar (industria de crin vegetal)—, mejoras que de modo efectivo se realizaron en el solar arrendado; a efectos de la calificación hay que estar a la situación de hecho de la finca al tiempo del arriendo. [S. 30 de marzo de 1965; ha lugar.]*

3. DISTINCIÓN ENTRE EL ARRIENDO DE INDUSTRIA Y EL DE LOCAL DE NEGOCIO CON INSTALACIONES: *Cuando el arrendatario recibe en uso y disfrute un local con*

el negocio en él establecido, se trata de un arriendo de industria; cuando se entrega al arrendatario el local junto con otros elementos faltos de organización industrial y no aptos, por sí solos, para obtener una finalidad comercial, aunque susceptibles de ser utilizados, en unión de otros, que el arrendatario aporta y organiza, para crear una industria que al celebrarse el contrato no existía, el arrendamiento es de local con instalaciones. Si se cede en arriendo la parte de un inmueble en que anteriormente hubo un comercio de tejidos que terminó años antes del arriendo, sin que al celebrarse éste existiera tal comercio, y si con el local se arrendó el mobiliario industrial compuesto por mostradores, estanterías, escaparates y otros objetos de escasa entidad, carentes de organización industrial con vida propia y no aptos para obtener por sí solos una finalidad comercial, el contrato ha de calificarse de arrendamiento de local de negocio con instalaciones. [S. 8 de abril de 1965; no ha lugar.] (J. P. R.)

4. INCREMENTOS DE RENTA ARRENDATICIA: NOTIFICACIÓN PREVIA DE LOS INCREMENTOS: CADUCIDAD: *Realizada una notificación de incremento de renta con base en un determinado criterio, si el arrendatario se negó a aceptar el aumento y el arrendador dejó caducar la acción que la L. A. U. le concede para la declaración de la legitimidad del aumento, no es viable que intente de nuevo el cobro del aumento con una nueva notificación con base en el mismo criterio, aunque la cantidad reclamada como incremento fuera algo distinta. No es dable admitir que por los mismos conceptos de aumento, si son éstos los que impugnó el arrendatario al recibir la primera notificación o por la misma cuantía si es en ésta en lo que radicare la discrepancia, se puedan repetir las notificaciones, ya que ello supondría que nunca habría de producirse la caducidad. [S. 30 de enero de 1965; no ha lugar.]*

NOTA: Se trata de una interesante sentencia que aclara un punto un tanto dudoso del art. 101 de la L. A. U. Con base en el primer párrafo del art. 101 de la L. A. U. pudo entenderse que el efecto de la caducidad a que se refiere el último inciso de dicho artículo se refería, simplemente, a la notificación en relación a la cual se produjo el transcurso del plazo de caducidad, pero con arreglo a la doctrina de la anterior sentencia, el efecto de la caducidad es mucho más intenso, ya que se refiere al derecho a percibir el incremento notificado, aunque se realice una nueva notificación, pretendiendo con ella subsanar la inactividad observada ante la primera negativa del arrendatario. Ante las dudas que ofrece el texto legal, no hay inconveniente en aceptar, en aras de la unidad interpretativa, la doctrina del Tribunal Supremo, que tiene la ventaja de evitar que se prolongue indefinidamente la cuestión sobre la procedencia o improcedencia de reclamar determinados aumentos. Otro punto que aclara la sentencia es el de la relación existente entre el contenido de la negativa del arrendatario y el de la notificación, a efectos de precisar cuándo habrá que entender que la nueva notificación, por ser reproducción sustancial de la antigua, hallará el obstáculo de la caducidad. Si se niega la aceptación del aumento por estimarlo ilegal, con independencia de su cuantía —por ejemplo, por sostener la irrepercutibilidad de determinado incremento tributario—, el arrendador que deje transcurrir el plazo de caducidad perderá, irremisiblemente, todo derecho a exigir el aumento; en cambio, si el arrendatario se limita a negar que sea legítima la *cuantía* del incremento pretendido —por error de cuenta, por ejemplo—, el propietario podrá exigir, a través de una nueva notificación, una cantidad menor, si ésta fuera la legal. (J. P. R.)

5. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA" EN EL DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: DUALIDAD DE TRANSMISIONES: CAMBIO DE LA LEGALIDAD CON EFECTO RETROACTIVO DURANTE EL CURSO DEL PLEITO: *Aunque la sentencia recurrida se hallara ajustada a derecho con arreglo a la legislación vigente al tiempo de dictarse, como después de la fecha de dicha sentencia la reforma de la L. A. U. de 1964, ha modificado, con carácter retroactivo, la ordenación anterior, en el sentido de admitir dos subrogaciones sucesivas, procede estimar el recurso sin hacer imposición de costas ni en las instancias ni en el recurso.* [S. 30 de abril de 1965; ha lugar.]

NOTA: Hay que insistir en que la reforma de 1964, si bien amplía las subrogaciones posibles con relación a la jurisprudencia interpretativa del artículo 60 de la L. A. U. de 1955 —jurisprudencia absolutamente errónea, según la generalidad de la doctrina—, en realidad restringe el número de transmisiones, que en la L. A. U. de 1955 era —aunque otra cosa entendiera el Tribunal Supremo— indefinido. Claro está que, como con anterioridad a la reforma de 1964, lo que en definitiva prevalecía era el criterio del Tribunal Supremo, en frecuente oposición, por cierto, con el de los Tribunales de instancia, y confirmando el aforismo según el cual "la Ley reina pero la Jurisprudencia gobierna", la modificación introducida en el art. 60 por la Ley de 11 de junio de 1964 ha venido a favorecer a los arrendatarios, asegurando a los mismos una subrogación más que la que con anterioridad le concedía la jurisprudencia. (J. P. R.)

6. OBRA INCONSENTIDA: CONFIGURACIÓN: CAMBIO DE MOSTRADORES: *Con las obras de construcción y destrucción de aquellos mostradores se varió la distribución del local, ya que, además de haberse cambiado la situación que antes tenía el mostrador, se ha reducido la extensión o espacio de la cantina arrendada, por ser de más longitud el construido, y precisamente la resolución del contrato se produce por el acto ilícito de variar, sin contar con el dueño, el espacio y la situación del local arrendado.* [S. 30 de abril de 1965; no ha lugar.]

V. Familia.

1. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: DIVORCIO VINCULAR: *La extinción de la sociedad de gananciales se produce "ipso iure" con la disolución del matrimonio (art. 1.417 C. c.); y como tal disolución tenía vigencia en España en el año 1933, en virtud de la admisión del divorcio vincular, es evidente que la ejecutoria que decretó el divorcio llevaba consigo, sin necesidad de declaración expresa, la disolución de la sociedad de gananciales.* [S. 4 de mayo de 1965; no ha lugar.]

2. BIENES PARAFERNALES: ENTREGA DE LOS FRUTOS AL MARIDO: *La obligación que para la mujer casada deriva del art. 1.385 C. c. de entregar a su esposo, para que los administre, los frutos producidos por sus bienes parafernales no implica que no pueda detraer previamente los gastos que haya ocasionado su producción, o que origine la conservación de los propios bienes, porque, en caso contrario, al existir la administración de los parafernales por la esposa (1.384) con la de los frutos por parte del marido (59 y 1.412), de estimarse*

que a éste compete hacer frente a las expensas a que alude el art. 356 C. c., aquella administración carecería de contenido; y si, por el contrario, se imputaran tales gastos a la mujer, sin permitirse resarcirse de ellos a costa de las sumas que debe aportar al acervo conyugal, se produciría en favor de éste un enriquecimiento injusto, que no autoriza la constante y reiterada jurisprudencia. [S. 11 de marzo de 1965; no ha lugar.]

3. DERECHO DEROGADO: AUTORIZACIÓN DEL PRIMER MARIDO PARA CONSERVAR PATRIA POTESTAD: INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: Tiene declarado el T. S. que en la interpretación de las disposiciones testamentarias habrá de armonizarse el sentido literal de las palabras usadas con el que debe dársele al emplear los métodos lógico y sistemático que pondrán de manifiesto cuál fue la causa final que se propuso el testador, expresada sin suficiente claridad en la disposición interpretada. [S. 6 de abril de 1965; no ha lugar.]

La hija del primer matrimonio impugnaba la validez de la enajenación hecha por su madre después de contraer segundas nupcias (antes de la reforma de 1958). La madre sostenía que su primer marido y padre de la actora le había autorizado a conservar la patria potestad en caso de reiterar matrimonio. La cláusula del testamento ológrafo en que dicha autorización se contenía no estaba expresada con claridad. He aquí su tenor: "Previendo el posible caso de que yo muera durante la menor edad de mi citada hija, dispongo, por este acto de mi última voluntad, que en este caso sea la tutora de mi hija y administradora de todos sus bienes hasta su mayor edad mi esposa, C. H. L., quedando ésta exenta de dar cuenta de su administración a nadie, ni aun en el caso de contraer segundas nupcias o que maledicencia pública la levante alguna calumnia en cuanto a su honor. Nadie le podrá pedir cuentas a mi esposa, ni arrebatarle la tutela de su hija, ni la administración de los bienes de ésta hasta su mayoría; ni siquiera en el caso de que mi citada esposa tenga después de mi muerte hijos legítimos de ulterior matrimonio o hijos naturales."

Cuando se estudiaba el derogado art. 168 C. c. solía ponerse de relieve por la doctrina la rareza de casos en que el primer marido, en previsión de la reiteración de matrimonio por su mujer, ordenase la conservación de la patria potestad a favor de ésta. La realidad es mucho más rica que la fantasía de los juristas. Muy grande es la previsión del marido que contempla, incluso, el supuesto de vida licenciosa de su consorte. Esa autorización que preveía el derogado art. 168 C. c. parece puede adscribirse a la regulación convencional del *status* de viudez y de binubo. Cfr. GARCÍA CANTERO: *La persona viuda y su estado civil*, en "Estudios de homenaje al profesor Serrano y Serrano", en publicación.) Pero la cláusula testamentaria aquí contemplada contenía una íntima contradicción al ser incompatibles la patria potestad y la tutela. ¿Cuál había sido realmente la voluntad del testador? El T. S., en el último considerando, realiza una interpretación que no puede menos de considerarse acertada: "Ordena una única y uniforme institución para todos los supuestos que puedan darse durante la menor edad de su hija, concediendo a la madre de ésta, aun en los casos en los que podía presumirse lo contrario, la máxima confianza e invistiéndola de dere-

chos que sólo quien ostenta la patria potestad puede tener, lo que demuestra que es este instituto el que contempla, pues carecería de sentido, dada la confianza que en ella deposita, que se refiriese a la institución tutelar, que no podía tener aplicación mientras permaneciese viuda." (G. G. C.)

VI. Sucesiones.

1. **LECITIMACIÓN ACTIVA: HEREDERO: INTRUSIÓN MINERA:** *Está acreditada la legitimación activa del actor cuando su esposa le ha nombrado heredero universal de todos sus bienes, entre los que se encuentran las minas de referencia.*

FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA: *Sólo es apreciable cuando la demanda se dirija contra la Hacienda Pública y no contra particulares: el art. 133 del Reglamento de Minería no puede fundamentar un recurso de casación por infracción de ley. [S. 13 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

2. **INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE HEREDERO: CAPACIDAD DEL NO CONCEBIDO:** *Si el no nacido ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad de heredar sin llamamiento expreso, la obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición, y como llamamiento condicional debe reputarse la institución de heredero al momento de extinción del usufructo.*

INSTITUCIÓN CONDICIONAL: NULIDAD DE LA PETICIÓN: *Por tratarse de una sucesión condicional nunca debió hacerse la partición hasta que la condición se cumpliera, y si se hizo es nula. [S. 3 de abril de 1965; ha lugar.]*

NOTA: Se trataba del clásico caso de la institución de heredero "post mortem usufructuarial". La cláusula del testamento, después de designar usufructuario de todos los bienes a su esposa, dice: "A la muerte de mi esposa, pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciera antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiera correspondido a su padre o madre".

El problema discutido es si tienen derecho a la herencia los sobrinos concebidos y nacidos después de la muerte del testador. La viuda usufructuaria vive.

En el Considerando 5.º dice que "si bien es cierto que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte y desde este momento nacen los derechos de sucesión, no lo es menos que su efectividad puede demorarse por las instituciones condicionales o a plazo, en que hasta que éste se cumpla queda retardada, en situación de derecho expectante, como lo demuestra el propio 758, que si bien ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador, contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atiende, además, al que se cumple la condición; y en su consecuencia, si el no nacido ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, la obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición, y de tal debe reputarse la institución de heredero al momento de extinción del usufructo".

Queremos llamar la atención en cuanto a la interpretación que da esta Sentencia al artículo 758, III. Parece que, respecto a las instituciones condicionales y, concretamente, tratándose del llamamiento de los no concebidos, basta con que tengan capacidad al momento de cumplirse la condición.

Está esta Sentencia, en la línea de la de 25 abril 1963, brevemente co-

mentada por nosotros en este Anuario (1963, III, págs. 927 y ss.). Ambas parecen admitir la capacidad de los no concebidos. (J. M. P.)

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD COLECTIVA: PACTOS SOCIALES: FUERZA VINCULANTE: *En virtud de lo establecidos en el artículo 1.091 del C. c., los pactos - estatutariamente adoptados - por los que haya de regularse el funcionamiento de una Empresa social tienen fuerza de ley para los socios que la integran, no pudiendo, por tanto, realizarse operaciones que contravengan lo establecido en dichos pactos.*

ADMINISTRACIÓN: CAMBIO DE ADMINISTRADORES: *La sustitución de varios socios por uno sólo en la gerencia y administración de la Sociedad Colectiva no lleva consigo intento de disolución de la entidad societaria, sino continuidad de la misma con concentración unipersonal de las facultades de gerencia y responsabilidad.*

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD: *No procede la liquidación de una entidad societaria sin haberse antes producido su disolución. [S. 5 de febrero de 1965; estimatoria.]*

DERECHO PROCESAL

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOCUMENTOS DE COMPAÑÍA DE SEGUROS: EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA PENAL: *No es vinculante para el juez civil la declaración de hechos contenida en una sentencia penal absolutoria, según doctrina contenida en ss. de 13 junio 1935 y 23 marzo 1943, dada la diversidad de sistemas probatorios en ambas jurisdicciones.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: *La doctrina jurisprudencial no puede extraerse de un laudo pronunciado en arbitraje de equidad.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es totalmente improcedente la denuncia genérica de la violación de todos los preceptos regidores de la interpretación contractual, siendo preciso referirse a la norma concretamente aplicable. [S. 20 de enero de 1965; no ha lugar.]*

2. LITISCONSORCIO NECESARIO: DECLARACIÓN DE OFICIO: *La exigencia del litisconsorcio tiene la finalidad de evitar fallos contradictorios, y dada su importancia para una correcta constitución de la relación jurídica procesal, la jurisprudencia ha llegado a admitir la posibilidad de actuar de oficio en Ss. de 23 de noviembre y 15 de diciembre de 1961, 4 de junio de 1962, y 23 de febrero y 5 de marzo de 1963.*

CONJUNTO DE NEGOCIOS: *Como la reclamación de la parte actora se apoya en documentos y actuaciones de las partes intervinientes en el proceso, que se aíslan de un complejo mayor de actos jurídicos de los que fueron también protagonistas personas no llamadas a la litis, es correcto el proceder de la Sala, que se abstiene de resolver sobre el fondo, absolviendo de la instancia por estar mal constituida la relación jurídica procesal. [S. 26 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

3. RECURSO DE CASACIÓN: RECLAMACIÓN PREVIA GUBERNATIVA: *Los preceptos de naturaleza administrativa o procesal, como la tienen respectivamente el R. D. de 23 de marzo de 1885, regulador de la reclamación previa en la vía gubernativa, y el número 7.º del artículo 533 L. E. C., excepción dilatoria por falta de dicha reclamación, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley.*

RECLAMACIÓN PREVIA GUBERNATIVA: NATURALEZA: *La equiparación jurisprudencialmente establecida entre dicha reclamación y el acto de conciliación, lo es sólo en cuanto a su finalidad—que el particular o la entidad pública no se vean envueltos en un proceso sin haberles dado la oportunidad de evitarlo—, difiriendo en cambio por su naturales, pues mientras el requisito de la conciliación puede subsanarse en cualquier estado del proceso, el de la reclamación es insubsanable.*

RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: AUTO DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA: *No puede calificarse de sentencia ejecutoria a efectos del artículo 1.695 L. E. C., el auto de declaración de quiebra, ya que ni siquiera es sentencia, y además es susceptible de modificación en cualquier estado del proceso de ejecución colectiva en que se imponga su reposición. [S. 22 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

4. INCONGRUENCIA: *La congruencia implica un juicio comparativo entre lo pedido en la demanda y lo que en el fallo se concede, bastando con la conformidad sustancial aunque se llegue al segundo mediante premisas jurídicas distintas de las alegadas, pero no pudiendo el Tribunal examinar problemas distintos de los que le fueron planteados. Por ello se incurre en este defecto si el demandante solicitó con fundamento en el artículo 1.816 C. c., se tuviera por practicada determinada liquidación a la que se asignaba carácter de transacción, y la sentencia rechazó que hubiese transacción o arbitraje, y llevo a cabo por sí misma, sin petición de parte, dicha liquidación. [S. 8 de octubre de 1963; ha lugar.]*

5. DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS DE LA SENTENCIA: *Hay contradicción cuando se estima la excepción alegada de incompetencia de jurisdicción y, asimismo, la de falta de acción apreciada de oficio.*

INCONGRUENCIA: *No la hay en los casos de defectuosa constitución de la relación jurídica procesal apreciada de oficio por los Tribunales, por quedar fuera del poder dispositivo de los particulares. [S. 20 de enero de 1965; no ha lugar.]*

6. INCONGRUENCIA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *No existe incongruencia porque, habiendo sido alegada la incompetencia de jurisdicción con la contestación sobre el fondo, y acogida en la sentencia, al ser ésta recurrida, el Tribunal sentenciador asume la total jurisdicción para resolver tanto las excepciones propuestas como, en su caso, el fondo del litigio. [S. 28 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

7. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO: *Si el hecho de la existencia de prejuicios era verdad inmutable, y su cuantía, fijada por*

el actor, no había sido objeto de oposición, el Tribunal de instancia, en acatamiento del art. 942 L. e. c., debió fijar el "quantum" del perjuicio con arreglo a la base establecida; y al declarar en el incidente de ejecución que no existían elementos de prueba para fijación de aquella suma, ni para hacer declaración determinativa de la misma, procede estimar el recurso por acordar en contradicción a lo ejecutoriado. [S. 5 de diciembre de 1964; ha lugar.]

En la demanda principal se ejercitó una acción de incumplimiento de un contrato de construcción de buques, y la sentencia había condenado a indemnizar el menor valor de la nave por ser su capacidad de carga inferior en el 56 por 100 a la contratada, lo que, unido a los restantes elementos del juicio, constituía base suficiente para calcular la suma de indemnización en ejecución de sentencia. Al figurar estos datos en la sentencia objeto de ejecución, aparece clara la procedencia de este recurso. (C. G. C.)

8. ACUMULACIÓN DE ACCIONES; NEGACIÓN DE DERECHO DE RETORNO A ARRENDATARIO DE UNA VIVIENDA Y UN LOCAL DE NEGOCIO: *Es improcedente la acumulación de dos acciones por las que se pretende negar al arrendatario de un local de negocio y de una vivienda de un inmueble derribado el derecho de retorno al inmueble reedificado, basando las acciones en el hecho de que el arrendatario-inquilino, seis meses antes de la interposición de la demanda, tenía a su disposición, como propietario, casa apta para cubrir su doble necesidad de vivienda y de local de negocio; la acumulación es improcedente porque, aunque hay identidad de personas, es distinta la causa de pedir y título, toda vez que están regidas por contratos diferentes, y, además, las separan notas diferenciales, pues lo que puede ser adecuado para vivienda puede no serlo para el negocio, de donde se infiere que, seguidos en trámites judiciales diversos —como corresponde por la diferente competencia para conocer de acciones relativas a viviendas y a locales de negocio— no se dividiría la continuidad de la causa.* [S. 26 de marzo de 1965; ha lugar.]

NOTA: El recurso se basó en los motivos 1.º, 3.º y 4.º del art. 136 de la L. A. U. (J. P. R.)

9. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; NECESIDAD DE ATACAR LOS DIVERSOS FUNDAMENTOS CONCURRENTES DEL FALLO: *Recurrida una sentencia desestimatoria de la acción resolutoria por transformación de vivienda en local de negocio, y siendo el fundamento de la desestimación la apreciación de la Sala "a quo" de la inexistencia de la transformación y de la prescripción de la acción resolutoria (caso de haberse producido tal alteración), procede desestimar el recurso si en éste no se ataca el pronunciamiento sobre la prescripción, limitándose a impugnar la declaración sobre inexistencia de la transformación.* [S. 5 de mayo de 1965; no ha lugar.]

10. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; ART. 136, 4.º, L. A. U.: *El documento en cuestión ha sido interpretado por el Tribunal "a quo", a la luz de toda la prueba practicada, lo que le hace inhábil para basar en él un recurso de injusticia notoria al amparo de la causa 4.ª del art. 136 L. A. U., pues tal documento precisería tener un significado inequívoco e indiscutible y no*

puede utilizarse como documento demostrativo del error el mismo que ha sido objeto de interpretación.

CAUSAS 4.^a Y 3.^a DEL ART. 136 L. A. U.: *Al amparo de la causa 4.^a del artículo 136 L. A. U. no pueden combatirse más que los errores de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que han de ser demostrables por medio de documentos o pruebas periciales. Se excluyen de tal causa los errores por infracción de normas valorativas de la prueba, los cuales se reservan a la causa 3.^a, como toda infracción de precepto legal no implicada en las causas 1.^a o 2.^a. [S. 29 de enero de 1965; no ha lugar.]*

11. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: EFICACIA DE LA VOLUNTAD DEL PARTICULAR: *Por grande que sea la virtud purificadora del consentimiento expreso o tácito de la parte agraviada en orden al acto procesal defectuoso, es inadmisibile, como contraria a la "ratio naturalis", la postura de la parte que condiciona la nulidad del rito elegido a su carencia de derecho en el fondo del asunto.*

VALOR DE LA DILIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.600 L. E. C.: *Es ineficaz el proceso especial regulado en los artículos 1.604 y siguientes de la L. E. C., si no ha tenido lugar la diligencia prevista en el artículo 1.600 de la misma, la cual es imprescindible a estos efectos, ya sea su contenido positivo más o menos dubitativo o negativo. Dicha diligencia sobre la clase, extensión y estado de las cosas reclamadas por el arrendatario, al ser lanzado de la finca arrendada, puede ser sustituida ventajosamente por la conformidad expresa o tácita de las partes, siempre que el fedatario recoja debidamente la tal conformidad. [S. 16 de marzo de 1965; Sala VI.]*

12. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: *No puede denunciarse la interpretación errónea de los preceptos relativos al comodato, frente a la calificación jurídica de la Sala que estima la existencia de una sociedad civil para la exhibición de animales, sin impugnar ésta previamente por la vía del error de hecho o de las normas sobre interpretación de los contratos. [S. 3 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

13. INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: APLICACIÓN INDEBIDA: *La interpretación errónea afecta a la equivocación o error en cuanto al contenido de la norma procedente; la aplicación indebida supone subsumir los hechos probados en el ámbito que erróneamente se estima aplicable sin serlo, por no corresponder al supuesto fáctico. [S. 24 de febrero de 1965; no ha lugar.]*

14. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIONES FRAUDULENTAS: *Procede tener por acreditada la realidad de la causa cuarta del art. 1.796 L. E. C. cuando la maquinación fraudulenta resulta de una sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción criminal.*

EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA PENAL: *Los hechos que, como probados, se ofrecen en las sentencias condenatorias dictadas por la jurisdicción criminal, en cuanto son base y fundamento de la pena impuesta, tienen fuerza vinculante para los Tribunales civiles, que no pueden desconocer la realidad de los mismos: tratándose de hechos en que se apoya el recurso de revisión,*

a menudo envuelven la comisión de verdaderos delitos cuya definición y castigo sólo incumbe a la jurisdicción competente, y de aquí la preferencia que se concede a la jurisdicción penal en los arts. 1.804 y 1.805 L. E. C. [S. 20 de abril de 1965; ha lugar.]

El recurso se interpone contra una sentencia de desahucio de una casa por causa de obras incontinentadas, por haber sido obtenida por medio de maquinaciones fraudulentas. En su origen existió un préstamo por la cantidad total de 150.000 pesetas, en garantía del cual el recurrente transmitió por escritura pública la propiedad de la casa, valorada en más de dos millones de pesetas, pactándose en documento privado un pacto de retro que, después de renovado, se fijó en un millón cien mil pesetas. El vendedor continuó en calidad de arrendatario y fue desahuciado por haber realizado obras no consentidas, a cuya demanda se allanó con la promesa de obtener la renovación del pacto. Interpuesta querrela por usura, se condena al recurrido y se declara la nulidad de la escritura de venta, con base en la cual se ejercitó el desahucio, afirmándose en la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo que en el otorgamiento de la misma hubo violencia para el recurrente. La doctrina que aquí se establece parece en todo correcta. (G. G. C.)

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho Civil.

1. SUBARRIENDO : EXISTENCIA : *El propietario del inmueble conocía la existencia del subarriendo y si bien es cierto que no dio autorización por escrito, también lo es, que su conducta, al no haberse opuesto antes, significaba que, al menos tácitamente, consentía el subarriendo.* (Sentencia de 1 de julio de 1965. No ha lugar.)

2. SUBARRIENDO : INEXISTENCIA : *Del hecho de que estén conviviendo con el demandado dos personas unidas por muy próximo parentesco, no se puede deducir, sino una convivencia familiar que en ningún caso puede calificarse como subarriendo parcial al no haberse probado la existencia de merced o precio.* (Sentencia de 22 de junio de 1965. No ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA : PROPIA NECESIDAD : CONCEPTO. *La necesidad no debe confundirse con la simple conveniencia y ha de revelarse por hechos que indiscutiblemente demuestren que el dueño no tenga ni disponga de piso que resuelva su medio de vivir, de forma que queden cubiertas sus necesidades humanas más perentorias, como son, entre otras, la natural independencia en el desarrollo de su vida normal y para el ejercicio de su profesión.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1965. Ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA : DESOCUPACIÓN : INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA : *El conservar de forma indefinida la vivienda, solamente para el disfrute de las vacaciones veraniegas, es situación que no puede estar amparada en la justa causa, que de un modo excepcional, admite la LAU para situaciones pasajeras y circunstanciales y que respondan a una imperiosa y extrema necesidad.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1965. No ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRORROGA : DESOCUPACION * INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA : *El abandono de la vivienda por razones de comodidad o simple conveniencia del inquilino no es la justa causa a que se refiere la LAU.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965. No ha lugar.)

6. RENTA : AUMENTO : *Realizada y usada la facultad que el arrendador tiene para elevar la renta y producida la negativa del inquilino o arrendatario, aquella facultad tiene, por imperativo legal, que someterse a la limitación o restricción especialmente impuesta por la caducidad de la acción, fijada por la LAU.* (Sentencia de 1 de julio de 1965. No ha lugar.)

7. **RENTA: IMPOSIBILIDAD DE REVISIÓN:** *El locatario que se halle declarado en situación de desahucio por falta de pago de la renta, en virtud de decisión judicial, continuando en el disfrute del arrendamiento, siendo susceptible éste de rehabilitación, carece de la facultad de instar la revisión de renta, puesto que los arrendatarios pueden ejercitar los derechos de tales, mientras no aparezcan extinguidos.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1965. No ha lugar.)

8. **OBRAS: AUTORIZACIÓN:** *Quien no tiene poderes de administración, ni para otorgar contratos, ni recibos, no puede autorizar obras en la vivienda arrendada.* (Sentencia de 14 de junio de 1965. No ha lugar.)

9. **OBRAS: EFECTOS:** *No es posible ejercitar la acción de resolución por ejecución de obras, si la cantidad precisa para la restitución de las cosas a su anterior situación se entregase o pusiese a disposición del arrendador, que no es lo mismo que hacer un ofrecimiento de costear las obras.* (Sentencia de 1 de julio de 1965. No ha lugar.)

10. **RESOLUCIÓN DE CONTRATO: REALIZACIÓN DE OBRAS INCONSENTIDAS:** *El inquilino ha realizado obras que alteran la configuración del local arrendado, y, aunque benefician a la propiedad, constituyen un abuso por parte del mismo, ya que no puede, en predio ajeno, ejecutar obras que entrañan usar del poder dominical del inmueble, atribuido exclusivamente al dueño.* (Sentencia de 22 de junio de 1965. No ha lugar.)

II. Derecho Procesal.

1. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS:** *La doctrina del abuso del Derecho, sólo puede invocarse y construirse sobre ella un motivo de suplicación, cuando la sentencia impugnada haya acogido en sentido positivo dicha doctrina, estimando que en el caso se ha incurrido en tal abuso, no cuando en ella se desecha la existencia o simplemente se omite hacer declaración acerca de él.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1965. No ha lugar.)

2. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS:** *La inatacabilidad de lo declarado probado en la Sentencia de Apelación, afecta sólo a los hechos, pero nunca a un concepto jurídico, como lo es definir la titularidad.* (Sentencia de 23 de junio de 1965. No ha lugar.)

3. **PRUEBA: PRESUNCION:** *Si bien es cierto, que la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada, sin cumplir al efecto, los requisitos establecidos legalmente para su validez, es acontecimiento suficiente para deducir que se ha verificado la cesión a éste del derecho de arrendatario, no lo es menos, que ello no habrá de tener lugar, si hubiere hechos de certeza indudable, que lleven a una conclusión diferente, por haber un enlace preciso y directo entre aquellos y estos según las reglas del criterio humano.* (Sentencia de 11 de junio de 1965. No ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

1. Derecho Civil.

1. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: DESTINO DE HECHO: *Es irrelevante que en el contrato de arriendo otorgado en 1936 se dijera que el objeto del arriendo se destinaba a vivienda si, desde el mes siguiente al contrato y hasta el presente, se le dio un nuevo destino a ciencia y paciencia del arrendador que no se opuso al mismo.*

COMPETENCIA OBJETIVA: EJERCICIO DE PROFESIÓN. *Es competente el Juzgado de Primera Instancia para atender de la acción basada en derecho reconocido en la LAU —distinto del desahucio por falta de pago— relativa a un piso en el que, además de tener su vivienda el inquilino, ejerce el mismo actividades lucrativas industriales y de comercio como son las de agente de cambio y bolsa, corresponsal de un Banco y delegado de seguros, teniendo bajo su dependencia cuatro empleados y su oficina abierta al público.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Sólo constituyen doctrina legal las sentencias del Tribunal Supremo. (Sentencia de 1 de junio de 1965. No ha lugar.)*

2. SUBROGACION FAMILIAR «INTER VIVOS» EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: CADUCIDAD: *El plazo de caducidad que produce la convalidación de las cesiones irregulares de vivienda es aplicable a las subrogaciones familiares no notificadas al arrendador. (Sentencia de 21 de junio de 1965; ha lugar.) Análogamente S. 1 marzo 1965; no ha lugar.)*

NOTA: Téngase en cuenta que, con arreglo a las normas imperantes tras la reforma de la LAU de 11 de junio de 1964, la norma sobre caducidad de cesiones y subrogaciones irregulares apenas tendrá aplicación, pues el plazo de caducidad no corre sino a partir de la notificación de la cesión o subrogación. Con arreglo a la nueva ordenación, si una subrogación no se notifica dentro del plazo legal, el plazo de caducidad no se pone en marcha, sino a partir del momento en que —ya fuera de plazo— el subrogado notifique la subrogación, es decir, a partir del momento en que el inquilino ponga en evidencia ante el arrendador la irregularidad de su situación; es lógico suponer que ningún arrendador dejará de ejercitar la acción resolutoria antes del transcurso del plazo de caducidad.

3. SUBROGACION «MORIS CAUSA» EN EL INQUILINATO: DERECHO INTERTEMPORAL: *Fallecido en 1942 un inquilino dejando en el piso a su esposa y a las hijas de su primer matrimonio, al fallecer ulteriormente la esposa —bajo la vigencia de la actual LAU— persiste el arriendo en favor de las hijas del primer inquilino —hijas de la subrogada— si las mismas no renunciaron a su derecho de sucesión conjunta con su madre que adquirieron con arre-*

glo a la legislación vigente al tiempo de fallecer el inquilino originario. (Sentencia de 24 de febrero de 1965; no ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: *El matrimonio invocado como causa de necesidad debe haberse contraído al expirar el plazo anual de preaviso.* (Sentencias de 12 y 13 marzo, 31 mayo y 4 junio 1965; dando lugar al recurso todas, salvo la primera.)

5. DERECHO DE CADA FAMILIA «STRICTO SENSU» A HOGÁR INDEPENDIENTE: *Los hijos, al formar familia, tienen derecho a vivienda independiente, derecho que pueden ejercitar en cualquier momento en que deseen independizarse, bastando con que se ponga de manifiesto su deseo de independizarse y sin que sea preciso «airear» de modo innecesario las desavenencias en que pueda fundamentarse el deseo de independizarse.*

SUPPLICACIÓN: ERROR DE HECHO: ABUSO DE DERECHO: *Sólo cabe la alegación del error de hecho si se aplicó la doctrina del abuso del derecho y no es procedente tal alegación si la sentencia no se basó en el abuso de derecho.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; no ha lugar; Doctrina analoga a la del segundo párrafo en Sentencia de 18 de junio de 1965.)

6. SITUACIÓN DE NECESIDAD CREADA ARTIFICIÁLMENTE: *No puede invocar la situación de necesidad el hijo que tras disponer de vivienda independiente, la dejó voluntariamente para pasar a convivir con sus padres y crear la apariencia de una situación de necesidad.* (Sentencia de 15 de marzo de 1965; no ha lugar.)

7. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA QUE SIRVE DE BASE AL TRIBUTO: DECLARACIÓN GLOBAL RELATIVA A UN INMUEBLE: *Si la renta que sirve de base a la contribución territorial se halla declarada globalmente para todo el inmueble y es inferior a la que paga uno de los inquilinos, éste puede reducir su renta arrendaticia a la indicada cifra global, sin que sea preciso que en tal caso accionen los diversos inquilinos pretendiendo la reducción de las respectivas rentas al resultado de prorratear la total entre los mismos.* (Sentencia de 2 junio de 1965; no ha lugar.)

8. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA FAMILIAR: *No procede la resolución si sólo se ha producido una convivencia familiar y además de carácter esporádico entre el inquilino y un sobrino suyo.* (Sentencia de 19 de febrero de 1965; no ha lugar.)

9. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *La convivencia con extraños permite presumir el subarriendo si no demuestra que la estancia de los mismos obedeció a amistad íntima, eficaz para destruir la presunción.* (Sentencia 4 marzo de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Se advierte en ésta y otras sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, una adecuada matización —que es de lamentar falte en la generalidad de las del Tribunal Supremo— acerca de las consecuencias de la introducción en un piso de personas ajenas al estricto círculo familiar del

inquinillo, doctrina que evita las desastrosas consecuencias que la aplicación del simplista criterio jurisprudencial sobre introducción de tercero en la cosa arrendada, provocaría en buen número de supuestos, con manifiesto agravio de las normas que rigen la materia.

10. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILEGAL: FALLECIMIENTO DEL CESIONARIO: *Fallecido el cesionario, están bien demandados la viuda y los hijos del mismo, sin que quepa alegar como excepción que son precaristas ni obligar al arrendador a seguir un inútil juicio de desahucio por precario.* (Sentencia de 5 junio de 1965; no ha lugar.)

11. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE CHIMENEA: *Es obra comprendida entre las de cambio de configuración la elevación de una chimenea desde los bajos arrendados hasta dos metros por encima del límite de la edificación.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *No puede alegarse la incompetencia de jurisdicción si no se alegó la infracción de normas al respecto.* (Sentencia de 1 de junio de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Parece deducirse de los considerandos de la sentencia que las obras habían sido ordenadas por la Autoridad gubernativa; siguen en los Tribunales las fluctuaciones de criterio al respecto, ya que mientras en unas sentencias se considera que la orden de la Autoridad, legítima sin más, la realización de las obras, otras resoluciones, con menor fundamento equiparan tal supuesto al de las reparticiones necesarias y sólo autorizan al arrendatario a realizarlas si el arrendador, requerido al efecto por el primero, no efectúa las obras en el plazo señalado por la LAU para las reparaciones necesarias. Respecto al segundo párrafo debe notarse que se viene afirmando con reiteración que el recurso de suplicación no se da contra infracciones procesales; por otra parte, es doctrina generalmente admitida la de que incompetencia objetiva de jurisdicción puede apreciarse aun de oficio.

12. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: DERRIBO DE CONSTRUCCIONES: *El derribo parcial de un tabique de separación de dos dependencias y la destrucción de un gallinero de mampostería suponen cambio de configuración.* (Sentencia de 18 de febrero de 1965; no ha lugar.)

13. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONCEPTO: CONSTRUCCIÓN DE CUARTO QUE NO ALTERA LA CONFIGURACIÓN: *La configuración es un concepto circunstancial y contingente. No hay cambio de configuración si no resulta la realidad de un cambio esencial y sensible, tanto si se atiende a la totalidad del edificio objeto del arriendo, como al carácter accidental de la construcción. No es causa de resolución el hecho de que el arrendatario, construya en la azotea de un edificio compuesto de bajos, piso y jardín, un pequeño cuarto con una pared de obra que no llega a un metro de altura, cerrado con cristal y tablero de plancha metálica, destinado a cobijar un motor eléctrico.* (Sentencia de 22 de junio de 1965; ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. **COMPETENCIA POR RAZÓN DE MATERIA: EJERCICIO DE PROFESIÓN O INDUSTRIA QUE PAGA CONTRIBUCIÓN:** *No puede tenerse en cuenta, a efecto de competencia, un alta tributaria por ejercicio de profesión, realizada tras un requerimiento denegatorio de prórroga, para burlar el régimen legal de selección, alta que no se toma en consideración a efecto de selección.*

DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal a efecto de suplicación.* (Sentencia de 18 de junio de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Aunque el alta de contribución a que se refiere esta sentencia se produjo como consecuencia de un requerimiento denegatorio de prórroga que se había realizado a otro inquilino, con anterioridad al requerimiento que sirvió de base a la demanda resuelta por dicha sentencia, la Sala, con buen acuerdo, sienta la doctrina de la ineficacia del alta tributaria.

2. **PROCEDIMIENTOS ARRENDATICIOS: RECURSOS:** *No cabe el recurso de suplicación en un proceso de resolución de arriendo de temporada tramitado con arreglo al juicio ordinario de cognición —no en el proceso arrendaticio de la LAU—. (Sentencia de 19 de mayo de 1965; no ha lugar.)*

3. **NOTIFICACION AL ORDINARIO DE PROCESOS RELATIVOS A CLÉRIGOS:** *La omisión del deber de notificar al Ordinario la incoación de un juicio civil en que se demandó a un clérigo, no autoriza a dejar sin efecto la sentencia dictada en el proceso en que se omitió la formalidad.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: CITA CONCRETA DEL MOTIVO DE IMPIGNACIÓN: *No cabe estimar un recurso fundado en la alegación de la inexistencia de causa de pedir, sin cita del precepto o doctrina legal que se supone infringida.* (Sentencia de 23 de marzo de 1965; no ha lugar.)

4. **AMBITO DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA:** *En el recurso de suplicación no cabe hacer una nueva valoración de la prueba.* (Sentencia de 12 de marzo de 1965; no ha lugar.)

5. **RECURSO DE SUPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES:** *El recurso de suplicación no puede fundarse con éxito en la infracción de normas procesales.* (Sentencia de 12 de marzo de 1965 —no ha lugar— relativa a un supuesto en que se alegó la nulidad de actuaciones.)

6. **RECURSO DE SUPLICACIÓN: NORMAS CUYA INFRACCIÓN CABE ALEGAR:** *El recurso de suplicación ha de fundarse en infracción de ley o de doctrina legal con relación inmediata a derecho reconocido en la ley especial.* (Sentencia de 7 de mayo de mayo de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Implícitamente se deduce de las considerandos de la anterior sentencia que, a juicio de la Sala, no cabe alegar, dentro del recurso de suplicación, la falta de personalidad basada en la omisión de la venia marital.

7. **RECURSO DE SUPLICACIÓN: CUESTIONES PROCESALES: CUESTIONES SOBRE**

PROPIEDAD: *No puede fundarse con éxito un recurso de suplicación en la infracción de los artículos 503 y 533 de la LEC ni en la alegación de la doctrina sobre los requisitos para la acción reivindicatoria (basándose en que el actor no ha probado la propiedad sobre la finca de autos), pues las infracciones denunciadas no son materia objeto del citado recurso.* (Sentencia de 9 de abril de 1965; no ha lugar.)

8. RECURSO DE SUPLICACIÓN; QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *No se da el recurso de suplicación por quebrantamiento de forma.* (Sentencia de 26 de junio de 1965; no ha lugar.)

9. RECURSO DE SUPLICACIÓN; FORMALISMO: *Para la adecuada formalización del recurso, precisa la cita concreta del artículo o doctrina legal infringida.* (Sentencia de 7 de mayo de 1965; no ha lugar. Sentencia de 28 de junio de 1965; no ha lugar.)

10. PRUEBA; INDICIOS; PRESUNCIONES: *La prueba de indicios es inoperante para demostrar la realidad de hechos en que trate de fundarse la suposición de otros.*

EJECUCIÓN: *El Juez de apelación no puede ejecutar ningún pronunciamiento de su fallo mientras su sentencia no sea firme.* (Sentencia de 31 de marzo de 1965; ha lugar.)

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. DETERMINACIÓN DE SI LO ARRENDADO ES VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO: REGLAS INTERPRETATIVAS: *Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1957, ante la ambigüedad de los términos contractuales, para determinar la voluntad común de los contratantes cobran singular relieve los actos de cumplimiento o consumación, sobre todo, cuando se trata de un vínculo de tracto sucesivo, generador de una situación permanente.* (Sentencia de 10 de marzo de 1965; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NECESIDAD Y SIMPLE CONVENIENCIA: *Si quedó justificado que las dos viviendas que integran la finca y que ocupadas por los demandados, se pretenden, son completamente independientes, sin más elementos comunes que la entrada y el patio, no puede estimarse que se haya incidido en infracción de precepto ni doctrina legal alguna, al afirmarse en el fallo de la sentencia recurrida que esa pretensión rebasa el concepto de necesidad para entrar en el de mera conveniencia, no atendible por la Ley.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A ESTA DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 63 LAU: CARGA DE LA PRUEBA: *Opuesta por el demandado la presunción contraria a la necesidad del apartado 3 artículo 63 LAU, y acreditada la existencia de tal vivienda disponible, es el actor quien debe probar la no adecuación de la misma al fin perseguido de satisfacer la necesidad de un hijo.* (Sentencia de 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE LA PRÓRROGA: *Pedidas en el requerimiento tres viviendas, no puede prosperar la demanda si resulta probado que el arrendador podía cubrir sus necesidades con una sola, aunque sólo exista un water común y no mantenga aquellas las mínimas exigencias de decoro e higiene, pues nunca podrá favorecerle el incumplimiento de un deber.* (Sentencia de 24 de marzo de 1965; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO INCORRECTO: *Es incorrecto el requerimiento denegatorio cuando no aclara suficientemente la situación jurídica de todos los locales del inmueble.* (Sentencia 14 de mayo de 1965; estimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DENEGACION DE PRÓRROGA A LOS ÚNICOS INQUILINOS DEL INMUEBLE: *El arrendador puede denegar la prórroga a los dos inquilinos del inmueble, pues no hay disposición alguna que le obligue a compartir con cualquiera de ellos el único retrete de las dos plantas y el vestíbulo.* (Sentencia de 18 de mayo de 1965; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: ÁMBITO: *Para que opere la resolución contractual basta sólo la plena conciencia en el agente de que un actuar impropio ha de ocasionar los daños.* (Sentencia de 27 de abril de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho Procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA: *Acordado en el fallo de la sentencia suplicada la nulidad de actuaciones, absteniéndose de resolver, la Sala puede y debe asumir funciones de Tribunal de instancia entrando a decidir sobre el fondo del asunto debatido.* (Sentencia de 12 de febrero de 1965; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA: *La Sala tiene facultades para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos declarados probados y que sirvieron al juzgador para sentar presunciones sobre las que apoyó su fallo.* (Sentencia de 20 de abril de 1965; estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Según jurisprudencia reiterada, la competencia viene determinada por los términos del contrato, sin que la altere el hecho de que el arrendatario, sin autorización del arrendador, haya transformado la vivienda en local de negocio.* (Sentencia de 12 de febrero de 1965; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: RESOLUCIONES QUE DECIDEN SOBRE EXCEPCIONES DE CARÁCTER PROCESAL: COSA JUZGADA: *La sentencia que desestimó la excepción de incompetencia quedando firme por consentirla el demandado, no impide que se vuelva sobre la cuestión, pues no puede vincular al superior que no conoció de ella, sin que quepa argüir que aquél no recurrió, ya que, en definitiva, le absolvía de la demanda.* (Sentencia de 10 de marzo de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: IRRELEVANCIA DE LAS INFRACCIONES CONTRACTUALES COMETIDAS POR EL ARRENDATARIO: *Para determinar la competencia hay que atenerse a los términos del contrato y a la acción entablada, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 18-5-49, 1-5-50, 30-1-53 y 21-12-64), sin que las infracciones contractuales que hayan podido cometerse o la decisión unilateral del arrendatario (sentencia de 6-12-49) puedan servir para modificar las reglas de competencia, ya que, en caso contrario, aquella decisión vendría a resultar en provecho del infractor, con manifiesta injusticia.* (Sentencia de 22 de marzo de 1965; estimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU IMPROCEDENCIA CUANDO SE HAN EJERCITADO CON CARÁCTER PRINCIPAL ACCIONES QUE NO SE FUNDAMENTAN EN DERECHOS RECONOCIDOS EN LAU: *Ante la imposibilidad de que a lo que es materia u objeto*

de la relación jurídico-procesal se le apliquen dos normas adjetivas de distinta naturaleza, se impone entender aplicadas las que regulan el trámite por el que había de sustanciarse lo que es objeto principal del proceso: acción declarativa de propiedad de una finca urbana, de inexistencia de arrendamiento sobre la misma y reivindicatoria de la posesión de determinadas dependencias ocupadas por el demandado, esto es, las normas procesales comunes, que no admiten contra la sentencia de apelación el recurso de suplicación. (Sentencia de 26 de abril de 1965; declaratoria de la improcedencia del recurso de suplicación.

NOTA: Se trata de un caso en que el actor ejercitaba, con carácter subsidiario, y para el supuesto de que las citadas pretensiones no prosperasen, otras reguladas específicamente en LAU. Como, no obstante, la posible coincidencia de la atribución de la competencia para el conocimiento y decisión de todas las cuestiones planteadas a los mismos órganos jurisdiccionales, tanto en primera como en segunda instancia, e incluso la identidad de las normas procesales de trámite a seguir en las referidas dos instancias, uno es el procedimiento regulado en la sección segunda, capítulo XII, LAU, que da origen a los recursos establecidos en la sección tercera de dicho capítulo, entre ellos, el extraordinario de suplicación; y otro, de naturaleza totalmente diferente, el que regula el ejercicio de acciones que, aunque propias de la relación arrendaticia urbana, no se fundamentan en derechos reconocidos en la Ley Especial de tal carácter, la Sala tuvo que decidir cuál de los dos se había seguido.

7. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DEMANDA DIRIGIDA A OBTENER LA NULIDAD DE UN JUICIO DE DESAHUCIO URBANO Y LA CONDENA DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *No procede el recurso de suplicación en proceso que no se ha suscitado al amparo de LAU, y en el que no se ejercitan acciones que se fundamentan en derechos reconocidos en la misma.* (Sentencia de 29 de abril de 1965; declaratoria de inadmisibilidad del recurso y firmeza de la sentencia recurrida.)

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. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA O DE LOCAL DE NEGOCIO: NORMAS INTERPRETATIVAS: *Al no existir ningún principio de prueba escrita, indicativa de algún pacto convenido sobre el extremo, por los interesados en la locación, la usabilidad en el disfrute mantenido o consentido por aquéllos, durante el trazo del arriendo, ha de constituirse como factor determinante de la índole del destino del bien objeto de la locación, que vincularía a las partes a preservarlo, conforme a la pauta general que deriva del artículo 1555 del Código civil.* (Sentencia de 14 de julio de 1965; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *No puede convertir en abusivo el ejercicio de la acción denegatoria de la prórroga la manera de adquirir el dominio la actora, mediante donación que le hicieron sus padres, ya que éste es uno de los modos de adquirir que preceptúa el artículo 609 del Código civil, no existiendo motivos para penetrar en la voluntad interna de donantes y donatarios, habiendo declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de mayo de 1961, que no puede estimarse el abuso de derecho desde el momento en que la actora ha demostrado que necesita ocupar la finca para atender sus necesidades... no habiéndose acreditado que tenga otra que pueda ocupar para el indicado fin.* (Sentencia de 12 de mayo de 1965; desestimatoria.)

3. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *No puede estimarse abusivo el ejercicio del derecho de denegación de prórroga, por el hecho de que el padre de la actora sea propietario de un inmueble en el que tuvo pisos vacíos, por cuanto, aparte de que la sentencia recurrida estima que esto ocurrió con mucha anterioridad a la fecha del requerimiento, es lo cierto que los diversos elementos que puedan constituir el patrimonio de sus padres en manera alguna pueden convertir en abusivo aquel ejercicio llevado a cabo por la hija.* (Sentencia de 12 de mayo de 1965; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: LA NOTIFICACIÓN IMPUESTA POR EL ARTICULO 18 LAU DEBE SER SIEMPRE EXPRESA: *Al determinar dicho precepto legal que el subarriendo por propia voluntad del inquilino ha de ser notificado fehacientemente al arrendador, no puede considerarse como tal, el tácito deducido del hecho de convivir en la misma casa el administrador, el inquilino y el subarrendatario, que no implica que el primero tenga conocimiento, por su mera pasividad de una nueva situación jurídica.* (Sentencia de 2 de abril de 1965; estimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INTRODUCCIÓN EN LA VIVIENDA DE TERCERAS PERSONAS EN MERA CONVIVENCIA TEMPORAL: *La mera convivencia temporal de terceras personas en la vivienda, por tiempo que no ha excedido de poco*

más de un mes, por motivos familiares, amistosos e incluso de ayuda temporal a causa de enfermedades padecidas por la esposa y madre política del arrendatario, cuando éste se hallaba en el extranjero, no constituye subarriendo. (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: OCUPACIÓN POR UN TERCERO DE UNO DE LOS DOS PISOS QUE SE ARRENDARON COMO UNA SOIA VIVIENDA: COMIENZO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA: *A dichos efectos, arrendados dos pisos como una soia vivienda al demandado, el subarriendo hay que computarlo desde que el tercero entra en la vivienda del arrendatario, importando poco que, desde la iniciación de la relación expresada, el subarrendatario ocupe siempre las mismas dependencias o varíe éstas, de lo que se infiere que al mero cambio de éste del piso segundo al tercero no se le puede dar trascendencia de un inicio de la relación subarrendaticia, que tuvo lugar cuando el otro demandado formó hogar independiente en la vivienda litigiosa, y, por ello, desde dicha fecha debe computarse el plazo de prescripción.* (Sentencia de 14 de julio de 1965; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO INCISO DEL ARTÍCULO 58 LAU TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR DECRETO DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964: *Este inciso, cuyo texto literal es claro y expresivo no contiene una facultad de la que podrá o no hacer uso el arrendador, ya que no consiente otra interpretación que la que se collige de su propia dicción, con arreglo a la cual la resolución del contrato solamente se operará si no se notificase la subrogación dentro del plazo de treinta días, contados desde que el arrendador haga el requerimiento a los ocupantes de la vivienda.* (Sentencia de 15 de junio de 1965; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN ILÍCITA: FINALIDAD FRAUDULENTE: *La subrogación de vivienda verificada por el inquilino que tiene a su libre disposición otra, en favor de una hija conviviente con él, sin otra finalidad que la de impedir a la arrendadora el ejercicio de la acción resolutoria con base en el número 5.º del artículo 52 LAU, es nula por causa ilícita.* (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

9. NECESIDAD: CONCEPTO: *Si bien por necesidad no cabe entender la mera conveniencia o comodidad, tampoco cabe identificar con éstas las facultades que competen a todo propietario de instalar su hogar en condiciones que sirvan, en el orden normal y regular de las cosas, para tener adecuado y no plenamente incómodo acomodo una familia, dentro del ámbito racional en que precisa desenvolverse, no pudiéndose, por tanto, imponer limitaciones que vayan contra tal normal desenvolvimiento.* (Sentencia de 18 de mayo de 1965; estimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: CÓMO DEBE APLICARSE TAL DOCTRINA: *Conforme tiene declarado el Tribunal Supremo, el artículo 9 LAU ha de ser aplicado con minuciosa cautela y meticulosidad, y, en consecuencia, con carácter restrictivo, sin que pueda invocarse, como corriente-*

mente viene haciéndose por los recurrentes en suplicación, porque al ejercitarse una acción resolutoria por necesidad del arrendador, la acción se ejercita «civiliter», sin ánimo de dañar, en uso de un derecho perfecto y en la medida proporcional a su contenido. (Sentencia de 2 de abril de 1965; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA NECESIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 63 LAU: *El hecho de que, cuando se practicó el requerimiento, el actor no disponía de vivienda distinta de la que ahora reclama para una hija, por haber sido ocupada la que estaba libre por otra hija viuda y sus hijos, destruye la presunción del apartado 3.º del artículo 63 LAU pues, de acuerdo con el espíritu de la Ley especial, de procurar restablecer la equivalencia entre las mutuas prestaciones en los contratos de arrendamiento de fincas urbanas, no cabe imponer al arrendador, en casos reales, una conducta opuesta a este fin social, con lo que se rompería ese insustituible principio de justicia conmutativa.* (Sentencia de 15 de julio de 1965; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE DESALOJO DE LA VIVIENDA QUE VENÍA HABITANDO LA ACTORA: *Puede deducirse la necesidad del hecho de que la arrendadora accionante haya tenido que desalojar la vivienda, que venía ocupando como subrogada de su esposo, por sentencia firme en proceso de resolución, con base en obras ilegales verificadas por éste, habiéndose opuesto ambos cónyuges al desahucio y manteniendo en todo el curso de aquél la legalidad del tracto forzoso de su goce arrendaticio; lo que pone de manifiesto la ausencia de cualquier deliberada voluntad de renuncia de derechos, que pudiera obstar a la presunción de necesidad aplicada.* (Sentencia de 30 de abril de 1965.)

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CAMBIO DE RESIDENCIA: *La libertad de fijar la residencia, que el Fuero de los Españoles considera como uno de los derechos fundamentales, si absoluta en cuanto a la persona, no puede valorarse por sí misma y sin otras circunstancias de hecho concurrentes, cuales serían las económicas o carencia de vivienda en la anterior residencia o razones de salud y, en general, otras análogas para justificar la denegación de prórroga.* (Sentencia de 4 de mayo de 1965; estimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CESACIÓN DE LA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS CASADOS: *El principio general de que la convivencia entre padres e hijos casados posibilita para crear un estado de necesidad no tiene una rígida aplicación absoluta, sino teniendo en cuenta las circunstancias que lo originen y que concurren en el caso concreto y, entre ellos, especialmente la existencia de aspectos que, en el orden normal, hagan preciso hacer desaparecer convivencias de siempre mantenidas de una madre viuda con su hija casada, y, que de no acreditarse lo único que revela es una mera conveniencia no amparable en tal aspecto.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; cesestimatoria.)

15. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CESACIÓN DE CONVIVENCIA: *No se puede im-*

poner la convivencia de varias personas cuando existe un matrimonio, con hijos o sin ellos, que pretende constituir un hogar independiente; razón plenamente amparada por la moral y el sentido común y, que por ende el ordenamiento jurídico no puede por menos de amparar también, salvo que tal pretensión encubriera un fraude o maquinación similar. (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

16. NECESIDAD: DEBERES DE EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA DE LOS HIJOS Y DESCENDIENTES: IRRELEVANCIA DE LA SITUACIÓN DE ALOJAMIENTO TRANSITORIO: *Existe la necesidad en la actora que pretende cumplir, en la persona de sus nietos, los deberes de educación y enseñanza que preceptúa el artículo 155 del Código civil y que tiene su contrapartida en la Ley de 17-7-45, al conceder al niño el derecho a la educación; sin que obste a ello, el hecho de que, cuando se accionó la denegación de prórroga, la necesidad de alojamiento de los menores estaba cubierta ya al disponer de un departamento arrendado, pues, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 27-10-64, las instalaciones posteriores, transitorias e interinas hasta que se consiga el local reclamado no desnaturalizan la causa de necesidad. (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

17. NECESIDAD: CONCURRER: CASUÍSTICA: *Se da la necesidad en la situación personal de la madre de la actora, para quien se pide la vivienda, mujer muy anciana que recientemente quedó viuda y habita sola en el pueblo de B. precisando de los cuidados y atenciones de su hija, situación amparada incluso en un precepto legal, como es el número 2 del artículo 143 del Código civil. (Sentencia de 30 de junio de 1965; estimatoria.)*

18. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: RELACIÓN ENTRE LOS SUPUESTOS DE HECHO CONTEMPLADOS EN EL NÚMERO TERCERO DEL ARTÍCULO 62 Y EL APARTADO PRIMERO DEL ARTÍCULO 64 DE LAU: *No cabe equiparar el número 3.º del artículo 62 con el apartado 1.º del 64 ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el supuesto de hecho contemplado en ellos, aunque guarde cierta analogía, no es equivalente. (Sentencia de 8 de julio de 1965; desestimatoria.)*

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO VERIFICADO EL MISMO DÍA A DOS INQUILINOS POR DOS COPROPIETARIOS DEL INMUEBLE; SELECCIÓN: ANTIGÜEDAD DEL CONTRATO: *Si la situación de hecho en el momento del requerimiento era la existencia de dos inquilinos con igual número de cargas familiares y a ambos se les negó la prórroga, la antigüedad del contrato es un hecho carente de importancia, porque este requisito sólo entra en juego cuando sólo se le niega a uno, al más antiguo y no al otro, el más moderno (Sentencia de 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)*

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: MOMENTO EN QUE SE INICIA LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *A la existencia y eficacia del requerimiento válidamente efectuado por una copropietaria del inmueble, que reclama una vivienda para sí, no afecta el hecho de que, antes de cumplirse el año y antes de plantearse la demanda, hubiera quedado libre otra vivienda,*

reclamada por distinta copropietaria, por fallecimiento de ésta, al no haber cambiado las circunstancias de aquélla desde que se inició la denegación de prórroga. (Sentencia de 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: APLICABILIDAD DEL FÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 65 LAU: *Esa norma que supone que no existe la necesidad de la persona para quien se reclama la vivienda en el momento de iniciarse el procedimiento y exige que nazca al cumplirse el año del requerimiento, no es de aplicación a los supuestos litigiosos en que existía la necesidad y subsiste actualmente (Sentencia de 31 de febrero de 1965; desestimatoria.)*

22. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: DATOS NO ESENCIALES: *El precepto contenido en el artículo 65 LAU a lo que obliga es a participar el supuesto de hecho en que descansa la excepción, o sea, que el descendiente para quien se pide vaya a contraer matrimonio y que debe residir en la localidad donde esté situada la finca, sin que haya que probarlo con aportación de datos, pues esta obligación de justificación surge, conforme al artículo 1214 del Código civil, en el proceso que sigue para la efectividad del derecho pretendido, todo lo cual hace ver que no es esencial en la notificación previa el consignar el nombre del contrayente ni la razón de residencia. (Sentencia de 4 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

23. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: FORMAS QUE ADMITE: *Al no imponer la Ley ninguna forma determinada para practicar la notificación fehaciente podrá adoptarse cualquiera de las notarial o judicial, y, dentro de ésta, el acto conciliatorio o el requerimiento, acto de jurisdicción voluntaria, utilizado en algunos Juzgados, especialmente para el previo juicio de desahucio en precario. (Sentencia de 4 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

24. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: PERSONAS CON LAS QUE PUEDE VERIFICARSE: *No es necesario que la notificación se practique personalmente al inquilino, a pesar de que el artículo 65 establece que se hará «del arrendador al inquilino afectado», sino que, de no ser encontrado, se aplicarán las reglas pertinentes a cada una de las modalidades que puedan adoptarse, que serán el artículo 202 del Reglamento notarial y el 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 4 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

25. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FALTA DE PERSONALIDAD: *No se da la excepción de falta de personalidad aun cuando el contrato de arrendamiento estuviera hecho a favor del matrimonio y se demandó solamente a la esposa, si el requerimiento de preaviso fue hecho a ambos cónyuges y contestado únicamente por aquélla, por estar separados de hecho hace más de veinticinco años y ser ella la que viene habitando el piso litigioso y a su nombre se vienen extendiendo y pagando los recibos de la renta. (Sentencia de 2 de abril de 1965; desestimatoria.)*

26. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: NO CONCURRE: *Resultando acreditado que la demandada trasladó su domicilio a M., en el año 1958, donde su esposo tiene un empleo desde 1956, y allí vive continuamente durante todo el año, a excepción de una pequeña parte del verano, es indudable que aunque aquella padezca una enfermedad, como ésta no es la causa de la no ocupación, sino la convivencia con el esposo en el lugar de su empleo, dicha enfermedad en el caso concreto de autos no puede estimarse como causa justificada de la desocupación.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

27. RESOLUCIÓN POR NO USO: ARRENDATARIO EMPLEADO EN UNA EMPRESA CONSTRUCTORA QUE SE TRASLADA DE RESIDENCIA CON SU FAMILIA POR MOTIVO DE NUEVAS OBRAS: *Si el inquilino y su familia se trasladaron de residencia, aunque ello se debiera a su vinculación a una empresa constructora, ello no justifica la desocupación de la vivienda, que viene manteniendo por más de dos años, alegando que al término de las obras tiene intención de retornar al primitivo lugar de residencia, toda vez que el uso de la cosa arrendada es un deber del arrendatario, que perdura con el contrato, y al ser evidente que la vivienda no se utiliza en función para la que fue arrendada por ninguno de los familiares del arrendatario, es claro que dejó de tener su sede física y familiar allí, residiendo en la actualidad en otra ciudad, lo que pone de manifiesto la falta de necesidad de la vivienda en cuestión.* (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

28. RESOLUCIÓN POR OBRAS: ZONA DONDE HAN SIDO REALIZADAS: *No procede la resolución de un contrato de arrendamiento por obras, cuando éstas hayan sido llevadas a efecto en zona que no está comprendida en el arrendamiento.* (Sentencias del Tribunal Supremo de 26-4-63 y 4-4-64). (Sentencia de 4 de mayo de 1965; desestimatoria.)

29. OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: *Son, entre otras, la sustitución de una piedra lareira por una meseta de ladrillos y azulejos para asentar una cocina de gas butano, ocupando el mismo espacio; la de un antiguo fregadero de piedra por otro moderno de piedra artificial y el pintado y adecentamiento del piso arrendado.* (Sentencia de 12 de mayo de 1965; desestimatoria.)

30. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *Ha de deducirse de su comportamiento durante el curso de su realización, no meramente inhibitorio, inactivo y tácito, pues iniciadas las obras por el locatario antes de tener acceso al disfrute de la vivienda, fue el propio arrendador que moraba en el piso superior y tenía instalado un negocio en el bajo, quien diariamente facilitaba a los obreros las llaves de las dependencias arrendadas para la prosecución de los trabajos, cuyo proceso observó dando incluso su opinión personal de agrado, y que no dejó de aprovechar, con propia utilidad, al recibir en su vivienda la luz exterior a través de unas lucernas colocadas en la terraza, al mismo tiempo que se iban alzando las obras cuestionadas, las cuales se hallaban*

totalmente terminadas al entrar el demandado a habitar el piso, lo que claramente denota en la iniciativa de éste un propósito de adaptación del inmueble al destino útil pactado con aquél. (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

31. DERECHO DEL INQUILINO A REOCUPAR LA VIVIENDA QUE FUSO A DISPOSICIÓN DEL PROPIETARIO PARA SATISFACER SU NECESIDAD: FINALIDAD DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 68 LAU Y REQUISITOS DE LA OCUPACIÓN A QUE SE REFIERE: *Es indudable que la finalidad que persigue el artículo 68 LAU, al otorgar al inquilino el derecho a la recuperación, es la de evitar toda actuación por parte del propietario o arrendador que suponga fraude o dolo, contrariando el fin social de que está imbuida toda la Ley, y en tal sentido es claro, que si la jurisprudencia ha venido reconociendo que la realización de obras encaminadas al mejor uso y habitabilidad del inmueble, dentro del plazo de los tres meses, puede apreciarse como una efectiva ocupación del mismo, ello no basta, sin embargo, para cumplir aquella finalidad, si no va seguida de una real ocupación. (Sentencia de 18 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

32. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO: PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 118.2 LAU: *Esta norma viene referida, con toda evidencia, a coyunturas de perecimiento del inmueble arrendado, que, aunque ciertamente puedan haber obedecido, tanto a casos fortuitos imprevisibles como a otras motivaciones de ponderación causal diversa, han de haberse manifestado o acontecido luego de iniciada la posesión locativa. (Sentencia de 15 de junio de 1965; desestimatoria.)*

II. Derecho Procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SU NATURALEZA: *La misión revisora que le incumbe a la Sala, en el recurso de suplicación, no se extiende a valorar por tercera vez el material probatorio ofrecido por las partes, cometido exclusivo y excluyente del Tribunal de instancia, ni alcanza a discernir si la ponderación por éste de las pruebas practicadas es más acertada que la efectuada por el recurrente, sino que se concreta a enjuiciar la legalidad del fallo. (Sentencia de 17 de abril de 1965; desestimatoria.)*

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY O DE DOCTRINA LEGAL: ÁMBITO: *A los efectos del recurso de casación y, por tanto, del de suplicación, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido que la Ley no puede identificarse por analogía con las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo, que tienen rango inferior tales como los Decretos, ni con las órdenes de carácter meramente administrativo, aunque tengan carácter general; y que no constituyen doctrina legal las opiniones de los juriseconsultos, por muy autorizadas que sean, ni las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, mientras el dicho Alto Tribunal no lo haya así declarado, ni la doctrina sentada por el Cuerpo de Abogados del Estado. (Sentencia de 14 de abril de 1965; desestimatoria.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY O DE DOCTRINA LEGAL: SU FINALIDAD: *El recurso de suplicación viene instaurado, en los supuestos de alegada infracción de Ley o de doctrina legal, a los exclusivos fines de examinar si dados los hechos probados que la sentencia sometida a tal recurso acoge, es o no certera la aplicación de las normas de la vigente legislación reguladora de la materia de arrendamientos urbanos, a fin de llegar a una laudable uniformidad interpretativa.* (Sentencia de 4 de mayo de 1965; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: SU ÁMBITO: *La infracción de Ley a que se refiere el artículo 132 de LAU es concretamente la que conculca dicho ordenamiento jurídico, por lo que al amparo de lo previsto en tal dispositiva legal no puede sustentarse un recurso de suplicación que denuncia la infracción de preceptos de derecho común.* (Sentencia de 18 de mayo de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: *El recurso de suplicación, por su propia esencia y finalidad, afecta exclusivamente a pretendidos vicios «in iudicando» y, por tanto, lo mismo a alegada vulneración de preceptos específicamente señalados en la vigente LAU que a normas que sirvan de complemento necesario a la misma.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: *El artículo 132 LAU, excluye en el recurso de suplicación cualquier suscitación revisoria de vicios procesales incurridos en las instancias, mientras los mismos no conciernan al ritualismo particular que la repetida Ley especial regula.* (Sentencia de 17 de abril de 1965; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INVOCACIÓN DE LA DESACERTADA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *La invocación del abuso de derecho, como motivo de suplicación, habrá de subordinarse a su perfecta discriminación, tanto en su aspecto sustantivo —pura concurrencia de la doctrina— como en el procesal señalamiento de las normas de valoración de la prueba, determinantes de su errónea aplicación.* (Sentencia de 30 de abril de 1965; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PRESUPUESTOS DE SU MOTIVACIÓN EN ABUSO DE DERECHO: *Es improsperable el recurso si la sentencia impugnada no estructura los fundamentos de la desestimación de la demanda en una errónea aplicación, ni una inadecuada repulsa del abuso de derecho, que aparece como alegación «ex novo» en aquél.* (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REQUISITOS QUE DEBE OBSERVAR EL RECURRENTE QUE IMPUGNA LA SENTENCIA POR ABUSO DE DERECHO: *La naturaleza formal, extraordinaria y puramente jurídica que a la suplicación envuelve, impone a quien la ejercita la puntualización pormenorizada del sentido de la vulneración que acusa, especialmente en este caso, discriminando la doble proyec-*

ción sustantiva o procesal del abuso de derecho, ya que en el primer supuesto basta con impugnar la subsunción efectuada por el juzgador del concepto jurídico del abuso a los hechos que el mismo deduce de su intangible valoración probatoria, y en el segundo, habrá que impugnar, precisamente, la valoración probatoria que, infringiendo las normas legales expresas —no las hay tácitas— de su estimación, llegue a sentar equivocadamente unas premisas jurídicas sobre las que arquitectura la aplicación de la doctrina que recoge el artículo 9 LAU. (Sentencia de 31 de mayo de 1965; desestimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE ENTRARSE EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA: *El carácter extraordinario, formal y puramente jurídico del recurso excluye de ámbito su cualquier proyección a la valoración probatoria del juzgador de instancia, cuando no se aplica en su vertiente procesal la doctrina del abuso de derecho. (Sentencia de 15 de junio de 1965; desestimatoria.)*

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONGRUENCIA: SENTENCIA QUE PRONUNCIA LA RESOLUCIÓN CON BASE EN EL FUNDAMENTO PRINCIPAL DE LA DEMANDA: *No cabe reprochar incongruencia a la sentencia que, apoyándose en la causa sexta del artículo 114 LAU, transformación de la vivienda en local de negocio, alegada primordialmente por el actor, decreta la resolución del arrendamiento, sin que el alegato suplementario, expuesto «a mayor abundamiento», en torno a la eventual concurrencia de la causa quinta cohiba en nada la facultad enjuiciatoria que sobre su pertinencia competía al juzgador de la segunda instancia. (Sentencia de 12 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REVISIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD: *De los dos ámbitos, perfectamente diferenciados, en que se vierte el recurso de suplicación, el de los hechos y el de su valoración jurídica, la necesidad entra en éste, en el que, fuera de la valoración probatoria, se examina el juicio lógico del juzgador de instancia para determinar si la subsunción de la norma es, en proyección a los motivos del recurso, acertada, y, por tanto, concurrirá o no según que los hechos probados se ajusten o no a las líneas de su contorno. (Sentencia de 30 de junio de 1965; estimatoria.)*

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CAUCE PROCESAL ADECUADO PARA EL EXAMEN DE LA SUPUESTA NULIDAD DE LA CESIÓN DE VIVIENDA VERIFICADA AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 24 LAU POR SIMULACIÓN: *El aspecto de ilicitud por causa simulandi y con ánimo fraudulento de una cesión externamente acomodada a los términos del artículo 24 LAU, al tiempo de llevarse a cabo, es un aspecto plenamente acumulable al ejercicio de la acción resolutoria, desde el momento en que siendo la subrogación, que aquel precepto autoriza, un derecho reconocido por dicha Ley, claro es que permite su examen interno en el procedimiento en que se ejercite acción de resolución de contrato de arrendamiento, invocándose como causa enervatoria de tal acción. (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)*

14. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: MOMENTO QUE DEBE VERIFICARSE: *Si, a tenor del recibo obrante en autos, se observa*

que las rentas vencen el primero del mes siguiente al que corresponden, consignada con el recurso la renta correspondiente al mes de enero, es visto que la mensualidad de febrero no transcurrió hasta que pasaran las veinticuatro horas del primero de marzo, y estando presentado el recurso en dicha fecha, es indudable que hasta que se agotasen las horas de dicho día siempre habría tiempo hábil para llevarla a cabo. (Sentencia de 19 de abril de 1965, desestimatoria.)

15. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: Según doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 9 de abril de 1962 y 15 de marzo de 1963, el principio objetivo del vencimiento que, para la condena en costas de primera instancia, estatuye el artículo 149 LAU, rige también cuando no se resuelve sobre el fondo del asunto, ya que se rechaza la pretensión de la demanda, tal y como fue formulada. (Sentencia de 31 de marzo de 1965; estimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil.

1. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: RESOLUCIÓN DE CESAR EN LA CONVIVENCIA CON FAMILIARES: *Es doctrina jurisprudencial reiterada, la de que en los supuestos de convivencia de una persona con otra, la necesidad de aquélla para reclamar para sí una vivienda que le pertenesca viene impuesta por el simple deseo de vivir independientemente, por no poder imponerse una convivencia no querida, ni aún con los parientes más allegados, y que para apreciarla basta con la manifestación del deseo, sin precisar acreditar las razones que lo determinen.* (Sentencia de 29 de abril de 1964; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD INICIADA POR EL NUDO PROPIETARIO DE LA VIVIENDA: *La acción para negar la prórroga del contrato corresponde, a tenor de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 62 LAU, al arrendador y nadie más, sin que quepa la alegación de que el nudo propietario tiene la posesión real de la finca, pues lo cierto es que lo que posee éste no es más que la nuda propiedad y la posesión efectiva y real corresponde al usufructuario.* (Sentencia de 5 de mayo de 1964; desestimatoria.)

3. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALIS: DECLARACIÓN DEL ARRENDADOR VERIFICADA AL DÍA SIGUIENTE DE SER PRESENTADA LA DEMANDA: *Si la declaración de la nueva renta se presenta con posterioridad a la interposición de la demanda procede dar lugar a la reducción, porque si con la disparidad entre la merced declarada y la percibida surge el derecho del reclamante y con él deviene el ejercicio de la acción, no es lícito que soporte el fracaso de su intento por el hecho de que con posterioridad, siquiera sea de un día, se rectifique esa falta de adecuación.* (Sentencia de 2 de abril de 1964; estimatoria.)

II. Derecho Procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACION: IMPOSIBILIDAD DE UNA NUEVA VALORACIÓN DE PRUEBA: *Dado que la sentencia recurrida sienta como hecho la concurrencia del no uso de la vivienda, y para alcanzar esa convicción describe en su considerando segundo los factores de que se ha valido para ello, la impugnación de esos elementos de prueba implica, inaudablemente, una intromisión en la mecánica racional para formar el convencimiento, y, por tanto, significa una nueva valoración de las probanzas, subestimando las reglas legales utilizadas para su aceptación, todo lo cual es inasequible en este trámite, conforme al precepto del artículo 132 LAU.* (Sentencia de 21 de abril de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: *No cabe dentro de los estrechos moldes de este singular recurso estudiar el alcance, ni menos decidir, las cuestiones derivadas de los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.* (Sentencia de 23 de abril de 1964; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: REQUISITOS: *La impugnación de la apreciación de la prueba, al amparo de una supuesta interpretación errónea del abuso de derecho, ha de hacerse refiriéndola a las reglas legales para su estimación, conforme preceptúa el artículo 132 LAU.* (Sentencia de 12 de mayo de 1964; desestimatoria.)

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

A cargo de JULIO BONED SOPIENA
Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil.

1. EDIFICACIÓN HABITABLE A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *La circunstancia de que una finca no reúna todas las condiciones sanitarias, o todos los requisitos exigidos por las Ordenanzas Municipales, no quiere decir que no sea una edificación habitable que esté destinada primordialmente a vivienda, que son los presupuestos contemplados por el artículo 1.º número 1.º LAU. (Sentencia de 23 de abril de 1965; desestimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENSIDO: SITUACIONES CREADAS AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 27 LAU 1946: *Estimándose acreditado que con la demandada habitan en la casa litigiosa cuatro personas distintas, con sus respectivas familias, de las cuales sólo una de ellas tiene un lejano parentesco con aquella, y que dichos ocupantes no arrendatarios habitan en la casa desde hace más de quince años, es evidente la inaplicabilidad al caso debatido de la Disposición Transitoria quinta de la vigente LAU, que exige que la situación jurídica haya sido creada al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 LAU 1946, que no admitía como conveniencia tolerada la de más de dos personas extrañas a la familia del arrendatario. (Sentencia de 28 de abril de 1965; estimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Ejercitada acción de resolución por necesidad esta pasivamente legitimado el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento, o el que en su lugar se haya subrogado válidamente por acto inter vivos o «mortis causa» en los derechos y obligaciones del inquilinato, y habiéndose operado en este caso una cesión válida y eficaz frente al arrendador, el único legitimado es el cesionario, sin que sea necesario demandar también al cedente, ya que tal exigencia la establece el párrafo 1.º del artículo 25, únicamente para el supuesto de ejercicio de acción resolutoria por cesión inconsentida. (Sentencia de 12 de febrero de 1965; estimatoria.)*

4. NECESIDAD: CONCEPTO: INTERPRETACIÓN: *Por necesario ha de entenderse según ensena reiterada doctrina jurisprudencial, no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para obtener un fin lícito y útil, concepto que, como es lógico, habrá de interpretarse en relación con las particulares circunstancias que en cada caso concurren. (Sentencia de 10 de marzo de 1965; estimatoria.)*

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ORDEN SELECTIVO: CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO: *LO ES UN COBRADOR-PAGADOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: Ha de entenderse por tal, a los efectos prevenidos en el artículo 64 LAU, a*

todo aquel que participe en el ejercicio de funciones públicas de manera permanente, haciendo del mismo su modo de vida, con obligación de residir en la localidad donde presta sus servicios, figurando en las correspondientes plantillas y percibiendo sueldos o asignaciones fijas o determinadas legalmente con cargo a los presupuestos respectivos, por lo que es indudable que al demandado le conviene esa condición, dado que la función del Instituto Nacional de Previsión es Administración pública, aunque en actuación delegada, no siendo posible desconocer la permanencia de sus empleados de plantilla en tal función, así como el cobro de haberes fijos de los presupuestos de la Entidad, Organismo autónomo del Ministerio de Trabajo, y el deber de residencia, todo ello de acuerdo con lo prevenido en el Reglamento de Personal, aprobado por Orden de 4 de octubre de 1959 y Ley sobre Régimen jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (Sentencia de 28 de abril de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho Procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; NECESIDAD DE CITAR LAS DISPOSICIONES INFRINGIDAS Y EL MODO EN QUE LO HAN SIDO: *Dado el carácter formal del recurso de suplicación, se exige que se citen con claridad y precisión los preceptos legales que se dicen infringidos, por lo que, si éstos están formados de varios párrafos o números referentes a situaciones diversas, no basta citar el artículo o precepto legal en general, sino que habrá de expresarse claramente cuál es el caso que se reputa infringido e igualmente la forma, sitio o modo en que la sentencia lo infringe.* (Sentencia de 27 de enero de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; DENUNCIA DE LA FALTA DE BASTANTEO EN EL PODER DEL ACTOR: *No cabe entrar en este recurso en el examen de dicha falta, puesto que, a diferencia de lo que en los artículos 1716, 1717 y 1718, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se preceptúa para la casación, referente a la comparecencia del recurrente ante el Tribunal Supremo, aquí no existe comparecencia ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, sino que se interpone y formula ante el Juzgado, que eleva los autos y la pieza formada a la Audiencia, donde se resuelve y devuelve al Juzgado, sin intervención de las partes.* (Sentencia de 27 de enero de 1965; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; ABUSO DE DERECHO; SU INAPLICACIÓN POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Al no haberse hecho uso por el juzgador de instancia del citado principio, su inaplicación constituiría, en su caso, una mera infracción de Ley y, por ello, el recurrente habrá de abstenerse de examinar la valoración de la prueba, conformándose con los hechos que dio por probados la resolución impugnada; porque entendido de otra manera el artículo 132 LAU, que habla solamente de la «errónea aplicación» y no del concepto mucho más amplio de infracción, se llegaría a la falsa consecuencia de que aquél siempre tendría en sus manos la valoración de la prueba, transformando y conculcando con ello la finalidad y fundamento del recurso.* (Sentencia de 22 de abril de 1965; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: CAMPO DE APLICACIÓN: *La literal redacción del artículo 9 LAU, así como las resoluciones de las diversas Audiencias Territoriales que lo interpretan, restringen la aplicación de tal principio al campo estrictamente procesal, debiendo radicar y cimentarse el mismo en la pretensión que se ejercita y no en actos anteriores. (Sentencia de 22 de abril de 1965; desestimatoria.)*

7. Selección de las Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A Cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ALEGACIÓN EXTEMPORÁNEA DE DEFECTOS OBSERVADOS EN EL PREAVISO: *Aunque la jurisprudencia tiene reiterado que el propietario debe razonar en el requerimiento previo el origen de la necesidad, si lo hace en el juicio y el inquilino no excepciona sobre dicho extremo —limitándose a discutir sobre la necesidad—, no puede posteriormente alegar el mismo, ya que al contestar al preaviso es el momento procesal oportuno, y la invocación posterior al periodo expositivo del proceso revela una falta de lealtad polémica en la conducta del arrendatario que conlleva la repulsa del alegato opositorio extemporáneamente efectuado.*

NOTA: Criterio reiterado por la Sala en innumerables sentencias, entre otras las de 9 de octubre de 1931 y 28 de enero de 1964 (Anuario 1962 y 1964, fascículos 2.º y 1.º, sentencias números 19 y 7, páginas 583 y 256, respectivamente).

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: *No es preciso que el matrimonio se celebre dentro del plazo de un año a partir del requerimiento previo, porque la necesidad surge desde que existe el estado formal y serio de contraerlo, máxime cuando se llevó a cabo durante la tramitación del proceso. (S. 24 de marzo de 1965; estimatcria.)*

NOTA: Doctrina coincidente con la sustentada por el Tribunal Supremo en las resoluciones de 15 de febrero de 1958 y 1 de julio de 1959.

2. SUBRÓGACIÓN «MORTIS CAUSA»: FINALIDAD: *El principio inspirador del artículo 58 de la LAU, al permitir la subrogación en la continuación del contrato locativo, no es otro que el aseguramiento de la continuidad del uso de la vivienda al familiar del inquilino que hasta su fallecimiento, y en los dos años anteriores, en concepto de pariente, convivía con el titular del contrato, haciendo uso del hogar familiar formado por el arrendatario, y que constituye para el subrogado el único hogar o morada.*

SUBRÓGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CASUÍSTICA: *Si la vivienda ocupada por el inquilino fallecido, no constituyó el hogar familiar del recurrente en el lapso de dos años requeridos por la Ley, ya que tuvo otra morada, de la que era titular, por pertenecer a su marido e hijos, con los que legalmente convivía, aunque de hecho, y por prestar asistencia a su madre lo hiciese con asiduidad en la vivienda de ésta, desaparece la finalidad inspiradora del artículo 58 de la LAU, al no tener necesidad de la vivienda, por el hecho de tener otra con su propia familia. (S. 29 de abril de 1965; desestimatoria.)*

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OCUPACIÓN DE DOS VIVIENDAS POR EL INQUILINO EN LA MISMA POBLACIÓN: CASUÍSTICA: *Del hecho acreditado —intangible en este remedio extraordinario— de que el arrendatario desde el 6 de marzo de 1963 —fecha de la cédula de habitabilidad del piso por él comprado— hasta el 28 del mismo mes— momento en que subroga a su hijo, el otro demandado, en el piso locado, y del que en dicha fecha sale del mismo, y por tanto, ocupa materialmente el piso arrendado y a la vez dispone del comprado, conforme a la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 19 de noviembre de 1959 —que equipara la disponibilidad a la ocupación—, se deduce la aplicación certera del supuesto cuarto del artículo 62 de la Ley locativa vigente, impeditivo de la prórroga forzosa del arrendamiento y por ende base resolutoria conforme a la 11.ª del artículo 114 de referida Ley.*

SUBROGACIÓN A FAVOR DE TERCERO LATENTE UNA CAUSA RESOLUTORIA: *La subrogación a favor de un tercero del objeto locado, en momento en que la causa resolutoria está latente, aunque no haya sido ejercitada, no impide al arrendador actuar su pretensión, mientras no prescriba, afectando la resolución a los ocupantes posteriores de la vivienda, que no pueden subrogarse en un contrato resuelto. (S. 3 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

NOTA: Único criterio posible para no dejar sin efecto todos los derechos del arrendador, como ya dijo la Sala en sentencia de 16 de abril de 1965.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DECLARACIÓN DE RUINA DE LA VIVIENDA OCUPADA POR EL ARRENDADOR: CASUÍSTICA: *Concurre la circunstancia de necesidad en el arrendador que ha sido condenado a desalojar la casa que ocupa como inquilino por declaración de ruina del edificio, estado que, adverbado en la instancia, no es debido a desidia del recurrido, sino a la acción del tiempo, de donde no se puede deducir, como arguye el recurrente, simulación, artificio o maquinación, sino causa real demostrativa de la necesidad.*

FALTA DE CITACIÓN DEL INQUILINO DEMANDADO EN EL EXPEDIENTE DE RUINA: *El expediente de declaración de ruina del edificio ocupado por el arrendador, no requiere la presencia del inquilino-demandado, ya que la Ley sólo exige, con referencia al inmueble ruinoso, la citación de los inquilinos y propietarios al tiempo de la iniciación del expediente. (S. 18 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

5. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Tienen acción para ejercitar la resolución del contrato de arrendamiento el que tiene el dominio, el usufructo o cualquiera otro derecho real que le faculte para disponer del uso de la vivienda arrendada.*

CUALQUIER CONDUENÑO ESTÁ LEGITIMADO: *Cualquiera de los condueños puede poner fin al contrato de arrendamiento, sin que sea lícito al arrendatario discutir si tal acto es o no beneficioso para los otros condueños, pues a estos y no al inquilino, es a los que corresponde dilucidar si la resolución contractual les perjudica o no. (S. 3 de junio de 1965; desestimatoria.)*

NOTA: Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1954, 18 de octubre y 18 de noviembre de 1955 y 16 de mayo de 1964.

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO CONCORRE: CASUÍSTICA: *Del hecho acreditado de que la arrendadora dispone en el pueblo de R. —donde convive con sus hermanos— de una casa apta para cubrir sus necesidades, aunque inhabitable actualmente por falta de reparaciones ordinarias sólo a su omisión imputables, al no haber acreditado fehacientemente la necesidad de trasladar su residencia a B. punto en donde radica la vivienda reclamada, no se deduce la necesidad base de la denegación, y sin que baste la alegación del deseo de vivir con independencia, indudablemente serio y digno de protección jurídica, ya que la alegación de defender unos intereses que no se determinan sin otros datos que proclamen una situación de verdadera precisión de la vivienda, inclinan a suponer que la pretensión resolutoria está movida por la conveniencia o la comodidad y no por una necesidad realmente sentida que es ante la que claudica la del inquilino. (S. 5 de junio de 1965; desestimatoria.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO JURÍDICO: *La necesidad es un concepto jurídico que se obtiene sobre los hechos acreditados, operando sobre ellos los criterios que emanan de la norma legal o de máximas de experiencia.*

NECESIDAD: REQUISITOS: *Para que la necesidad pueda merecer la protección específica que tiene la LAU ha de responder no sólo a una motivación seria, legítima y probada, sino que ha de venir fundada en hechos o circunstancias que presenten visos de permanencia, ya que una necesidad transitoria, merece mejor el nombre de comodidad o conveniencia, y no puede invocarse con éxito frente a la auténtica necesidad del inquilino.*

NECESIDAD: NO CONCORRE: CASUÍSTICA: *Del hecho acreditado de que el demandante, soltero, reside en L., en tanto en cuanto duren las obras de construcción de una vivienda, no puede deducirse la necesidad requerida en la Ley para denegar la prórroga forzosa del contrato locaticio. (S. 11 de junio de 1965; desestimatoria.)*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: DERECHO TRANSITORIO: *El número 3.º del artículo 64 de la LAU y la doctrina legal mantiene que cuando se dispone de una sola vivienda en una finca determinada, aunque el arrendador disponga de otra arrendada en finca distinta, no está obligado a efectuar la selección prevenida en dicho artículo, porque la denegación puede ejercitarla respecto de la vivienda situada en cualquiera de ellas, sin que la reforma de la Ley de 11 de junio de 1964, que modificó dicho precepto pueda entrar en juego, ya que así lo proviene la Disposición Transitoria segunda, al haberse ejercitado extrajudicialmente el derecho reconocido en el precepto modificado, antes de la vigencia de la nueva redacción dada al mismo. (S. 19 de junio de 1965; desestimatoria.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO CONCORRE: CASUÍSTICA: *Acreditado en la sentencia impugnada que la actora en 4 de mayo de 1963,*

cuando ya tenía decidido su regreso a España, celebró con su hermana —hoy recurrida— contrato de arrendamiento de vivienda con reserva para la primera de uso de varias habitaciones y servicios comunes para su estancia en la casa cuando lo precisare, así como que desde entonces al 13 de agosto de igual año —fecha de celebración del acto conciliatorio, denegatorio de la prórroga—, no habían variado sus circunstancias familiares, ni intentado tan siquiera la convivencia que ella mismo convino con su hermana, opera la certeza de la falta de necesidad, contradiciendo con pretensión denegatoria sus actos propios, lo que deviene en repulsa de la demanda. (S 28 de junio de 1965; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: EXTINGCIÓN DE USUFRUCTO: DERECHO TRANSITORIO: *Es aplicable la causa resolutoria número 12 del artículo 114 a contratos locativos formalizados durante la vigencia de la Ley de 1948, en virtud de las Disposiciones Transitorias 1.ª y 15.ª de la actual, si la extinción del usufructo tiene lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la última.*

NOTA: La Sala mantiene dicho criterio, siguiendo la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 1963; no obstante, véase la sentencia de 28 de octubre de 1959 que sienta la doctrina de que, «Los contratos de arrendamiento otorgados, durante la vigencia de la Ley anterior, por un usufructuario se extinguen con la muerte de éste, sin que pueda pretenderse la aplicación de la legislación actual, toda vez que la nueva Ley no interpreta, sino que modifica la anterior».

ARRENDAMIENTO OTORGADO POR USUFRUCTUARIO: EXTINGCIÓN: ONEROSIDAD PARA LA PROPIEDAD DEL CANÓN PACTADO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *Otorgado el arrendamiento por la madre de los hoy litigantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil, por la mayoría dominical que sobre la vivienda tenía, ya que aparte del diez por ciento que ostentaba en usufructo, tenía un cincuenta por ciento en plena propiedad, que la daba el carácter mayoritario sobre la suma de cuotas de los tres actores —treinta por ciento en total—, ya que la correspondiente al demandado, como interesado en la consecución del negocio arrendaticio, ha de sumarse a la participación de su madre, o en su caso, nunca podría computarse a las de sus tres restantes hermanos, es de ver la no aplicación al caso cuestionado de la causa 12.ª del artículo 114, al no ostentar el arrendador el carácter de usufructuario. (S 30 de junio de 1965; estimatoria.)*

11. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: DIFERENCIA DE LA RELATIVA A LAS VIVIENDAS Y A LOS LOCALES DE NEGOCIO: *A diferencia de lo que ocurre con relación a los locales de negocio en que la subrogación opera automáticamente por el hecho de la muerte del arrendatario, la subrogación al fallecimiento del inquilino de la vivienda, supone un mero derecho que puede hacerse efectivo en el tiempo y forma que previene el artículo 58 de la LAU, es decir, dentro de los noventa días siguientes al óbito del titular arrendaticio y mediante la notificación fehaciente al arrendador. (S. 3 de julio de 1965; estimatoria.)*

12. CALIFICACIÓN DE CONTRATO: RÚSTICO O URBANO: *Estipulado originariamente concierto arrendaticio para explotación agrícola de las fincas —caserio con sus pertenecidos—, aunque desplazado posteriormente el interés del arrendatario de la explotación rústica a la vivienda en sí misma por la progresiva modificación de las condiciones sociológicas, no es suficiente tal desplazamiento de interés para la modificación del concierto rústico en urbano, al no cumplirse ninguna de las razones objetivistas que señala el artículo 2.º, inciso 4.º de la LAU, en relación con el 2.º del Decreto de 29 de abril de 1959, que señala las necesarias, desde la perspectiva de los arrendamientos rústicos, para la posible transformación en urbanos a consecuencia de alteraciones habidas en el terreno arrendado.* (S. 3 de julio de 1965; desestimatoria.)

13. DENEGACIÓN DE PRUEBA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES: *Los plazos establecidos en los artículos 65 y 66 de la LAU, operan mecánicamente por obra de la Ley, sin necesidad de concesión expresa por el arrendador requirente en el preaviso en forma negocial.*

NECESIDAD: CONCURRE: CASUÍSTICA: *Se da la necesidad en el caso cuestionado, en que el actor reclama una vivienda, sita en la misma localidad y próxima a la que él habita, para que sea ocupada por su hija, marido y ocho hijos del matrimonio, para que desde ella pueda atenderle así como a su esposa, ambos de edad avanzada y aquejados de graves dolencias, al no ser posible obtener una atención remunerada de tercera persona, y no poderle exigir una convivencia con su hija y familia tan dilatada dada la diferencia de edad y circunstancias concurrentes.* (S. 5 de julio de 1965; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE SUBARRIENDO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Para ejercitar acción resolutoria de un contrato de subarriendo es necesario que el actor acredite el carácter de inquilino subarrendador al tiempo de formular dicha pretensión, sin que baste la presentación de unos documentos de los que sólo se puede deducir la existencia del subarriendo, pero no que al incoarse el proceso el demandante ostente el carácter de inquilino.*

15. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CONVIVENCIA HABITUAL: *Por convivencia habitual a los efectos del artículo 58 de la Ley Locativa no puede entenderse la constante y material permanencia del pretendiente de la subrogación con el inquilino en la vivienda arrendada, pues puede apreciarse aun cuando se adviertan ausencias temporales más o menos prolongadas siempre que obedezcan a motivos de naturaleza ocasional o excepcional y aparezcan debidamente justificados, circunstancias éstas que no impiden afirmar la existencia del «animus manendi» —intención de permanecer o quedarse en la vivienda—, elemento espiritual ineludible que el Tribunal debe deducir de la resultancia fáctica del proceso.* (S. 10 de julio de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: FINALIDAD: *El recurso de suplicación, que además de reforzar las garantías de los justiciables, tiende esencialmente a lograr la uniformidad territorial de la jurisprudencia, mediante el control de la aplicación del Derecho efectuado por el Juezador de Instancia, siendo una especie, como le denominan los tratadistas, de «casación menor», es un remedio de carácter estrictamente formal.* (S. de 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Véanse sentencias de la misma Sala de 10 de octubre de 1961, 27 de enero de 1964 y 15 de abril de 1964, Anuario 1962, y 1964, fascículos 2.º, 1.º y 2.º, sentencias números 4, 3 y 4, páginas 585, 259 y 539, respectivamente.

Igual doctrina se sienta entre otras en Sentencia de 14 de julio de 1965.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DEL RECURSO LO SON DE DESESTIMACIÓN: *La falta de pago o de consignación de la renta, que constituye causa de inadmisión del recurso, deviene en este trámite en causa de desestimación por aplicación del artículo 148 de la LAU.* (S. 31 de marzo de 1965; desestimatoria del recurso, declaran^{do} firme la sentencia impugnada y dejando sin efecto la providencia por la que se admitió el recurso a trámite y posteriores actuaciones.)

NOTA: La Sala en sentencias, entre otras, de 2 de febrero de 1962 y 29 de noviembre de 1963 (Anuario 1963, fascículos 1.º y 4.º, sentencias números 1 y 2, páginas 277 y 1289, respectivamente) siguió el mismo criterio, aunque con diferente técnica, anuló las actuaciones, llegando al mismo resultado práctico.

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y ABUSO DEL DERECHO: *No aplicada en la sentencia impugnada la doctrina del abuso del derecho, ni objeto de debate en la instancia, no puede plantearse extemporáneamente por primera vez en este remedio extraordinario que no constituye una tercera instancia.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: *El recurso suplicatorio, con un fin elevado, forma un sistema tendente a restablecer el imperio de la Ley, cuando ésta haya sido quebrantada en una sentencia, siempre en beneficio de aquella y del orden jurídico en general, aun cuando indirectamente por la vuelta al equilibrio legal, resulten también beneficiados los litigantes que resultaron perjudicados por la infracción jurídica.* (S. 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)

4. COSTAS: TEMERIDAD: *Evidencia temeridad, el interponer el recurso extraordinario de suplicación, negando legitimación a la parte actora, cuando se la tenía reconocida, no sólo en el pleito anterior que le fue promovido por falta de pago, y en el que verificó consignación de las rentas que se hallaba adeudando, sino también en el hecho primero de la contestación a la demanda y al absolver la posición 1.ª de las que le fueron formuladas.* (S. 3 de junio de 1965; desestimatoria.)

5. NATURALEZA DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PRUEBA: *La naturaleza extraordinaria del recurso no consiente —salvo en los casos de errónea aplicación de la doctrina del abuso del derecho— la modificación de las conclusiones probatorias de la instancia en términos de mayor rigor que los establecidos para el recurso de casación.* (S. 5 de junio de 1965; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TÉCNICA PROCESAL: *Si bien en pura técnica procesal pudiera entenderse que toda infracción legal debiera dar lugar al recurso, por razones de economía procesal y con criterio a la vez lógico y expeditivo, procede denegar el recurso en todos aquellos casos en que el fallo recurrido tiene base en otros razonamientos jurídicos de la sentencia impugnada.* (S. 19 de junio de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 3 de diciembre de 1964 (Anuario 1965, fascículo 1.º, sentencia número 1, página 361).

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL MISMO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Formulada la impugnación en conexión con el artículo 1.692, inciso 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende extender excesivamente al recurso de suplicación, que dispone de su propia normativa, los preceptos propios de la casación; extensión que es aún menos admisible cuando el error intenta referirse a documentos generados en el transcurso del proceso, en el desarrollo de la actuación judicial en orden a la prueba, pues ello supondría una vía siempre expedita para su crítica, doblemente limitada en el artículo 132 de la LAU, porque sólo es admisible cuando el fallo se funde en «errónea aplicación del abuso del derecho», y no se extiende indiscriminadamente a todas las diligencias probatorias, sino a «las reglas legales para su estimación».* (S. 5 de julio de 1965; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR EL PRECEPTO INFRINGIDO Y EL CONCEPTO EN QUE SE COMETE LA INFRACCIÓN: *Es doctrina reiterada de esta Sala —sentencias entre otras de 31 de marzo y 3 de mayo del actual año— la de que, en el escrito impugnatorio de la resolución dictada en apelación, ha de hacerse constar no sólo el precepto o preceptos infringidos, sino también el concepto en que se cometió la infracción.* (S. 14 de julio de 1965; desestimatoria.)

NOTA: En la sentencia citada de 31 de marzo se entiende: por violación, la contravención expresa al texto de la Ley; por interpretación errónea, el respecto de la norma aunque entendiéndola en contra de su espíritu; y por su aplicación indebida, el error de técnica, que parte del supuesto de que la norma no ha sido violada ni interpretada equivocadamente; o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1963, «la violación (como concepto específico dentro del genérico de infracción), se refiere a la propia existencia y aspectos extrínsecos de la norma; la interpretación a la indagación del sentido o contenido intrínseco de la misma y la aplicación a la subsunción en ella de los hechos contemplados en el proceso». En esta interesante resolución el Tribunal Supremo, también distingue dos aspectos en el concepto violación, uno, simplemente negativo que implica el desconocimiento y subsiguiente inaplicación de la norma por parte del juzgador, y otro, positivo, en que la norma, si bien

es contemplada, se vulnera por diferentes motivos, anteriores e independientes de la indagación de su sentido íntimo.

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: VICIOS «IN IUDICANDO»: *Los temas procesales o adjetivos, sin relación inmediata y directa con derecho alguno reconocido en la Ley Locativa Urbana, no pueden ser materia de este singular recurso de fondo, limitado por el artículo 132 de referida Ley al examen y conocimiento de los llamados «vicios in iudicando», quedando fuera de su ámbito los «in procedendo». (S. 14 de julio de 1965; desestimatoria.)*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios.*

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?.*

2. VIDA JURÍDICA

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA