

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958.

IMPOR TANTE

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 XVII
FASCICULO IV

OCTBRE. - DICBRE.

MCMLXIV



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.*

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.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago

LOS EMBARGOS EN LA LHIM Y PSD.

1) *El embargo de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.*

Uno de los más importantes problemas que, a nuestro juicio, suscita la LHIM. En efecto, la Exposición de Motivos de la misma ha contemplado las anotaciones de embargo en relación con la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. Pero las directrices que marca en la Exposición no tienen desarrollo adecuado en el articulado de la Ley, ni tampoco en el Reglamento. Por otra parte, el legislador está constantemente preocupado por la simplificación del sistema, a fin de evitar conflictos perjudiciales a la hora de la ejecución de la garantía: «Se ha creído conveniente —dice la E. de M.— no admitir la posibilidad de hipoteca o prenda sin desplazamiento de bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallan en situaciones jurídicas especiales; así ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos. Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derecho y que en el momento de la ejecución crearían un confusionismo perjudicial para el bien desarrollo de ambas». Por lo que a nuestro tema importa, de las palabras transcritas pudiera desprenderse fácilmente que no autoriza la ley la existencia de una prenda sin desplazamiento o una hipoteca mobiliaria, sobre un bien susceptible de ser objeto de tales garantías, *si el mismo se encuentra embargado* con anterioridad. La prohibición de gravarlo se afirma también en el artículo 2.^o de la Ley.

Sin embargo, lo que parece tan sencillo de interpretación no lo es en realidad, como veremos. Para la debida solución del problema, conviene, ante todo, distinguir, como posibles objetos de la anotación de embargo, entre bienes que tienen aptitud para ser

hipotecados o dados en prenda sin desplazamiento (porque están comprendidos en la enumeración cerrada de la Ley), y créditos hipotecarios o pignoraticios.

¿Es posible la constancia en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (RHM-PSD) de una anotación de embargo sobre bienes susceptibles de hipoteca o prenda, pero que no se hallen gravados? No hay duda de la afirmativa. El artículo 68, *d*) de la Ley alude a «los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos» como parte del contenido de los libros registrales. Además, el artículo 39 del Reglamento, aceptando esta idea, dispone: «Cualquier anotación preventiva podrá abrir folio independiente cuando afectare a bienes susceptibles de hipoteca o prenda, si tales bienes no figuraren hipotecados o pignorados».

Pero es precisamente esta anotación de embargo sobre bienes no gravados la que obliga a acusar la inconsecuencia de la E. de M. En líneas anteriores vimos que la hipoteca o prenda constituida después de practicado el embargo era nula por el artículo 2.^o de la Ley, siendo éste uno de los principios cardinales de la regulación legal. En cambio, la E. de M. plantea la cuestión desde un doble punto de vista: *a*) anotación del embargo, y *b*) embargo decretado por la Autoridad judicial y no llevado al Registro.

La anotación de embargo obedece a un fundamento. «El fundamento —dice la E. de M.— está en el precepto según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula. Mas para la garantía del acreedor, es necesario arbitrar un medio por el que pueda conocer la posible existencia de aquellas afecções judiciales, distinto de la obligada declaración del deudor. Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos. De este modo, anotado un embargo, si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá con la prenda».

Esta idea del legislador expresada en la E. de M. llevaría a la siguiente interpretación del artículo 2.^o de la Ley: la prohibición de gravar con RHM o PSD un bien susceptible de ello cuando se encuentre ya embargado, con la secuela de nulidad del gravamen, está limitada a los supuestos en que figure en el Registro *anotado el embargo*. Su constancia registral cerrará aquél al acreedor hipotecario o pignoraticio. Por el contrario, la falta de anotación no determinará la nulidad de la hipoteca o prenda. Señala la E. de M. que «si se hubiere decretado aquél por la Autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral».

Sin embargo, y dentro de esta línea de interpretación del artículo 2.^o de la Ley, cabe preguntar si basta sólo la *falta de anota-*

ción del embargo para dar validez y preferencia a la garantía real. Si nos fijamos en el artículo 13 de la LHM nuestra contestación ha de ser forzosamente negativa, porque preceptúa la necesidad de que el hipotecante declare en la escritura de constitución de hipoteca que el bien no se encuentra hipotecado, pignorado o *embargado*. Es evidente que tal declaración no es un adorno de la escritura, sino que tiene como finalidad el cumplimiento del artículo 2.º de la Ley. Si el deudor declarase el embargo, a pesar de su falta de anotación, se impone el cierre del Registro, porque la escritura de constitución de hipoteca infringe de una manera clara, directa y concreta, una disposición de carácter imperativo (vid. art. 72 c) de la Ley).

Ahora bien, si se estimase que el artículo 2.º se refiere al embargo *anotado*, y que la E. de M. dice tajantemente que la falta de anotación hará válida la hipoteca o prenda, las conclusiones anteriores deben ser rechazadas. Pese a la declaración del hipotecante, la falta de anotación no cerrará el acceso a la hipoteca, ni le privará de la preferencia insita en la garantía.

Parece necesario, a nuestro juicio, distinguir en la cuestión dos supuestos diferentes, que producirán diversas consecuencias jurídicas. Por una parte, la declaración del deudor hipotecante del embargo realizado, y por otra, la inexactitud de la misma. En el primer caso, pese a la falta de anotación, la garantía no tendrá acceso al Registro. En el segundo, si no consta en éste el embargo, será válida y producirá todos sus efectos. No hay que olvidar que la E. de M. concibe la anotación como un medio de conocimiento de las afecciones judiciales, *distinto de la obligada declaración del deudor*. En otras palabras, que las anotaciones de embargo dan origen a una problemática especial cuando falla el conocimiento de la verdadera situación de los bienes por la simple aplicación del artículo 13 de la LHM.

Así, pues, el artículo 2.º de la Ley hay que interpretarlo en función del artículo 13, por lo que respecta a la declaración del deudor, y del artículo 68, d) con el alcance que da la E. de M. a las anotaciones de embargo sobre bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.

La alteración de la *naturaleza* de los embargos de bienes inmuebles susceptibles de hipoteca, pese a la E. de M., creemos que es la causa de dar validez a la hipoteca o prenda constituida con posterioridad cuando no se ha practicado la anotación. Afirma autorizadamente VALLÉT DE GOYTISOLO que «los autores del anteproyecto entendían que la perfecta identificación registral de los bienes hipotecables justificaba la sustitución del depósito de los mismos, «en persona de responsabilidad», conforme al artículo 1.409, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil por su anotación en el Registro de hipoteca mobiliaria, paralelamente a lo que se dispone para la anotación de embargos sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad en el 1.º del mismo artículo. De este modo resulta

imprescindible la anotación de los embargos de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria» (1). La E. de M. de la Ley amplía el sistema tanto a esos bienes como a los susceptibles de prenda sin desplazamiento. Es decir, que para los bienes muebles hipotecables se seguirán los principios admitidos en materia de inmuebles. Para los bienes muebles gravables con prenda sin desplazamiento, el depósito previsto en el artículo 1.409 de la L. E. C. La falta de posesión por parte del deudor impediría todo posible engaño a los terceros.

El problema de la eficacia de la hipoteca o prenda constituida después de un embargo no anotado en el RHM y PSD no ha dejado de preocupar a la doctrina. En el primer estudio completo sobre el sistema mobiliario registral que se ha realizado, el profesor Cossío se pregunta si la anotación es constitutiva o meramente potestativa en los casos en que los bienes muebles a que se refiera no estén hipotecados ni pignorados y textualmente dice: «Consideramos que la falta de anotación en tales supuestos no determina en absoluto la ineficacia del embargo, sino simplemente la consecuencia de que si con posterioridad al mismo se constituye un derecho real de garantía sobre el bien embargado y tal derecho fuere objeto de inscripción en el Registro, el embargo no podrá en modo alguno afectar al acreedor que inscribió su derecho de buena fe, ya que iría contra los principios del sistema al amparar, en perjuicio de éste, al embargante que no desenvolvió la diligencia necesaria para conseguir la garantía registral de su derecho, mediante la anotación oportuna. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad de carácter civil e criminal en que haya podido incidir el propietario de los bienes embargados que constituyó la hipoteca o la prenda posteriormente a dicho embargo» (2).

Así, pues, llega el profesor Cossío agudamente a la misma solución apuntada por la E. de M. por caminos más ortodoxos. No tiene necesidad de violentar el significado y naturaleza del embargo de bienes muebles, tal y como se admite por la L. E. C. Únicamente a través de los puros principios hipotecarios. La buena fe del acreedor hipotecario o pignoraticio, su desconocimiento del embargo del bien gravado (que se opera por los cauces comunes), hace que se mantenga su derecho con preferencia al embargante.

Posición radicalmente contraria a la de la E. de M. mantiene VIOLA SAURET. El embargo de bienes muebles queda constituido extraregistralmente por la desposesión judicial. A pesar de no haberse anotado preventivamente en el RHM-PSD, la garantía será nula por aplicación del artículo 2.º. No hay en la Ley precepto alguno que convierta en constitutiva la anotación de embargo. «Aho-

(1) Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XI, pág. 135.

(2) El sistema mobiliario registral, en *Estudios Jurídicos Varios* (Centenario de la Ley del Notariado), vol. II, Madrid 1962, pág. 417.

ra bien —afirma—, si no se ha anotado el embargo, no existirá obstáculo registral para la inscripción de una HM o PSD posterior; será precisa una acción de nulidad o de rectificación del Registro, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 3.^o, LHM), para cancelar dichas HM o PSD aparentes. El peligro que asume el embargante que no anote es ese, el de tener que seguir un declarativo para rectificar el Registro, antes de la ejecución de la HM o PSD, en cuyos procedimientos no está prevista la suspensión (así, art. 85, LHM) por el simple acreditar de su embargo» (3).

Coincide en parte la tesis anterior con la E. de M. y en parte se aparta de ella. La coincidencia se observa al mantener la validez de la hipoteca o prenda posterior al embargo. El alejamiento al afirmarse que el acreedor embargante tiene una acción de nulidad de la garantía inserta basada en el artículo 2.^o de la Ley, mientras que en la Exposición la garantía genera una preferencia siempre frente al embargante. Cabe oponer a ello la dificultad que se creaaría al Juez cuando el acreedor hipotecario o pignoraticio alegase el desconocimiento del embargo, o en otras palabras, su buena fe (punto visto certeramente por el profesor Cossío). No creemos prevaleciese la consideración objetiva del mencionado artículo 2.^o.

En realidad, todas las dificultades que suscita el tema tratado tienen por causa la exacta observación de VALLET DE GOYTISOLO: «Ningún artículo determina la eficacia de las anotaciones de embargo ni las consecuencias de su falta de anotación» (4). ¿Se deducirá de ello que la LHM no ha puesto ninguna alteración en materia de embargos cuando recaen sobre bienes muebles a los cuales es susceptible de aplicarse aquélla? No nos atreveríamos a sostenerlo. La L. E. C. no menciona la posibilidad de anotación preventiva sobre bienes muebles. En cambio, tanto la LHM como el Reglamento, sí. Es decir, que leyes posteriores han introducido una novedad fundamental en materia de embargo de bienes muebles hipotecables o aptos para ser objeto de prenda sin desplazamiento. Ante el silencio de las mismas sobre sus efectos, sobre su eficacia en general, se podría pensar en la aplicación de la Disposición Adicional 3.^a de la LHM, y acudir a la Ley Hipotecaria para suplir la laguna. La solución que se obtendría no sería, ni más ni menos, que la recogida en la E. de M. para el supuesto de la garantía constituida después del embargo no anotado. Por otra parte, no conviene olvidar que el Anteproyecto de la LHM seguía el mismo sistema del embargo de inmuebles para el embargo de los muebles a los cuales la última se refería.

Interesa, sin embargo, no perder de vista que el recurso a la Disposición Adicional 3.^a no puede ser incondicionado. La razón es sencilla. En la Ley Hipotecaria no se plantea nunca el problema

(3) Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento a través de los principios, en *Anales de la Academia* cit. pág. 469.

(4) Planteamiento..., cit., pág. 136.

de la validez de una hipoteca constituida después de un embargo no anotado en el Registro de la Propiedad. En cambio, en la LHM se interfiere, como expusimos al comienzo de este epígrafe, el artículo 2.º, que obliga precisamente a hacer cuestión de esa validez. La LHM habla de bienes *embargados*. Teniendo en cuenta las alteraciones que impone la misma al embargo de muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento a los efectos única y exclusivamente de evitar la posterior constitución de garantías reales, entendemos que el embargo contemplado en el artículo 2.º es el anotado en los libros registrales (salvo la declaración del art. 13). No quiere ello decir, en modo alguno, que el embargo practicado de acuerdo con lo dispuesto en la L. E. C. no se constituya sin la anotación registral. Lo que ocurre es que sin la misma no tiene virtualidad para impedir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento posterior ni mucho menos para que el embargante accione en juicio declarativo contra la nulidad de estas garantías al amparo del artículo 2.º, y, en consecuencia, tengan preferencia. Pudiera afirmarse, pues, que la anotación de embargo tiene una función constitutiva en relación con el acreedor hipotecario o pignoraticio, en tanto que sus garantías son *válidas*, no infringen la prohibición del artículo 2.º, si no se ha practicado la anotación en el Registro. Por otra parte, y como no pugna con la naturaleza del embargo del bien mueble, se entiende perfecto a pesar de su falta de anotación con su correspondiente preferencia, si bien postergada ésta a la de la garantía real.

2) *El embargo de bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento.*

Si nos atenemos a la E. de M. de la Ley, la solución en tales supuestos sería idéntica a la que se patrocina respecto de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. No existe una distinción concreta y específica en cuanto a sus regímenes.

No obstante, se pueden señalar opiniones discrepantes en la doctrina. Así la de VALLET DE GOYTISOLO. A su juicio, hay que distinguir entre los embargos con desposesión del deudor y los embargos que no la ocasionen, «sea en virtud de haberse designado al deudor mismo como depositario, o bien por haber sustituido la desposesión por la anotación. El embargo con desposesión del deudor hecho con anterioridad a la prenda sin desplazamiento, impedirá la constitución de ésta, aun cuando no haya sido anotado. Porque el deudor sin posesión no puede constituirse depositario del bien a pignorar, requisito esencial de la prenda sin desplazamiento que ningún acreedor puede desconocer por la publicidad que significa la posesión del deudor pignorante» (5).

En realidad, es lícito dudar hasta qué punto se ha de considerar exacta la solución que para los embargos sobre bienes pignora-

(5) *Planteamiento...,* cit., pág. 137.

bles sin desplazamiento da la E. de M., y ello debido a que el mutismo de la Ley en materia de hipoteca mobiliaria parece no existir ahora. El artículo 56 de la misma dispone que «la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». No hay dificultad en considerar protegido al embargante, una vez que el embargo ha sido debidamente constituido, contra el acreedor pignoraticio posterior por este precepto, pese a que no haya anotado su embargo en el RHM y PSD. Una limitación a la eficacia del artículo 56 basada en el criterio de la E. de M. parece contradictoria, porque si tal disposición sirve para amparar al titular de un derecho de prenda con desplazamiento de posesión anterior (vid. también art. 1.865 C. c.), no se ve razón para mantener distinto criterio con relación al acreedor en un embargo mobiliario, que no presenta unas diferencias esenciales con el derecho de prenda, a no ser por la naturaleza del título de su constitución y del procedimiento por el cual se llegue a la ejecución.

3) *Embargo posterior a la constitución de hipoteca mobiliaria sin desplazamiento.*

No existe ningún precepto prohibitivo de la anotación de embargo, aunque la hipoteca o prenda serán preferentes al mismo. Si bien aquí no se plantean los problemas que hemos examinado respecto a la eficacia de la anotación de embargo, conviene al acreedor la anotación del mismo a efectos de su intervención en los procedimientos ejecutivos para realizar las garantías reales.

4) *Pluralidad de embargos sobre un mismo bien hipotecable o pignorable.*

Dos cuestiones interesa señalar. En primer lugar, la posibilidad de extender la prohibición de hipotecar o dar en prenda por segunda vez el mismo objeto, que se consigna en el fundamental artículo 4.^º de la Ley, a los casos de segundo embargo. En segundo lugar, el de la preferencia entre si de los acreedores embargantes.

Apunta el profesor Cossío, en contra de la extensión del artículo 4.^º a los embargos, las siguientes razones: 1.^a Que, dado el carácter prohibitivo del expresado precepto, y en cuanto el mismo viene a establecer una limitación a las facultades dispositivas del propietario, no es posible darle una interpretación extensiva o analógica, sino que habrá de concretarse su actuación a los supuestos de hipoteca y prenda. 2.^º Que la medida iría contra el artículo 1.911 del Código civil y privaría al acreedor del derecho que,

en todo caso, le hubiere podido corresponder el exceso del precio. 3.^o Que, congruentemente con esta interpretación, la regla 10 del artículo 84 de la Ley determina que si el precio obtenido mediante la subasta de la cosa fuere superior a las cantidades adeudadas al titular de la hipoteca, «se consignará el exceso en el establecimiento público destinado al efecto o se entregará a quien tuviere derecho» (en el mismo sentido la regla 10 del artículo 87 y la 5.^a del artículo 92 de la Ley), lo que demuestra que en este caso el derecho del embargante será sólo al exceso de precio que pueda obtenerse en la venta de la cosa gravada (6).

Supuesto, por tanto, que no hay obstáculo legal alguno para que sobre un mismo bien pudieran recaer varios embargos, queda por resolver la cuestión relativa a la preferencia de los acreedores que han anotado los mismos en el RHM y PSD. La solución que parece desprenderse de la mecánica de las anotaciones preventivas de embargo es la que nos remitiría al artículo 44 de la Ley Hipotecaria por la vía de la Disposición Adicional 3.^a de la LHIM ante su silencio. En tal sentido se pronuncia VIOLA SAURET: «Si concurren varios embargos, aparte del muy posible problema resultante de no ser idénticos los bienes sobre que recaen, su prioridad, en virtud de la Adicional 3.^a de la LHM, debe regularse por el artículo 44 de la LH y el artículo 1.923» (7). Es decir, que entonces tendríamos que plantear la dificultad ya tradicional en este punto: dilema entre el artículo 1.923 y el artículo 1.927 del Código civil. Preferencia por la antigüedad de la anotación o preferencia del acreedor embargante que anota respecto a créditos posteriores.

Sin embargo, creemos que la cuestión no puede llevarse al terreno de la preferencia entre acreedores *anotantes*. No hay que olvidar que la anotación de embargo contemplada en la LHIM juega tan sólo en relación con la hipoteca o prenda, como se desprende de la E. de M.

En efecto, la E. de M. concede a la anotación de embargo estas tres finalidades:

1.^o Si son posteriores a la hipoteca, para evitar su desconocimiento en el momento de la liquidación de cargas y gravámenes en caso de ejecución.

2.^o Si se anotan antes de la constitución de la hipoteca o prenda, para garantía del acreedor, ya que su derecho de garantía no tendrá acceso al Registro.

3.^o Si no se ha practicado la anotación del embargo ordenado por la autoridad judicial, la hipoteca o prenda, que nace con posterioridad, tiene acceso al Registro y es preferente al crédito del acreedor embargante.

No se predica, pues, ningún otro efecto de la anotación de embargo. Acudir al régimen de la LHIM está fuera de lugar, porque

(6) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 418 y s.

(7) Los problemas..., cit., pág. 470.

supondría hacer caso omiso del artículo 1.922 que regula la preferencia entre créditos dotados de privilegios especiales sobre muebles, y del artículo 1.924, que recoge los privilegios generales que pueden recaer tanto sobre muebles como inmuebles. La colisión entre acreedores embargantes de muebles hipotecables o pignorables encuentra su solución fuera del marco de la LHM.

5) *El embargo anotado y la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento constituida con anterioridad pero no inscrita.*

Se ha sostenido (8), que, a pesar de la anotación de embargo, la hipoteca o prenda sin desplazamiento no puede encontrar vedado el acceso al Registro. El artículo 2.^o de la LHM, se refiere, por tanto, a la fecha de constitución de la hipoteca, prenda o embargo, y no a la fecha de inscripción o anotación. De aceptar la tesis contraria, se dice: «se daría a ésta (anotación de embargo) un alcance y valor prevaleciente sobre aquélla (hipoteca mobiliaria), no reconocido por la Ley, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina; contrario, desde luego, a los principios de publicidad, buena fe y demás básicos en la legislación hipotecaria».

Las bases de esta posición descansan en los siguientes puntos: 1.^o El artículo 3.^o de la LHM dice que se constituirá la hipoteca mobiliaria en escritura pública, en la que se deberá hacer constar la declaración del hipotecante de que los bienes no están hipotecados, pignorados ni embargados. 2.^o Si esa declaración es negativa, y en la fecha en que aquélla se autoriza por el Notario no aparece en los asientos del Registro embargo, hipoteca o prenda, habrá quedado observado el artículo 2.^o y la escritura, extendida con arreglo a las formalidades legales, será inscribible en el Registro, y ello aunque la declaración sea inexacta, por fraude o error, sin perjuicio de las consecuencias de orden penal y civil que se deriven. 3.^o Los artículos 85 y 93 de la LHM. Los supuestos previstos en ellos no se pueden producir de afirmarse que el artículo 2.^o contempla el momento de practicarse la inscripción. 4.^o Los efectos propios de las anotaciones de embargo, que según doctrina admitida, no se anteponen, entre otros, a los actos de disposición otorgados con anterioridad, pero no inscritos en el Registro.

Creemos, sin embargo, que no hay motivos para pensar en que la LHM, ha introducido una novedad tan radical en el sistema mobiliario, aunque con sus propias características, como sería el de negar el valor constitutivo que tiene la inscripción para la hipoteca. Por otra parte, los artículos 85 y 93, con sus concordantes, están pensados bajo presupuestos totalmente distintos, como inmediatamente tendremos ocasión de comprobar. Y, por último, si

(8) POVEDA MARTÍN: Interpretación y cumplimiento del artículo 2.^o de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, págs. 937 y ss.

es verdad que las anotaciones de embargo generan esos efectos antedichos (aunque esto no es tan indiscutible como parece darlo por sentado POVEDA MARTÍN), no lo es menos que siempre se han exceptuado los actos de disposición que se concretan en la constitución de una hipoteca. Se ha admitido (en el sistema inmobiliario registral) que la preferencia insita en la hipoteca requiere para su efectividad la inscripción registral. En el sistema mobiliario, y por exigencias derivadas del artículo 2.^o de la Ley, la hipoteca que se pretende inscribir con posterioridad no tendría acceso al Registro (8 bis).

- 6) *Embargo de pertenencias hipotecadas con el establecimiento mercantil en su fase de afección con la cosa principal y de ruptura de la unidad pertenencial.*

Será de aplicación la norma general de la preferencia del embargo sobre la hipoteca o prenda ya estudiada. Para fundamentar esta solución, remitimos a lo que inmediatamente diremos sobre la hipoteca de estas pertenencias.

COLISIONES ENTRE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y LA LEY HIPOTECARIA.

El artículo 75 de la L. H. M. las resuelve estableciendo, como exactamente pone de manifiesto el profesor Cossío, «una excepción al sistema de publicidad aceptado y una verdadera subordinación del Registro Mobiliario al Registro de la Propiedad» (9).

El artículo 75 parte del presupuesto de que los bienes hipotecados (HM) o gravados con prenda sin desplazamiento pueden volver a ser objeto de garantía real hipotecaria, constituida al amparo de la LH. Así, v. gr., una hipoteca de establecimiento mercantil que grava al titular del mismo, siendo éste al propio tiempo propietario del edificio donde aquélla se instala, no impide que posteriormente hipoteque, de acuerdo a la LH, el edificio. La preferencia entre ambas garantías reales está en función de la nota marginal que hace referencia, en la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, a la garantía real mobiliaria constituida. Dispone el artículo 75: «Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo ciento once de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o prenda al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen éstos. Extendida

(8 bis) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 475, nota 1.

(9) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 464.

esa nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos. Si en el Registro apareciere inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.»

Así, pues, no ha pasado desapercibido a la LHM que el campo propicio para las colisiones con la LII. es precisamente el de la extensión de la hipoteca inmobiliaria a las pertenencias con arreglo al artículo 111 de la LH. Pero cabe preguntarse si el artículo 75 basta para solucionar todos los problemas que se deriven de ello. Quizá hubiera que contestar negativamente, no tanto por imperfección de la LHM, como por la naturaleza propia, especial, de ese estado de hecho que constituye la pertenencia, a la que es muy difícil la aplicación íntegra de un sistema de publicidad, por perfecto que fuese. La desvinculación de la cosa mueble, bien por ánimo fraudulento del propietario de la principal, bien por necesidades de una buena administración, la ruptura de la unidad pertenencial en suma y el lanzamiento al tráfico jurídico del objeto mueble individualizado, puede dar al traste con el pensamiento del legislador de prohibir la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre objetos ya hipotecados por aplicación del artículo 111 de la LII. Precisamente la Resolución de 19 de noviembre de 1943, aludiendo al sometimiento de la unidad pertenencial a los principios básicos registrales, declaraba que «la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de ese estado de hecho».

La doctrina ha dado diferentes soluciones para el problema que nos ocupa. GÓMEZ-ACEBO contempla el problema desde el ángulo de la hipoteca de establecimiento mercantil. Observa que el artículo 75 de la LHM no dice nada para el caso de que la primera hipoteca sobre la pertenencia fuese inmobiliaria y la segunda mobiliaria, y estima que «si la pertenencia, en el momento de constituirse la segunda hipoteca, se halla en la misma situación que originariamente tenía, es decir, integra la relación pertenencial, la segunda hipoteca no es válida por aplicación del artículo 2.º, ya que el acreedor no podrá ampararse en su buena fe. Por el contrario, si subrepticiamente se revoca la relación pertenencial y la cosa se adscribe a otro establecimiento y se hipoteca con éste o como

cosa independiente, ambas hipotecas coexisten y el rango lo decidirá la prioridad de la inscripción» (10).

Posesión contraria sustenta VIOLA SAURET. A su juicio, la rotura de la unidad pertenencial no implica que la hipoteca inmobiliaria que la gravaba (art. 111) o mobiliaria deje de sujetarla, ya que es de esencia a la garantía que grave los bienes hipotecados cualquiera que fuese su poseedor. La separación de la pertenencia de la cosa principal autorizará al acreedor para el ejercicio de la acción de devastación (arts. 117 de la LH y 18 de la LHM). Unicamente admite como válidos frente al acreedor aquellos supuestos en que la separación de la pertenencia es cosa compatible, o incluso exigible, con arreglo a una buena administración, según las concepciones del tráfico. Así, la sustitución de piezas deterioradas de un automóvil, etc. (11).

¿Qué posición adopta la LHM ante este problema? Si nos fijamos detenidamente en sus preceptos, veremos que no se ha limitado a consignar la prohibición del artículo 2.^o y olvidar la posible situación fáctica de una pertenencia hipotecada que vuelve a ser objeto de otra hipoteca por su separación de la cosa principal. En efecto, el artículo 85, 4.^o, establece como causa de suspensión del procedimiento de ejecución sumario de la hipoteca mobiliaria el gravamen anterior del objeto: «Si se acreditaré, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo ciento once de la Ley Hipotecaria, vigentes o inscritas antes de la que motivare el procedimiento. Estos hechos se pondrán en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente, a los efectos prevenidos en el artículo mil ochocientos sesenta y dos del Código civil». Lo mismo determina el artículo 86 en cuanto al procedimiento de ejecución extrajudicial, y el artículo 93, 4.^o, para el procedimiento judicial sumario en materia de prenda sin desplazamiento (con el añadido de si el bien objeto de ejecución está sometido a otra prenda sin desplazamiento vigente o inscrita con anterioridad).

¿Qué efectos producirá respecto de la posterior constitución de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento la desafección de la pertenencia que ha sido hipotecada al amparo del artículo 111 de la LH?

Creemos de aplicación los artículos 85, 4.^o; 86; 93, 4.^o. Los mismos significan, como dice el profesor Cossío, «que la segunda hipoteca o prenda no sólo es jurídicamente nula, limitándose a producir una acción personal entre los contratantes, siendo equiparada a la promesa de constituir prenda o hipoteca, sino que, además, podrá exigirse la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres

(10) La hipoteca de establecimiento mercantil, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, pág. 175.

(11) Los problemas..., cit., págs. 459 y ss.

cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecían (art. 1862). El único privilegio que podrá alegar en estos casos el acreedor será el que derive de su constancia en escritura pública» (12).

Ahora bien, toda la fuerza de los preceptos citados descansa en la identidad de los bienes que son objeto de agresión. Por ello pensamos que hubiera sido un acierto de la LHM el contener unas inscripciones de referencia en el RIHM cuando al amparo del artículo 111 de la LH se hubieren hipotecado pertenencias susceptibles de hipoteca mobiliaria independiente o prenda sin desplazamiento (13). De este modo se evitaría, salvo error o negligencia del Registrador, el fenómeno que trata de prohibir el artículo 2.^º de la LHM (14).

CONCURSO DE HIPOTECAS MOBILIARIAS.

Por lo que respecta a las hipotecas mobiliarias, el problema es posible plantearlo en el ámbito de la hipoteca del establecimiento mercantil, ya que tratándose de bienes individualizados, la aplicación del artículo 2.^º se presenta fácil. La segunda escritura de hipoteca no tendrá acceso al Registro.

(12) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 464.

(13) Hacemos aplicación al supuesto de hipoteca inmobiliaria de pertenencias de la idea de GÓMEZ-ACEBO (*La hipoteca...*, cit., págs. 139 y s.), que parece circunscribirla a la hipoteca mobiliaria de las pertenencias del establecimiento mercantil.

(14) Conviene precisar las razones que nos impulsan a ver en los preceptos citados en materia de suspensión de procedimientos sumarios y extrajudiciales la nulidad de la segunda hipoteca. El artículo 85 de la LHM y sus correlativos sigue de cerca al artículo 132 de la LH, que especifica taxativamente las causas de suspensión del procedimiento de ejecución sumario. Pero así como en el artículo 132 se preocupa de regular el legislador las actividades que deben suceder entre tanto (suspensión hasta la terminación del juicio criminal; hasta el término de la tercera; comparecencia de las partes en los casos tercero y cuarto), el artículo 85 de la LHM no las determina. Creemos que habrá que aplicar en lo posible el artículo 132 de la LH (Disposición Adicional 3.^º de la LHM). Sin embargo, el artículo 85 introduce una nueva causa que dice de «suspensión», y es la que nos ocupa. ¿Qué procede una vez acordada la suspensión? ¿Hasta cuándo dura? Una aplicación literal de la Ley nos llevaría a afirmar que el acreedor hipotecario que se funda en la causa cuarta para solicitar la suspensión, ha de seguir un juicio declarativo para pedir la nulidad de la hipoteca, o en su caso, la prenda sin desplazamiento posterior. Todo ello en base al artículo 3.^º de la propia LHM, en su párrafo último. Pero prescindiendo del gravamen que ello supone, molestias y gastos, es que no tiene necesidad alguna de tan costoso procedimiento para llegar a privar a la segunda garantía de toda eficacia, porque ya se la quita la LHM en los artículos 85 y concordantes. La segunda hipoteca o prenda no se podrán nunca ejecutar. Carece del *jus distrahendi* en realidad. Ese acreedor hipotecario tendrá únicamente preferencia sobre los demás basada en su crédito escriturario. Por tanto, la suspensión puede durar indefinidamente. El número 4.^º del artículo 85 es una consecuencia del artículo 2.^º, que tiene una finalidad práctica ya puesta de relieve; la falta de necesidad de un declarativo para la cancelación del segundo gravamen en el Registro. Lástima que, como siempre, la legislación procesal común quede sin reformar.

En cambio, cuando se hipoteca un establecimiento mercantil con extensión a pertenencias que tienen aptitud para ser objeto, por sí solas, de hipoteca, cabría pensar en la desafectación de las mismas para estos fines, produciéndose entonces ese concurso que pueda llevar, según el criterio que se adopte, a mantener una coexistencia entre ellas o bien la exclusión de las que no tengan la calificación de primera hipoteca.

El problema ha preocupado a GÓMEZ-ACEBO, y para su desenvolvimiento y soluciones distingue varios casos:

1) Cosas que la LHM hace susceptibles de hipoteca como pertenencias del establecimiento mercantil y que son hipotecadas como adscritas a dos establecimientos distintos y objeto de dos hipotecas diferentes. La relación pertenencial es una relación de hecho y le basta al acreedor para su buena fe comprobar si existe o no dicha relación en el momento constitutivo de la hipoteca. El deudor puede sustraer subrepticiamente una pertenencia ya hipotecada y adscribirla a otro establecimiento que va a ser hipotecado. Presupuesta la buena fe del acreedor, subdistingue entre: a) que las pertenencias se encuentren descritas en ambas escrituras de hipoteca del establecimiento. Las dos hipotecas son válidas, y su rango lo determina el principio *prior tempore*. Reconoce, no obstante, que los bienes no hipotecables autónomamente, como las instalaciones fijas, instrumentos de producción y trabajo, etc., hace la cuestión más grava, puesto que surge el problema de individualización de la cosa, la comprobación que es la misma hipotecada por dos veces. Presupuesta la buena fe, la solución ha de ser la misma anterior. b) Si la pertenencia no se describió en la primera escritura y sí en la segunda, prevalece esta segunda, por omisión en la primera del cumplimiento del artículo 21. c) Pertencencias no descritas en la primera ni en la segunda hipoteca. Entiende GÓMEZ-ACEBO que ninguna de las hipotecas grava la cosa por omisión del artículo 21 de la LHM.

2) Conflicto de hipoteca de establecimiento mercantil e hipoteca de la misma cosa como autónoma. La LHM configura como hipotecables *per se* cosas que pueden ser hipotecadas como pertenencias de un establecimiento mercantil: vehículo de motor, derechos de propiedad industrial e intelectual, etc. Entonces subdistingue: a) La primera hipoteca es la constituida sobre la cosa como pertenencia del establecimiento. El acreedor hipotecario segundo, si es de buena fe, una vez rota la relación pertenencial, tiene derecho a que se mantenga la validez de su hipoteca. El rango lo determinará la prioridad en la inscripción. b) La primera hipoteca es la constituida sobre la cosa concebida en su plena autonomía jurídica. La publicidad funciona en su plenitud. Toda persona puede conocer si un vehículo de motor, un derecho de propiedad industrial o intelectual está o no hipotecado. El acreedor hipotecario de establecimiento mercantil debe asegurarse antes de hipotecar en cuánto puede hacerlo, que cualquiera de estas cosas

que son pertenencias del establecimiento no se halla hipotecada con anterioridad. Y si así no lo hace, no podrá alegar buena fe. Con respecto a las máquinas, el problema ofrece una consideración distinta. La publicidad de la hipoteca sobre aquélla, concretas e individualizadas, actúa sólo en cuanto la cosa no sea trasladada de sitio (art. 69, regla 1.^a de la LHM). En acto material subrepeticio del dueño destruye el juego de la ley y más tarde trasladada del lugar en que hallaba, e hipotecada por segunda vez como pertenencia de un establecimiento mercantil, habrá que resolver, *bona fide interveniente*, que ambas hipotecas son válidas, y la prioridad la dará le momento de la inscripción.

Apunta también GÓMEZ-ACEBO que si la LIIM hubiese regulado un sistema de inscripciones de referencia no se producirían colisiones entre hipotecas mobiliarias cuando las pertenencias pueden ser gravadas individualmente (15).

VIOLA SAURER, por el contrario, niega la validez, en todo caso, de la segunda hipoteca constituida sobre la pertenencia desafectada, basado en el artículo 2.^o de la LIIM. Admite que el acreedor hipotecario tiene, por una parte, la garantía que le brinda el artículo 16 de la misma (sujeción de la cosa a la hipoteca cualquiera fuese su poseedor), y por otra, la acción de devastación (art. 117 de la LH por aplicación analógica). Sólo excepciona los siguientes supuestos de la aplicación de tales principios: a) Cuando la pertenencia recobra su individualidad y está sometida al régimen del artículo 85 del Código de comercio. b) En los casos en el que el titular de la segunda y aparente hipoteca mobiliaria la cede a tercero, que reúne todos los requisitos del artículo 34 de la LH (Disposición Adicional 3.^o de la LHM). Habrá entonces coexistencia de las dos hipotecas, cuya prioridad o rango se determinará por la fecha de sus respectivas inscripciones. El citado autor habla de hipoteca aparente, porque estima que, no obstante la nulidad, si ha conseguido la inscripción por defecto técnico del sistema, se precisa la sentencia que rectifique la inexactitud registral, al estar el asiento bajo la protección de los Tribunales (art. 3.^o, LHM) (16).

Creemos que la concurrencia entre hipotecas mobiliarias sobre un mismo objeto puede resolverse también sobre la base del artículo 85, 4.^o, de la LHM. La demostración por el acreedor hipotecario del establecimiento mercantil de la identidad de las pertenencias gravadas en primer lugar con su garantía y posteriormente en forma autónoma, dará lugar a la suspensión del procedimiento judicial sumario y extrajudicial. La remisión al artículo 1.862 del C. c. indica claramente la nulidad de la segunda hipoteca («ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas»).

La hipoteca de pertenencias de un establecimiento mercantil

(15) La hipoteca..., cit., págs. 171 y ss. Vid. también págs. 138 y ss.

(16) Los problemas..., cit., págs. 464 y ss.

que tienen aptitud para ser gravadas individualmente pueden ser evitadas si se acude a la aplicación práctica de los principios que se deducen de la legislación sobre la materia. En efecto, ya el artículo 21 de la LHM obliga a la descripción en la escritura de constitución de la hipoteca del establecimiento. Tampoco debemos de olvidar que han de constar en la inscripción de la susodicha hipoteca, porque son también bienes hipotecados. No basta, pues, con la ausencia de una declaración de voluntad en el sentido de excluirlos de la garantía para que se entiendan hipotecados. Dice exactamente VALLET DE GOYTISOLO que «aun cuando los elementos del establecimiento, enumerados en el artículo 21, se entiendan hipotecados si no consta lo contrario, será necesaria su determinación para individualizarlos en la inscripción, a fin de que, con respecto a dichos elementos, la hipoteca pueda oponerse a terceros» (17).

Como se trata, pues, de bienes ya hipotecados (aunque lo sean por extensión de la hipoteca de la cosa principal) no existe razón alguna para impedir el juego del artículo 76 de la LHM, a cuyo tenor: «La hipoteca que se constituyere sobre automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedad intelectual, propiedad industrial, aeronaves y maquinaria industrial, será comunicada de oficio por los Registradores de la propiedad o Mercantiles una vez inscritas a los jefes o encargados de los Registros especiales, quienes acusarán recibo y verificarán las anotaciones que correspondan». Teniendo en cuenta que la LHM establece, como norma general, que los bienes susceptibles de hipoteca figuren inscritos (prescindiendo del valor de esa inscripción contrastada según los principio clásicos registrales) en esos Registros Especiales, y que el Registrador tendrá que comprobar este dato al imponerle el artículo 74 de la Ley «el examen de la capacidad y la facultad de disposición de los otorgantes», parece lógico concluir que no tendrán acceso al Registro hipotecas mobiliarias de bienes ya hipotecados como pertenencias con anterioridad.

Claro está que por la misma índole de esos Registros pueden existir, y de hecho se dan, supuestos en los que no aparezca en ellos la anotación del gravamen hipotecario. Debido quizás al reconocimiento de esta realidad, el propio artículo 76 de la LHM en su párrafo último preceptúa: «La falta de toma de razón en los Registros especiales no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de hipoteca mobiliaria». Pero aun así, es timorato que existen medios para lograr la finalidad apetecida, que consisten sustancialmente en el artículo 60 de la Ley, que señala los lugares de inscripción de las hipotecas mobiliarias.

Una adecuada interpretación del artículo 21 de la LHM nos ha de llevar a la conclusión de que las pertenencias hipotecadas no han de figurar así tan sólo en el Registro en cuya demarcación radi-

(17) Planteamiento..., cit., pág. 87, nota 60.

que el establecimiento mercantil. No hay que perder de vista que son *objetos hipotecados*, por lo que se impondrán las normas correspondientes a la hipoteca de los mismos cuando se contemplan aislados del establecimiento. Sería paradójico que cuando se hipotecase con el establecimiento mercantil la maquinaria, v. gr., hubiese que practicar por imperativo del artículo 75 de la LHM la nota marginal correspondiente en la inscripción del inmueble en el Registro de la propiedad para dar a conocer a terceros el gravamen, y no se llevase *tal hipoteca de maquinaria* al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento a los mismos efectos. No arguye nada contra lo expuesto la necesaria (así lo creemos) constancia en la inscripción de esa hipoteca de maquinaria de la del establecimiento.

CONCURRENCIA DE PREnda DESPLAZADA CON HIPOTECA MOBILIARIA.

Es evidente que si nos atuviésemos de una manera estricta a lo dispuesto en el artículo 2.^o de la Ley, la hipoteca mobiliaria sería nula, si se ha constituido con posterioridad. Pero la doctrina señala que la prenda desplazada haría nula la hipoteca posterior cuando fuese oponible a terceros, es decir, en el supuesto del artículo 1.865 del C. c. (18).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la peculiar organización del RHM y PSD no consiente la inscripción de la prenda desplazada (pese a ser un gravamen real que pueda afectar a bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), como se comprueba en los artículos 68 de la LHM y 13 del Registro. Por tanto, si el deudor no declara en la escritura de constitución de hipoteca tal afección (vid. art. 13 de la LHM), la hipoteca mobiliaria no encontrará cerrado el acceso al Registro. ¿De qué manera podrá hacer valer el acreedor prendario su garantía frente al hipotecario? Acudiendo a un juicio declarativo de nulidad de la hipoteca, en base al artículo 2.^o. Pero parece una solución demasiado gravosa y lenta. Tal vez pudiera pensarse en una aplicación analógica del artículo 85, 4.^o, y preceptos concordantes. La ejecución de la hipoteca se suspendería presentando el título público donde conste la certeza de la fecha (art. 1.865). Del mismo modo que una hipoteca inmobiliaria anterior o una hipoteca mobiliaria, también anterior, suspende el procedimiento, porque la hipoteca que se ejecuta es nula por imperativo del artículo 2.^o, también tendrá ese efecto una prenda desplazada oponible a terceros.

Hasta aquí hemos estudiado el supuesto de que la hipoteca mobiliaria sea posterior a la prenda desplazada con efectos frente a terceros. ¿Cabrá la posibilidad de una prenda desplazada constituida con posterioridad a la hipoteca mobiliaria? VIOLA SAURET indica que «la entrega en prenda de la cosa implica un acto de

(18) VALLET: Planteamiento..., cit., pág. 132.—VIOLA SAURET: Los problemas..., pág. 468.

disposición, prohibido por el artículo 4.^o de la LHM, por lo que sería nula» (19). VALLET DE GOYTISOLO se limita a considerar el problema de la preferencia entre acreedor hipotecario y pignoraticio, afirmando que «la hipoteca mobiliaria sería preferente sin lugar a dudas» (20).

En realidad, no se puede negar la validez de la prenda desplazada. El artículo 2.^o de la LHM lo que prohíbe es la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, con *posterioridad* a aquella prenda. Por otra parte, si del artículo 75 de la LHM se deduce que el legislador permite la hipoteca inmobiliaria sobre objeto sometido a una hipoteca mobiliaria, no se puede negar una aplicación analógica al problema que nos ocupa del criterio permisivo.

Por lo que respecta al acreedor hipotecario, su posición siempre será segura. El artículo 75 de la LHM, aplicado analógicamente, le otorga preferencia sobre el acreedor pignoraticio. Además, le garantiza el artículo 16 de la misma la sujeción, directa e inmediata, de los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Se podría objetar, para negar la validez de la prenda desplazada posterior a la hipoteca, que el artículo 55, párrafo segundo, de la LHM dispone que «tampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallaren pignorados con arreglo a esta Ley». Pero no creemos en una aplicación analógica para el caso planteado, porque es evidente que si la prenda sin desplazamiento exigiese la consideración del dueño como depositario (vid. art. 59, LHM), la admisión de la prenda ordinaria iría contra uno de los pilares fundamentales de la institución.

CONCURRENCIA DE PREnda ORDINARIA Y PREnda SIN DESPLAZAMIENTO.

Si la prenda ordinaria es anterior, de acuerdo con el artículo 2.^o de la LHM sería nula la prenda sin desplazamiento posterior. Pero cabe preguntar si esta regla es absoluta, o bien juega cuando la prenda ordinaria reúne las circunstancias del artículo 1.865 del C. c. Entonces únicamente perjudicaría a terceros (aquí al acreedor pignoraticio con garantía sin desplazamiento) la constituida con fecha cierta que consta en instrumento público. A pesar de que el argumento en cuestión es lo suficientemente fuerte para mantener una posible limitación a la nulidad de la PSD, estimamos certero el pensamiento de VALLET DE GOYTISOLO, favorable a una eficacia incondicionada de la regla de la nulidad. «Mas si el titular de la prenda desplazada prueba que tenía

(19) Loc. cit., *supr.*

(20) Loc. cit., *supr.*

su posesión en la fecha de constituirse —dice VALLET— la prenda no desplazada, hará ineficaz el contraargumento anterior (arts. 1.865 del C. c.; 56 de la LHM), pues para la eficacia de la prenda sin desplazamiento es necesario que el deudor se constituya en depositario de los bienes pignorados y que, por tanto, los tenga en su poder (arts. 57, 2.^o y 59). El acreedor que quiera garantizarse con prenda inscrita no podrá ignorar dicha circunstancia» (21).

El artículo 55 de la LHM contempla el supuesto distinto del anterior; prenda ordinaria constituida con posterioridad a la desplazada, y establece su prohibición.

Sin embargo, no parece tan fácil que en la realidad pueda llegararse a perfilar tal nulidad, por causa de la dificultad en la *identificación* de los bienes que han sido objeto de los dos gravámenes. Esta dificultad hace que aparezca la buena fe del tercero a cada momento en la realización práctica de las normas sobre PSD y que de hecho determina los recelos hacia esta figura jurídica.

La solución que propugna VALLET DE GOYTISOLO se basa en la publicidad del registro de cargas que la Ley establece, que sólo cede por necesidad del comercio jurídico. Ello exige el previo examen del Registro del lugar correspondiente a la situación de los bienes. Se inclina a dar prioridad a la prenda inscrita con anterioridad sobre la prenda posesoria ulterior, «si esta posterior pignoración se verificó por el mismo pignorante que figura en el Registro y si la prenda está inscrita precisamente en el Registro correspondiente al lugar donde se verificó la pignoración posesoria» (22).

Bien se comprende, sin embargo, el limitado campo de aplicación de este criterio por la misma naturaleza de las cosas. El artículo 31 del RHM ordena que en la inscripción de la prenda sin desplazamiento, cuando recae sobre maquinaria y aperos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias, se indique la finca en que se hallan instalados. En la pignoración de frutos o productos separados el almacén donde se encuentren o el lugar en que deban depositarse; en la de animales, sus crías o productos, la finca a cuya explotación estuvieren adscritos (art. 32, RHM). Y por último la pignoración de los bienes a que se refieren los artículos 53 y 54 de la Ley hace necesario la constancia del local en que se hallaren situados o depositados (art. 33, RHM). Basta, pites, un simple traslado a otro lugar para hacer ineficaz prácticamente el sistema de la Ley, teniendo en cuenta (vid. art. 70 de la misma) que el lugar de inscripción del gravamen de PSD se encuentra en íntima conexión con aquella localización de los

(21) Planteamiento..., cit., pág. 133.—En contra, VIOLA (*Los problemas...*, cit., pág. 468), dice que si la prenda posesoria es anterior y tiene efectos reales por constar en instrumento público, la PSD posterior sería nula, por el mismo artículo 2.^o de la LHM.

(22) Planteamiento..., cit., págs. 133 y ss.

bienes. Incluso dentro del mismo lugar que abarca el Registro donde figura inscrita la PSD. Será difícil demostrar, por no decir imposible, que los bienes objeto de la prenda ordinaria (v. gr., aperos, animales, frutos separados, mercadería y materias primas) son idénticos a los que se gravaron con PSD. Por otra parte, y dejando de lado el problema general de la oponibilidad de la PSD a terceros adquirientes o titulares de derechos reales limitados cuando el objeto no ha variado de *status loci*, es evidente que la falta de identificación del elemento real de la PSD con el de la prenda ordinaria, lo mismo puede predicarse aun subsistiendo el *status loci* designado en la escritura o póliza de constitución de la primera.

LA HIPOTECA MOBILIARIA Y PREnda SIN DEPLAZAMIENTO
y EL ARTÍCULO 1.922 DEL CÓDIGO CIVIL.

a) *Preferencia de los créditos laborales.*

La preferencia insita en los gravámenes reguados por la LHM está marcada en su artículo 10: «El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2.º, y artículo 1.926, número 1.º del Código civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales. En caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta».

La doctrina entiende que los *créditos laborales* mencionados en el precepto son aquellos a que se refiere el artículo 59 de la Ley del Contrato de Trabajo (23). Cabría, no obstante, pensar en una aplicación del régimen que se establece cuando los inmuebles a que se incorporó el trabajo están gravados por una hipoteca. En tal caso, la preferencia frente al acreedor hipotecario se reduce a los créditos por salarios de los últimos quince días y los sueldos del último mes. Claro está que los supuestos de hecho no son los mismos («inmuebles a los que se ha incorporado el trabajo»). Pero la identidad en cuanto al régimen jurídico se basaría en que los gravámenes de la LHM están sujetos a una publicidad registral y en la *ratio* de la norma de la Ley del Contrato de Trabajo. Dice GARCÍA DE HARO que da disposición comentada no es sino una variante del régimen expuesto en el apartado 1.º de la regla 1.ª del artículo 59..., para evitar que la prioridad, con carácter absolutamente preferente y limitado, de los créditos salariales, provoque un perjuicio grave al crédito inmobiliario. En

(23) COSSÍO: El sistema mobiliario..., cit., pág. 462.—GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado*. Pamplona 1960, pág. 348, siguiendo a VALLÉT DE GOYTISOLO: La ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1958, págs. 1236 y ss.

efecto, la posible aparición repentina de preferencias ocultas, siendo además por cantidades importantes, sembraría un fuerte desconcierto y una peligrosa desconfianza en los créditos hipotecarios y, en general, en cualquiera de los amparados en el Registro. Y esto es lo que viene a evitar el apartado 2.º, de la regla 1.ª del artículo 59⁽²⁴⁾ (24). Las mismas consideraciones pudieran valer para las garantías reales sujetas al RHM y PSD, que son reguladas para facilitar la obtención del crédito. Sin embargo, razones derivadas de la mayor protección que merece el trabajo por su dignidad intrínseca parecen no aconsejar este criterio.

En suma, estimamos que cuando el artículo 10 de la Ley habla de créditos laborales como preferentes, se está refiriendo al régimen establecido en la Ley del Contrato de Trabajo para el supuesto de bienes muebles, con la distinción (vid. art. 59) entre bienes muebles elaborados por el trabajador, en poder del empresario, y bienes muebles incorporados a la explotación. Es de anotar que en cuanto a estos últimos, el artículo 59 les concede una preferencia absoluta, «salvo cuando se trate de créditos pignoraticios». Una interpretación literal del artículo 10 de la LHM llevaría a afirmar que el artículo 59 de la LCT es derogado en materia de HM y PSD, ya que aquí la preferencia la tiene el crédito laboral sobre el pignoraticio o hipotecario. Pero creemos que el sentido del artículo 10 no es ese. Trata sólo de dejar a salvo la preferencia de los créditos laborales con arreglo a su legislación especial (25).

b) *Excepciones.*

Para la prenda sin desplazamiento el artículo 66 de la Ley contiene una norma especial: «No obstante lo dispuesto en el artículo diez, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio.

(24) El salario..., cit., págs. 324 y ss.

(25) Entre tantos problemas que plantea el artículo 59 destaca el significado que se ha de dar a la expresión «salvo cuando se trate de créditos pignoraticios», en materia de preferencia de los créditos laborales sobre los muebles incorporados a la explotación. Una interpretación literal conduciría a estimar que el crédito pignoraticio en toda su cuantía es anterior al privilegio salarial. Por razones de equidad, sin embargo, conviene aceptar la tesis de que en estos casos se sigue el régimen del artículo 59 sobre la colisión entre el privilegio salarial sobre un bien inmueble («incorporado» a la explotación o «a los que se ha incorporado el trabajo»), y el acreedor hipotecario de ese mismo bien: la preferencia de los salarios y sueldos será antepuesta a la del acreedor hipotecario, pero sólo por los salarios de las dos últimas semanas y los sueldos del último mes (vid. GARCÍA DE HARO: El salario..., cit., página 340). Sin embargo, la preferencia idéntica del acreedor por salarios y sueldos no puede satisfacer por completo al mismo, porque quede una cantidad sin cubrir. GARCÍA DE HARO (El salario..., cit., pág. 341), mantiene que esa cantidad gozará de privilegio especial mobiliario, pero pospuesta a la del acreedor pignoraticio. Nos parece que se impone el encaje de su preferencia entre los privilegios generales del artículo 1.924, número 2.º D, reformado por la Ley de 17 de julio de 1958.

Posición contraria a la que hemos expuesto en materia de créditos laborales, vid. VALLET: La Ley..., cit., págs. 1236 y ss.

Primer. Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos. Segundo. Los de alquiler o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren, almacenen o depositaren los bienes pignorados.» No parece que la norma examinada, afirma el profesor Cossío, excluya el orden de preferencia establecido en el artículo 10, ya que este último forma parte del Título I de la Ley que contiene las disposiciones comunes tanto a la prenda como a la hipoteca (26).

Interesa, sin embargo, precisar algo en relación con la preferencia concedida al arrendador por rentas o alquileres. Y es que, de acuerdo con la naturaleza de este privilegio (27), el mismo no se podrá ejercitar más que en el supuesto de que los objetos sobre los que recae sigan en la finca o local arrendado. El artículo 66 hay que coordinarlo con el número 7.º del artículo 1.922 del Código civil. No consagra una preferencia absoluta, para todos los casos, en favor del arrendador, sino únicamente limitada a aquellos en que permanezcan los bienes en el local o finca arrendada. La salida de los mismos, la pérdida de este *status loci* si es consentida expresa tácitamente por el arrendador, le hace perder su privilegio. Caso contrario, el artículo 1.922, en su párrafo último, le consiente el ejercicio de su derecho a reclamar los mismos de quien los tuviese durante treinta días a contar desde la sustitución, que históricamente incluso se permite hacerlo valer contra terceros adquirentes de buena fe, representando una excepción cualificadísima a la regla del 464. Ello nos lleva a formular las siguientes cuestiones: 1.º Quizá el problema de la posible reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento, negada por algún sector de la doctrina (28), encuentre un fundamento no desdeñable en el número 7 del artículo 1.922, ya que en él estamos frente a una prenda legal según nos revelan sus antecedentes históricos y la evolución sufrida hasta el Código de Napoleón, de donde nuestro legislador tomó la norma. 2.º Que representa una clara excepción a la regla fundamental en esta materia, consagrada en el artículo 2.º de la LHM. A pesar de existir sobre los muebles del arrendatario introducidos en la finca y sobre sus frutos una prenda legal en favor del arrendador, se permite que tanto unos como otros estén afectos a una PSD, que es, en resumidas cuentas, la esencia precisamente de aquella prenda legal.

¿Guardan alguna relación los artículos 56 y 66 de la LHM? ¿Se exige, en otras palabras, que para hacer valer los créditos preferentes al del acreedor pignoraticio consten en documento de fecha auténtica anterior? El profesor Cossío lo niega. «Parece,

(26) El sistema mobiliario..., pág. 457.

(27) Vid. GULLÓN BALLESTEROS: La prelación de créditos en el Código civil, Barcelona 1962, págs. 64 y ss.

(28) Vid. sobre la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento, VALLET: Planteamiento..., cit., págs. 107 y ss.

sin embargo, que al no exigir tal requisito, establecido por una norma general, la especial que ahora examinamos del artículo 10 y la más concreta del 66, no cabrá limitar el privilegio del tercero a dicha constancia documental» (29). Por otra parte, el artículo 56 se refiere al supuesto de una titularidad dominical o de derecho real, incluso el embargo (por las razones apuntadas), con anterioridad a la constitución de PSD (30). Lo contrario sería opuesto a la forma en que usualmente nacen los créditos enumerados en el artículo 66 de la LHM.

Otra excepción a la regla general del artículo 10 de la LHM la constituye el artículo 41 de la misma, referido a la hipoteca de aeronave: «Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las reínumeraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para su conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones». Sin embargo, la Ley de 21 de julio de 1960 ha modificado el orden de prelación de los créditos preferentes sobre la aeronave, y a tenor del artículo 133 de la misma será como sigue: 1.º Los créditos por impuestos, derechos y arbitrios del Estado por la última anualidad y parte vencida de la corriente. 2.º Los salarios debidos a la tripulación por el último mes. 3.º Los créditos de los aseguradores por las dos últimas anualidades o dividendos que les adeuden. 4.º Las indemnizaciones que esta Ley establece en concepto de reparación de daños causados a personas o cosas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 119 de esta Ley, párrafo último. 5.º Los gastos de auxilio o salvamento de la propia aeronave, accidentada o en peligro. Para la prelación de los demás créditos se estará a la legislación común.

LA PREFERENCIA DEL VENDEDOR POR EL PRECIO APLAZADO.

En realidad, no se puede hablar en la LHM de una preferencia del vendedor por el precio aplazado, que le otorga como privilegio especial mobiliario el artículo 1.922, número 1.º, sobre el acreedor hipotecario o pignoraticio, ya que el artículo 2.º de la Ley prohíbe la constitución de esas garantías sobre bienes muebles cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado (31).

(29) El sistema mobiliario..., cit., pág. 456.

(30) VALLET: (Planteamiento..., cit., pág. 130 y s.), ha visto exactamente que el artículo 56 no puede dar base a exigir la constancia en documento de fecha auténtica cuando se trata de un precio aplazado, porque la finalidad perseguida en el artículo 2.º quedaría burlada.

(31) Dice Cossío (El sistema mobiliario registra..., cit., pág. 460): «A primera vista parece algo carente de sentido el que teniendo el acreedor no sólo una acción resolutoria, sino además una preferencia privilegiada sobre aquellos derechos reales y una acción de nulidad para conseguir la ineficacia

Prescindiendo de los juicios que tal medida ha suscitado (32),

de los mismos, el exigir la constitución de un derecho real de garantía sobre los mismos, sobre la cosa vendida y no pagada. Se intenta por este procedimiento evitar las dificultades que en la práctica puede encontrar su privilegio para conseguir su efectividad, agravadas por las circunstancias de que el procedimiento sumario que la Ley concede al acreedor hipotecario o pignoraticio, si bien puede ser suspendido por la tercería de dominio no puede, en cambio, ser afectado por la de mejor derecho». Las dificultades a que alude el profesor Cossío, las expone así (págs. 458-460): La falta de pago del precio constituye una causa de resolución del contrato, que para surtir efectos reales no necesita, como en la LH, estar inscrita según el artículo 11. La inscripción practicada en el Registro Mobiliario no garantiza en modo alguno la titularidad dominical de la cosa. La resolución de la venta trae consigo necesariamente la de la hipoteca o prenda constituida por el comprador. Además, el artículo 3.^º de la LHM preceptúa que «la inscripción no conválida los contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». No podría oponer tampoco el acreedor hipotecario o pignoraticio el artículo 464, porque una cosa es que se haya de presumir dueño al poseedor de buena fe y otra muy distinta que esa titularidad haya de entenderse como absolutamente libre de vínculos personales, que el bien en cuestión se encuentra libre de responsabilidad alguna. La consecuencia será, naturalmente la misma, si el vendedor se decide por la reclamación del precio, porque no es tanto la validez o nulidad del título de propiedad lo que determina en este caso la ineficacia del derecho de garantía, sino la prohibición legal contenida en el artículo 2.^º Es obvio, pues, que carece de sentido hablar de la preferencia del vendedor por el precio de la cosa.

Pero en la práctica pueden ofrecerse mayores complicaciones. Si al Registrador, en el momento de la calificación, no le consta por alguna circunstancia que el precio no se ha satisfecho, la garantía tendrá paso al Registro y mientras no se declare su nulidad, surtirá la plenitud de sus efectos (vid. artículos 3.^º y 77 de la LHM y 40 del RHM-PSD). Ejercitada la acción hipotecaria o pignoraticia al amparo de la inscripción y hecho efectivo el crédito asegurado mediante la adjudicación o el remate de los bienes, sin que el vendedor haya hecho uso de sus derechos de impugnación, no parece que pueda ya proceder contra el acreedor o contra los adjudicatarios de los bienes para conseguir el pago del precio o la restitución de la cosa. No parece existir precepto que autorice tal medida, ya que, de una parte, la acción resolutoria es una acción de carácter personal que únicamente puede ejercitarse contra el comprador, y de otra, la preferencia del derecho del vendedor, únicamente podía alegarse en el momento oportuno que en este caso hubiera sido el previo al remate y adjudicación de los bienes.

Hasta aquí el profesor Cossío. Nosotros pensamos, además, que una medida de protección eficaz contra la posibilidad que apunta de ejecutar la hipoteca al amparo de la inscripción, hubiera sido el artículo 85, y preceptos concordantes, de la LHM, en su número 4.^º Ya hemos puesto de relieve que el mismo parece directamente relacionado con el artículo 2.^º de la Ley. Su puesta en juego (vid. nota 14), evita al vendedor pleitos y dilaciones, gastos y molestias. Lástima que el legislador haya previsto los supuestos menos frecuentes (por la mecánica registral y por las sanciones penales) de garantías reales otorgadas con anterioridad y se le haya pasado por alto la constitución de garantías por un deudor hipotecante que puede tener una efectiva titularidad, aunque desaparezca posteriormente por la resolución del contrato de donde aquélla deriva. Si nos aferramos al carácter exhaustivo que tiene la enumeración de las causas de suspensión del procedimiento de ejecución, se negaría esta defensa, quizás la más eficaz, al vendedor. Pero si prevalece (como creemos que debe suceder), la contemplación del número 4.^º del artículo 85 en íntima conexión con el artículo 2.^º, tal vez se pueda afirmar que se aplica al caso planteado, dada la *ratio* del precepto.

(32) Vid. GÓMEZ-ACEBO: La hipoteca..., cit., pág. 127.—VALLET: Planteamiento..., cit., págs. 129 y ss.

únicamente nos interesa la cuestión de si esa prohibición guarda alguna relación con el extraño párrafo 1.^o del artículo 13 del RHM y PSD. En efecto, se consigna la posibilidad de inscribir la adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva de dominio o de resolución, siempre que consten en escritura pública. ¿Quiere ello decir que la hipoteca será nula únicamente cuando el precio aplazado se encuentra garantizado con el *pactum reservati dominii* o resolutorio, y se ha inscrito la adquisición en el RHM? ¿Perjudicará únicamente al acreedor hipotecario el juego del artículo 2.^o en tales circunstancias?

Es dudoso que el artículo 13 del RHM tenga por finalidad establecer unas limitaciones tan acusadas al artículo 2.^o de la Ley, que, por otra parte, no se extiende a determinados bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento incomprensiblemente. Tampoco puede pensarse en que las líneas básicas de un sistema registral de gravámenes como es el RHM-PSD quiebren en tales casos para seguir los de un sistema de legitimación de adquisiciones; no dedica el legislador mayor atención a las inscripciones que nos ocupan como sería necesario entonces, dado que los preceptos reglamentarios, dedicados a la constancia de gravámenes, le son por encima inaplicables en la inmensa mayoría de las ocasiones. Parece que la *ratio* del párrafo 1.^o del artículo 13 del RHM se encuentra en facilitar al acreedor hipotecario el conocimiento de la titularidad del constituyente de la hipoteca.

Ahora bien, la disposición mencionada quizá se convierta en un medio de burlar la prohibición del artículo 2.^o de la Ley, ya que si falla la referida inscripción del bien adquirido bajo pacto de reserva de dominio o resolutorio, aquél tendrá libre el camino del Registro si de los justificantes de la titularidad del deudor hipotecario no se deduce que el precio de adquisición del bien que se quiere gravar no se ha satisfecho. Será muy dudoso, en consecuencia, que cualquier acción que intente el vendedor para impugnar la garantía, basado en el incumplimiento del artículo 2.^o, o en la falta de titularidad del hipotecante, pueda inquietar al acreedor hipotecario.

Naturalmente que todas las anteriores consideraciones parten de una premisa; hacer útil el párrafo 1.^o del artículo 13. Pero creemos que con ello se desmorona el RHM-PSD, precisamente en los supuestos de la vida real más corriente. En efecto, de mantener la eficacia predicada de esta incongruente norma, el RHM ampararía al acreedor hipotecario en un dato que, por su propia naturaleza de registro de gravámenes, escapa a su control: la titularidad del hipotecante. No otra cosa significaría el mantener la hipoteca, pese a la demostración de la falta de titularidad del deudor hipotecario, bajo pretexto de que el Registro no figuraba inscrito el pacto de reserva de dominio o de resolución. Además, sería ilógico que el vendedor más precavido tuviese peor trato que

el titular de un crédito por el precio aplazado (al cual le está vedado el acceso al RHIM). Tiene razón VALLET DE GOYTISOLO cuando dice: «El crédito del vendedor por razón del precio aplazado parece que debe legitimar siempre a su titular para pedir la anulación de la hipoteca o prenda, aunque no conste en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento. «Exigir al vendedor para estar debidamente garantizado —dice la E. de la Ley— que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gravoso para el comprador y chocaría con la práctica habitual en esta clase de ventas». Más gravoso aún, e igualmente opuesto a la práctica habitual, sería exigirle la formalización en escritura pública —con la consiguiente liquidación de derechos reales— de la compraventa bajo reserva de dominio o condición resolutoria y su inscripción en el Registro» (33).

El artículo 13 del RHIM, en su párrafo 1.^o («incluso los de aplicación...») debe ser precepto inoperante. Creemos que su inclusión en el Reglamento obedece a influencias del sistema inmobiliario y a la preocupación por el fallo de todo Registro de gravámenes; que no abarca a la titularidad del constituyente. Podemos señalar dentro del mismo artículo 13 otro precepto inoperante por las mismas razones. Dispone que se notarán preventivamente: «Primero. Las demandas en que se reclamen la propiedad de bienes hipotecables...». Afirma el profesor Cossío: «El resultado y efectividad de la anotación no aparece tan claro, ya que, como veremos, en ningún caso ampara la fe pública registral el derecho de dominio del constituyente, ya que éste no es objeto de inscripción previa y especial» (34).

(33) *La Ley...*, cit.

(34) *El sistema mobiliario...*, cit., págs. 403-404.

Determinación del empresario responsable en la indemnización de enfermedades profesionales. Competencia de la jurisdicción civil

(A propósito de la sentencia de 23 de octubre de 1963)

RAMON GARCIA DE HARO
Profesor de Derecho del trabajo de la Universidad de Navarra

SUMARIO: I. Los hechos.—II. Temas planteados en el recurso.—III. Doctrina de la Sala sentenciadora.—IV. Responsabilidad del empresario en la indemnización de enfermedades profesionales: *a) Evolución del Seguro de enfermedades profesionales; b) Campo actual de posible aplicación, para el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941; c) Términos del problema.*—V. Vigencia e interpretación del apartado segundo del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941.—VI. Competencia de la jurisdicción civil para interpretar normas laborales.

I. *Los hechos.*

1. En 20 de noviembre de 1945, un trabajador, I. E., se coloca en una empresa (A) sometida a riesgo de silicosis, en la cual trabaja hasta el 21 de junio de 1947. El 3 de noviembre de dicho año ingresa en una nueva empresa (B), afecta por el mismo riesgo, donde permanece hasta el 31 de mayo de 1948. Del 19 de octubre de 1948 al 10 de septiembre de 1950, lo hace en una tercera (C), también con peligrosidad de silicosis. Finalmente, del 19 de octubre de 1950 al 22 de abril de 1951 se ocupa en una cuarta empresa (D), sujeta a dicho riesgo, durante cuyo período se manifiesta la enfermedad, dándose de baja al trabajador en la fecha últimamente citada, con diagnóstico de una incapacidad permanente que, más tarde, genera su muerte (1).

2. Al declararse la silicosis I. E. demanda conjuntamente a todos sus sucesivos patronos, y aseguradoras respectivas, ante la Magistratura de trabajo para que, por quien proceda, se ingrese en la Caja Nacional del Seguro de Accidentes una prima única a efectos de constituir la correspondiente pensión de invalidez por valor del 55 por 100 del salario base, que estima le compete. La Magistratura condena a la empresa «D», última que ocupó al trabajador, a depositar dicha cantidad en la Caja Nacional (poste-

(1) Los hechos se toman, conjuntamente, de la STS de lo civil de 23 de octubre de 1963 —que aquí se comenta— y de la anterior STS de lo social de 10 de mayo de 1955; en parte, han sido reelaborados, pues los resultantes de ambas sentencias aportan algunos datos contradictorios o confusos, que se ha procurado compaginar. En todo caso, se trata de datos accidentales.

riormente reducida, al producirse la muerte del trabajador y disminuir la pensión a satisfacer a los beneficiarios).

La empresa «D» interpone recurso de casación, entre otros motivos, por estimar que no le corresponde en ningún caso satisfacer la totalidad de la prima, sino que ésta debe repartirse entre las distintas empresas que ocuparon al trabajador en los cinco últimos años; dicho recurso es desestimado por el Tribunal supremo —Sala de lo social— en Sentencia de 10 de mayo de 1955.

3. No conforme con tal resultado, en 2 de noviembre de 1957, la empresa «D» formula nueva demanda, ahora de juicio declarativo de mayor cuantía, ante la jurisdicción civil, y contra las otras tres empresas que ocuparon a I. E., durante los últimos cinco años. En dicha demanda, al amparo del artículo 11 de Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de marzo de 1941 (2), solicita el prorratoe de la cantidad depositada por el demandante en la Caja Nacional del seguro de accidentes, a efectos de constituir la renta correspondiente, entre todas dichas empresas, condenando concretamente a cada una de ellas a abonar al actor, o a la Caja (para que ésta devuelva su depósito a aquél), las cantidades que indica: a saber: la empresa A, o su aseguradora, 37.283,68 pesetas; la empresa B, o su aseguradora, 13.338,20 pesetas y la empresa C, o la aseguradora subrogada, 43.952,80 pesetas.

El juzgado, dando lugar a la petición, condena a los demandados a entregar al actor, o constituir en la Caja nacional en sustitución del depósito que el primero tenía consignado, las cantidades, respectivamente: la compañía aseguradora de «A», 36.697,77 pesetas; la empresa «B», 13.088,20 pesetas, y la compañía aseguradora de «C», 39.432,40 pesetas.

De dicha sentencia se apela ante la sala segunda de lo civil (audiencia de Madrid), por los tres demandados, «A», «B» y «C», siendo consentida por el actor. La sala confirma las disposiciones del Juzgado, pero modifica el importe de las cantidades asignadas a cada empresa (respectivamente, 35.208,63, 12.557,34 y 41.517,35). Frente a este fallo, los apelantes recurren en casación al Tribunal Supremo.

(2) Textualmente dice: «La obligación de indemnizar de acuerdo con la base segunda de la Ley de enfermedades profesionales, corresponde al patrono que haya ocupado al obrero durante los doce meses anteriores a la declaración de la incapacidad. Si el obrero hubiese trabajado durante este período de tiempo en *varias empresas*, la indemnización correrá a cargo de la *última de ellas*. «Transitoriamente, para los obreros actualmente ocupados, que no han sido sometidos a reconocimiento previo para su admisión, conforme establece el artículo sexto, la empresa, obligada a indemnizar según la última parte del párrafo anterior, podrá reclamar de las otras que hubiesen colocado al trabajador durante los cinco años últimos, la parte proporcional en la indemnización, según el tiempo que cada una le hubiese mantenido en el trabajo».

II. Temas planteados en el recurso.

1. Tres son, en esencia, las cuestiones abordadas por los distintos recurrentes. Una primera, peculiar de la empresa «C» y carente de interés doctrinal, a nuestros efectos. A saber, «D» formuló la súplica de su demanda con señalamiento concreto de las cantidades a satisfacer por cada una de las restantes empresas; más tarde, consintió la sentencia del Juzgado; por tanto, la Sala de apelación no podía reformar *in peius* la postura del recurrente, incrementando la cantidad de la condena. Al hacerlo, incurre en defecto patente, a cuyo amparo se formula uno de los motivos del recurso, admitido por el Tribunal Supremo que casa, a este respecto, la sentencia (3).

2. Una segunda cuestión, planteada únicamente por el recurrente «A», pero de aplicación general, se refiere a la *incompetencia de la jurisdicción civil* para interpretar normas laborales. En efecto, el Juzgado y la Sala sentenciadora, al decidir, interpretan y aplican el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, norma de evidente carácter laboral. El recurrente denuncia, por ello, un exceso de jurisdicción, alegando que «en el escrito de contestación a la demanda se plantea excepción de incompetencia jurisdiccional por razón de la materia, resulta, tanto en la sentencia de primera instancia como en la recurrida en el sentido de desestimarla, al

(3) Transcribimos a continuación, el correspondiente considerando: «Respecto a los dos primeros motivos del recurso interpuesto a nombre de «Plus Ultra» y que se formulan al amparo de los números segundo y tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de precisar que, aun cuando la acción deducida persigue el resarcimiento parcial de la cantidad depositada por el demandante y cuyo reintegro se pretende en la proporción reglamentaria, de cada uno de los demandados al concretar en el «súplico» de la demanda lo que se interesa, no se alude a una cantidad única o total a repartir, salvo error, en la proporción que se fije, sino que, de manera aislada o independiente se pide la condena de cada uno de los demandados a las cantidades que, respectivamente, se señalan, y de esta manera fueron determinadas por el Juzgado de primera instancia, más la Audiencia, al conocer del recurso de apelación, por estimar que aquél había incurrido en error, las rectificó, resultando de ello que, la condena del recurrente que, según la sentencia de primera instancia, era el pago de la cantidad de treinta y nueve mil cuatrocientas cincuenta y dos pesetas con cuarenta y nueve céntimos, se agravó imponiéndole el pago de la suma de cuarenta y un mil quinientas diez y siete pesetas con treinta y cinco céntimos y ello, pese a haberse aquietado la parte actora con la sentencia, al no recurrir contra ella ni adherirse a la apelación y aún cuando esa demasía, aparece rebajada de las otras condenas, es obvio que, dados los dichos términos del *petitum* de la demanda, en el sentido de haber de pronunciarse condenas independientes, respecto a la sociedad «Plus Ultra» se ha producido, sin instancia de nadie, una agravación de condena que si no constituye incongruencia en el sentido técnico procesal de esta palabra, pues no la hay si respetando el título obligacional, se concede menos de lo pedido en la demanda, si existe una *reformatio in peius* al conceder más de lo dispuesto en la parte del fallo recaído que no fue objeto de recurso, ni constituyó, por tanto, materia de la apelación, vicio que impone la estimación, del segundo motivo de los artículos en el recurso entablado a nombre de «Plus Ultra».

hacerlo con todas las excepciones opuestas por los demandados, excepto las que allí se citan. Reconociéndose competente la jurisdicción civil ordinaria, en la sentencia recurrida, comete el exceso en el ejercicio de la jurisdicción que se denuncia, pues evidentemente se trata en el caso presente de la interpretación y aplicación de la legislación de accidentes de trabajo, cual es la Orden del Ministerio de dicho ramo de siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno y su artículo once, versando toda la discusión en el pleito sobre la interpretación y aplicación de los preceptos de la legislación laboral de accidentes, por lo que siendo ello así y *sin perjuicio de las partes que intervengan en la litis, es evidente que por aplicación del artículo ciento setenta del Reglamento de accidentes de trabajo de ventidos de junio de mil novecientos cincuenta y seis, la única jurisdicción competente para entender en estas cuestiones de aplicación de dicha legislación de accidentes, lo es la Magistratura de Trabajo, con criterio excluyente de cualquier otra jurisdicción*, por lo que este litigio debió plantearse ante la Magistratura, la que, aunque no interviniéra en la cuestión el desgraciado obrero accidentado, por otra parte, ya fallecido, era la única jurisdicción competente para ver y fallar, aplicando e interpretando la especial legislación de accidentes, por ser materia exclusivamente atribuida a dicha jurisdicción laboral».

3. Por último, las tres empresas recurrentes coinciden en impugnar la sentencia de la sala, por *interpretación errónea del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941*. En apoyo de su tesis alegan que:

a) El precepto infringido determina, de manera rotunda y terminante, que la *obligación de indemnizar*, de acuerdo con la base segunda de la Ley de Enfermedades profesionales, *corresponde al patrono que haya empleado al obrero durante los doce meses anteriores* a la declaración de incapacidad; y, si el obrero hubiese trabajado durante este período de tiempo en varias empresas, a la última de ellas. Asimismo, dicho precepto, en su párrafo segundo, establece que, *transitoriamente y para los obreros actualmente ocupados, no sometidos a reconocimiento previo para su admisión* (conforme establece el artículo sexto), *la empresa podrá reclamar de las que hubiesen colocado al trabajador durante los últimos cinco años*, la parte proporcional de la indemnización, según el tiempo que cada una le mantuvió en el trabajo. Coherentemente, el artículo sexto de dicha Orden, impone a las empresas la *obligación de proceder*, desde su puesta en vigor, no sólo al *reconocimiento de todo el personal de nuevo ingreso*, sino a la revisión anual de cuantos trabajadores ocuparan.

Por tanto, del análisis de dicho precepto se desprende: 1) una *regla general*, contenida en su primer párrafo, que asigna la obligación de indemnizar a la última empresa; 2) una *excepción*, en el apartado segundo, de carácter transitorio, para los obreros que al promulgarse la Orden, o sea en siete de marzo de mil nove-

cientos cuarenta y uno, estuvieran ocupados y no hubieren sido sometidos a reconocimiento previo para su admisión.

b) Se hace patente, de este modo, el *propósito del legislador al establecer su regla general: buscar procedimientos, en cierto modo coercitivos para las empresas, a fin de conseguir siempre el reconocimiento previo de los productores*, puesto que la disposición se dictó *con miras preventivas* y para procurar que, mediante los reconocimientos, se pudiera llegar a reconocer la existencia de la silicosis en sus grados más benignos, para combatirla adecuadamente; *por ello, estableció como sanción en el artículo once que, de ordinario, la empresa obligada al pago sería la última que tuvo a su servicio al obrero accidentado de silicosis*.

Solución absolutamente coherente. En efecto, si, cumpliendo con las disposiciones expresadas, hubiera realizado el reconocimiento previo sin encontrar enfermedad, era evidente que ésta se había contraído en dicha empresa, pues al ingresar en ella estaba sano; si, al efectuar el reconocimiento, el productor presentaba síntomas de silicosis, era responsable la empresa que lo aceptaba, pues a sabiendas de su enfermedad lo admitía, conociendo las consecuencias de su actuación; finalmente, de no realizar el reconocimiento previo, quedaba obligada a indemnizar, como sanción por no haber utilizado los derechos que le facilitaba la ley, en virtud de dicho reconocimiento.

De otra parte, *abundan en tal interpretación, a juicio de los recurrentes, los artículos 48 y 50 del Reglamento del seguro de enfermedades profesionales* de diecinueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve: el primero, impone a las empresas productoras de neumoconiosis (cuadro anexo al Decreto de diez de enero de mil novecientos cuarenta y siete), no afectadas por el régimen obligatorio especial del Seguro de enfermedades profesionales, la obligación de llevar a cabo un reconocimiento médico inicial de sus productores en el plazo máximo de un año; en el artículo cincuenta, se releva de la obligación de indemnizar a las entidades aseguradoras de accidentes del trabajo, si las empresas no hubiesen obtenido, para su personal, el volante o cartilla de útil para el trabajo, antes de su ingreso (efectuado con posterioridad a la publicación de dicho reglamento). Corrobora, también, *esta interpretación* de la Orden de siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, añaden, el *Decreto de tres de septiembre del mismo año*, creador del Seguro de silicosos como régimen especial. Esta disposición, en su artículo cuarto, prevé los diferentes supuestos que puede producir su implantación y la práctica del reconocimiento médico que imperativamente establece. Por ejemplo, el sistema de traslado a lugar no peligroso dentro de la propia empresa; la especialización de los dictámenes médicos en materia de silicosis, que perfeccionó el Decreto de once de junio de mil novecientos cuarenta y ocho. De otra parte, en su disposición transitoria segunda, concede un plazo de dos meses para la prá-

tica del reconocimiento médico inicial y fijación de los beneficios que, con carácter transitorio o retroactivo, concedieron a los silicóticos descubiertos por razón de este régimen de prevención intenso y regular, que venía a reforzar el régimen incipiente y no obedecido por las Empresas, de siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

Como este sistema, pese a su mayor severidad, no fue suficiente para conseguir que las empresas velaran por las condiciones sanitarias de sus trabajadores, el *Reglamento de 19 de julio de 1949* elevó su rigor para con los casos de incumplimiento, privando a las empresas, que incurriera en esta falta, de la subrogación y responsabilidad de las entidades aseguradoras (artículo cincuenta): no se quiebra, con ello, la asimilación de las enfermedades profesionales no incluidas en el Régimen asegurativo especial al accidente de trabajo; pero se condiciona la responsabilidad de las aseguradoras a que las empresas interesadas cumplan su función social de prevención médica, eficaz modo para garantizar que colaboren en dicha misión social-sanitaria, al afectarla de modo directo a su responsabilidad.

En suma, la *responsabilidad directa e indeclinable de la última empresa*, sino reconoció al trabajador, se utiliza como *sanción coercitiva para promover la aplicación del reconocimiento*.

c) Asimismo, resulta clara, a juicio de los recurrentes, la *finalidad perseguida al establecer una excepción de carácter transitorio a dicha norma*. El legislador fija, como sanción, una plena responsabilidad de la empresa que no reconoció a sus trabajadores, junto a imponer —en la misma norma— la obligación del reconocimiento médico. Pero, prevé la *posibilidad de que, en tal momento, existieran obreros con enfermedad silicótica que, por no ser obligatorio hasta entonces, no hubieran sido reconocidos*. Sola y exclusivamente para este supuesto (obreros que, al dictarse la presente disposición, se encontraran trabajando sin haber sido sometidos a reconocimiento previo), se estableció la excepción al precepto terminante del artículo once; con carácter transitorio, como expresamente declara el artículo. De consiguiente, sólo para los obreros entonces ocupados y no sometidos a reconocimiento, se permitió a la última empresa reclamar contra las que se hubiesen colocado durante los últimos cinco años. Con toda justicia, pues, en 1941, al no existir un reconocimiento médico de carácter obligatorio, no se sabía en cuál de las empresas se contrae la enfermedad profesional que, según los técnicos facultativos, tiene un período de incubación aproximado a los cinco años: por ello el legislador estableció sabiamente la posibilidad de que el últimamente condenado repitiera su pago frente a las empresas donde trabajó en los cinco últimos años (pero, por supuesto, sólo para dicha hipótesis: trabajadores colocados en 1941, sin haber sido sometidos a reconocimiento previo, hasta entonces, no obligado).

Está patente, con ello, que el vocablo «transitoriamente», nifi-

lizado por la Orden, *no se refiere a la vigencia de la misma* considerada en bloque y en todas sus partes. Por el contrario, aplica un régimen jurídico especial a los obreros «actualmente ocupados» no sometidos a reconocimiento previo; *mientras existan trabajadores en tales circunstancias*, se tendrán que aplicar las disposiciones del párrafo segundo de la Orden. Pero como la situación de estas personas, considerada en bloque o individualmente, es transitoria necesariamente (pues abandonarán el trabajo para ingresar en otro, obtendrán el retiro, serán despedidos, pasarán a estado de excedentes, etc.), también transitorio tendrá que ser el régimen jurídico a ellas aplicables; y para llegar a tal conclusión, no es óbice la falta de una norma legal que expresamente venga a sustituir el régimen del citado párrafo segundo de la Orden de 7 de marzo de 1941. No lo es, por ser su exigencia una pura especulación teórica. En efecto, la Orden constituye un Cuerpo jurídico completo, donde se da un régimen detallado a la situación del obrero desde que contrae la enfermedad. El párrafo segundo del artículo once, según su simple lectura evidencia, es un añadido, un complemento, una típica disposición de Derecho transitorio, aplicable sólo, como expresamente dice, a los casos de declaración de silicosis en trabajadores ocupados a la fecha de promulgarse la Orden.

d) Refuerza esta tesis, su *reducción al absurdo*. De aplicarse dicha norma incluso a empresas obligadas a efectuar reconocimiento, resultaría que, cuando una empresa no se cercioró de la enfermedad por no haberlo realizado, *obtendría un beneficio, precisamente, del incumplimiento de su obligación de reconocer al obrero*. Y es evidente que «las empresas no pueden resultar exoneradas de sus deberes laborales, asistenciales y sociales en ningún caso; máxime, si han infringido una norma dictada en interés del trabajador».

III. *Doctrina de la Sala sentenciadora.*

El Tribunal Supremo rechaza ambos motivos, afirma su jurisdicción y niega el error en la interpretación del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941. En sus considerandos, establece la siguiente doctrina:

1) Respecto a la *incompetencia de jurisdicción*: si bien es cierto «que en la litis no se debate sobre la interpretación o aplicación de preceptos, que no forman parte de la legislación laboral, e incluso, que dentro de ella, carecen del rango normativo propio de la Ley», sin embargo, «tal invocación de las fuentes a que ha de acudirse, para resolver el punto debatido, por constituir los preceptos únicos, de carácter substantivo que lo regulan, no autoriza a desconocer que, por la *total ausencia en el litigio de todo impulso que provenga del elemento obrero o productor*, la armonía de cuyos intereses con los que son propios de los patronos o empresas productoras, es la razón única de ser de la especialidad

laboral y enmarca la competencia de la jurisdicción privativa, creada al efecto, tratándose en puridad de una *colisión de intereses exclusivamente patronales*, en torno a si procede o no la repercusión de lo satisfecho por quien contrató con un obrero accidentado, garantizando la *indemnización que a aquél se reconoció* en sentencia firme, emanada de los Tribunales de lo social, cerca de otros patronales que lo fueron anteriormente, lo que *implica una cuestión netamente civil, no ajena, por lo tanto, a la jurisdicción de esta clase*, como así lo viene reconociendo, explícita o implícitamente este Tribunal supremo, al aceptar la competencia para entender en cuantos casos similares, fueron sometidos a su examen y decisión» (4).

2) En orden a la *interpretación del apartado 2 del artículo 11* de la Orden de 7 de marzo de 1941 sostiene, reafirmando la tesis de la sentencia recurrida:

a) *su rigencia*: «esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la vigencia del precepto disentido, manteniendo la afirmativa y así, en la Sentencia de cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, se dice cómo el vocablo «transitoriamente» utilizado en el párrafo segundo del artículo once de la Orden referida, no va seguido de un plazo limitado de tiempo a que se contraiga y, por tanto, debe regir, mientras otra disposición no lo derogue o finalice, de modo automático, al cesar los motivos por los que fue dictado y en la de fecha veintitrés de los mismos mes y año, se puntualiza refiriéndose el mismo precepto, que, si bien es cierto que comienza con el adverbio de modo *transitoriamente*, que indica su carácter temporal, también lo es que, su vigencia, está subordinada a que se dicten normas que regulen y desenvuelvan el principio de responsabilidad que en él se establece, las que no han sido pronunciadas, respecto a la industria de que se trata, como lo acredita el artículo treinta y uno de la Orden de diecinueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve que, en su parte final, establece que, cuando se trate de industrias no comprendidas en el régimen obligatorio del Seguro, lo que ocurre con la que se originó la enfermedad, la Magistratura aplicará a las empresas o a sus entidades aseguradoras, las disposiciones del Reglamento de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y tres y Orden de siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno y, por tanto, no puede entenderse que, este artículo, carezca de aplicación, por haber llegado al término de su caducidad»;

b) *su aplicación, tanto a los obreros ocupados en la fecha de dictarse la referida Orden, como los que lo fueran posteriormente*: aduce a tal efecto que «si bien su literalidad, parece a primera vista, autorizarle en el sentido de que el régimen transitorio a que el precepto alude, es sólo para los obreros actualmente ocupados, o sea, para aquellos que se encontraren en tal situación a la fecha de entrada en vigor de la Orden referida, a pesar se pe-

(4) *Vide*, en análogo sentido, SSTS de lo civil de 4 de mayo de 1957 y 23 de mayo de 1957.

netro racionalmente, en el sentido y finalidad de la norma, tal literal interpretación aparece infundada e injusta ya que, el propósito evidente de la disposición, *no fue el mero establecimiento de dos regímenes distintos, con la arbitraria separación de una fecha*, sino que, las hipótesis contempladas, lo eran atendiendo a la eficacia que cabía esperar de la observancia rigurosa del reconocimiento facultativo y anualmente revisable del obrero, que establece el artículo sexto de la propia Orden, por lo que, si éste, no tenía efecto, continúaba la transitoriedad que es presupuestado y base de lo establecido en el párrafo segundo de la disposición, por *no haber razón ninguna para hacer de peor condición al patrono contratante, a la fecha del descubrimiento de la enfermedad contraída por el obrero, cuya existencia no se preocupó de contrastar a la hora de admitirle al trabajo, respecto a sus antecesores, que incurrieron en la misma falta*, manteniendo la duda sobre el origen y desenvolvimiento de una enfermedad que sólo se manifiesta, como reconoce la Sentencia de cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, en largo espacio de tiempo, calculado en cinco años, por aspiración e inhalación prolongada de polvo salicílico, habitualmente en suspensión, en los lugares de trabajo y resultaría difícilísimo o imposible averiguar el momento inicial de la enfermedad, para fijar las responsabilidades procedentes; y, así, en la Sentencia de veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, se insiste en el mismo punto de vista al declarar que el indicado precepto, partiendo del supuesto de que el obrero no haya sido reconocido al ser admitido al trabajo, conforme establece su artículo sexto, dispone que la empresa en que presta su servicio, está obligada a indemnizar, pero le concede el derecho a reclamar, de las otras que hubiesen colocado al trabajador, durante los cinco años últimos, la parte proporcional en la indemnización, según el tiempo que, cada una hubiese mantenido en el trabajo, sin que el hecho de la falta de reconocimiento previo a la admisión del obrero, pueda tener eficacia para enervar la acción ejercitada, pues él es el supuesto para su aplicación; aparte de que la falta imputada, y más acusadamente, es atribuible a la parte demandada, ya que, con incumplimiento de lo prevenido en los artículos sexto y octavo de dicha Orden, no practicó el reconocimiento anual del obrero y al cesar en su ocupación, no hizo constar en su cartilla su estado sanitario, lo que hubiera hecho conocer a la nueva empresa la enfermedad que padecía, sin que este motivo de oposición, pueda influir en la interpretación del repetido artículo».

(5) ALONSO OLEA, *Instituciones de seguridad social*, Madrid, 1959, páginas 88 y ss.; asimismo, BIT, *La réparation des maladies professionnelles, Analyse comparative des législations nationales*; RICHARD, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, en BORSI-PERGOLESI, IV, I, Padova 1959, págs. 656 y ss.; etc.

IV. *Responsabilidad del empresario en la indemnización de enfermedades profesionales.*

a) *Evolución del Seguro de enfermedades profesionales.*

I. De ordinario, en los distintos Derechos, tarda en aparecer un régimen específico de las enfermedades profesionales (5): probablemente, en función de la dificultad para diferenciarlas, a la vez, de los accidentes y las enfermedades comunes; y, sobre todo, de determinar, en cada caso, el *empresario responsable*, dado el largo período de incubación de estas enfermedades (6).

Se explica de este modo que, en un primer momento, *carezcan de cobertura especial*, aun cuando la *jurisprudencia tienda a incluirlas en el régimen de accidentes del trabajo*. Así ocurre en nuestro ordenamiento hasta el año 1941, fecha en que reciben, por vez primera, estatuto propio. Con anterioridad, sin embargo, la doctrina jurisprudencial, de forma cada vez más reiterada, venía considerando como accidentes del trabajo (regulados desde el año 1900), a todas las enfermedades profesionales, siempre que se probase la relación de causalidad entre el trabajo realizado y la lesión producida (7).

II. Una segunda etapa —fruto de la necesidad, cada vez más evidente, de otorgar a este riesgo un régimen propio— se inicia con la Ley de bases de 13 de julio de 1936 para la indemnización de enfermedades profesionales que, sin embargo, nunca llegó a aplicarse, salvo para la *silicosis* (8). En efecto, una *Orden de 7 de marzo de 1941*, presentada como Reglamento parcial a dicha Ley, estableció un sistema propio para esta enfermedad profesional. Tres características han de destacarse como peculiares del mismo, frente a la normativa de accidentes del trabajo (que, de todos modos, actúa como supletoria):

a) la preocupación por evitar que el trabajador, en quien se inicien síntomas de la enfermedad, continúe en ambientes sometidos a dicho riesgo, imponiendo al efecto, una serie de *reconocimientos previos y posteriores de carácter periódico* (cfr. arts. 7 y ss. de la O. de 7 de marzo de 1941), que *obligatoriamente han de efectuar las empresas*;

b) el carácter indemnizable de la enfermedad no supone prueba del *nexo causal*: por el contrario, las empresas comprendidas

(6) Cfr., en este sentido, POSADA, *Los seguros sociales obligatorios en España*, 2.^a ed. Madrid, s.t., págs. 202 y ss.; también HERNÁNIZ-MÁRQUEZ, *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 1953, págs. 478 y ss.

(7) Cfr. SSTS de 17 de junio de 1903; 11 de mayo de 1923; 9 de julio de 1924; 23 de febrero, 27 de junio y 6 de octubre de 1928; 2 de diciembre de 1929; 2 de junio de 1942, etc.

(8) Cfr. sobre la evolución del régimen de la silicosis, MACÍAS AGUIRRE, *La silicosis de primer grado en el régimen general de accidentes del trabajo en la industria*, CPS, enero-marzo 1954, págs. 68 y ss.; HERNÁNIZ-MÁRQUEZ, *Accidentes y enfermedades profesionales*, cit. págs. 485 y ss. y bibliografía allí citada.

en el elenco de peligrosas quedan obligadas *automáticamente*, por el mero hecho de haber ocupado al trabajador durante los doce últimos meses.(cfr. art. 10 y 11 de la referida Orden) (9);

c) transitoriamente, respecto de los obreros en activo al dictarse esta norma y *no sometidos a reconocimiento previo*, se establece un régimen especial, a fin de evitar un tratamiento injusto para la última empresa: no se impone su responsabilidad exclusiva, sino que se *distribuye entre las que ocuparon al trabajador durante los cinco últimos años* (supuesto que, por el largo proceso de incubación de esta enfermedad, en algún modo todos son responsables: art. 11, ap. 2.^o de la Orden de 7 de marzo de 1941).

III. Un nuevo período se abre por *Decreto de 3 septiembre de 1941* (10), que establece un seguro autónomo para la silicosis, de obligada afiliación para las empresas en él expresamente determinadas.

Característico de esta ordenación es abandonar el sistema de pólizas, para seguir otro mutualístico de reparto de cargas. De notar, también, que el ámbito de empresas obligadas a afiliarse es más reducido que en la Orden de 7 de marzo de 1941.

IV. El Decreto de 10 de enero de 1947 fija *un nuevo régimen, teóricamente general para el aseguramiento de todas las enfermedades profesionales* (*vide*, también, Reglamento de 19 de julio de 1949), aun cuando sólo llegó a aplicarse —en base a su previsible implantación progresiva— a la *silicosis* en empresas dedicadas a explotación de minas de plomo, oro y carbón e industrias de cerámica y sus derivados (en virtud del Reglamento de 19 de julio de 1949, coincidente a este respecto con el Decreto de septiembre del 41) y para el *nistagmus* de los mineros (O. de 6 de octubre de 1951). Las restantes enfermedades profesionales, en cambio, se mantuvieron bajo la ordenación general del Seguro de Accidentes del Trabajo.

Vigentes estas disposiciones (tanto el Decreto de 1941, como el de 1947), se produce un triple sistema de protección a la silicosis, en orden a la responsabilidad de las empresas (11):

a) *empresas obligadas a afiliarse en el seguro autónomo de silicosis*: regidas por el citado Reglamento de 19 de julio de 1949 (antes por Decreto de 3 de septiembre de 1941). Su responsabilidad es *automática* por el mero hecho de ocupar a los trabajadores en el momento de producirse el riesgo, o ser la última empresa

(9) Cfr. SSTS de lo social de 19 de septiembre de 1957, 12 de febrero de 1958; 7 de noviembre de 1961. Incluso, alguna sentencia declara el carácter *automático* de esta responsabilidad, pese a negar el Magistrado la existencia de riesgo pulvígeno (STS de 20 de febrero de 1960), o la Delegación de Industria (STS de 21 de junio de 1960), si era de las empresas incluidas en el artículo 3 de la Orden de 1941.

(10) Su reglamento inicial, es de 14 de noviembre de 1942, reformado por Decreto de 29 de marzo de 1946. *Vide*, también OO. de 18 de junio de 1943 y 26 de enero de 1944 y D. de 23 de diciembre de 1944.

(11) *Vide*, MACÍAS AGUIRRE, op. cit., págs. 71 y ss.

con riesgo silicótico que los ocupó. Recae, en virtud de subrogación, sobre el servicio del seguro de enfermedades profesionales (12), salvo que no se hubieran afiliado, en cuyo caso responde siempre la empresa (cfr. art. 61 del R. E. P. de 1949. S. T. S. de 1 de marzo de 1960, 31 de marzo de 1960 y 5 de abril de 1961), aun cuando tuviera concertada la póliza de accidentes de trabajo, que en este caso no cubre la enfermedad profesional (S. T. S. de 31 de marzo de 1960);

b) empresas no comprendidas en el Reglamento de 1949 (o, en su caso, de 1941), pero sí en el artículo 3 de la Orden de 7 de marzo de 1941, al cual, por su mayor amplitud de ámbito, la jurisprudencia sigue dando juego: responde automáticamente la empresa (y, por subrogación, su aseguradora de accidentes) que ocupó al trabajador en los doce últimos meses (o, de haber varias en estas condiciones, la posteriores), precedentes a la declaración de la enfermedad (13);

c) las demás empresas quedan bajo el régimen común del Seguro de Accidentes; por tanto, hace falta probar, en cada caso, el *nexo causal* entre la enfermedad profesional y el trabajo realizado en la empresa (14); la responsabilidad recae sobre ésta o, por subrogación, sobre su aseguradora de accidentes.

De notar es que el Decreto de 10 de enero de 1947 y su Reglamento de 19 de julio de 1949 acentúan la *importancia de las revisiones* (característica del seguro de enfermedades profesionales, frente al de accidentes), a fin de evitar, en lo posible, una producción o agravación de la enfermedad: cfr. art. 15 y 16 del Decreto citado (la última de estas disposiciones prevé sanciones económicas para las empresas que no efectuaran tales reconocimientos); y 65 y 68 del Reglamento (este último, considera como causa de despido la negativa del trabajador a reconocerse; y el primero, prohíbe admitir a trabajadores desprovistos de la declaración de aptitud, expedida por los servicios médicos de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo, e impone la obligación de reconocerse, también, al ceso de su trabajo en una empresa, etc.). El artículo 55 del texto refundido del Reglamento de accidentes del 56, en la misma línea, sanciona con un *incremento* del 50 por 100 de la pensión a las empresas que no realizaron el reconocimiento previo (15).

V. Finalmente, el *aseguramiento de las enfermedades profesionales* recibe un régimen general efectivo (no sólo para la silicosis y el nistagmus) por Decreto de 13 de abril de 1961, que reor-

(12) A salvo la asistencia inmediata y la indemnización en los tres primeros meses: cfr. artículo 74 del R. E. P. de 1949.

(13) Cfr. notas (3) y (9).

(14) SSTS de 24 de abril de 1956, 31 de enero de 1958, 6 de febrero de 1958; 15 de mayo de 1961; 4 de enero de 1962; 15 de mayo de 1962 y 9 de enero de 1963.

(15) Cfr. STS de 28 de febrero de 1961, que niega carácter retroactivo a dicha disposición.

ganiza dicho aseguramiento (*vide*, también, su Reglamento de 9 de mayo de 1962). Señalaremos, como notas de esta última etapa:

a) se intensifica el cuidado por lograr la *prevención de la enfermedad y el rigor con que se exigen los reconocimientos previos o periódicos* (cfr. E. de M., ap. 2.º; arts. 17 y ss. del D. de 13 de abril de 1961 y 33 y ss. de su Reglamento);

b) cambia el sistema de afiliación (ahora unificado con el de accidentes del trabajo: art. 4 del D. de 13 de abril de 1961) y de *financiación* (reparto de rentas no entre las empresas sino entre las aseguradoras; paso a un plano de solidaridad nacional, con abandono del sistema de grupos de empresas: cfr. art. 5 de dicho Decreto; todo ello, coordinado con un sistema de subvención estatal: cfr. art. 7);

c) se generaliza, como consecuencia de la propia ampliación del régimen, la *innecesariedad de prueba del nexo causal*, para todo el campo de empresas afectadas por la nueva legislación, en las cuales se efectúen trabajos con riesgo de producir enfermedad profesional (cfr. cuadro anexo del D. de 13 de abril 1961).

VI. Con posterioridad, una Orden de 14 de marzo de 1963, en atención a las peculiaridades que presenta la *prevención de la silicosis* y a la *especial importancia* de esta enfermedad profesional, estableció algunas normas específicas para la misma. Dicha disposición ha sido derogada, luego, por Orden de 8 de abril de 1964, que completa y amplía las medidas inicialmente tomadas por aquella. Fundamentalmente (se entiende, respecto a esta concreta enfermedad profesional), añade los siguientes matices al régimen anterior:

a) Refuerza la *obligatoriedad del reconocimiento*, tanto por parte de las empresas como aseguradoras, pero admitiendo la *disconformidad del trabajador (o del empresario) respecto al diagnóstico* (con intervención de los servicios médicos del Fondo) y su posible revisión, así como, en general, arbitra medidas para *asegurar la eficaz garantía de acierto en el mismo* (art. 1 y 2 de dicha Orden);

b) se ocupa de *regular con mayor detalle el régimen preventivo* de los enfermos en primer grado de silicosis: desde la determinación de los *puestos de trabajo que se consideraran o no peligrosos* a efectos de traslados (art. 3), a la *atención económica*, por las posibles disminuciones de salarios en virtud de los traslados, mediante la *fijación de haberes garantizados*, etc. (*vide*, arts. 3 de la referida Orden);

c) finalmente, cuida en general de establecer una *amplia protección* a estos trabajadores, con medidas relativas a su *readaptación profesional*, protección frente al *paro*, derechos de *preferencia en caso de reducción de plantillas*, derecho a la *reincorporación*, etc. (arts. 4 y ss.).

VII. La nueva *Ley de bases de la seguridad social*, de 28 de diciembre de 1963 (aparte de importantes cambios generales

sobre financiación, unidad de la afiliación, etc.) no ha recibido, todavía, un desarrollo articulado que permita trazar el nuevo esquema de protección a las enfermedades profesionales (cfr. bases 6.^a, 7.^a, 8.^a y 10.^a). De todos modos, adelanta su preocupación por las *medidas preventivas* (cfr., E. de M., III, 3) y la *inexigen-cia de nexo causal* (cfr. E. de M., I, 6 y II, 2), al parecer, para todo tipo de situaciones de invalidez.

VII. De esta evolución importa retener, sobre todo, dos conclusiones, dada su íntima relación con el tema objeto de la sentencia comentada:

1) En primer lugar, la tendencia a apartarse del seguro de accidentes por la *presunción absoluta de nexo causal* (entre la enfermedad y el último trabajo realizado en ambientes con riesgo de producirlo), suprimiéndose toda exigencia de prueba, dada la dificultad de demostrar el responsable directo, por el largo período de incubación, a menudo, propio de estas enfermedades. En este sentido, la jurisprudencia social tiene reiteradamente establecido que:

a) es responsable *la última empresa* en la cual fue ocupado el trabajador con riesgo pulvígeno (16): SS. T. S. de 24 de noviembre 1949; 19 noviembre 1953; 25 marzo 1953; 21 marzo 1955; 21 mayo 1955; 5 julio 1955; 29 septiembre 1955; 18 octubre 1955; 8 octubre 1955; 7 febrero 1956; 9 febrero 1957; 5 marzo 1957; 16 marzo 1960; 10 febrero 1961; 17 marzo 1961; 17 mayo 1961; 4 enero 1962; 9 enero 1963; 28 febrero 1963; 26 marzo 1963) (17);

b) en ningún caso, responde una empresa *no sometida al riesgo*, aunque en ella se declarase la enfermedad profesional: SS. T. S. de 12 diciembre 1955, 26 marzo 1956, 23 septiembre 1957, 28 noviembre 1957, 31 enero 1958, 16 mayo 1959, 12 noviembre 1960, 2 abril 1962 y 21 abril 1962;

c) en cambio, la *última* que ocupó con riesgo pulvígeno queda obligada a indemnizar, aun cuando hubiera sido contratado solo como *trabajador eventual*: SS. T. S. de 4 junio 1954 y 24 febrero 1941, 31 mayo 1955; 4 abril 1957; o *llevara pocos días* en la empresa: SS. T. S. de 6 noviembre 1956, y 3 diciembre 1956 (incluso, si lleva diez días, frente a la empresa anterior, que también tuvo riesgo pulvígeno y lo ocupó durante doce años: S. T. S. de 25 marzo 1962); aunque posteriormente, hubiera estado *ocupado por un largo período de tiempo* en otras empre-

(16) Incluso, si después trabajó como socio en una empresa no sometida a riesgo (STS de 30 de septiembre de 1955). No, en cambio, cuando pasa a trabajar por cuenta propia en otra empresa con riesgo pulvígeno, pues entonces se convierte en su propio responsable (SSTS de 27 de enero de 1959 y 25 de octubre de 1960).

(17) Y por subrogación, su aseguradora. Si la empresa estuviera declarada en rebeldía y no constase la aseguradora, responde subsidiariamente el Fondo de garantía: STS de 27 de marzo de 1958.

sas no sometidas a riesgo (SS. T. S. de 31 marzo 1960; 7 junio 1960; 3 mayo 1961; 8 junio 1962; 1 junio 1963; etc.);

d) se entiende, siempre la *última al declararse la enfermedad*, aunque posteriormente trabajara en otra (S. T. S. de 5 mayo 1955) (18).

2) En segundo término, un claro interés por reforzar y apoyar la *obligatoriedad de los reconocimientos preventivos o posteriores*, en evitación de que la enfermedad iniciada se agrave o desarrolle. Así, aparte de su carácter obligatorio:

a) se prevén *sanciones administrativas* para las empresas que no los efectuaran (cfr. art. 16 del D. de 10 de enero de 1947; artículos 20 y 21 del D. del 13 de abril de 1961 y arts. 35 y ss. de su Reglamento);

b) se establece, a modo de sanción, *un recargo del 50 por 100* sobre el importe de las pensiones, a satisfacer directamente por las empresas que no realizaron el reconocimiento previo (art. 55 del Reglamento del Seguro de Accidentes de 1956; D. de 6 de diciembre de 1962); recargo, por tanto, no asegurable;

c) asimismo, se asigna carácter de *sanción* por no efectuar el reconocimiento previo, a la *imposición automática de la responsabilidad a la última empresa* en que trabajó con riesgo pulvígeno, sin efectuarlo, aun cuando ocupara al trabajador por poco tiempo y, razonablemente, cupiera prever que dicho trabajo nada influyó en la adquisición de la enfermedad y muy poco en su desarrollo (SS. T. S. de 6 de noviembre de 1956; 3 de diciembre de 1956 y 26 de marzo de 1962) (19):

d) en esta misma línea de intención, el artículo 25 del Decreto de 13 de abril de 1961, *sanciona* a las empresas que no cumplieran las prescripciones de los dictámenes médicos —una vez reconocida la enfermedad— con una *responsabilidad directa en la reparación económica* de las incapacidades o muertes que pudieran producirse (siendo, en tales casos, el fondo únicamente responsable subsidiario, pese a la afiliación del trabajador); etc.

b) *Campo actual de posible aplicación, para el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941.*

I. Después del Decreto de 10 de enero de 1947, la Orden de 7

(18) Es de notar, que el *salario* que sirve de base para determinar la cuantía de la indemnización es, siempre, el que percibiera *al tiempo de declararse la enfermedad* (SSTS de 2 y 10 de julio de 1958; 31 de marzo de 1960; 10 de febrero de 1961; 14 de junio, 10 de octubre y 4 de diciembre de 1962; 1 de febrero de 1963, etc.); aun cuando la subida del salario se hubiera producido con posterioridad al ceso del trabajo, pero antes de la declaración de la enfermedad (STS de 10 de noviembre de 1962, que sienta, con ello, la interesante doctrina sobre la *condición de trabajador*, de que «respecto al obrero enfermo su condición y carácter de productor persiste legalmente, y por tanto, debe serle mantenida»). De todos modos, en estos casos, la empresa o su aseguradora *sólo es responsable* por el importe del salario que ella satisfacía al trabajador, siendo el resto a cargo del *Fondo de garantía* (cfr. SSTS, antes citadas).

(19) *Vide, infra*, notas (25) y ss.

marzo de 1941, por su mayor amplitud de ámbito, seguía vigente —según hemos visto— para determinar el sistema de responsabilidad exigible a ciertas empresas: diverso, según estuvieran encuadradas en dicho Decreto, en el artículo 3 de la Orden del 41 o en ninguna de ambas hipótesis. Actualmente, el Decreto de 1961 prevé un sistema general de cobertura más extenso que el de dicha Orden; ésta ha perdido, a tal respecto, su posible aplicación (salvo para los reducidos supuestos, aún en tramitación, anteriores al Decreto de 13 de abril de 1961).

II. Sin embargo, hay un punto abordado en la Orden de 7 de marzo de 1941 que, después, no ha sido regulado por las sucesivas disposiciones (precisamente, por preocuparse de establecer un servicio específico de aseguramiento para las enfermedades profesionales): concretamente, determinar el empresario responsable cuando, por cualquier razón, no entre en juego —o lo haga sólo subsidiariamente— el sistema indemnizatorio del servicio especial del seguro de enfermedades profesionales (antes del seguro de silicosis).

Por tanto, el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941 mantiene, en principio, su virtualidad cuando la *empresa* siga siendo *responsable directa de las indemnizaciones* por enfermedad profesional. Concretamente:

a) siempre que *no hubiera concertado la póliza* del seguro de accidentes, en cuyo caso responderá directamente del pago de todas las prestaciones que el seguro de enfermedades profesionales tiene establecidas (cfr. art. 9 del D. de 13 de abril de 1961 y 22 y 55, 1, del Reglamento para su aplicación);

b) asimismo, aun concertado el seguro, si, al reconocerse la enfermedad *no cumpliera en sus estrictos términos el dictamen médico*, pues, en tal caso, asume toda la responsabilidad por las incapacidades o muertes que su progreso generara (art. 25, 2, del Decreto de 13 de abril de 1961);

c) por último, cuando la empresa estuviera autorizada para *asegurar directamente el riesgo de incapacidad temporal y asistencia médica*, respecto a tales prestaciones (cfr. art. 53 del Reglamento de 9 de mayo de 1962).

Es de prever que, al menos en las dos primeras hipótesis, continúe una responsabilidad directa de la empresa, aun después del texto articulado de la nueva Ley de Bases de la seguridad social (cfr., Base 4^a, art. 15), y, por tanto, la posibilidad de aplicar, en principio, el artículo 11 de la Orden de 1941 (salvo que, sobre este tema, se dicten nuevas disposiciones específicas).

c) Términos del problema.

Aclarados, en este planteamiento, la vigencia, campo de aplicación y sentido del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, recordaremos que la sentencia aborda un doble tema: vigencia e interpretación de su apartado 2 y la competencia de la jurisdicción civil para entender en la materia.

La Sala se ocupa como previa de esta segunda cuestión y —una vez decidida— determina la vigencia y sentido de la norma comentada. Nos parece, sin embargo, preferible el orden inverso: precisamente, porque la interpretación realizada por la Sala civil servirá de base para mostrar su parcial incompetencia sobre la materia.

V. *Vigencia e interpretación del apartado segundo del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941.*

1. Ante todo, conviene tener presente que la Orden de 7 de marzo de 1941, sobre normas de *prevención e indemnización* de la neumoconiosis-silicosis, se dicta para cumplir el compromiso contraído por el Estado en el Fuero del Trabajo, «de otorgar a éste toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario». Por ello, la finalidad de la presente norma —según aclara su Exposición de motivos— es *«procurar defender al obrero primeramente, y compensar después los perjuicios que le ocasionen»* ciertas enfermedades profesionales. Con este propósito:

1. Luego de definir los conceptos de neumoconiosis y silicosis (art. 1 y 2) y señalar las empresas afectadas por este riesgo (artículo 3), pasa a tomar ciertas medidas preventivas para impedir su producción:

a) ante todo, exige un conjunto de *precauciones de carácter higiénico* para evitar o, al menos, suavizar el peligro de enfermedad (art. 4);

b) en segundo lugar, dispone un *reconocimiento previo* de los trabajadores, antes de ser contratados, pues su estado sanitario puede determinar una *incapacidad* para dicha clase de trabajos (arts. 5 y 8); asimismo, un *reconocimiento periódico*, una vez colocado, para lograr el inmediato *cese en el trabajo*, tan pronto se apreciaren síntomas de haber sido afectado por la enfermedad, a fin de evitar su agravación (arts. 6 y 7).

2. Seguidamente; para cuando las anteriores medidas no hubieran logrado impedir la enfermedad, regula un *sistema de indemnizaciones* (paralelo al de los accidentes del trabajo: art. 10), a la vez que determina el empresario responsable (art. 11), con arreglo a los siguientes principios:

a) «La obligación de indemnizar de acuerdo con la base segunda de la Ley de enfermedades profesionales, corresponde al patrono que haya ocupado al obrero durante los doce meses anteriores a la declaración de la incapacidad. Si el obrero hubiese trabajado durante este período de tiempo en varias empresas la indemnización correrá a cargo de la última de ellas.»

b) «*Transitoriamente*, para los obreros actualmente ocupados, que no han sido sometidos a reconocimiento previo para su admisión, conforme establece el artículo sexto, la empresa, obligada a indemnizar según la última parte del párrafo anterior, podrá reclamar de las otras que hubiesen colocado al trabajador durante los cinco años últimos, la parte proporcional en la indemnización.

según el tiempo que cada una le hubiese mantenido en el trabajo.»

II. Una *interpretación literal* de este último artículo conduce, sin duda, a destacar, conforme a la tesis del recurrente, el doble contenido de la presente norma:

a) de una parte, formula una *regla general*: la indemnización debe satisfacerla *el último patrono que haya ocupado al obrero*;

b) de otra, prevé una *excepción transitoria*, *para los obreros actualmente ocupados, no sometidos a reconocimiento previo* para su admisión: en tal caso, el patrono podrá reclamar la parte proporcional de lo abonado a las restantes empresas que le ocuparon durante los cinco últimos años (20).

III. Dicha interpretación literal viene *corroborada* por la *interpretación sistemática de la Orden referida*, por la *evolución posterior del régimen jurídico de las enfermedades profesionales*, y —finalmente— por la *actitud de la jurisprudencia de la Sala de lo social*. Vamos a ocuparnos, separadamente, de estos tres puntos:

I. Sin duda, una *interpretación sistemática* de la Orden de 7 de marzo de 1941, lleva a las siguientes conclusiones:

a) La *ratio del apartado primero* del artículo 11, al imponer la responsabilidad a la última empresa que ocupó al trabajador, sin reconocerle debidamente —de haberlo hecho y diagnosticarse la enfermedad, no estaría legitimado a celebrar el contrato— puede ser: *dar claridad y prontitud* al régimen de las indemnizaciones (una determinación *automática* del responsable, al ser difícil comprobar la empresa donde, efectivamente, se contrajo la enfermedad); o bien, *sancionar* a la empresa que no verificó el reconocimiento, imponiéndole la carga de toda la responsabilidad.

Probablemente, persigue ambas finalidades, pero está *en primer plano la idea de sanción*: en efecto, del conjunto del texto se deduce su solicitud constante por lograr, con cuantas medidas estén a su alcance, la práctica por la empresa de los *reconocimientos oportunos*, a fin de evitar el desarrollo de la enfermedad, conforme a la directriz señalada en su Exposición de motivos («*se procurará defender al obrero primeramente, y compensar después los perjuicios ocasionados*»).

b) Se evidencia —coherentemente—: la *ratio del apartado segundo*; si lo dispuesto en el párrafo primero es *una sanción por no haber reconocido al trabajador al ingresar en la empresa*, es lógico y justo que *tal sanción no se aplique retroactivamente* a las empresas que, al dictarse la Orden y establecerse con carácter obligatorio su reconocimiento, tuvieran ya obreros colocados; en cambio,

(20) Cosa que no duda, incluso, en reconocer la Sala sentenciadora. Cfr., en efecto, Considerando 4.^o (STS de 23 de octubre de 1963): «*su literalidad* parece, a primera vista, autorizarla *en el sentido de que el régimen transitorio a que el precepto alude es sólo para los obreros actualmente ocupados*, o sea, para aquellos que se encontraran en tal situación a la fecha de la entrada en vigor de la Orden referida...»

como persiste la conveniencia de determinar clara y *prontamente* un responsable, se sigue considerando tal al último empresario que ocupó al trabajador, pero facultándole a resarcirse —civilmente— frente a los demás que lo ocuparon en los cinco últimos años.

c) De no ser tal la *ratio* de la ley, es decir, de desaparecer la idea de sanción y quedar sólo el propósito de *tener prontamente un responsable*, con posibilidad de repercutir sobre los anteriores empresarios, *no se hubieran precisado dos normas distintas, una general y otra transitoria*, sino que, lógicamente, hubiera bastado una única norma, determinando la *responsabilidad del último y su derecho a repercutir sobre los anteriores* (21).

2. Coincidente con esta interpretación sobre el sentido de sanción por falta de reconocimiento médico, ligada a la intensa preocupación del legislador por atender, ante todo, a la *prevención de la enfermedad* (es decir, a la defensa del trabajador en su integridad física) está, como vimos, la *propia evolución del régimen legal de la silicosis*. En efecto, cada nueva disposición tiende a reforzar la obligatoriedad del reconocimiento, a tomar medidas para que se efectúe (cfr. *supra*, apartado IV, a): la idea de reparto entre las empresas que ocuparon al trabajador desaparece, porque incluso se busca un sistema de indemnización distinto al de los accidentes (reparto del riesgo, a escala nacional, entre todas las empresas afectas por el peligro de enfermedad profesional, etcétera); en cambio, perdura la *necesidad del reconocimiento médico* y el ligar, a su falta, sanciones de tipo económico (por ejemplo: un incremento del 50 por 100 de la pensión, con el carácter incluso de no asegurable: cfr. art. 55 del Reglamento de accidentes del trabajo, redactado conforme a la Ley de 6 de diciembre de 1962) (22).

(21) Corrobora esta idea de que *no se trata tanto de asegurar rápidamente una entidad responsable, que en su caso puede repercutir sobre las anteriores, como sancionar a la empresa que no realizó el reconocimiento previo*, la reiterada jurisprudencia que exime (pese a una falta de declaración expresa en este sentido del artículo 11 de la Orden del 41, el cual se limita a hablar de la *última empresa*), de toda responsabilidad a las empresas posteriores en que fue ocupado el trabajador no sometido a dicho riesgo: *vide: supra*, IV, a, y notas (11) y ss.

(22) Sobre la importancia primordial de esta tarea preventiva, de *defensa de la persona*, cfr. MIRALDI, *Assicurazione e prevenzione nella lotta contro gli infortuni sul lavoro*, RDL, 1954, I, págs. 357 y ss.; MARTINI, *Rapporti tra la assicurazione e la prescrizione per gli infortuni*, en Riv. in. e mal. prof. 1954, I, págs. 161 y ss.; LAROQUE-DESOUILLE, *Action conjuguée des médecins du travail et des caisses de sécurité sociale en matière de prévention des maladies professionnelles*, Rev. franc. trav. 1947, págs. 116 y ss.; GARCÍA DE ILARO, *Relaciones del patrono con la seguridad social en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, Actas del V Congreso Internacional del Derecho del Trabajo, Lyon, 1965; DURAND, *La Politique contemporaine de sécurité sociale*, París, 1953, págs. 572 y ss. bibliografía allí citada; VENTURI, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954, págs. 603 y ss.; MONTORO, *La prevención y lucha contra la silicosis del carbón*, RIIS, julio-agosto, 1953, págs. 679 y ss., etc. *Vide*, también, SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1962.

3. En la misma línea se encuentra la labor interpretativa de la *jurisprudencia social*. Señalaremos, entre otras, las siguientes afirmaciones de la Sala de lo social:

a) La imposición de la *responsabilidad a la última empresa* (23) que ocupó sin previo reconocimiento médico a un trabajador tiene el carácter de sanción por omitirlo, siendo la única responsable dicha empresa: SS. T. S. de 26 de enero de 1955, 3 de diciembre de 1956; 6 de noviembre de 1956; 26 de marzo de 1962 (24). Esta última sentencia, con particular firmeza: en efecto, el trabajador sólo llevaba seis días en la empresa, habiendo trabajado anteriormente en otra, también con riesgo polívigeno, durante doce años; además, se le admitió a título de favor y condicionando el contrato a un reconocimiento médico, realizado, efectivamente, a los ocho días, con diagnóstico de la enfermedad. El magistrado, como parece lógico a primera vista, considera responsable a la empresa que ocupó al trabajador durante 12 años; el Tribunal Supremo, sin embargo, casa la sentencia y declara responsable a la última empresa, en un considerando que, por su importancia, transcribimos a continuación: «si bien es cierto que mirada la cuestión desde un punto de vista lógico y natural, con abstracción del aspecto legal del problema, parece que la enfermedad que aqueja al demandante la debió adquirir allí durante doce años que trabajó aspirando polvo síliceo y no en la que sólo por espacio de ocho o diez días estuvo ocupado, por lo que debiera ser E. L. y su aseguradora (P. E. S. A.), la que debía pechar con el pago de la indemnización, si se contempla el problema desde el punto de vista de lo que la legislación vigente de manera terminante dispone sobre el particular (art. 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941) y lo que la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho a este respecto en Sentencias, entre otras, de 22 de febrero de 1952, 26 de enero y 31 de mayo de 1955, la cuestión debe decidirse en favor de la admisión del recurso, o sea, a favor de la P. E. S. A., porque el legislador, sin duda ni vacilación alguna, fija la responsabilidad en el patrono o empresa donde trabajaba aquél durante los doce meses anteriores a la declaración de la incapacidad y si hubiere trabajado en varias, en la última de ellas; y esta responsabilidad tan concreta y definida, no se altera ni desvirtúa por el hecho de que, como sucede en el caso de autos, la empresa patronal admite al productor sin cumplir con el reconocimiento médico que se exige en los artículos 15 del Decreto de 10 de enero de 1947 y 45 de la Orden de 10 de julio de 1949, pues esta tolerancia o condescendencia, por muy altruista y laudable que resulte, no exonerá al patrono de su responsabilidad al incumplir las obligaciones que se

(23) *Vide, también, supra, IV, a, VII.*

(24) Es de notar, que esta responsabilidad se transmite a la empresa sucesora —por cesión, venta, etc.— de aquella en que se contrajo la obligación de indemnizar la enfermedad: SSTS de 28 de junio de 1955 y 8 de noviembre de 1962.

determinan en los preceptos más arriba citados, y que, dada su claridad y carácter preceptivo, no pueden quedar sujetos a condición de ninguna clase, ni suspensiva, ni resolutoria, ni permiten al juzgador interpretación distinta a la que en la Orden citada se establece; por todo ello, procede admitir los dos últimos motivos de casación, y, en su consecuencia, se debe declarar y se declara, que la responsabilidad para el pago de la indemnización que al demandante le corresponde por su inutilidad permanente total como silicótico de segundo grado, debe recaer sobre la demanda, y por subrogación en su aseguradora, C. A. S. B., y no sobre la P. E. S. A, en la misma cuantía y desde el mismo día fijados en la sentencia de instancia» (25).

(25) Análogo en exigencia es el tenor de la STS de 26 de enero de 1955, uno de cuyos considerandos transcribimos: «si bien es cierto que las leyes sobre accidentes del trabajo exigen la relación de causalidad entre éstos y el trabajo prestado a los patronos de quienes se reclama indemnización para que pueda imputárseles las responsabilidades civiles correspondientes, no lo es menos que cuando se refieren a la silicosis y debido, sin duda, al largo período de tiempo que tarde en incubarse y a las dificultades, a veces insuperables, de determinar la industria en que fue adquirida, cuando el obrero ha trabajado en varias y atenta a proteger a éste y a evitar que quede desamparado, variando aquel sistema legal, *exige a todas las industrias con riesgo silicótico que antes de admitir a los obreros los sometan a un reconocimiento previo con objeto de determinar si padecen o no de silicosis, y después de asegurar a la Empresa el medio de eludir responsabilidades derivadas de enfermedades adquiridas al servicio de otros patronos, rechazando a los enfermos, declara la responsabilidad de los patronos de «industrias peligrosas» que los admitieron y ocuparon durante los doce meses anteriores a la declaración de la enfermedad, y si fueron varios, al último por el mero hecho de serlo, y por tanto, sin exigir que se demuestre la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo a ellos prestado, teniendo en cuenta que si el obrero fue reconocido, debe estimarse que la enfermedad fue adquirida a su servicio, puesto que no la padecía ni la había iniciado al ser admitido al trabajo, y si no lo fue, como sanción al incumplimiento de la obligación de reconocer a los obreros, antes de admitirlos, sanción justa y equitativa ya que la seguridad de los derechos y obligaciones laborales —comprometidos gravemente con aquellos incumplimientos que incluso pueden llegar a imposibilitar la demostración de repetida relación causal— requieren la cooperación de todos y no puedan quedar a merced de que los interesados cumplan o no sus deberes»; «Corroborando el mismo criterio, en sentencia de 31 de mayo del mismo año, se manifestó por este Supremo Tribunal, que no puede eximir el último patrono de la responsabilidad que la Ley establece la circunstancia de que el obrero llevase pocos meses a su servicio, ya que si el precepto legal no distingue de casos, no debe distinguirse entre los que están comprendidos en el texto para salvar de él algunos o para aplicar la disposición con efecto diferente». Asimismo, la STS de 6 de noviembre de 1956: «... la obligación de indemnizar que establece el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, es aplicable a la última Empresa que ocupara al obrero, siempre, que ésta sea de las comprendidas en el artículo 3.^º, de la misma, en razón unas veces a la existencia de relación causal entre la enfermedad profesional y el trabajo prestado a la misma Empresa, y otras —sentencia de 26 de enero de 1955— aunque no exista aquella relación causal, al incumplimiento por la misma de la obligación que establece el artículo 5.^º de la misma Orden y como sanción a tal incumplimiento, doctrina plenamente confirmada en el citado Reglamento de 1949, único precepto legal*

b) La afirmación de que en la hipótesis, en cierto modo análoga, de *plantearse como cuestión mercantil el pacto de exclusión de la cobertura del riesgo de silicosis entre la empresa y su aseguradora*, existe —además de la relación entre las partes del contrato de seguros— un *derecho irrenunciable del trabajador* (S. T. S. de lo social de 3 de julio de 1956) (26). Análoga doctrina, permitiría concluir que, en la disposición del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, no sólo media un problema civil entre empresas, sino una *norma laboral en favor del trabajador, reguladora de una sanción para asegurar la práctica del reconocimiento médico*, a fin de cortar todo progreso en su enfermedad. De modo que, plantear el tema como pura cuestión entre empresas (por tanto, de carácter civil), causa un perjuicio al trabajador; menos tutelado ante la posible desidia de las mismas en el cumplimiento de su obligación de *practicar el reconocimiento*.

c) La interpretación que, forzando claramente el tenor literal de los artículos 5 del Reglamento del seguro de enfermedades profesionales de 19 de julio de 1949 y 87 del Reglamento de accidentes del trabajo de 22 de junio de 1956 (27), realiza una reiterada

aplicable al caso, es evidente que la única responsable de indemnización que corresponde al actor, por la enfermedad que padece, es dicha recurrente, la Compañía Vasca de Minas, y que *al no estimarlo así la sentencia recurrida, y repartir dicha responsabilidad entre aquélla y el Coto Minero S., S. L., incide en las infracciones que se acusan en el motivo segundo*. Un criterio menos decidido, en cambio, parece adoptar la STS de 26 de marzo de 1960 (hace responsable a la empresa que lo ocupó durante siete años, y donde se declaró la silicosis en primer grado, en lugar de hacer responsable a la última que lo ocupó, durante pocos días y con poco riesgo, y donde se declaró la silicosis en segundo grado).

(26) Así, en sus considerandos establece: «aceptado en otros países el principio jurídico de la estipulación por otro, la jurisprudencia de aquellos Estados que ya vienen reconociendo que el seguro colectivo en beneficio de los obreros, al estipular una indemnización por responsabilidades de víctimas por accidentes de trabajo, constituye un beneficio de responsabilidad personal para la estipulación por otro, que se contrae por una delegación en que el delegado acepta obligarse respecto al delegatario a petición del delegante, para así separar la estipulación que constituye un acto único, aunque en realidad sea un compuesto de dos actos, en que el tercer beneficiario adquiere del hecho de la estipulación en que no tomó parte, un derecho de crédito personal, convirtiéndose en acreedores, sin manifestación de voluntad, *ctiam ignorans instituit*; y que nuestro Código civil admite haciendo uso de estos derechos, artículo 1.124, en el expresado sentido del derecho del tercero, así la sentencia de 9 de diciembre de 1940 establece, que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero, éste es el titular del derecho hacia él derivado y lo es en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato hasta que cumplida la condición de la aceptación prevista —en este caso de accidente reclamado— adquiere definitiva e irrevocablemente el concepto de acreedor, asistido de la correspondiente acción, por la que asimismo puede apremiar al obligado».

(27) Dice textualmente este último artículo: «En la póliza se expresará con claridad el riesgo asegurado, el lugar donde está situado y la hora en que comienza el seguro». «En cuanto al riesgo de silicosis en industrias pulígenas mencionadas en el número primero del anexo del Decreto de 10 de enero de 1947, y no incluidas en el Seguro especial, el Seguro no comenzará para cada uno de los obreros afectados hasta haber sido

jurisprudencia, conforme a la cual la *falta de reconocimiento previo por parte de la empresa no exime de responsabilidad a la entidad aseguradora, igualmente obligada a reconocerlo* (SS. T. S. de 23 de diciembre de 1954; 21 de mayo de 1955, 11 y 22 de junio de 1959; 28 de octubre de 1959; 18 de enero de 1960; 22 de febrero de 1960; 5 de abril de 1960; 28 de febrero de 1961, 20 de diciembre de 1961, etc.) (28). En este caso, la jurisprudencia social acude a razones de equidad que, sin duda, no responden al régimen de la contratación ordinaria (en absoluto, parece ilícita una cláusula de exoneración del riesgo de silicosis, subordinada al reconocimiento previo; conforme, por otra parte, de modo expreso disponen dichos preceptos, forzados en esta interpretación), precisamente, para asegurar que se *haga el reconocimiento previo, o por la empresa, o por la compañía aseguradora, meta que en todo momento inspira la actitud de la jurisprudencia, en defensa de la salud física del trabajador*, cuya protección se antepone al rigor en la resolución de cualquier otra cuestión económica entre los posibles responsables.

En suma, la Sala de lo social del Tribunal Supremo está atenta, ante todo, a que se efectúe el *reconocimiento previo*, para evitar el progreso en la enfermedad del trabajador, coincidiendo en ello con la interpretación sistemática y el tenor literal del artículo 11 de Orden de 7 de marzo de 1941 (29).

calificados como útil para el trabajo en el reconocimiento médico previo. Si no se hubiera practicado previamente el reconocimiento médico, la entidad aseguradora quedará exenta de responsabilidad. Las pólizas no podrán tener duración superior al año». (Cfr., también, art. 1, 5.º, de la O. de 8 de abril de 1964.)

(28) Así, por ejemplo, la STS de 18 de enero de 1960 expresa: «...acusas infracciones de diversos artículos del Reglamento de enfermedades profesionales de 19 de julio de 1949 y del artículo 87 del Reglamento de accidentes del trabajo por el hecho de *no haberse practicado por la empresa patronal el reconocimiento médico del operario demandante que con posterioridad fue diagnosticado de silicosis, todo ello con la finalidad de sostener la irresponsabilidad de dicha Compañía aseguradora* en la obligación indemnizatoria que corresponde al referido enfermo, pero esta tesis no puede en modo alguno ser estimada como procedente, para determinar la casación, pues es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en diversas resoluciones, entre ellas la sentencia de fecha 11 de junio de 1959, las cuales fijan la interpretación de dicho artículo 87 en relación con sus antecesores, afirmando que la facultad de exigir el reconocimiento previo compete igualmente a las entidades patronales que a las aseguradoras, que de otro modo quedarían en la anómala situación, refiriéndose con el más elemental principio de equidad, de percibir las primas del seguro dejando de satisfacer la indemnización cuando el riesgo se produce, por lo que en tales casos de faltar el referido reconocimiento previo, las aseguradoras no quedan liberadas de su obligación de indemnizar cuando no lo hayan exigido».

(29) Incluso, una STS de lo social de 27 de febrero de 1957, declara *responsable a la última empresa con riesgo pulvígeno que lo ocupó, aun cuando se realizara un reconocimiento anteriormente al ingreso en dicha empresa, donde se descubrió la enfermedad si no hay constancia de que se le hiciera saber al trabajador su enfermedad para que reclamara ante quien proce-*

IV. Tal dirección interpretativa cambia, radicalmente, en las tres sentencias de la *Sala civil del Tribunal Supremo* que se han ocupado del tema (SS. T. S. del 14 de mayo de 1957, 24 de mayo de 1957 y 23 de octubre de 1963, aquí comentada).

1. Concretamente, declaran que la norma del apartado 2 del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941 continúa *vigente*, *por falta de derogación expresa* y, asimismo, que es aplicable tanto a los obreros ocupados a la fecha de dictarse dicha disposición, como a los que lo fueran posteriormente.

2. Respecto a esta interpretación, conviene hacer dos observaciones:

a) Ante todo, que *fuerza el tenor literal* del párrafo 2.º del artículo 11 de la Orden referida, como expresamente no puede menos de reconocer la propia sentencia de 23 octubre 1963 (30).

b) En segundo lugar, que lo fuerza *amparada en motivos de justicia propios del Derecho patrimonial*, pero ajenos —mejor dicho— contrarios a la intención tutelar del trabajador, *consagrada en la propia Orden* de 7 de marzo de 1941 y reiterada —según vimos— por toda la legislación posterior.

Concretamente, se alega que sería *injusto hacer recaer toda la responsabilidad sobre la última empresa que ocupó al trabajador, sin realizar el reconocimiento previo*, cuando las empresas que lo hicieron anteriormente —durante el período de incubación de la enfermedad— *no cumplieron tampoco su obligación de reconocerla*.

Pero, con ello, evidentemente se *desconoce el carácter de sanción*, asignado a la responsabilidad única de la última empresa, como pena al incumplimiento de su obligación de reconocer al trabajador (31); y, sin duda, este aspecto reviste mayor importancia —se trata de la *defensa directa de la integridad física del trabajador*, es decir, de un *derecho de la persona*— frente a las exigencias de un *principio económico de igualdad en el reparto de las cargas indemnizatorias* producidas por la enfermedad profesional.

Más aún, la interpretación aquí propugnada corresponde, del modo más exacto, con los *propios principios generales de nues-*

dise, y la *última empresa no cumplió con su obligación de reconocimiento previo*.

(30) *Vide*, nota (20). Asimismo, en dicho considerando 4.º, reconoce —aunque después olvida— que la *transitoriedad*, al no fijarse plazo expreso, queda subordinada a que otra disposición lo derogue o «*finalice de modo automático al cesar los motivos por los que fue dictado*». Y evidentemente así ocurre, como de modo acertado sostiene la parte, cuando *cesen de existir tales trabajadores*, es decir, se trate de trabajadores ocupados con posterioridad a dicha fecha (como en el supuesto de la sentencia comentada).

(31) Es, precisamente, esa en cierto modo injusticia o desproporción en la responsabilidad contraída, lo que puede actuar como fuerza coactiva sobre las empresas, para que cumplan con su obligación de reconocimiento médico —relativamente poco costosa—, a fin de evitarse consecuencias desproporcionadas: cuanto más, más garantizadoras del interés de las empresas en cumplirla.

tro Derecho civil, que antepone siempre la defensa de los bienes de la persona a cualesquiera otros derechos (32). Sin embargo, ello escapa a la Sala civil; precisamente, por estar desconectada del planteamiento general del tema, de contrario, familiar a la jurisdicción laboral especializada (33).

3. Ello permite concluir, a mi juicio, que la *interpretación dada por la Sentencia de 23 de octubre de 1963* al apartado 2.º del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, es incorrecta; y lo es, precisamente, como consecuencia de un *exceso de jurisdicción*, según veremos. En efecto, la decisión de la Sala involucra dos cuestiones diversas: la *vigencia* de dicho apartado 2.º, directamente conectada al carácter de sanción del apartado 1.º, por incumplir la empresa su obligación laboral de efectuar el reconocimiento previo de sus trabajadores (cuestión netamente laboral); el *reparto*, una vez determinada la vigencia de dicha norma, del importe de la indemnización entre las diversas empresas que ocuparon al trabajador (en cambio, conflicto puramente civil).

VI. Competencia de la jurisdicción civil para interpretar normas laborales.

1. Ante todo, conviene precisar una cuestión *terminológica*: la sentencia comentada afirma la *competencia de la jurisdicción civil para interpretar «los preceptos que formen parte de la legislación laboral»*, incluso, que dentro de ella carezcan del rango normativo propio de la ley, siempre que, en el litigio, falte «*todo impulso que provenga del elemento obrero o productor, la armonía*

(32) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1942, pág. 468, enumera entre otros «principios tradicionales españoles»: superioridad de los valores morales sobre los materiales, primacía de la dignidad humana, etc.

(33) Es de notar que esta misma disparidad de criterios entre la jurisprudencia social y civil se da respecto a la determinación de la *aseguradora responsable*, cuando varias lo hubieran sido de la misma empresa a la que se imputa la indemnización. La *Sala de lo social* tiene reiteradamente establecido (STS de 22 de febrero de 1952; 18 de marzo de 1953; 7 de enero de 1955; 3 de junio de 1955) que responde siempre la *última aseguradora que no reconoció, al concertar la póliza*; es decir, aquella cuya póliza estaba vigente al declararse la enfermedad (STS de 15 de noviembre de 1955, 12 de diciembre de 1955; 9 de marzo de 1961, 9 de mayo de 1963), aun cuando probablemente la enfermedad estuviera contraída anteriormente (STS de 3 de octubre de 1956); no siendo, en ningún caso, aplicable el criterio de *reparto de responsabilidades* que prevé, para las empresas, el apartado 2 del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941 (*vide*, especialmente, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1952; 18 de marzo de 1953; 7 de enero de 1955 y 3 de junio de 1955, antes citadas). Por el contrario, la *STS de lo civil* de 4 de mayo de 1957, en sus considerandos, sostiene: «aun admitiendo que fueran las empresas patronales a quienes se contrae literalmente el texto consignado, siempre aparecería evidente el espíritu de justicia social en que se inspira y, por manifiestos principios de analogía y de equidad, procedería aplicar igualmente a las sociedades aseguradoras que se subroguen en las obligaciones de los asegurados». En suma, siempre la preocupación de la jurisprudencia social por *sancionar la falta de reconocimiento*, mientras la jurisprudencia civil se rige, más bien, por principios de equilibrio económico.

de cuyos intereses con los de los patronos, es la razón única de ser de la jurisdicción laboral y enmarca la competencia de la jurisdicción privativa).

En realidad, ello importa un error terminológico, basado en el olvido de que, a menudo, un mismo texto legal puede contener normas de diversas materias (34): en otras palabras, lo que determina la naturaleza procesal o substantiva, laboral o civil de una norma es regular o no una materia de tal índole, no su inclusión en este u otro texto legal.

De entrada, por tanto, *ha de negarse radicalmente la competencia de la jurisdicción civil para entender sobre la interpretación de normas laborales*: según afirma el artículo 1 de la Ley de procedimiento laboral, *«la jurisdicción del trabajo es la única competente para conocer, resolver y ejecutar sus decisiones en los conflictos individuales que se promueven en esta rama social del Derecho»* (texto refundido, por Decreto de 17 de enero de 1963).

Distinto es que *en determinado texto legal, sobre seguros sociales, pueda contener* junto a normas procesales y substantivas de materia laboral, otras *normas de carácter civil o administrativo* (35).

II. Ello sentado, interesa tener presentes los *criterios para calificar una materia como contencioso-laboral*, especialmente en tema de seguros sociales: base para establecer, después, si el artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941 entra o no, y qué medida, en el ámbito de la jurisdicción laboral, civil o contencioso-administrativa. Téngase presente que, en el caso de la sentencia comentada, se discute sobre la aplicación de normas de enfermedades profesionales y accidentes del trabajo (por tratarse de empresas sometidas al riesgo pulvígeno no comprendidas, sin embargo, en el seguro obligatorio de enfermedades profesionales, pero *sí* en la Orden del 41) (36). Sintiendo a ALONSO OLEA (37) cabe señalar que, en dicha legislación, se integran:

1. Normas *laborales privadas* de carácter substantivo (38), para cuya interpretación y aplicación es competente *la jurisdicción laboral*: a saber, *«las pretensiones basadas en las normas que regulan la relación jurídica que se establece entre el accidentado (o trabajador afecto de enfermedad profesional, sometida al régimen de accidentes del trabajo) y su empresario y los entes subrogados en las responsabilidades de éste»* (39).

(34) En este sentido, DE CASTRO, op. cit., pág. 108, especialmente nota (6).

(35) Cfr. ALONSO OLEA, *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959, páginas 94 y 95.

(36) Cfr. considerando 4.^º de dicha sentencia.

(37) En su citada monografía realmente definitiva a este respecto, sobre *La materia contenciosa laboral*, especialmente págs. 74 y ss.

(38) También procesales: vg. art. 170 del Reglamento de accidentes del trabajo.

(39) Op. cit., pág. 95.

2. En segundo lugar, normas de *carácter civil*, para las cuales es competente la *jurisdicción ordinaria*: así, las «cuestiones entre entidad aseguradora y patrono asegurado que excedan de las señaladas en el artículo 8 del Reglamento de accidentes» (40); y, convendría añadir, para la hipótesis de enfermedades profesionales sujetas al régimen de accidentes «entre las distintas empresas entre sí (o sus respectivas aseguradoras) que puedan ser responsables de la indemnización de una enfermedad profesional» (41). A este propósito, procede resaltar la tendencia de nuestra jurisprudencia social a ampliar la competencia de la jurisdicción laboral a las relaciones entre empresa y aseguradora, cuando se debata si la primera aseguró, en forma debida, al trabajador (criterio determinante de la responsabilidad de la entidad aseguradora); tendencia que culmina en la disposición del artículo 170 del vigente Reglamento de accidentes, donde expresamente se le atribuye tal competencia (42).

3. Finalmente, normas *laborales de carácter administrativo*, cuyo conocimiento corresponde, en primer término, a la autoridad laboral (Delegaciones de Trabajo, Dirección General de Previsión, Ministerio de Trabajo, etc.) y, de no aceptarse su solución, a la *jurisdicción contencioso-administrativa*: concretamente, las «cuestiones que atañen a las relaciones de los empresarios y de las entidades aseguradoras con el Estado, a quien está atribuida legalmente la intervención, fiscalización e inspección del seguro» (43).

4. Este cuadro, para su acabado entendimiento, precisa dos observaciones:

a) de una parte, la presencia de la llamada «jurisdicción concurrente de las Delegaciones de trabajo»: la mayoría de las infracciones de una norma laboral puede llevarse ante la autoridad laboral, tanto como ante la Magistratura del Trabajo. Sin embargo, señala ALONSO OLEA (44), los efectos de acudir a una u otra vía difieren: la magistratura conduce directamente a resolver la pretensión de fondo v. g., el pago de las horas extraordinarias); el recurso a la autoridad laboral, en cambio, permite imponer sanciones a la empresa que, de modo indirecto, le fuercen a cumplir su contrato (abriéndose, de no hacerlo, nuevamente la jurisdicción ante la magistratura para satisfacer la pretensión de fondo);

b) de otra, recordar el *criterio absorbente*, en principio, de la jurisdicción laboral, según se deduce del número 4.º del artículo 1 del texto restudiado de procedimiento laboral, al otorgarle cono-

(40) Op. y loc. últ. cit.

(41) Hipótesis del apartado 2.º del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941: cfr. SSTS de lo civil de 4 de mayo de 1957, 24 de mayo de 1957 y 23 de octubre de 1963.

(42) Sobre el tema, ALONSO OLEA, op. cit., págs. 86 y ss. y BAYÓN, *El valor del contrato de seguro de accidentes de trabajo ante la jurisdicción laboral*, en Estudios en honor de GARCÍA OVIEDO, 1954, II, págs. 217 y ss.

(43) ALONSO OLEA, op. cit., págs. 95 y 97, etc.

(44) Op. cit., págs. 61 y ss.

cer de cuantas «reclamaciones, por incumplimiento de leyes y disposiciones de carácter social, afecten particularmente al demandante y no tengan señalado otro procedimiento especial».

III. Antes de aplicar estos criterios a la sentencia comentada, convendrá recordar la *duplicidad de cuestiones* en litigio que, en su momento, señalamos:

a) de una parte, la decisión sobre la *vigencia* del apartado 2.^o del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1941, respecto a los obreros ocupados con posterioridad a su promulgación: según se atribuya o no, al apartado primero, *carácter de sanción por incumplimiento de la obligación legal de policía administrativa del trabajo de reconocer al trabajador* previamente a su ocupación en empresas con riesgo de silicosis, y la conveniencia de hacerlo así, para *garantizar la eficaz defensa del interés primordial del trabajador* a su integridad física;

b) de otra, resuelta esa cuestión y determinada afirmativamente —respecto a un supuesto concreto— la vigencia del apartado segundo de dicho artículo, decidir sobre la *distribución del importe de la indemnización* entre las varias empresas que ocuparon al trabajador en los cinco últimos años.

IV. En mi opinión, este *segundo conflicto es puramente civil* y corresponde, sin más y plenamente, a la jurisdicción ordinaria (se trata de una norma civil, contenida en un texto regulador de las enfermedades profesionales).

V. En cambio, resulta más problemática la naturaleza del primer tema.

1. En hipótesis, cabe adoptar las siguientes actitudes:

a) Considerarlo una pura *cuestión civil*: reparto de una indemnización entre diversas empresas, luego de satisfecho el trabajador; por tanto, sin que nada afecte a sus intereses ni, en general, a los principios inspiradores de la acción tutelar del Estado sobre la seguridad e higiene en el trabajo.

b) Partir, por el contrario, de que la privación de reconocimiento médico viola, de modo directo, un *derecho subjetivo del trabajador*, o, al menos, un interés legítimo del mismo, como titular de la *condición de trabajador*, concedido por normas laborales, y le autoriza a exigir, de la última empresa que no efectuó dicho reconocimiento, la entera responsabilidad por el siniestro, como *sanción* al incumplimiento de su obligación de practicarlo.

c) Optar por una tercera postura: existe una *obligación legal de policía administrativa del trabajo* de reconocimiento previo, cuyo incumplimiento tiene, como sanción, una plena responsabilidad por las resultas de la incapacidad, y sobre cuya observancia deben velar los organismos públicos del trabajo.

2. A mi ver en torno a la segunda postura se encuentra la vía acertada. En efecto:

a) La primera no resulta admisible, a la luz de los criterios antes expuestos: evolución del régimen de las enfermedades pro-

fesionales, interpretación sistemática de la Orden de 7 de marzo de 1940; sentido de la jurisprudencia social, etc. De ellos se deduce, por lo contrario, que están en juego, no sólo *intereses económicos de las empresas*, sino, a la vez, un *interés de orden laboral a la tutela de la integridad física del trabajador*: más ampliamente protegido, sin duda alguna, cuando la norma del artículo 11, apartado 1.º, se interpreta como sanción por omitir el reconocimiento previo del trabajador.

b) En principio, ciertamente, no parece lógico admitir un derecho subjetivo del trabajador: se trata de una norma de policía administrativa por la cual se impone, de una parte, una obligación a la empresa de practicar el reconocimiento médico previo de sus trabajadores; de otra, una sanción a la misma por incumplimiento de dicha obligación. En orden a exigir el reconocimiento, quizá pudiera plantearse la existencia de un derecho subjetivo del trabajador; en cambio, respecto a la sanción, no parece admisible (45).

Sin embargo, no cabe duda tampoco, que estamos aquí ante una cuestión que, en definitiva, interesa sólo a los trabajadores y a las empresas: no a la administración. Posiblemente, no se trata de derechos subjetivos individuales de cada trabajador, pero sí de un derecho que corresponde a la colectividad de los mismos, pues resultan afectados por cualquier interpretación que favorezca un menor rigor en la exigencia de los reconocimientos. Y es probablemente, a este título, como debe atribuirse el conocimiento de esta materia a la jurisdicción laboral (según parece reconocer la citada sentencia de lo social de 6 de noviembre de 1956) (46).

3. Sin duda, en cierto modo, sería también sostenible, la tercera postura: se trata de la infracción de una *norma laboral de carácter administrativo*, cuya interpretación corresponde a las autoridades laborales, frente a cuya decisión se abra la *jurisdicción contencioso-administrativa*. No obstante, una reflexión más profunda sobre este punto, permite observar que no se trata, en realidad, de una *pura sanción administrativa* a la empresa, a modo de multa, que vaya a ingresar en la caja de la administración. Por el contrario, estamos ante un recargo de la responsabilidad de la empresa, que en principio afecta sólo, según acabamos de ver, a las

(45) En efecto, una vez producida la enfermedad y satisfecha la indemnización con rapidez, no parece admisible la violación de ningún interés individual del trabajador. Sí, en cambio, el desconocimiento de un interés colectivo de la clase trabajadora: un *interés legítimo*, como efecto reflejo del ordenamiento, en favor de los trabajadores en general. Sobre el tema cfr. NAVIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, Einsideln, Zurich, Köln, 1948, págs. 154 y ss.; también, GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, 1963, págs. 123 y ss.

(46) Sobre la posibilidad de que las normas de policía administrativa generan derechos subjetivos o pretensiones colectivas de los trabajadores y las hipótesis en que ello puede ocurrir, cfr. GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., págs. 151 y ss., y bibliografía allí recogida.

relaciones entre ésta y los trabajadores, de modo análogo a cuan-
to ocurre con el recargo del 50 por 100 de la pensión, en el su-
puesto de incumplir la empresa su obligación de reconocimiento
previo (cfr. art. 55 del Reglamento de accidentes, en su redacción
por Ley de 6 de diciembre de 1962; análogo carácter tiene, sin duda,
la norma contenida en el art. 25 del D. de 13 de abril de 1961, igual-
mente citada con anterioridad). Téngase en cuenta, por último, en
este mismo sentido, que existen otras *sanciones puramente adminis-
trativas*, sobre las cuales es claramente competente la autoridad
laboral (cfr. art. 16 del D. de 10 de enero de 1947; arts. 20 y 21
del D. de 13 de abril de 1961 y art. 35 y ss. de su Reglamento,
antes citados) (47).

VI. Para terminar, un breve comentario crítico a la actitud
de la jurisprudencia, sobre este punto:

1. En cuanto a la *jurisprudencia social*, interesa señalar que:
a) ha establecido reiteradamente que *no le compete decidir
sobre las posibles acciones entre las empresas* que ocupa al tra-
bajador durante los cinco últimos años anteriores a la adquisición
de la silicosis, *sino sólo imponer a la última el pago de la prima
para constituir el capital* necesario para el pago de la pensión con-
cedida, sin perjuicio de las acciones de orden civil que pudieran
corresponderle, frente a los anteriores patronos (48); es más, al-

(47) No parece aplicable a esta hipótesis el criterio de la *doble jurisdic-
ción*, aunque, sin duda, el problema planteado sirva para resaltar la conve-
niencia de extender la competencia de la magistratura especializada del
trabajo. Sobre el tema, afirma acertadamente ALONSO OLEA, op. cit., pág. 59:
«Parece necesario que demos nuestra opinión en el sentido de que si algún
día se pretende solventar este confusionismo jurisdiccional actual —lo que
reiteramos no es urgente ni estrictamente indispensable en términos de
justicia, puesto que ésta no aparece denegada— eliminando la dualidad de
jurisdicciones, la futura jurisdicción única debiera ser la de la Magistratura
de trabajo; porque la llamada jurisdicción administrativa no es tal jurisdic-
ción, en cuanto que ni específica ni típicamente está creada para el conoci-
miento y actuación de pretensiones, y en cuanto que si finalmente los
asuntos han de llegar a una sala del Tribunal Supremo, preferible es, por su
especialización, que lleguen a la Sala Social y no a las de lo contencioso;
aparte de que la celeridad en la solución de los conflictos laborales pediría
el que se eliminase el penoso procedimiento de agotar alzadas y recursos
ante el Ministerio de trabajo», cfr., también, GUIATA, *Derecho administrativo
especial*, II, Zaragoza, 1962, págs. 204 y ss.; GONZÁLEZ-PÉREZ, *El Derecho
laboral y la jurisdicción contencioso administrativa*, CPS, abril-junio 1954,
páginas 83 y ss. y *Las cuestiones laborales y la jurisdicción administrativa*,
R. D. Priv., 1956, págs. 765 y ss.

(48) SSTS de 29 de noviembre de 1948; 24 de febrero de 1951; 8 de
marzo de 1955; 8 de mayo de 1955; 6 de junio de 1950; 6 de octubre
de 1952; 19 de septiembre de 1952; 19 de noviembre de 1953; 9 de diciem-
bre de 1953; 4 de junio de 1954; 30 de junio de 1954; 17 de enero de 1955;
21 de mayo de 1955; 3 de junio de 1955; 24 de junio de 1955; 5 de
julio de 1955; 16 de junio de 1955; 20 de septiembre de 1955; 7 de
noviembre de 1955; 19 de enero de 1956, 26 de junio de 1956; 13 de fe-
brero de 1957; 10 de febrero de 1958; 10 de abril de 1958; 14 de abril
de 1958; 16 de mayo de 1959 y 22 de junio de 1959. Alguna sentencia
aclara, por otra parte, que una falta de reserva expresa del derecho a recurrir
ante la jurisdicción ordinaria —si a ello, hubiera lugar—, no es motivo

gunas veces la Sala de lo social ha casado sentencias de la Magistratura que efectuaron tal reparto, por considerar este aspecto ajeno a la jurisdicción laboral (49) y (50);

b) de otra parte, una jurisprudencia también reiterada, otorga al apartado primero del artículo 11 de la Orden de 7 de marzo de 1940 carácter de sanción a la empresa, por incumplimiento de su deber de reconocer al trabajador, antes de admitirlo (51); es más, añade, el empresario puede salvar esa responsabilidad, realizando el reconocimiento previo que la ley le permite y ordena (52); e, incluso, en Sentencia de 6 de noviembre de 1956, parece inclinarse, decididamente, por negar todo derecho a resarcirse de las empresas anteriores, dado el carácter de sanción de este precepto (en una hipótesis, por supuesto, de trabajador contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la O. de 7 de marzo de 1941) (53).

Esta interpretación de la jurisprudencia social es, sin duda, correcta. En efecto, de una parte, se enfrenta directamente al tema de cómo debe llevarse a cabo la distribución del importe de la indemnización y rechaza su competencia: tal reparto es una cuestión civil que no le corresponde conocer; por ello, rechaza su competencia, con reserva de los derechos de la parte; reserva que nunca cabe interpretar como reconocimiento de los mismos, sino como posibilidad de alegarlos ante otra jurisdicción.

de casación, por cuanto se entiende automáticamente realizada, la afirme o no el Magistrado (STS de 24 de marzo de 1960).

(49) Así, SSTS de 21 de noviembre de 1947; 3 de marzo de 1955, en cuyos considerandos expresa: «cuestión esta última (se refiere al prorrato) que, por afectar exclusivamente a los patronos, ni por razón de economía procesal puede ser tratada y resuelta por la jurisdicción laboral, limitada al conflicto entre obreros y patronos»; también, SSTS de 6 de noviembre de 1956 y 7 de julio de 1958 (sobre la primera de estas sentencias hemos de volver, porque presenta un matiz especial), cfr., *infra*, notas (51) y (53).

(50) En un sentido coincidente, la Sala de lo social tiene declarado que es responsable la entidad aseguradora cuya póliza estuviera vigente al tiempo en que el trabajador estuvo ocupado en la empresa condenada a la indemnización, aunque no estuviera vigente al declararse posteriormente la enfermedad (cuando el trabajador estaba ocupado por una empresa no sometida a este riesgo), *sin perjuicio de lo que, en juicio ordinario, quepa reclamar* frente a la empresa o a otras aseguradoras (cfr. SSTS de 30 de septiembre de 1955; 7 de abril de 1956; 9 de mayo de 1956; 29 de diciembre de 1961 y 8 de noviembre de 1962; en contra, al parecer, STS de 15 de junio de 1959).

(51) Cfr. SSTS de 6 de noviembre de 1956; 3 de diciembre de 1956; 26 de marzo de 1962, y *supra* notas (21) y ss.

(52) STS de 2 de febrero de 1955, en sus considerandos expresa: «a fin de evitar que el empresario alegue su desconocimiento de la enfermedad y su irresponsabilidad de la misma, el artículo 5 y siguientes de la Orden le impone la obligación de someter a los obreros a un reconocimiento previo a su admisión o posterior a ella, cuando se trate de productores que al ponerse en vigor la orden estuvieran al servicio de la empresa, al objeto de determinar si los obreros padecen o no silicosis o presentan síntomas de la enfermedad, *pudiendo entonces el empresario salvar su responsabilidad adoptando las medidas que el estado sanitario del productor aconseje*. Vide, también, STS de 11 de febrero de 1955.

(53) Vide, texto de esta sentencia, en nota (25).

En cambio, *no aborda el problema de la vigencia y aplicación* del apartado segundo del artículo 11 de dicha Orden, ni señala a tal efecto, una competencia de la jurisdicción civil. Antes bien, cuando *indirectamente lo alude* viene a resaltar el carácter de *sanción* del apartado primero de dicho artículo; sanción *evitable mediante el reconocimiento* previo. Es decir, sin afirmar su competencia —que, por otra parte, no le fue planteada expresamente— señala el criterio para resolver con acierto esta cuestión. Es más, la Sentencia repetidamente citada de 6 de noviembre de 1956, *parece, incluso, decidir expresamente el conflicto*, arrogándose competencia para ello y negando la vigencia —respecto de los trabajadores ocupados con posterioridad a la promulgación de la Orden de 7 de marzo de 1940— del apartado segundo del artículo 11.

2. La *jurisprudencia civil*, por el contrario, en las tres sentencias donde aborda la cuestión, como vimos, recaba plenamente su competencia sobre ambos temas: *reparto de la indemnización y vigencia respecto de los trabajadores ocupados con posterioridad a la promulgación de la Orden de 7 de marzo de 1940*. Sin duda, conforme a lo expuesto, tal jurisprudencia resulta *incorrecta* (según corrobora la propia solución adoptada). La jurisdicción civil alcanza, en realidad, tan sólo al primer extremo: en el segundo, se produce, por tanto, un exceso de jurisdicción, con acierto señalado por el recurrente, si bien —en ello radica su error— respecto a ambas cuestiones.

La retroactividad de la condición

RAFAEL ALVAREZ VIGARAY

Doctor en Derecho

SUMARIO: CAPÍTULO I.—CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN.—I. Concepto.—II. Naturaleza jurídica: 1.^o Teoría de la ficción legal; 2.^o Teoría de la realidad jurídica; 3.^o Teoría de la preexistencia del negocio; 4.^o Teoría de la voluntad presunta de las partes.—CAPÍTULO II.—CLASES DE RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN.—1. Retroactividad real y retroactividad obligatoria.—2. Retroactividad absoluta y retroactividad relativa.—CAPÍTULO III.—EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN.—1. Necesidad de distinguir entre los negocios dispositivos de eficacia real y los negocios de obligación.—2. Efectos de la retroactividad de la condición en los negocios dispositivos de eficacia real.—3. Efectos de la retroactividad de la condición en los negocios de obligación.—4. Cuestiones comunes.—CAPÍTULO IV.—ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL T. S. ESPAÑOL.—I. Pendencia de la condición.—1. Pendencia de la condición suspensiva (SS. de 17-III-1934, 6-XII-1957, 25-III-1913 y 6-VII-1916).—2. Pendencia de la condición resolutoria (SS. de 7-XII-1925, 20-V-1934 y 26-VI-1947).—II. Cumplimiento de la condición.—1. Eficacia “ipso iure” del cumplimiento (S. de 9-IV-1947). 2. Retroactividad de la condición (SS. de 13-XII-1946, 28-XII-1946, 2-XII-1914, 26-V-1951, 25-X-1924, 23-V-1944 y 6-III-1947).

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

I. *Concepto.* En sentido corriente, la palabra retroactividad significa actuar, producir efectos sobre el pasado. En su acepción técnica, se emplea para indicar la atribución a una norma o a un hecho jurídico de efectos, que habría producido de haber existido o estado vigente en un tiempo anterior a aquél en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho.

Como el pasado no puede cambiarse, lo que verdaderamente se obtiene con la retroactividad es la reconstrucción o configuración de las relaciones jurídicas actuales en una forma, que es aproximadamente igual a la que aquéllas tendrían de haber existido el hecho o estado

vigente la norma en una época anterior. En efecto, la cuestión de si, mediante la retroactividad, se consigue una modificación o transformación del pasado, como parece seguirse del tenor literal de la palabra, o sólo una especial configuración del presente y del futuro, debe resolverse, indudablemente, diciendo que el efecto retroactivo no puede implicar nunca una acción sobre el pasado y sólo afecta al presente, pues, como enseña Von Tühr (1), existe acuerdo, o al menos debería existir, en que ni la ley ni otro poder humano pueden en rigor crear un efecto retroactivo (en el sentido literal de la palabra). El legislador puede ordenar para el presente, y para el futuro, no para el pasado; no puede invertir la ley de la causalidad (2).

Aparte de esta noción amplia, es difícil formular una teoría general en la que puedan agruparse los distintos supuestos de retroactividad. Esta dificultad se debe al carácter ambiguo de la expresión retroactividad, con la que se designan un conjunto de efectos de diferente intensidad (retroactividad de primero y de segundo grado, retroactividad media, real, obligatoria, etc.), a la variedad de fines que se tratan de alcanzar con ella y al crecido número de casos en que se establece (3).

Entre los supuestos de retroactividad de los hechos jurídicos, ocupa un lugar destacado la retroactividad de los hechos que ponen fin a un estado de pendencia.

Como hace notar Von Tühr (4), es frecuente que el "factum" (o hecho jurídico al cual atribuye el Derecho la producción de efectos jurídicos) sea complejo, es decir, conste de una pluralidad de hechos. Con esto cabe la posibilidad de que estos hechos, que en conjunto forman el hecho jurídico, no se produzcan simultáneamente, sino que va-

(1) En esta misma dirección afirma SCIALOJA: "No existe ni puede existir retroactividad en el sentido verdadero y escueto de la palabra, ya que el pasado es pasado y no vuelve más. Sólo pueden producir en el porvenir, cumplida la condición, aquellos efectos que habrían surgido si la relación jurídica hubiera nacido perfecta en el momento al que se retrotrae." (*Negocios jurídicos*, trad. de la 4.^a edic. italiana por F. de Pelsmacker, Sevilla 1942, pág. 15).

Con todo, G. PACE (*Su una nuova teoria generale del diritto transitorio*, Riv. Dir. Commerciale, 1947-I, págs. 256-261) intenta explicar la retroactividad como una verdadera acción de la ley sobre el pasado, a través de la consideración de que el hecho jurídico está constituido por dos elementos: uno material y otro formal y que si bien el legislador no puede dar vida o aniquilar al primer elemento, puede hacer lo que quiera con el segundo, no sólo para el presente y para el futuro sino también para el pasado. Pero fácilmente se advierte que estas observaciones no son exactas: la nueva valoración que de mi hecho haga la norma dotada de eficacia retroactiva, no puede sustituir "ex tunc" a la valoración que del mismo hacía la norma derogada y a lo único a que da lugar la retroactividad de la ley es a que, desde el momento de su entrada en vigor se pongan las cosas en el estado en que se encontrarían si realmente hubiera estado vigente en la época a la cual se retrotraen sus efectos.

(2) VON TÜHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, Buenos Aires, 1948, t. II-1, pág. 23.

(3) En este sentido: DUSI, *Cenni in torno alla retroattività delle condizioni*, Studii per Schupfer, Turín 1898, t. III, págs. 515-517; JAMBU-MERLIN, *Essai sur la retroactivité dans les actes juridiques*, Rev. Trimestrielle de D. C. 1948, páginas 271-273.

(4) Op. cit. en la nota 2, t. II-1, págs. 15-20.

yan apareciendo en diversas etapas. En los casos en que es incierta la realización de los hechos que faltan, o si es posible que se produzca un hecho que la impida, el efecto jurídico del "factum" se encuentra en un estado de incertidumbre objetiva, que se denomina estado de pendencia. Cuando la incertidumbre se refiere a la realización del efecto jurídico, se dice que el estado de pendencia es suspensivo. En cambio, cuando es incierto si subsistirá un efecto jurídico existente, el estado de pendencia es resolutorio.

En el lapso de tiempo que media entre la aparición del estado de pendencia y su resolución por el cumplimiento o realización del hecho, existe una regulación provisional de la relación, que cesa al producirse el hecho decisivo de la pendencia para ser sustituida por el régimen definitivo. Cuando tal hecho está dotado de fuerza retroactiva, se considera como si los efectos, que sólo tienen lugar con su realización, se hubieran producido desde el momento en que se inició la situación de pendencia. De este modo, la regulación provisional es absorbida por la regulación definitiva, que al mismo tiempo le pone fin y le sustituye desde el principio ("ex tunc").

La retroactividad de la condición es uno de los casos más importantes en que se atribuye eficacia retroactiva a un hecho que decide una situación de pendencia. Consiste en que los efectos que se producen con el cumplimiento de la condición, se consideran producidos en el momento en que se celebró el negocio jurídico condicional. Por consiguiente, si la condición es suspensiva, el negocio produce los mismos efectos que si fuese puro, y si es resolutoria, se produce la vuelta a la situación jurídica que existía antes de realizar el negocio.

Establecido este concepto, conviene distinguir la retroactividad de la condición de otros fenómenos con los que tiende a confundirse.

En primer lugar, por lo que respecta a los negocios celebrados bajo condición suspensiva, y puesto que la retroactividad lo es de los efectos del negocio jurídico, son independientes del efecto retroactivo los requisitos personales, reales y formales del negocio condicional (5).

En cuanto a los primeros, se atiende a la época en la que se emiten las declaraciones de voluntad, es decir, han de concurrir al tiempo de la celebración del negocio y pueden faltar cuando se cumpla la condición. Por lo que se refiere a los requisitos del objeto, es decisiva la

(5) Son muy numerosos los autores para quienes la eficacia retroactiva de la condición suspensiva afecta también a los elementos del negocio, que, según ellos, deben concurrir al tiempo en que éste se celebra. Consecuentemente, consideran una aplicación de la retroactividad la regla relativa a los requisitos subjetivos y una excepción al principio de retroactividad la exigencia de que los requisitos objetivos existan al cumplirse la condición. Entre otros: SATALOA, *Negocios jurídicos*, trad. por F. de Pelsmacker, Sevilla 1942, págs. 142-143; AUBRY ET RAY, *Cours de D. C.*, París 1869, t. IV, pág. 77, t. VII, pág. 475, nota; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, París 1877, t. XXV, págs. 362 y 410; COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de D. C.*, trad. y notas por De Buen, Madrid 1924, t. III, pág. 345; FELDERMANN, *De la retroactivité de la condition dans les conventions*, París 1935, pág. 133; ZAPULLI, *Condizioni nei negozi giuridici*, *Nuovo Digesto ital.*, t. III, pág. 736.

época del cumplimiento de la condición y, en cambio, los requisitos de forma se rigen por las disposiciones vigentes al tiempo de concluirse el negocio. La causa de esto se encuentra en que los requisitos personales y formales de un negocio han de existir al tiempo de su formación, o sea, al tiempo en que se emiten las declaraciones de voluntad (6). El negocio jurídico bajo condición suspensiva produce sus efectos al cumplirse la condición; pero los efectos que se producen entonces son los del negocio fundado en la anterior declaración de voluntad.

El efecto retroactivo de la condición es también distinto del régimen provisional al cual sustituye. En la determinación de este régimen provisional se parte de la consideración de que el titular del derecho condicional no es aún titular de un derecho actual. Por tanto, están excluidos todos aquellos efectos que presupone ya nacido el derecho: el acreedor condicional no puede exigir el cumplimiento de la obligación; si el deudor, antes de que se cumpla la condición, paga por error puede repetir lo pagado (art. 1.121, ap. 2.º, C. c.) (7); el crédito condicional no es susceptible de compensación; en la transmisión condicional de la propiedad, el tradiente bajo condición suspensiva o el accipiente bajo condición resolutoria son propietarios durante la pendencia de la condición.

Pero, de otra parte, el que se produzcan los efectos del negocio celebrado bajo condición suspensiva o el que se resuelvan los efectos que haya venido produciendo el negocio sometido a condición resolutoria sólo depende del cumplimiento de la condición. Esto da lugar a que, si bien "pendiente condicione" no se realizan los efectos que se asignan al cumplimiento de la condición, tengan lugar otros efectos, que en oposición a aquéllos se denominan incompletos, prodrómicos, previos, menores, preparatorios o preliminares.

Ante todo, la persona que al cumplirse la condición ha de asumir el lado activo de la relación es titular de una expectativa (8), que pue-

(6) En este sentido: GIORGI, *Teoria delle obligazioni*, Florencia 1886, t. IV, página 397. A esta misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que las partes quedan vinculadas por sus declaraciones a partir del momento en que éstas se han emitido y que este vínculo es independiente de un posterior cambio de voluntad del que hizo la declaración o de las vicisitudes por que pueda pasar su capacidad. Véase: TUTTERING, *El espíritu del Derecho Romano*. Versión de E. Príncipe, Madrid 1904, t. IV, pág. 185; ENNECERUS, *Tratado de Derecho Civil*, trad. y notas por los profesores Pérez y Alguer, Barcelona 1935, tomo I-2, pág. 342; VON TÜRR, *Teoria general del D. C.*, Buenos Aires 1948, tomo III-1, pág. 328; BERTI, *Teoria generale del negocio jurídico*, vol. 15-2 del Tratado de Vassalli, Turín 1955, pág. 541.

(7) El Código no dice que el pago se realice por error; pero nada se opone a que el acreedor y el deudor convengan que se realice provisionalmente el pago en pendencia de la condición. El pago hecho en tales circunstancias se entiende efectuado bajo la misma condición que afecta al negocio (VON TÜRR, *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Reces, Madrid 1934, t. 2, pág. 222). También: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 1-2, Barcelona 1959, página 127.

(8) Entre otros: VON TÜRR, *Tratado de las obligaciones*, Madrid 1934, tomo 2, pág. 222; ENNECERUS, *Tratado de D. C.*, Barcelona 1935, t. I-2, pági-

de ser objeto de actos de disposición, es susceptible de novación, se transmite a los herederos (9), etc.

Además, el titular del derecho condicional puede, en pendencia de la condición, "ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho" (art. 1.121, ap. 1.º, C. c.). Con estas palabras concede el Código al titular de la expectativa la facultad de realizar actos conservativos de su derecho, es decir, de practicar todas las iniciativas judiciales o extrajudiciales que sean necesarias para que, al cumplirse la condición, pueda ejercitarse el derecho con el contenido y eficacia que le correspondan (10). Al determinar cuáles sean en concreto los actos que, con esta finalidad conservativa, puede realizar el titular del derecho condicional, debe tenerse en cuenta que están excluidos todos aquellos que se dirigen a obtener la ejecución actual del derecho, o a conseguir efectos que se producirán en virtud de la retroactividad (vid. S. del T. S. de 25-III-1923). Además, los actos conservativos que se pueden realizar varían según que el negocio condicional sea "inter vivos" o "mortis causa" y de eficacia real u obligatoria (11).

nas 335 y ss.; OERTMANN, *Introducción al D. C.*, trad. de la 3.ª ed. alemana por L. Sancho Seral, 1933, pág. 294. Otros autores hablan de derecho condicionado, derecho eventual, derecho al derecho o a la eventual consecución de un derecho. Según DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon*, París 1877, t. XXV, página 352; LATRENT, *Principes de D. C.*, 1876, pág. 107 del t. XVII, y BAUDRY-LACANTINIERE, *Precis de D. C.*, t. II, París 1921, pág. 106, núm. 233, estas distintas denominaciones no encierran simples diferencias terminológicas, sino que pueden dar lugar a diversas consecuencias jurídicas. Ponen como ejemplo el caso de que, en pendencia de la condición, se promulgue una ley prohibiendo el derecho que nace del negocio celebrado bajo condición; si se considera que el titular del derecho condicional sólo tiene durante la pendencia una expectativa, tal ley le será aplicable sin que exista retroactividad, lo cual no sucede si se entiende que tiene un derecho adquirido.

(9) En los negocios "mortis causa" rige en cambio la intransmisibilidad de la expectativa derivada de la disposición condicional. Vid. art. 759 del C. c.

(10) El poder de realizar actos conservativos es una facultad jurídica, que emanaba del derecho condicional (MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentis, Buenos Aires 1954, t. II, pág. 463). Como consecuencia, dura el mismo tiempo que éste, se transmite con él y es intransmisible por separado, etc.

(11) Entre otros, pueden enumerarse los siguientes: a) Solicitar la confirmación del documento privado en que consta el crédito condicional o el reconocimiento de la firma del deudor (COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental*, Madrid 1924, t. III, pág. 342; PLANIOL, *Tratado elemental*, trad. de J. Cajica, Méjico 1945, t. VI, pág. 259; DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. XXV, página 355; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, vol. 15-2 del Tratado de Vassalli, pág. 544).—b) Solicitar la inscripción del negocio condicional por el cual se transmite un derecho real (COLIN Y CAPITANT, *loc. cit.*; DEMOLOMBRE, *loc. cit.*).—c) Solicitar la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito condicional (PLANIOL, *loc. cit.*; COLIN Y CAPITANT, *loc. cit.*; DEMOLOMBRE, *loc. cit.*; AUBRY ET RAV, *Cours*, t. IV, París 1869, pág. 74; BAUDRY-LACANTINIERE, *Precis*, t. II, París 1921, pág. 106, núm. 233).—d) Demandar al deudor para que se declare la existencia de la relación condicional (VON TIEF, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, pág. 222; BETTI, *loc. cit.*; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1954, t. II, pág. 270).—e) Ejercitar, mediante la acción subrogatoria, los derechos y acciones del deudor de carácter conservativo (DEMOLOMBRE, *loc. cit.*; ZAPULLI, *Condizioni nei negozi giuridici*, Nuovo

Por último, no debe considerarse aplicación del principio de retroactividad de la condición la regla de que la prescripción extintiva no corre "pendiente condicione" entre el acreedor y el deudor condicionales, pues la causa de ello no se encuentra en que la retroactividad del cumplimiento de la condición ponga las cosas en el estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del negocio, sino en que la prescripción extintiva no empieza a correr antes de que el derecho haya nacido.

II. *Naturaleza jurídica*.—Tratan de explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición las teorías siguientes: 1.^a De la ficción legal. 2.^a De la realidad jurídica. 3.^a De la preexistencia del negocio. 4.^a De la voluntad presunta de las partes.

En realidad, sólo las tres primeras teorías tratan de explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición, pues la teoría de la voluntad presunta de las partes, más que al problema de en qué consiste aquélla, se refiere a la justificación de la retroactividad, o sea, a la razón por la que el legislador la establece y al fin que con ella se trata de alcanzar.

1.^a Teoría de la ficción legal. Puede definirse la ficción jurídica como: "una operación mental, que consiste en hacer una asimilación, que se sabe es inexacta, con el fin de reducir o ampliar el círculo de aplicación de ciertos derechos subjetivos" (12).

Como hace notar Ihering (13), la ficción ha desempeñado en la esfera del Derecho una doble función, que puede calificarse de histórica o dogmática. En su función histórica, ha facilitado la creación y aplicación de normas excepcionales que, a pesar de que estaban en oposición con los principios generales del ordenamiento jurídico, se hacían necesarias por razones de equidad e incluso de justicia. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley Cornelio, que introdujo una excepción a la regla de que el testamento es la última voluntad del ciudadano romano libre, en favor de los que durante la guerra habían sido hechos prisioneros por el enemigo, valiéndose de la ficción, "fictio legis Corneliae", de considerar muerto al testador al tiempo de ser hecho prisionero por el enemigo, es decir, cuando todavía era ciudadano romano libre.

En su función dogmática, la ficción es un expediente o procedimiento que, mediante la asimilación de hechos claramente diferentes, facilita una concepción jurídica, explica una institución para la que todavía no se ha encontrado el procedimiento apropiado (14).

¹² Digesto, t. III, pág. 732).—*f*) Participar en el concurso o en la quiebra del deudor (PLANTOL, *loc. cit.*; DEMOLOMBRE, *op. cit.*, pág. 157. En contra: LELOUTRE, *Etude sur la rétroactivité de la condition*, Rev. Trim. Droit Civil, 1907, pág. 761).

(13) CORNIL, *Reflerations sur le rôle de la fiction dans le droit*, Archives de Philosophie et Sociologie juridiques, 1935, pág. 30.

(14) *El espíritu del Derecho Romano*. Versión de E. Príncipe, Madrid 1904, t. IV, págs. 331-334.

(14) En general, los autores se pronuncian en contra de esta aplicación de la ficción con finalidad dogmática. IHERING (*loc. cit.*, en la nota anterior) indica que la ficción deja en pie los problemas que con ella se tratan de resolver, pues en vez de resolver las dificultades las esquiva. Según FADDA (*Parte gen-*

La teoría de la ficción legal sostiene que la eficacia retroactiva de la condición es una ficción, porque consiste en determinar la situación de las partes como si la condición se hubiera cumplido cuando se hizo el negocio, lo cual es contrario a la realidad (15).

Relacionando la retroactividad de la condición con las clases y funciones de la ficción jurídica, resulta que aquélla es una ficción legal, en cuanto que la formula el legislador (art. 1.120 C. c.) y tiene una finalidad dogmática, cual es la de explicar ciertos efectos del negocio jurídico condicional de un modo indirecto, a través del supuesto de que la condición se realizó en una época anterior a aquella en que realmente tuvo lugar.

La inadecuación de este procedimiento se advierte luego, a la hora de aplicar el principio de retroactividad a los distintos aspectos de la relación condicional, pues se hace preciso evitar sus consecuencias más extremas, mediante el establecimiento de una serie de excepciones, por ejemplo, en relación con el mantenimiento de los actos de administración y a la restitución de los frutos percibidos durante la pendencia, que restringen considerablemente la efectividad del principio.

La teoría de la ficción legal ha gozado y disfruta aún de gran aceptación en la doctrina, pudiéndose citar entre los autores que la siguen a Sánchez Román (16), Manresa (17), Aubry et Rau (18), Colin y Capitant (19), Fildermann (20), Jambú-Merlin (21), De Ruggiero (22), Barassi (23), Cariota-Ferrara (24), Zapulli (25), Giorgi (26), Cromme (27) y Scheurl (28).

rale con speciale riguardo alla teoria del negocio giurídico, Nápoles 1909, página 165), la ficción indica siempre que los conceptos jurídicos no han conquistado aún su plena extensión para abarcar la realidad de las cosas, y es indicio de técnica imperfecta. En el mismo sentido: SCALOJA, *Negocios jurídicos*, Sevilla 1942, pág. 18, y FERRINI, *Manuale di pandette*, 4.^a edic., Milán 1953, página 113. Sin embargo, hace notar IHLERING, *loc. cit.*, que la ficción facilita el progreso y lo hace posible en una época en que la ciencia carece de las fuerzas necesarias para explicar debidamente ciertas instituciones. Poner a la jurisprudencia en la alternativa de repudiar las ficciones, antes de que haya podido encontrar la solución que buscaba, equivaldría a obligar al que lleva muletas a que las abandone antes de que pueda andar sin ayuda.

(15) CORNIL, *Op. cit.*, en la nota 12, pág. 31: "La ficción se caracteriza frente a la presunción por implicar la afirmación consciente de una contradicción".

(16) *Estudios de Derecho Civil*, t. II, 1889, pág. 539.

(17) *Comentarios al C. c. español*, Madrid 1901, t. VIII, pág. 126.

(18) *Cours de D. C.*, París 1869, t. IV, pág. 75.

(19) *Curso elemental de D. C.*, trad. y notas por De Buen, Madrid 1924, tomo III, pág. 344.

(20) *De la retroactivité de la condition dans les conventions*, París 1935, páginas 2 y 4.

(21) *Essai sur la retroactivité dans les actes juridiques*, Rev. Trimestrielle de D. C., 1948, pág. 283.

(22) *Instituciones de D. C.*, trad. de la 4.^a edic. ital. por R. Serrano Súñer y J. Santacruz, t. I, pág. 301.

(23) *Teoria delle obligazioni*, Milán 1948, vol. II, págs. 170-171.

(24) *El negocio jurídico*, trad. y notas por M. Albaladejo, Madrid 1956, página 9.

2.^a Teoría de la realidad jurídica. La teoría de la realidad jurídica pretende superar las imperfecciones que lleva consigo la ficción. Para ello, hace notar (29) que en el terreno del Derecho no existen ficciones, sino realidades jurídicas, mandatos por los que el legislador ordena que no sean tenidas en cuenta la realidad natural o histórica y prescinde de ellas para la regulación de determinadas relaciones jurídicas.

La aplicación de la teoría de la realidad jurídica a los problemas de la retroactividad de la condición ha sido llevada a cabo por Barbero (30), quien sostiene que la retroactividad de la condición sirve al legislador para obtener una realidad jurídica presente aproximadamente igual a la que existiría de no haberse dado el período de pendencia de la condición, y para ello anula todo lo sucedido en ese lapso de tiempo, que sea contrario a la nueva realidad mandada.

Las limitaciones que encuentra el principio de retroactividad se intentan explicar por el citado autor como consecuencias del concepto de realidad jurídica, diciendo que la anulación de lo ocurrido en ese período intermedio sólo es posible en cuanto se trate de relaciones jurídicas, no de modificaciones en el mundo físico (31).

La crítica que hace la teoría de la realidad jurídica de la teoría de la ficción no ofrece conclusiones o puntos de vista nuevos: al decir que la realidad jurídica no es sino un mandato por el que se ordena que no se tenga en cuenta la realidad natural o histórica, no se expresa nada sustancialmente distinto del concepto de ficción; pues cuando la teoría de la ficción afirma que, al cumplirse la condición, se considera lo mismo que si se hubiera realizado al tiempo de la celebración del negocio, no niega con esto la realidad natural (que el hecho se ha producido en una época posterior), sino que prescinde de ella.

Prueba de que la teoría de la realidad jurídica no avanza mucho más que la teoría de la ficción es que tampoco consigue explicar las excepciones al principio de retroactividad. La observación de que la retroactividad afecta a las relaciones jurídicas, no a los hechos (32), es insuficiente, porque no impide que, al cumplirse la condición, se considere que la persona obligada a entregar la cosa lo está también a restituir los frutos o, incluso, que éstos se consideren "ipso iure"

(25) *Retroattività*, Nuovo Digesto italiano, t. XI, pág. 509, núm. 2.

(26) *Teoría delle obligazioni*, Florencia 1886, t. IV, págs. 395-397.

(27) *Algemeiner Teil*, pág. 333 (Citado por BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, 1937, pág. 34, nota 52).

(28) Citado por BARBERO, *loc. cit.* en la nota anterior.

(29) En este sentido: BARBERO, *op. cit.*, pág. 35.

(30) En su obra: *Contributo alla teoria della condizione*, 1937, págs. 34-38.

(31) *Op. cit.*, pág. 37.

(32) BARBERO, *Op. cit.*, págs. 22 y 37. Esta observación está relacionada con el principio de que un hecho realizado no puede convertirse posteriormente en no realizado ("factum infectum fieri nequit"), que se ha utilizado por algunos autores como fundamento del principio de no retroactividad de la ley, si bien esta fundamentación ha sido abandonada por la mayor parte de los autores que estudian en la actualidad ese tema.

propiedad del adquirente, pues en ambos casos se trata de efectos jurídicos, no de modificaciones en el orden físico.

3.^a Teoría de la preexistencia del negocio. También recibe los nombres de teoría de la confirmación del derecho por el cumplimiento de la condición y teoría de la naturaleza meramente declarativa del evento. Es, si se exceptúa la teoría de la ficción, la que más difusión ha obtenido en la doctrina (33).

Según esta teoría, el negocio condicional produce inmediatamente sus efectos, si bien de un modo oculto, y el cumplimiento de la condición viene a revelar, a poner de manifiesto y confirmar que tales efectos se venían produciendo ya desde la conclusión del negocio. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de la condición tiene, para los seguidores de esta teoría, una eficacia simplemente declarativa, en cuanto que pone de manifiesto efectos que se han venido produciendo desde el primer momento.

Para justificar este criterio, se llama la atención sobre la diversa importancia que asumen en el supuesto de hecho los distintos elementos del negocio jurídico condicional, haciendo notar (34) que la condición, como elemento accidental del negocio, debe su eficacia a la voluntad de las partes; que el negocio condicional refine desde su conclusión los elementos necesarios para su validez (consentimiento, objeto, forma, causa), y que así resulta de un ponderado análisis de la relación condicional a través de la voluntad de las partes, en cuanto que éstas quieren obligarse, desde luego, para el caso de que exista la condición (35). El negocio en el que se acordara que no nacerían los derechos y obligaciones de las partes sino a partir del cumplimiento de la condición, sería al mismo tiempo condicional y a término.

A estos argumentos puede oponerse:

1.^o Que no es exacta la afirmación de que la condición tenga una simple eficacia declarativa. Por el contrario, la condición hace incierta la producción de los efectos del negocio (condición suspensiva) o la persistencia de los que haya producido el negocio durante la pendencia (condición resolutoria) (36).

(33) En ella, y en la teoría de la voluntad presunta de las partes, se inspiró el pasaje correspondiente de la Exposición de motivos del C. c. francés y también la nota de Vélez Sarsfield al art. 542 del C. c. argentino. Entre los autores que la siguen, pueden citarse: DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon*, tomo XXV, París 1877, págs. 361-362, aunque afirma en la pág. 368 que la retroactividad es una ficción; LAURENT, *Principes de D. C.*, t. XVII, 1876, página 91; COVIELLO, *Doctrina general del D. C.*, Méjico 1949, núm. 137, página 488; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Turín 1955, pág. 543; DUTSI, *Cenni in torno alla retroattività delle condizioni. Studi giuridici per F. Schupfer*, 1898, págs. 537-541 del t. III.

(34) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Turín 1955, pág. 543.

(35) DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, 1877, págs. 348-349.

(36) Distinto es el caso de la condición impropia "in praeteritum vel in praesens collatae", también llamada reserva o suposición, que consiste en un hecho presente o pasado cuya realización o existencia es ignorada, al menos, por una de las partes; por ejemplo, te compro esta finca, que es de secano, si existen corrientes subterráneas de agua que permiten transformarla en regadio.

2.^o Que si bien la condición, considerada en relación con el negocio jurídico en abstracto, es un elemento accidental del negocio, puesta en uno determinado, es tan esencial e importante, respecto al negocio de que se trate, como pueden serlo los demás elementos del mismo.

4.^a Teoría de la voluntad presunta de las partes. Como se ha indicado, esta teoría, más que explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición, intenta justificarla. Por esta razón, es frecuente que los autores la sigan junto con alguna de las anteriores, sobre todo en unión de la teoría de la preexistencia.

En síntesis, sus postulados son éstos: El motivo que lleva a las partes a celebrar el negocio bajo condición es la incertidumbre en que se encuentran en relación a si se producirá el evento. Si, al tiempo de la conclusión del negocio, estuvieran seguras de que el suceso se habría de realizar, celebrarían el negocio en forma pura. Por consiguiente, debe entenderse que las partes han querido obligarse inmediatamente para el caso de que la condición se cumpla, y en este sentido, la fórmula de la obligación condicional no es: os deberé si, sino: os debo si (37). Además, hay que suponer que la voluntad del disponente condicional es una voluntad seria, y no podría considerarse tal, si con posteriores enajenaciones pudiera hacer ilusorios los derechos de la otra parte, es decir, los efectos de su anterior declaración; por tanto, la retroactividad de la condición está basada también en la voluntad de la parte que tiene el poder de disposición durante la pendencia (38).

Resumen: Como resumen del problema de la naturaleza jurídica de la eficacia retroactiva de la condición, puede decirse:

1.^o La retroactividad de la condición es una ficción, pues consiste en atribuir a un hecho, que se produce ahora, los efectos que hubiera producido de realizarse en una época anterior.

2.^o El fin que el legislador trata de alcanzar mediante esta ficción es explicar ciertos efectos del negocio jurídico condicional, de los cuales uno de los más importantes es la protección de que goza el titular del derecho condicional, contra los actos materiales o jurídicos que, en perjuicio de su derecho, realice la otra parte durante la pendencia de la condición.

3.^o Esta finalidad explicativa se consigue de un modo bastante

Aquí el negocio produce inmediatamente sus efectos si verdaderamente existe el hecho en que consiste la suposición, sin perjuicio de que su existencia se compruebe en una época posterior (en el ejemplo, cuando se realicen las oportunas prospecciones).

(37) DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, 1877, págs. 348-349.

(38) Siguen esta teoría, además de la mayor parte de los autores citados en la teoría de la preexistencia: ESCRICH, *Obligación condicional*, Diccionario, tomo IV, Madrid 1874, pág. 303; BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de D. C.*, t. II, 1921, núm. 78, pág. 105; LAURENT, *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, págs. 91-92; PLANTOL Y RIPERT, *Traité pratique*, 1928, t. III, núm. 231; SANTORO PASARELLI, *Dottrina generale del Diritto Civile*, Nápoles 1954, pág. 176; ZAPULLI, *Retroactividad*, *Nuovo Digesto*, t. XI, pág. 509, núm. 2; BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Buenos Aires 1959, t. II, pág. 245.

imperfecto con la ficción y, en general, con el sistema de retroactividad, y, en cambio, los efectos en cuestión se explican mejor mediante el análisis de la obligación bajo condición suspensiva en dos elementos: el deber y el compromiso, o inmediata vinculación que produce el negocio condicional. El deber no nace hasta que la condición se cumple, y así, hasta ese momento, el acreedor no es aún titular del derecho de crédito y le están prohibidos los actos que impliquen el ejercicio del mismo, el deudor no está obligado, y, por tanto, puede repetir lo que haya pagado (art. 1.121, ap. 2.º, C. c.); pero en cambio, desde el momento de la celebración del negocio, las partes quedan vinculadas y, si se trata de un acto de disposición, también lo está la cosa, que queda gravada con la expectativa del adquirente condicional (39).

CAPITULO II

CLASES DE RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

1. *Retroactividad real y retroactividad obligatoria.*—Por razón de la intensidad de sus efectos, la retroactividad se clasifica en real y obligatoria.

Se dice que la retroactividad es real cuando, al cumplirse la condición, las partes se encuentran sin más en la misma situación jurídica en que estarían si la condición hubiera existido al tiempo de la celebración del negocio (40). La retroactividad es obligatoria cuando con el cumplimiento de la condición las partes quedan obligadas a colocarse recíprocamente en la situación en que les correspondería estar en dicho supuesto.

La retroactividad real supone la absorción y sustitución plenas de los efectos provisionales y, en general, de la situación de pendencia por los efectos definitivos del negocio, que se consideran producidos desde el primer momento. Por ejemplo, se considera que el adquirente bajo condición suspensiva ha sido propietario desde que se realizó la disposición condicional y que, por el contrario, el enajenante dejó de serlo a partir de ese momento. Si el negocio de disposición se hizo bajo condición resolutoria, al cumplirse la condición, se considera que el disponente nunca dejó de ser propietario o titular del derecho real de que se trate.

Como consecuencia de esto, carecen “*ab initio*” de eficacia frente al adquirente condicional o respecto al enajenante bajo condición resolutoria los actos de disposición (ulteriores enajenaciones, constitución de servidumbres o de derechos reales de garantía, etc.) que el que permaneció propietario haya realizado en el tiempo intermedio. En

(39) CORNIL, *Reflexions sur le rôle de la fiction dans le droit*, Archives de Philosophie et Sociologie juridiques, 1935, pág. 35.

(40) FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milán 1953, núm. 105, pág. 113; BRIGAVI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, R. D. Commerciale 1934, págs. 696-697; BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1947, pág. 93.

rigor, los frutos percibidos durante la pendencia deberían considerarse propiedad de la persona a cuyo favor se ha realizado el cumplimiento o incumplimiento de la condición, concediéndosele, en su caso, la acción reivindicatoria para obtenerlos; pero, por razones de oportunidad, suele excluirse la restitución de frutos (41).

En la retroactividad obligatoria, por el contrario, se mantiene formalmente intacto todo cuanto ha ocurrido antes del cumplimiento de la condición (42). El enajenante bajo condición suspensiva o el adquirente bajo condición resolutoria están obligados a entregar la cosa en la situación en que se encontraba al tiempo de realizarse el negocio. Para ello procurará obtener de los titulares de los derechos constituidos durante la pendencia de la condición la cancelación de las respectivas enajenaciones. Si esto no es posible, el enajenante bajo condición suspensiva o el adquirente bajo condición resolutoria están obligados a indemnizar a la otra parte.

La retroactividad obligatoria aparece de este modo como un sustitutivo de la retroactividad real, pues tiende a alcanzar de una manera indirecta el mismo resultado jurídico y práctico que aquélla. En atención a esta circunstancia, los autores (43) la califican de retroactividad falsa e impropia, en oposición a la retroactividad real, que es la verdadera y propia.

Debe advertirse que este tecnicismo, o mejor, esta apreciación es exacta en lo que se refiere a los negocios dispositivos de eficacia real; pero, cuando se trata de negocios obligatorios, la retroactividad obligatoria es tan propia y adecuada como la retroactividad real lo es en lo que se refiere a los negocios de disposición. Es más, los negocios de obligación condicionales sólo pueden estar dotados de retroactividad obligatoria.

La retroactividad real se denomina también retroactividad "ipso iure", automática, directa o inmediata, y la retroactividad obligatoria, a su vez recibe los nombres de retroactividad potestativa, indirecta o mediata. Posiblemente, todas estas denominaciones están destinadas a evitar los inconvenientes que se derivan del significado ambiguo de la palabra real; si bien, tampoco está exenta de ellos la expresión retroactividad "ipso iure", en cuanto que puede decirse que la obligación en que consiste la retroactividad obligatoria nace "ipso iure" (sin ningún otro requisito) con el cumplimiento de la condición (44).

(41) También cabe combinar la retroactividad real de la adquisición o readquisición de la propiedad con una obligación de restituir los frutos: BERTI, *Teoria generale del negocio giuridico*, Turín 1955, págs. 544-545.

(42) Además de las obras citadas en la nota 40: BERTI, *op. cit.* en la nota anterior, pág. 545.

(43) BERTI, *Teoria generale del negocio giuridico*, Turín 1955, pág. 545; BERTI, *Istituzioni di Diritto Romano* 1947, pág. 93; BIGIARVI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, R. D. Commerciale 1934, pág. 696.

(44) En este sentido afirma DUSI, *Istituzioni de D. C.*, Turín 1951, parágrafo 20: "La retroactividad de la condición cumplida obra de derecho, ipso iure, o sea, por ministerio de la Ley, sin que haga falta un nuevo acto de vo-

2. *Retroactividad absoluta y retroactividad relativa.*—Por su eficacia frente a terceros, la retroactividad real puede ser absoluta o relativa (45).

La retroactividad real es absoluta o “*erga omnes*”, cuando produce sus efectos frente a toda clase de terceros. Es relativa, cuando los efectos de la retroactividad se producen solamente entre las partes o entre éstas y también respecto a cierta clase de terceros (por ejemplo, los adquirentes de mala fe o a título gratuito).

Como queda indicado, el ámbito de la retroactividad real no coincide plenamente con el de la retroactividad absoluta. Por ejemplo, si el adquirente condicional a título oneroso de un inmueble no se ha cuidado de que se efectúe la oportuna inscripción en el Registro, el cumplimiento de la condición dará lugar a una retroactividad real relativa, es decir, con eficacia frente al enajenante y a los terceros que no hayan inscrito su derecho en el Registro, o que, habiéndolo inscrito, sean de mala fe o a título gratuito; pero tal retroactividad no será oponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, que hayan inscrito su derecho en el Registro.

Con todo, hay que reconocer que este tecnicismo de distinguir entre la retroactividad real y la retroactividad absoluta no está generalizado entre los autores (46) y que, al contrario, existe la tendencia de identificar la retroactividad real con la retroactividad absoluta (47).

CAPITULO III

EFFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

1. *Necesidad de distinguir entre los negocios dispositivos de eficacia real y los negocios de obligación.*—Es conveniente estudiar por separado los efectos de la retroactividad de la condición, según que ésta haya sido puesta en los negocios de disposición o en los negocios de obligación, ya que, como es obvio, la eficacia e intensidad de la retroactividad (retroactividad real u obligatoria, absoluta o relativa) ha de ser diferente según se trate de una u otra clase de negocios.

Esta distinción, cuyo empleo está muy generalizado entre los autores alemanes e italianos (48), es todavía más necesaria en aquellos or-

limitad de las partes o una declaración del juez”. Vid también ZAPULLI, *Condizioni*, Nuovo Digesto, t. III, pág. 736.

(45) La retroactividad obligatoria es retroactividad relativa, es decir, no produce efectos contra terceros.

(46) Lo emplea BETTI, *Teoria generale del negocio giuridico*, Turín 1955, página 545.

(47) Tal identificación puede verse en BARASSE, *Instituciones de D. C.*, traducción de García de Haro y Falcón, 1955, t. I, pág. 191; BARASSI, *Teoria generale delle obligazioni*, Milán 1948, t. II, pág. 170; CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, págs. 9 y 560.

(48) Entre otros, ENNECERUS, *Tratado de D. C.*, Barcelona 1935, t. I-2, págs. 341-342; VON TUHR, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires 1948, t. III-1, págs. 330-361; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*,

denamientos en los que, como ocurre en nuestro Derecho, no se reconoce eficacia translativa al contrato, que sólo es fuente de obligaciones, y requiere ir acompañado de la tradición para producir la transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales (art. 609 del C. c.).

Pudiera parecer, sin embargo, que esta necesidad de la tradición para la transmisión de los derechos reales aconseja, más bien, prescindir de la distinción entre negocios dispositivos y obligatorios, en cuanto que, en los negocios condicionales, no ha de hacerse la tradición hasta que no se haya cumplido la condición, lo cual implica, en definitiva, la afirmación de que, en las legislaciones en las que se exige la tradición, prácticamente no existen negocios de disposición condicionales.

Esta objeción ha sido expuesta por Bibiloni (49) en un comentario al artículo correspondiente del Anteproyecto del Código civil argentino, que dice así: "... Pero, si se trata de la constitución de derechos reales, las decisiones expresas del Código nos dicen que estos derechos no se adquieren sino por la tradición. Por consiguiente, después de cumplida la condición en la suspensiva, ya que hasta entonces no hay motivo para efectuarla. Y si así es, no puede haber retroacción respecto a terceros. El que era dueño, dueño fue hasta que se efectuó la transferencia. A la inversa, en la condición resolutoria los derechos cesan por el acaecimiento. El C. c. argentino, artículo 1.371, dice, sin embargo: el vendedor no volverá a adquirir el dominio sobre la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella."

Si este criterio fuera acertado, resultaría que, en las legislaciones que exigen la tradición, la retroactividad del cumplimiento de la condición sería siempre de efectos obligatorios y nunca tendría lugar la retroactividad real. Contra esta opinión hay que afirmar que, como en nuestro Derecho, el negocio dispositivo de eficacia real resulta de la conjunción de un negocio obligatorio y de la tradición, siempre que, en virtud de un negocio sometido a condición, se haya efectuado con igual carácter condicionado la tradición existirá un negocio dispositivo de eficacia real condicional. Es más, con arreglo a la doctrina que sostiene la naturaleza causal de la tradición, aun cuando al efectuarla las partes no hayan hecho ninguna indicación al respecto, deberán considerarse sometidos sus efectos a la misma condición que afecta al negocio obligatorio (50).

(49) 1934, t. 2, págs. 231 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, páginas 557-558; BARASSI, *Teoría delle obligazioni*, 1948, t. II, pág. 162.

(50) Citado por DE GASPERI, *Tratado de las obligaciones en el Derecho paraguayo y argentino*, t. I, págs. 404-405.

(50) No es muy dispar la solución a que se llega dentro del sistema que configura a la tradición como un negocio abstracto, pues, en tal caso, según indica Wolf refiriéndose a la transmisión de cosas muebles en Derecho alemán (ENNECKER, *Tratado de D. C.*, Barcelona 1935, t. III-1, págs. 386-387): "ya que la transmisión —distintamente que en el derecho inmobiliario— puede concluirse bajo condición, cabrá elevar la validez del negocio causal a condición de la transmisión. Semejante dependencia se registrará en la mayor parte de los casos en que coincidan temporalmente el negocio causal (compraventa) y la entrega".

Por otra parte, conviene tener presente que, además de los negocios dispositivos condicionales "inter vivos", existen los negocios de disposición "mortis causa" sometidos a condición (institución de heredero condicional, legado condicional de cosa específica propia del testador). En ellos el heredero o legatario adquieren la propiedad de la cosa o los derechos de que se trate al cumplirse la condición, sin necesidad de que se efectúe la tradición, a tenor del artículo 609, apartado 2.º: "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y se transmiten por sucesión testada..."

Se plantea, sin embargo, el problema de si, en los negocios "mortis causa" condicionales producirá efectos retroactivos el cumplimiento de la condición, porque, aun cuando el Código no reitere la formulación del principio de retroactividad al regular los negocios condicionales "mortis causa", es aplicable a éstos el artículo 1.120, en virtud de la remisión contenida en el artículo 791.

A pesar de ello, Díaz Cruz (51) opina que en materia de legados carece de importancia el principio de retroactividad cuando se trata de legados bajo condición suspensiva, porque, como los bienes se ponen en administración, la percepción de frutos se explica por medio de la continuidad que se opera en la administración, sin necesidad de acudir a la ficción de retroactividad y que, cuando la condición es resolutoria, no produce efectos retroactivos, porque el artículo 1.123 del C. c. se refiere a prestaciones recíprocas y, por tanto, no es aplicable a los legados, que son unilaterales, y además, en tal caso, la retroactividad es superflua, porque no existe un lapso de tiempo huérano de regulación jurídica.

Estos argumentos no son decisivos porque, si bien la ficción de retroactividad es innecesaria, no sólo en materia de legados condicionales, sino, en general, en todos los casos de cumplimiento de la condición, al seguir el legislador en este terreno el criterio de la retroactividad (art. 1.120 del C. c.), éste ha de aplicarse en los negocios condicionales "mortis causa" mientras no existan razones que aconsejen lo contrario.

Además, la percepción de frutos no es el único efecto que cabe explicar a través del principio de retroactividad; más trascendencia tiene la ineficacia de los actos de disposición realizados, durante la pendencia, sobre la cosa legada, por ejemplo, por el legatario bajo condición resolutoria.

Por otra parte, el artículo 1.123 es aplicable a los legados, porque en él no se dice que se trate exclusivamente de obligaciones recíprocas, sino que los interesados deberán restituirse lo que hubieren percibido, fórmula ésta en la que caben tanto las obligaciones bilaterales como las unilaterales, y así resulta también del apartado segundo de dicho artículo, que remite al artículo 1.122, el cual a su vez es aplicable a ambas clases de obligaciones.

Por último, lo característico de la retroactividad no es que exista

(51) *Los legados*, Madrid 1951, págs. 407 y. 414-415.

un período de tiempo en el que la relación jurídica carezca de regulación, sino que ésta sea provisional, por lo que luego se sustituye por la regulación definitiva en el momento en que se cumpla la condición (52).

2. *Efectos de la retroactividad de la condición en los negocios dispositivos de eficacia real.*—Al cumplirse la condición en los negocios dispositivos de eficacia real, la propiedad o el derecho real se transmiten al titular del derecho condicional con efecto retroactivo, es decir, se considera que la transmisión se produjo en el momento en que se realizó el acto de disposición (en los negocios "inter vivos") (53), o en el momento de la muerte del causante (en los negocios "mortis causa") (54).

Son consecuencias de este principio:

A) La incicacia de los actos de disposición, realizados durante la pendencia por la persona que conserva el poder de disposición sobre la cosa (enajenante bajo condición suspensiva, adquirente bajo condición resolutoria), que perjudiquen el derecho que surge por el cumplimiento de la condición (55).

Por consiguiente, el titular del derecho a que afectaba la condición podrá dirigirse contra los terceros a quienes se haya transmitido la cosa ejercitando la acción reivindicatoria (56) y dispondrá de la acción negatoria, frente a los que hayan adquirido servidumbres sobre el fundo (57) y de la acción confesoria frente a los propietarios de los inmuebles que estuvieran gravados, al tiempo de realizarse el negocio de disposición condicional, con servidumbres a favor del fundo. Esto último, en el supuesto de que durante la pendencia la parte que tiene el poder de disposición haya convenido con el dueño del predio sirviente la redención o renuncie al derecho de servidumbre.

Si el objeto del negocio de disposición condicional fue la constitución de un derecho real limitado, por ejemplo, el usufructo, al cumplirse

(52) Sostienen la aplicación del principio de retroactividad a los negocios jurídicos "mortis causa" condicionales: SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de D. C.*, tomo V-1, 1910, pág. 612; FALCÓN, *Derecho Civil*, 1888, t. III, pág. 212; DE DIEGO, *Instituciones de D. C.*, Madrid 1959, t. III, pág. 132; OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, págs. 216-219; LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de sucesiones de Binder*, págs. 79-80, y además está admitido por el T. S. (S. 8-VII-1924).

(53) Entre otros, GORG, *Tecor della obligacioni*, 1886, t. IV, pág. 395; PLANTIOL, *Traité pratique*, 1928, t. III, núm. 232; LAURENT, *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, págs. 122-123; BAUDRY-LACANTINIERE, *Precis de D. C.*, 1921, tomo II, pág. 105, núm. 232.

(54) Como hace notar MUCIUS SCAEVOLA, *El C. c. comentado*, Madrid 1893, t. XIII, pág. 596, aunque el art. 1.120 dispone que los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución, cuando se trata de disposiciones testamentarias condicionales, el efecto retroactivo hay que referirlo al día de la muerte del testador, con arreglo al principio general e indiscutible de que la sucesión se abre en el momento del fallecimiento del causante.

(55) AUBRY ET RAU, *Cours de D. C.*, 1869, t. IV, pág. 71; JOSSERAND, *Derecho Civil*, trad. de S. Cunchillos, 1952, t. I-3, pág. 354, núm. 1.818.

(56) ZAPULLI, *Retroattività*, *Nuovo Digesto*, t. XI, pág. 509.

(57) BAUDRY-LACANTINIERE, *Precis de Droit Civil*, t. I, pág. 509.

la condición son ineficaces frente a este usufructuario condicional los actos de disposición posteriores incompatibles o que menoscaben su derecho. Por ejemplo, en el caso de que el propietario haya constituido un usufructo no sometido a condición a favor de otra persona, este usufructo se extinguie (58), o en la hipótesis de que la cosa hubiera sido gravada con servidumbres, el usufructuario podrá oponerse, mientras subsista el usufructo, a que dichas servidumbres se ejerçiten.

Pero la ineficacia de los actos de disposición realizados "medio tempore" se produce en la medida en que éstos obstaculicen o limiten el derecho que surge con el cumplimiento de la condición (59). Por esta causa, permanecen válidos los derechos adquiridos a favor de la cosa (por ejemplo, las servidumbres activas) en el período intermedio, a no ser que, por llevar consigo esos derechos alguna carga, el titular del derecho condicional prefiera no reconocerles eficacia (60). En todo caso, queda a salvo la facultad del adquirente posterior, que pierde su derecho a consecuencia del cumplimiento de la condición, de dirigirse contra su causante exigiéndole la indemnización de daños y perjuicios (61) o, cuando proceda, el saneamiento por evicción, si le hubiera ocultado la existencia del negocio de disposición condicional.

Como es lógico, la disposición intermedia es plenamente eficaz si a ella presta su consentimiento el titular del derecho condicional, bien al realizarse el acto de disposición o posteriormente (62).

La eficacia de la retroactividad de la condición frente a terceros sufre limitaciones, que derivan de las normas que protegen la buena fe de aquéllos (63).

Por lo que se refiere a los bienes inmuebles, la retroactividad real del cumplimiento de la condición carece de eficacia frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, que hayan inscrito su derecho en el Registro, siempre que en éste no conste la existencia del acto de disposición condicional (64). De este modo lo establece el

(58) Así se establecía en el Derecho Romano (ULPIANO, D. 7, 4, 16).

(59) BARASSI, *Teoria delle obligazioni*, Milán 1948, t. II, pág. 170; ZAPULLI, *Retroattività*, *Nuovo Digesto*, t. XI, pág. 509.

(60) Por ejemplo, para evitar el pago del canon que se hubiera convenido por la constitución de la servidumbre.

(61) ZAPULLI, *Retroattività*, *Nuovo Digesto*, t. XI, pág. 509.

(62) ENNECERUS, *Tratado de D. C.*, Barcelona 1935, t. I-2, pág. 342, nota 2; ZAPULLI, *Retroattività*, *Nuovo Digesto*, t. XI, pág. 509.

(63) Existen en el Código varias aplicaciones del principio de protección a los terceros de buena fe en casos semejantes al que nos ocupa. Así, el art. 647, apartado 2º, somete los efectos de la revocación de la donación por el incumplimiento de cargas a las limitaciones establecidas a favor de terceros por la Ley Hipotecaria. El art. 1.295, ap. 2º, refiriéndose a la rescisión de los contratos, establece que: "tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe". Y también el art. 1.124, ap. final, pone a salvo los derechos de los terceros adquirentes de las consecuencias de la resolución de las obligaciones en virtud de la condición resolutoria tácita.

(64) ALBALADEJO, *Notas a Cariota-Ferrara: "El negocio jurídico"*, Madrid 1956, págs. 561-562; FALCÓN y GARCÍA DE HARO, *Notas a las Instituciones de Barassi*, t. I, pág. 191.

artículo 34, apartado 1.º, de la L. H.: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o *resuelva* el del otorgante en virtud de causas que no consten en el mismo Registro.”

Para que la protección del artículo 34 tenga lugar, se precisan en el tercero adquirente, que inscribe su derecho, los siguientes requisitos:

1.º Buena fe, que, en su aspecto negativo, consiste en la ignorancia no culpable de que el acto de disposición condicional ha tenido lugar, y en su aspecto positivo (que es una consecuencia del anterior) en la creencia de que el disponente podía transmitir el derecho sin restricciones de ninguna clase.

“La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se compruebe que conocía la inexactitud del Registro.” (Art. 34, ap. 2.º de la L. H.)

2.º Que la adquisición sea a título oneroso. Esto, por aplicación del principio: “Qui certat de damno vitando preferendum est ei qui certat de lucro captando”. Afíade la L. H. (art. 34, ap. 3.º): “Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

Consecuentemente, el artículo 37 de la L. H. exige, para que las acciones resolutorias tengan eficacia contra los terceros de que se trata, que deban su origen a causas que consten expresamente en el Registro.

En todos estos casos en que el titular del derecho condicional, a pesar de haberse cumplido la condición, vea frustrado su derecho, en virtud de la aplicación de las normas que protegen la buena fe de los terceros, le queda la posibilidad de dirigirse contra el disponente exigiéndole la indemnización oportuna. Esto es lo que dispone el artículo 37, apartado final de la L. H.: “En el caso de que la acción resolutoria o revocatoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.”

En materia de bienes muebles rige el artículo 464 del C. c.: “La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo, el que hubiere perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posee.”

La aplicación de este artículo a los negocios de disposición condicionales de eficacia real implica que el adquirente bajo condición suspensiva o el enajenante bajo condición resolutoria no pueden, al cumplirse la condición, reivindicar la cosa mueble frente a aquellos terceros de buena fe a quienes la haya transmitido el que permanece con el poder de disposición mientras la condición está pendiente (enajenante bajo condición suspensiva, adquirente bajo condición resolutoria).

En cambio, el titular del derecho condicional (y del mismo modo, antes del cumplimiento de la condición, el que permanece propietario de la cosa) puede reivindicarla en los casos de pérdida o privación ile-

gal, incluso frente a los terceros de buena fe (por ejemplo, frente al tercero que de buena fe haya comprado la cosa al ladrón) (65).

Siempre que, en virtud de la buena fe del tercero adquirente de cosa mueble, el titular del derecho condicional no pueda reivindicar, tendrá las correspondientes acciones de indemnización contra el que permaneció propietario durante la pendencia de la condición.

Las normas que protegen la buena fe pueden actuar también a favor del adquirente condicional, cuando el enajenante carezca del poder de disposición. Cuando así ocurra, puede presentarse la dificultad de si perjudicará al adquirente condicional la mala fe sobrevenida durante la pendencia, o dicho de otro modo, si la buena fe se requiere solamente al tiempo de celebrarse el acto de disposición condicional o se exige también al tiempo en que se cumple la condición.

Según enseña Von Tuir (66), únicamente debe exigirse que exista la buena fe en el momento en que se efectúa el acto dispositivo de eficacia real condicional, porque siendo la buena fe un estado psíquico del sujeto, ha de referirse a los elementos subjetivos del negocio, que, como es sabido, deben concurrir al tiempo de la celebración y pueden faltar en la época en que se verifica la condición.

B) Consolidación de los actos de disposición realizados durante la pendencia por el titular del derecho condicional (es decir, por el adquirente bajo condición suspensiva o el enajenante bajo condición resolutoria). Este efecto es paralelo y de sentido contrario al anterior.

Al cumplirse la condición, el titular del derecho condicional adquiere la propiedad o el derecho real de que se trate y, en virtud de la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición, se considera que fue propietario o titular del derecho real desde que se efectuó el acto de disposición condicional. Por consiguiente, son plenamente eficaces los actos de disposición que haya realizado en el intervalo (67).

Algunos autores —Dusi (68), Planiol (69), Demolombe (70), Laurent (71)— explican este efecto a través de la naturaleza meramente declarativa del evento, diciendo que mientras la condición está pendiente existen dos propietarios (uno bajo condición suspensiva y otro bajo condición resolutoria) y, por consiguiente, convergen sobre la misma cosa dos potestades de disposición. Después, al cumplirse la condición, queda en claro cuál de los dos era propietario e igualmente queda de manifiesto cuál de ellos tenía verdaderamente el poder de

(65) Se entiende si el tercero no ha adquirido por prescripción la propiedad de la cosa. Véase el art. 1.955 del C. c.

(66) VON TUUR, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires 1948, t. III-1, pág. 333, en la cual cita en sentido contrario a Planck, Biermann y Cosak, los cuales creen que, en cuanto a los bienes muebles, es decisivo el momento en que la condición se cumple.

(67) JOSSEMAND, *Derecho Civil*, trad. de S. Cuchillo, 1952, t. I-3, pág. 354.

(68) *Cenni in torno alla retroattività delle condizioni*, Studii per Schupfer, 1898, t. III, págs. 517 y 537.

(69) *Traité pratique*, París 1928, t. III, núm. 232.

(70) *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. XXV, págs. 399 y 412.

(71) *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, núm. 80 y 81, págs. 393-395.

disposición (72). Resulta menos complicado afirmar que el titular del derecho condicional transmite su expectativa o que, en base a ella, constituye derechos reales limitados eventuales (73).

C) Derecho a indemnización por los daños causados a la cosa por un tercero durante la fase de pendencia. Cuando, estando pendiente la condición, un tercero cause daños a la cosa objeto del negocio de disposición condicional, la persona que permanece propietario puede exigir la indemnización correspondiente y, al cumplirse la condición, ha de entregar su importe al titular del derecho condicional (74).

Durante la pendencia de la condición, el titular del derecho condicional tiene, respecto a la indemnización, la facultad de realizar actos conservativos (art. 1.121, C. c.) (75).

3. *Efectos de la retroactividad de la condición en los negocios de obligación.*—Al cumplirse la condición en los negocios de obligación, nacen el crédito y la deuda, si la condición es suspensiva, o se extinguieren, si la condición es resolutoria. Además, en virtud de la eficacia retroactiva de la condición, se considera, respectivamente, que el crédito y la deuda nacieron al celebrarse el negocio jurídico condicional o que éste —en el caso de la condición resolutoria— no se celebró nunca, y por eso hay que volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración: “Los interesados deberán restituirse lo que hubiesen percibido” (art. 1.123, C. c.).

Las consecuencias más importantes del principio de retroactividad en los negocios obligatorios condicionales son:

A) Derecho a indemnización por los actos de disposición realizados en pendencia de la condición. Si durante la pendencia de la condición el deudor-propietario realizó actos de disposición sobre la cosa, queda obligado, una vez cumplida la condición, a entregarla al acreedor libre de las cargas y de los derechos que sobre ella hubiere establecido (76). En caso de que, por permanecer válidos los actos de disposición, no sea posible la restitución (vid. supra capítulo II, número 1, pág. 11) el deudor deberá indemnizar al acreedor en la medida correspondiente a la relación jurídica que medie entre ellos (por ejemplo, de compraventa, etc.).

B) Ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana. Dándose los demás requisitos necesarios para el ejercicio de estas acciones, el acreedor condicional puede, al cumplirse la condición, uti-

(72) En contra de que se conceda al adquiriente condicional la facultad de realizar actos de disposición durante la pendencia de la condición: GIORGI, *Teoria delle obligazioni*, Florencia 1868, t. IV, págs. 386-388.

(73) Así lo hace DUSI, al estudiar los efectos de la pendencia de la condición suspensiva (*Istituzioni de D. C.*, Turín 1951, parágr. 20).

(74) ENNECIERUS, *Tratado de D. C.*, Barcelona 1935, t. I-2, pág. 336; VON TUTTER, *Teoria general del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires 1948, t. III-1, páginas 334-335.

(75) Respecto a los daños causados durante la pendencia por el que permanece propietario, vid. art. 1.122, regla 4.^a del C. c.

(76) PTERIG BRUTAT, *Fundamentos de D. C.*, t. I-2, 1959, pág. 130. Vid. además la bibliografía de la nota 40.

lizar la acción subrogatoria (77) para ejercitarse mediante ella los derechos y acciones patrimoniales no personales, que el deudor haya dejado de ejercitarse durante la pendencia de la condición y la acción pauliana (78), para obtener la revocación de las enajenaciones fraudulentas realizadas estando pendiente la condición.

Como el dilatar el ejercicio de la acción revocatoria contribuye a aumentar el peligro de no obtener con ésta un resultado satisfactorio (por ejemplo, porque el tercero se haga insolvente, o el adquirente inmediato de mala fe transmita la cosa a título oneroso a un adquirente mediato de buena fe), la jurisprudencia francesa considera que, entre los actos conservativos de su derecho, que puede realizar el acreedor en pendencia de la condición, se encuentra el ejercicio de esta acción (79).

En contraste con esta posición jurisprudencial, la doctrina es más bien opuesta a que se le conceda al acreedor en la fase de pendencia el ejercicio de la acción revocatoria, pues, aunque el tema ha sido objeto de controversias, los autores que optan por la solución afirmativa lo hacen con salvedades y limitaciones, que restringen notablemente las consecuencias de su decisión. Así, según Laurent (80), la cuestión se reduce a saber si la acción pauliana es un acto conservativo, y en este punto resulta que es bastante más, puesto que tiende a la anulación de los derechos que un tercero deriva de su contrato (81). Giorgi (82) estima que solamente debe concederse al acreedor condicional el ejercicio de la acción revocatoria en el caso de que la insolvenza del deudor sea manifiesta, por ejemplo, por haberse declarado éste en quiebra, ya que en los demás supuestos, como el acreedor condicional no puede instar la ejecución, no le es posible acreditar la insolvenza del deudor; pero, aun cuando la insolvenza sea manifiesta, el acreedor condicional debe limitarse a obtener las cautelas necesarias para la futura revocación del acto fraudulento.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no se ha planteado abiertamente esta cuestión; pero si se tiene en cuenta que la Sentencia de 7-I-1958, siguiendo las conclusiones de la doctrina, ad-

(77) ZAPULLI, *Condizioni*, Nuevo Digesto, t. III, pág. 732 y DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoleon*, t. XXV, 1877, pág. 355, afirman que el acreedor condicional puede ejercitarse la acción subrogatoria incluso durante la pendencia.

(78) Como enseña el profesor DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, Rev. Derecho Privado 1932, pág. 212: "Si la condición se cumple, al retrotraerse todos sus efectos al día de la constitución de la obligación (art. 1.120 del C. c.) se hace posible el ejercicio de la acción revocatoria en base a aquella fecha".

(79) *Arrêts de la Cour d'appel de Paris* de 19-XII-1866 y 6-VII-1898. También en la jurisprudencia italiana: 2-XII-1868, *Corte d'apello de Nápoles*; 17-XII-1869, *Corte d'apello de Turín*; 11-IX-1876, *Tribunal de Casación de Nápoles*, en GIORGI, *Teoria delle obligazioni*, 1886, t. IV, pág. 332, nota 1.

(80) *Principes de D. C.*, 1876, t. XVI, pág. 533.

(81) En contra, DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoleon*, 1877, t. XXV, página 231, argumenta que, como el acto fraudulento puede perjudicar al acreedor condicional, éste debe estar facultado para defenderse y evitar tal perjuicio.

(82) *Teoria delle obligazioni*, Florencia 1886, t. II, pág. 330.

mite con dudas que el acreedor a término pueda ejercitar la acción revocatoria antes del vencimiento de aquél (83), es bastante probable que, de presentarse la ocasión, el T. S. niegue al acreedor condicional esa facultad. Esta impresión se robustece si se tiene en cuenta que éste es el criterio mantenido por nuestra doctrina (84).

C) Derecho a exigir indemnización a los terceros que, pendiente la condición, hayan destruido o deteriorado la cosa objeto de la obligación condicional de dar. Cuando en pendencia de la condición un tercero haya causado daños a la cosa debida, el acreedor puede, al cumplirse la condición, deducir contra el causante del daño las acciones que por razón del mismo corresponderían al deudor. En el caso de que, estando pendiente la condición, el deudor condicional haya ejercitado tales acciones deberá, una vez que se verifique la condición, entregar al acreedor el resultado obtenido con aquéllas (85).

Este efecto, si bien es paralelo al que en iguales circunstancias se produce en los negocios de eficacia real condicionales, no es totalmente idéntico, porque mientras el adquirente condicional puede ejercitar la acción de indemnización sin necesidad de ningún requisito especial, en el caso del acreedor condicional se requiere, según la doctrina más autorizada (86), que previamente el deudor le ceda la acción de indemnización.

4. *Cuestiones comunes.*—Tanto en los negocios dispositivos de eficacia real como en los negocios obligatorios, la retroactividad de la condición plantea los siguientes problemas:

A) Mantenimiento de los actos de administración realizados durante la pendencia de la condición. Son muy abundantes y variadas las razones que se han dado para justificar el mantenimiento de los actos de administración.

Según Demolonibe (87) y Colmet de Santerre (88), la subsistencia de los actos de administración se explica diciendo que existe un mandato tácito, por el cual el titular del derecho condicional faculta a la otra parte para que realice esos actos. Contra esta justificación, ob-

(83) Colección de la Rev. Gen. de Legislación y Jurispr., t. XX-1 (nueva serie), pág. 14: "... además, concurriendo en el caso discutido aquellas condiciones que para el ejercicio de la acción pauliana fijaba la doctrina contenida, tanto en el Derecho Romano, como en el Derecho moderno, referidas a la existencia de un crédito de fecha anterior a la enajenación, sea vencido según unos, o sin vencer, según otros".

(84) Según DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, Revista D. Privado, 1932, pág. 212, aun cuando se concediera al acreedor condicional el ejercicio de esta acción sería poco lo logrado, pues el acreedor tendría que devolver lo obtenido, como cobro de lo indebido. Vid., también PRIG PEÑA, *Tratado de D. C.*, Madrid 1957, t. IV-1, pág. 274).

(85) En este sentido: PÉREZ y ALGUER, *Notas a Ennecerus*, t. I-2, pág. 339 y t. II-1, pág. 243.

(86) La mantienen PÉREZ y ALGUER, *Ennecerus*, t. II-1, pág. 243 y MUCIUS SCAEVOLA, en contra de Manresa.

(87) *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, 1877, pág. 389.

(88) En LAURENT, *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, págs. 98-99.

serva Leloutre (89) que el mandato nunca se presume y, además, siempre cabría la posibilidad de demostrar la existencia en el titular del derecho condicional de una voluntad contraria a tal mandato.

Planiol (90) hace notar que la realización de los actos de administración no requiere generalmente el carácter de propietario en quien los realiza y, por tal motivo, no es extraño que se mantengan los realizados por el propietario en pendencia de la condición.

De Ruggiero (91) afirma que los actos de administración se mantienen porque la retroactividad es una ficción y ésta no puede destruir los hechos que realmente se han creado.

Finalmente, Coviello (92), Barassi (93), Demolombe (94) y Jossérand (95) fundamentan esta excepción a la retroactividad en razones de carácter práctico: para que la cosa se mantenga en buen estado, es preciso que alguien la administre durante la pendencia y, por tanto, los actos de administración deben consevarse, pues benefician también al titular del derecho condicional.

Aunque menos numerosas, también se han emitido opiniones contrarias a la persistencia de los actos de administración. En esta dirección, afirma Laurent (96) que, como consecuencia de la retroactividad, deben ser tenidos por ineficaces, o al menos (y esta es, a juicio del autor, la solución más acertada), que debe exigirse, para que continúen siendo eficaces aun después del cumplimiento de la condición, que hayan sido realizados de común acuerdo por el propietario y el titular del derecho condicional (97).

Esta solución tropieza con la dificultad de que en el caso, bastante probable, de que los interesados no se pusieran de acuerdo, se haría preciso acudir a los tribunales, con lo cual, hasta que se dictase la resolución oportuna, quedaría impedida la administración de la cosa. Además, no debe perderse de vista que, en pendencia de la condición, el titular del derecho condicional sólo tiene una expectativa, en tanto que la otra parte es aún propietaria de la cosa y que, en el caso de que se concediera al primero una intervención en la administración,

(89) *Etude sur la retroactivité de la condition*, Rev. Trimestrel, 1907, página 767.

(90) *Traité pratique*, 1928, t. III, núm. 232.

(91) *Instituciones de D. C.*, trad. por Serrano Stifler y Santacruz, t. I, páginas 301-302. En sentido análogo: COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental*, Madrid 1924, t. III, pág. 437.

(92) *Doctrina general del D. C.*, Méjico 1949, pág. 490.

(93) *Teoria delle obligazioni*, Milán 1948, t. II, pág. 169.

(94) *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. XXV, pág. 380.

(95) *Derecho civil*, trad. de S. Cimchillo, t. I-3, núm. 1819, pág. 354.

(96) *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, núms. 82 y 83, págs. 95-99. En sentido idéntico: BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de D. C.*, 1921, t. II, pág. 105, número 232.

(97) También proponen la ineficacia de los actos de administración DUST, *Cenni in torno alla retroattività*, Studii per Schupfer, 1898, t. III, pág. 551 y Crome, citado por BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione...*, Riv. D. Commerciale 1934, pág. 702, nota 3).

esta injerencia quedaría totalmente injustificada si con posterioridad no se cumpliera la condición.

El C. c. español establece el mantenimiento de los actos de administración, al tratar del retracto convencional, en el artículo 1.520, que por analogía debería aplicarse a todos los negocios condicionales. Dice así: "El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero *estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique.*"

Con arreglo a este precepto, los arrendamientos se mantienen siempre que se hagan de buena fe, es decir, sin estar determinados por la finalidad de perjudicar o reducir el derecho del titular condicional (98). Por tal motivo, no deberá mantenerse el arrendamiento realizado por quien, durante la mayor parte del tiempo que duró la pendencia, se abstuvo de arrendar y luego se apresuró a celebrar este contrato cuando ya era seguro e inminentemente el cumplimiento de la condición.

Además, se requiere que el arrendamiento se haga en las condiciones (de precio, duración, etc.) normales en la localidad donde se encuentra la cosa arrendada. Esto es lo que exige el Código al establecer que se haga "según costumbre del lugar".

B) Frutos. Por lo que se refiere a los frutos percibidos durante la pendencia de la condición, establece el artículo 1.120 del C. c. que: "Cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó." Por tanto, como excepción al principio de retroactividad, no se han de restituir los frutos.

Del mismo modo que sucede respecto al mantenimiento de los actos de administración, existen diversas teorías que tratan de justificar la no restitución de los frutos percibidos durante la pendencia de la condición.

Mucius Scaevola (99) afirma que esta regla es una consecuencia del principio de que nadie está obligado a entregar los frutos mientras el crédito no ha nacido y el deudor ha sido puesto en mora. Este razonamiento tiene el inconveniente de que, aun siendo cierto que el crédito constituido en forma condicional no nace hasta que la condición se cumple, en virtud de la retroactividad debe considerarse como si hubiera nacido al tiempo de concluirse el negocio condicional.

Según Toullier y Troplong (100), el obligado a entregar la cosa

(98) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, t. IV, 1889, pág. 646, nota 3.

(99) *El C. c. comentado*, 1893, t. XIX, pág. 646.

(100) EU DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoleon*, 1877, t. XXV, pág. 391, y LELOUTRE, *Etude sur la retroactivité de Rev. Trimestral* 1907, pág. 762.

tiene derecho a los frutos como poseedor de buena fe (101). A esta explicación opone Demolombe (102) que la situación del deudor condicional es muy distinta a la del poseedor de buena fe, pues, a diferencia de éste, no ignora la posibilidad de que, en virtud del cumplimiento de la condición, desaparezca retroactivamente su título. Insistiendo en este punto de vista, indica Leloutre (103) que, mientras la restitución de frutos ocasionaría un perjuicio considerable al poseedor de buena fe, debido a que contaba con ellos, no es tan perjudicial en el caso del deudor condicional, que puede adaptar sus relaciones a la eventual obligación de restituir los frutos.

Para Demolombe (104) esta excepción está basada en que la retroactividad actúa "de iure", no "de facto"; por lo cual no puede borrar el hecho de que el deudor haya poseído la cosa y haya percibido los frutos. En contra de esta argumentación, hace notar Coviello (105) que la imposibilidad de borrar el hecho de la posesión no implica que sea imposible la restitución de frutos.

Leloutre aduce una razón de orden práctico: la restitución daría lugar a que el propietario descuidara el cultivo y la administración de la cosa y lleva consigo las dificultades de una rendición de cuentas (106).

Siguiendo la orientación marcada por el legislador, otros autores distinguen, al justificar esta excepción a la retroactividad, entre las obligaciones bilaterales y las unilaterales, afirmando que, en cuanto a las primeras, se excluye la restitución de frutos por la mayor sencillez que esta solución implica (107); como las partes consideraron equivalentes las cosas y sus utilidades, lo más sencillo y justo es estimar compensadas las obligaciones de restitución (108). Por lo que se refiere a las obligaciones unilaterales, según Manresa, el fundamento es de justicia y radica en que habiendo tenido el deudor todos los cuidados y cargas que la posesión de la cosa supone y su productividad exige, es lo más natural que le correspondan los frutos percibidos (109).

Coviello (110) y Cariota-Ferrara (111) sostienen que en las obligaciones unilaterales la justificación de esta excepción debe buscarse en la intención de las partes y en el mismo concepto de liberalidad.

Como resumen de estos problemas, puede decirse que la retroac-

(101) Esta explicación se encuentra ya en ANTONIO GÓMEZ, *Variarum resolutionum*, 1661, t. II, pág. 232, que la utiliza para justificar la no restitución de frutos en la compraventa con pacto de retro.

(102) *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. XXV, pág. 391.

(103) Loc. cit. en la nota 100.

(104) *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. XXV, p. 392.

(105) *Doctrina general del D. C.*, Méjico 1949, p. 490.

(106) Loc. cit. en la nota 100.

(107) PUIG PEÑA, *Tratado de D. C.*, 1957, t. IV, pág. 111. PUIG BRUTAU, *Derecho general de las obligaciones*, 1959, pág. 130.

(108) VALVERDE, *Tratado de D. C.*, 1926, t. III, p. 144. MANRESA, *Commentarios*, Madrid 1901, t. VIII, p. 127.

(109) MANRESA, loc. cit. en la n. anterior.

(110) *Doctrina general del D. C.*, Méjico 1949, p. 490.

(111) *El negocio jurídico*, Madrid 1956, p. 560-561.

tividad es un procedimiento o recurso de técnica legislativa, que en este caso se utiliza para atribuir al negocio condicional ciertas consecuencias o efectos que se hace preciso asignarle por razones y necesidades prácticas, y por esto no hay por qué atribuir al negocio otros efectos que, aun derivados de una aplicación rigurosamente lógica del principio de retroactividad, no están justificados por necesidades de la vida, y más si, como ocurre cuando se trata del mantenimiento de los actos de administración o de la restitución de frutos, existen razones prácticas que se oponen a que se establezcan esos efectos.

Nada se opone, sin embargo, a que las partes puedan establecer expresamente, al celebrar el negocio condicional, la obligación de restituir los frutos. En las obligaciones unilaterales es suficiente, según el Código, que "por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó" (art. 1.120, ap. 1.^a in fine).

En tal supuesto de que las partes extiendan a los frutos el efecto retroactivo de la condición, éste solamente tendrá eficacia obligatoria (112), aun cuando se trate de negocios de eficacia real sometidos a condición, lo cual es debido a que la eficacia real de la retroactividad sólo puede ser establecida por el legislador, no por las partes (113).

También se plantea la cuestión de si la excepción de no restitución de frutos percibidos durante la pendencia es aplicable o no a los negocios sometidos a condición resolutoria.

No existe sobre este punto una solución admitida unánimemente por la doctrina, y como, por otra parte, las disposiciones del Código no resuelven la cuestión, al menos de una forma directa, se hace preciso examinar las opiniones y argumentos que existen tanto a favor de que en los negocios bajo condición resolutoria proceda la restitución de frutos como en contra de ella.

El criterio que estima la procedencia de la restitución de frutos en la condición resolutoria tiene como punto de partida el hecho de que el Código no desarrolla la teoría de la retroactividad de la condición de un modo unitario, aplicable por igual a las condiciones suspensivas y a las resolutorias (114). Como el artículo 1.120 del C. c. refiere la excepción de no restitución de frutos a las obligaciones bajo condición suspensiva y, por otra parte, el artículo 1.123 establece que los interesados, cumplida la condición resolutoria, deberán restituirse lo que hubieren percibido, sin establecer excepciones de ninguna clase, parece

(112) Al cumplirse la condición, el deudor quedará obligado a entregar los frutos, pero éstos no se considerarán "ipso iure", propiedad del acreedor.

(113) CARTOTA-PERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, pág. 9.

(114) Esto es debido a que la regulación que hace el Código de la retroactividad de la condición está influenciada en gran medida por los artículos 1.179 a 1.183 del C. c. francés, y estos artículos, siguiendo la sistemática tradicional (la cual puede verse reflejada en la obra de POTHIER, y en general, en todos los autores anteriores a la codificación), disciplinan por separado la retroactividad en las condiciones suspensivas y en las condiciones resolutorias.

que, al cumplirse la condición resolutoria, las partes deben restituirse, además de las prestaciones efectuadas, los frutos percibidos (115).

Para reforzar estos argumentos, indica Manresa (116) que, mientras el cumplimiento de la condición suspensiva determina la eficacia de la obligación, la realización de la condición resolutoria implica, con arreglo a la retroactividad, la total inexistencia de la obligación. De aquí resulta, según el citado comentarista, que en la condición suspensiva la retroactividad puede limitarse más o menos, con tal de que surta algunos efectos, en tanto que en el caso de la condición resolutoria no debe permitirse que permanezcan efectos de la obligación que se supone no ha existido.

En cambio, los autores que sostienen que también rige para la condición resolutoria la excepción relativa a los frutos, que se establece en el artículo 1.120 del C. c., hacen notar que, si bien está claro que este artículo no tuvo en cuenta a las condiciones resolutorias, debe serles aplicado en razón a que, también en las obligaciones contraídas bajo condición resolutoria, se dan las mismas circunstancias en que está basada esta excepción para las obligaciones sometidas a condición suspensiva (117).

Contribuye a aumentar estas dificultades la comparación del artículo 1.123 con uno de sus precedentes más inmediatos: el artículo 1.041 del Proyecto de C. c. de 1851. Consta este artículo 1.041 de tres apartados, de los cuales el primero y el tercero coinciden, respectivamente, con los apartados primero y segundo del artículo 1.123 del C. c.; en cambio, el apartado segundo de aquel artículo ofrece una particularidad interesante, en cuanto a la restitución de frutos, pues dice así: "La restitución se hará, además, con frutos e intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación."

A tenor de la regla contenida en dicho apartado, la restitución de frutos quedaba limitada al caso de que una de las partes hubiere faltado al cumplimiento de la obligación, cláusula esta que de modo principal alude a la resolución en virtud de la "lex conumissoria", pues, en ella, la condición se verifica precisamente cuando el comprador incumple su obligación de pagar el precio en el plazo convenido.

El Código, lo mismo que había hecho el Proyecto de 1882, ha suprimido esta regla. Ante esta desaparición, se hace necesario determinar si con ella se ha querido borrar el principio, contenido en la citada disposición, de que tampoco se deben los frutos al cumplirse la condición resolutoria, o la excepción de que la restitución procede en el caso de incumplimiento de la obligación.

Ambas soluciones presentan la misma probabilidad. Por un lado, como la norma de referencia contenía, ante todo, una excepción (deber de restituir los frutos en el caso de incumplimiento), su supresión im-

(115) Expone ambos argumentos MANRESA, *Comentarios*, 1901, t. XVIII, página 135.

(116) Loc. cit en la nota anterior.

(117) MUCIUS SCAEVOLA, *El C. c. comentado*, 1893, t. XIX, p. 560.

plica primordialmente la desaparición de tal excepción; pero, de otra parte, si el legislador se hubiera propuesto extender a todos los negocios sometidos a condición resolutoria la excepción de no restitución de frutos, lo hubiera hecho constar mediante una remisión análoga a las establecidas en los apartados segundo y tercero del artículo 1.123 del C. c.

Teniendo en cuenta esta dificultad de determinar directamente la voluntad del legislador, queda otro recurso, que es acudir al artículo 1.120 y comprobar si es posible la aplicación por analogía de las reglas que establece sobre restitución de frutos.

En principio, nada se opone a que se efectúe esa aplicación por analogía. También cuando la obligación sometida a condición resolutoria es bilateral pueden considerarse compensados unos con otros los frutos e intereses, y cuando la obligación es unilateral, la voluntad del que la constituyó será, en la mayor parte de los casos, que el acreedor bajo condición resolutoria no tenga que restituir los frutos.

No ocurre de este modo en las compraventas efectuadas con la condición de la "lex commissoria", sobre todo si no han mediado arras, y más aún si se ha dejado aplazado el pago de la totalidad del precio, porque entonces resulta que, en pendencia de la condición, el vendedor solamente ha percibido los intereses de la parte del precio que se ha pagado, o no ha percibido ningunos, si se aplazó la totalidad del pago. En ambos casos, la obligación de restituir los frutos que tiene el comprador no encuentra, en todo o en parte, una obligación equivalente del vendedor con la que pueda ser compensada y, en consecuencia, aquél deberá restituir en la medida correspondiente los frutos percibidos (118) o, al menos, debe concederse al vendedor la facultad de exigir al comprador una indemnización por razón de los mismos (119).

C) Riesgos. Hay que distinguir, siguiendo al Código, entre la pérdida total de la cosa y los deterioros (a los cuales se asimila la pérdida parcial) y, en ambos casos, según que la pérdida o el deterioro se produzcan por culpa o sin culpa del deudor.

(118) Esta solución fue seguida en el Derecho histórico D. 18, 1, 6, 1; D. 18, 3, 4; D. 18, 3, 5. Partidas: L. 38, T. V. P. V., en el cual el comprador sólo quedaba eximido de restituir los frutos en el caso de que el vendedor se quedara con los pagos parciales efectuados (ULPIANO: D. 18, 3, 4, 1. Partidas, L. citada. Vid., además DRENBURG, *Obligazioni*, p. 396). En nuestro Derecho, el vendedor no está autorizado para quedarse con esos pagos parciales, a no ser que, como pena convencional, se le haya concedido expresamente esa facultad, y cuando esto ocurra, una de las formas en que con arreglo al artículo 1.154 del C. c. podrán los tribunales modificar equitativamente la pena, puede ser ésta de liberar al comprador de su obligación de restituir los frutos. Avanzando más, afirma Falcón (Derecho civil, 1888, tomo IV, página 237): "el mismo derecho (de quedarse el vendedor con las cantidades recibidas) le asiste cuando el precio se hubiera pagado solamente en partes, siempre que la parte de precio pagada no fuera tan considerable que excediese en mucho al importe de los intereses y daños".

(119) Vid. AUBRY ET RAU, *Cours de D. C.*, 1869, t. IV, p. 81 (final-82).

Pérdida total de la cosa. "Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación" (art. 1.122, regla 1.^a).

Si se tiene en cuenta que en los negocios obligatorios condicionales no nacen el crédito y la obligación en tanto que la condición no se ha cumplido, se comprende sin dificultad que, como hace notar el profesor De Diego (120), la expresión "quedará extinguida la obligación" no es apropiada, puesto que no puede extinguirse una obligación que aún no ha nacido, y teniendo en cuenta esta consideración, sería mejor afirmar que la obligación, aunque la condición se cumpla posteriormente, no nace por falta de objeto.

Dejando a un lado esta observación terminológica, se deduce de la redacción de esta regla 1.^a del artículo 1.122 que la pérdida total de la cosa, que se produzca durante la pendencia de la condición sin culpa del deudor, la sufre el acreedor (121), lo cual supone que, si la condición se realiza posteriormente, el deudor no estará obligado a entregar la cosa específica debida y no tendrá tampoco que realizar en su lugar ninguna otra prestación.

Por estar en estrecha relación con la norma contenida en la regla 1.^a del artículo 1.122, cabe preguntarse si en el contrato de compraventa (y, en general, cuando se trate de obligaciones bilaterales) sometido a condición, el comprador soportará las consecuencias económicas de la pérdida de la cosa que se produzca durante la pendencia de la condición sin culpa del deudor, o, dicho de otra manera, si estará obligado el comprador a entregar el precio en el caso de que, después de haberse producido la pérdida de la cosa vendida, se cumpla la condición. Como en los negocios obligatorios condicionales la pérdida de la cosa debida, que se produzca durante la pendencia de la condición, tiene como consecuencia el que no nazca la obligación aunque la condición se cumpla después, resulta que cuando se trata de obligaciones bilaterales, tampoco nace por falta de causa la obligación correlativa (122), esto da lugar a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de compraventas no condicionales, deba entenderse que el comprador no estará obligado a entregar el precio (123).

Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios (art. 1.122, regla 2.^a).

Pérdida parcial y deterioros. "Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor" (art. 1.122, regla 3.^a). Es decir, el acreedor sufre la pérdida parcial o los deterioros no imputables al deudor. Algunos autores (124) ven en ello una

(120) *Curso de D. C.*, 1926, t. V, p. 213.

(121) Entre otros: CASTÁN, *Derecho Civil*, 8.^a edic., t. IV, p. 129; DE BUEN, *Notas a Colin y Capitant*, 1924, t. III, p. 362; PUIG BRUTAU, *Derecho de las obligaciones*, 1959, p. 131.

(122) Vid. AUBRY ET RAU, *Cours*, 1869, t. IV, p. 71.

(123) Esta solución fue acogida por el Derecho Romano (D. 18, 6, 8) y las Partidas (L. 26, t. V, P. V). En cuanto a las legislaciones extranjeras, vid. art. 1.182-1 del C. c. francés y, sobre todo, el art. 1465-3.^o del nuevo Código civil italiano.

(124) MANRESA, *Comentarios cd*, 1901, t. VIII, p. 132.

consecuencia de la retroactividad de la condición, puesto que, al igual que ocurre en las obligaciones puras, sufre este riesgo el acreedor. También rige aquí la presunción de culpa contenida en el artículo 1.183 del C. c. (125).

“Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento con la indemnización de perjuicios en ambos casos” (art. 1.122, regla 4.^a).

La justificación de esta facultad de opción, que se concede en este artículo al acreedor, se encuentra en que a éste puede seguir interesando, a pesar de los deterioros, el cumplimiento de la obligación; por ejemplo, porque la cosa sirva aún para el uso a que la destinaba.

D) Mejoras. “Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor” (art. 1.122, regla 5.^a). Este principio, que también se considera (126) como una de las consecuencias de la retroactividad, se justifica haciendo notar que supone una compensación al riesgo por pérdida parcial y deterioros que soporta el acreedor, según se establece en la regla 3.^a de este artículo.

“Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario” (art. 1.122, regla 6.^a).

Esta regla remite, pues, al artículo 487 del C. c., que concede al usufructuario la facultad de retirar las mejoras útiles o de recreo, si esto puede hacerse sin detrimento de los bienes.

CAPITULO IV

ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL T. S. ESPAÑOL

I. PENDENCIA DE LA CONDICIÓN.

1. *Pendencia de la condición suspensiva.*

Sentencia de 17 de marzo de 1934 (127).

Resumen de los antecedentes: El testador R. C. H. instituyó heredera usufructuaria de todos sus bienes con carácter vitalicio a su hermana T. C. H. Al morir ésta se partiría la herencia por estirpes entre los sobrinos del testador que entonces vivieran. Pendiente la condición, esto es, en vida de la usufructuaria, muere una de las sobrinas del testador: R. B. C., dejando testamento, en el que instituía herederos de sus bienes a los menores F. y H. Muerta T. C. H. (la usufructuaria de la primera sucesión), el padre de estos menores demanda a los sobrinos de R. C. H. pidiendo para sus hijos, como herederos de la sobrina R. B. C., la parte que a ésta correspondería en

(125) MANRESA, loc. cit en el n. anterior.

(126) PUIG BRITAU, *Derecho de las obligaciones*, 1959, pág. 131.

(127) Colección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 213, páginas 203-210.

la herencia de su tío. El Juzgado y la Audiencia declararon haber lugar a lo solicitado por el actor, y contra esta decisión se interpone el recurso de casación, basado principalmente en la infracción por inaplicación de los artículos 752-3.^º, 759 y 790 del C. c.

El T. S. admite la procedencia del recurso, partiendo (Considerando 1.^º) de que la institución en pleno dominio a favor de los sobrinos dependía de la condición suspensiva de que éstos existieran al morir la usufructuaria.

Considerando 2.^º: "Siendo esencia de la condición suspensiva la delación en la formación de un derecho en tanto pende la realidad del hecho ordenado, es creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición, sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del C. c.; es por esto por lo que dicho cuerpo legal en su artículo 759 dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, pues no es éste un caso de fijación de un término, ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino de suspensión de la institución misma, y por ello es de aplicación el 759 y no el 799."

Sentencia de 6 de diciembre de 1957 (128).

Resumen de los antecedentes: El causante J. V. mejoró por partes iguales en el tercio de sus bienes a su hijo B. V. R. y a su nieto (hijo de su hija C, ya fallecida) A. F. V.; pero en el caso de que el hijo del testador B. V. R. falleciera sin descendientes legítimos, pasaría su parte de mejora al nieto A. F. V. Este falleció en 1919, dejando una hija y, muerta también ésta, su madre y viuda del nieto mejorado, que había pasado a segundas nupcias, demanda al hijo del primer causante B. V. R. solicitando, entre otros extremos, que se declare que por derivación de los derechos de su marido le corresponde la mejora establecida por el testador en favor de su hijo B. V. R., en el caso de que éste muera sin hijos. Durante la apelación falleció sin hijos el demandado y su viuda se adhirió a la apelación.

El T. S., confirmando los dos fallos recaídos, niega que la actora tenga el derecho que pretende, y en el Considerando 3.^º reproduce textualmente la doctrina que, sobre el concepto de la condición suspensiva y sus efectos, estableció la Sentencia de 17 de marzo de 1934.

Como queda indicado, el problema resuelto por las dos sentencias anteriores radica fundamentalmente en la intransmisibilidad a los herederos de la expectativa derivada de los negocios "mortis causa" condicionales. Hay además otro rasgo común, que puede servir de punto de partida en el estudio de los problemas del cumplimiento de la condición, y es el concepto del estado de pendencia que expone el T. S.

(128) Colección R. G. L. J., t. LXIII (nueva serie), p. 1075-1084.

en los Considerandos, como una noción previa a la cuestión controvertida.

Este concepto coincide en sus líneas generales con la definición de la situación de pendencia suspensiva, que da Von Tühr (supra, cap. I, páginas 2-3). En primer lugar, se dice que la condición suspensiva produce una delación en la formación de un derecho, con lo cual se alude a la realización sucesiva de los elementos que forman el hecho jurídico productor del derecho.

En segundo lugar, considera el T. S. la pendencia de la condición suspensiva como un estado de incertidumbre respecto al nacimiento del derecho, o dicho en términos más generales, respecto a la producción de los efectos del negocio, al cual pone fin el cumplimiento de la condición.

También se refiere el T. S. a uno de los efectos fundamentales de la pendencia de la condición suspensiva, que consiste en que, como mientras la condición suspensiva está pendiente no se producen los efectos del negocio, la persona que al cumplirse la condición será titular del derecho, no lo es aún durante la pendencia.

Actos conservativos (SS. de 25 de marzo de 1913 y 6 de julio de 1916). La facultad de realizar actos conservativos, que corresponde al titular del derecho condicional, es sin duda uno de los efectos más importantes de la pendencia de la condición.

Sin embargo, son muy escasas las sentencias que se refieren a este punto (SS. de 27 de abril de 1893, 25 de marzo de 1913 y 6 de julio de 1916), y si además se tiene en cuenta que en las dos últimas se declara improcedente la aplicación del artículo 1.121 a los casos objeto del litigio, se explica que alguno de nuestros autores (129) muestra su escepticismo respecto a la efectividad práctica de esta norma, aun reconociendo que tal precepto atiende a una ineludible necesidad.

Por otra parte, la Sentencia de 27 de abril de 1893 (130) no constituye un ejemplo típico de aplicación de la facultad del titular del derecho condicional de realizar actos conservativos, debido a que por no tratarse de una relación condicional, el artículo 1.121 se aplica por analogía (131).

No es, en consecuencia, posible presentar una relación de actos conservativos del derecho condicional admitidos por la jurisprudencia, y lo único que cabe es examinar los límites que circunscriben esta facultad de realizar actos conservativos, utilizando las directrices establecidas en las Sentencias de 25 de marzo de 1913 y 6 de julio de 1916.

(129) PUG BRUTAU, *Derecho de las Obligaciones*, 1959, p. 128.

(130) Colección R. G. L. J., t. 73, p. 608-612.

(131) En esta sentencia se establece que "constituida una sociedad entre dos personas, fallecido uno de los socios y nombrada su viuda administradora del albíntestato para cobrar los créditos pendientes, la sentencia que se limita a ordenar que se efectúe dicho cobro con intervención del otro socio como capitalista, otorga a éste una garantía, que encuentra su apoyo en la equidad y en el espíritu de los artículos 1.700, 1704 y 1.121 del C. c".

Sentencia de 25 de marzo de 1913 (132).

Resumen de los antecedentes: La testadora J. H. instituyó por terceras partes herederas usufructuarias de sus bienes a sus sobrinas Josefina, Concepción y María de la Esperanza, estableciendo entre ellas el derecho de acrecer, incluso para después de su muerte, y si murieran con descendencia, los bienes usufructuados pasarian en pleno dominio a los hijos que dejassen, y, en caso de que fallecieran sin descendencia legítima, al morir la última de ellas, pasarían en plena propiedad y por terceras partes a los descendientes legítimos de los hermanos de la testadora: Antonio, Mariana y Alonso. Fallecidas sin descendencia dos de las herederas usufructuarias, la superviviente (que también carecía de descendencia) otorgó, en unión del hijo del hermano de la testadora, don Antonio, escritura pública de venta de las fincas de la herencia. Una hija de doña Mariana insta que se declare la nulidad de la escritura, al menos en lo que corresponde a la tercera parte que a ella le pertenece, o que, en otro caso, se condene al comprador a entregarle la tercera parte del precio de la compraventa.

Denegada esta petición por el Juzgado y la Audiencia, se interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos del Código civil 1.121, en relación con el 791. El T. S. confirma las sentencias de instancia.

Considerando 1.º: "Que el dominio de los bienes de una herencia cuando por disposición expresa del testador se subordina a la condición de que el usufructuario de los mismos fallezca sin descendencia no nace, ni, por consiguiente, puede ejercitarse, conforme a lo ordenado en la sección 4.ª, capítulo 2.º, título 3.º del C. c., hasta que dicho acontecimiento ocurra, y como el derecho de suceder de la recurrente en parte de los bienes de la testadora se halla supeditado por disposición terminante de ésta a semejante condición y ésta no ha tenido lugar, es indudable la improcedencia de la acción ejercitada en la demanda, por el momento y términos en que se hace."

Considerando 2.º: "No es de aplicación al caso presente el precepto del artículo 791, en relación con el 1.121, cuya infracción se alega en el único motivo del recurso, porque semejante caso está previsto y resuelto con toda precisión y claridad en la sección mencionada, sin que la conservación de los derechos que en su día puedan nacer a favor de la recurrente, corran el menor riesgo por los actos o contratos cuya nulidad se interesa, toda vez que la eficacia de los mismos habrá de supeditarse y depender siempre en definitiva de que tenga lugar o no el hecho originario de aquellos derechos."

Como se deduce del propio concepto de actos conservativos, caen fuera de la facultad que al acreedor condicional concede el artículo 1.121-1.º del Código civil todas aquellas acciones que, por estar dirigidas a obtener el ejercicio actual del derecho, presuponen que éste ha nacido.

(132) Repertorio R. G. J. J., t. 126, p. 734-730.

A este principio (133) se refiere el T. S. en el Considerando 1.º, al establecer que, como el derecho de la recurrente no ha nacido aún, por estar pendiente la condición, no procede la acción ejercitada.

Efectivamente, no se pide en la demanda que se declare frente a los vendedores y, sobre todo, frente al comprador, el derecho condicional de la actora (134) o incluso que se declare respecto a ella la ineffectuación de la compraventa para el caso de que se cumpla la condición. Seguramente se refiere el T. S. a la posibilidad de ejercitar estas acciones cuando afirma, en el final del Considerando, que la acción ejercitada es improcedente en los "términos en que se hace", esto es, tratando de obtener una condena actual, como si la actora fuera en ese momento heredera.

Dado, pues, que la causa por la que se rechazan las peticiones deducidas en la demanda, radica en que, por estar pendiente la condición, no ha nacido aún el derecho, está claro que esa razón desaparecerá en el momento en que se cumpla la condición; por eso añade el T. S. que la acción es improcedente sólo "por el momento en que se hace".

En el Considerando 2.º expone el T. S. dos de las limitaciones a que está sometida la facultad de realizar actos conservativos.

Una de ellas consiste en que no procede el ejercicio de esta facultad para obtener efectos que se producirán en virtud del cumplimiento de la condición.

A este principio alude el T. S. cuando observa en el final del Considerando que, como la efectividad de los contratos cuya nulidad se interesa depende del cumplimiento de la condición, no ponen en peligro el derecho condicional de la recurrente, lo cual quiere decir que, en esa compraventa, los vendedores solamente han podido transmitir el derecho que a cada uno le corresponde.

La otra limitación a la facultad de realizar actos conservativos se encuentra en que, cuando el legislador establece para una relación condicional medidas concretas de conservación, no puede solicitarse que se practiquen otros actos conservativos, al menos si son de la misma naturaleza y tienden a alcanzar los mismos efectos que los establecidos por el legislador.

Occurre de este modo con la institución de heredero bajo condición suspensiva, en relación con la cual establece el artículo 801 del C. c., que se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. A esto alude el T. S. al declarar que no es aplicable el artículo 1.121 por estar previsto y resuelto el caso en la sección relativa a la institución de heredero condicional. En el caso a que se refiere esta sentencia, no puede tener efecto esta medida de conservación por haber

(133) En la doctrina lo formulán: GIORGI, *Teoria delle obligazioni*, 1886, tomo IV, p. 377; LELOUTRE, *Etude sur la retroactivité*, Rev. trimestral 1907, página 761; DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoleon*, 1877, t. XXV, p. 351.

(134) Acción de declaración de la relación condicional (supra nota 11, página 5).

designado el testador una heredera usufructuaria, lo cual lleva aparentado indirectamente para los instituidos bajo condición la privación de la facultad de exigir que se pongan los bienes en administración.

Finalmente, conviene hacer la observación de que la existencia de una norma, por la que se establecen medidas concretas de conservación para un grupo determinado de relaciones condicionales, no priva por completo al titular de la expectativa de la facultad de solicitar que se adopten otras medidas de naturaleza y efectos distintos, las cuales pueden estar orientadas incluso a hacer posible que tengan lugar las establecidas por la ley. Tal sería, por ejemplo, el caso del heredero condicional que solicite, como acto conservativo de su derecho, que con arreglo al artículo 1.005 se fije un plazo para la aceptación al coheredero al que se refiere el artículo 802, etc.

La Sentencia de 6 de julio de 1916 (135) confirma esta doctrina de que, cuando la ley establece medidas concretas de conservación, no puede pedirse que se adopten otras, pues se determina en el Considerando 4.^o que los reservatarios de una reserva troncal no pueden, invocando la aplicación del artículo 1.121 del C. c., exigir al reservista que se practiquen medidas de aseguramiento distintas a las concedidas en los artículos 977 y 978.

2. *Pendencia de la condición resolutoria.*

Sentencia de 7 de diciembre de 1925 (136).

Resumen de los antecedentes: Don Pedro P. compró el 12 de octubre de 1908 por escritura pública una finca, haciéndose constar que la venta se efectuaba a carta de gracia, pudiendo retraer el vendedor dentro del término de seis años. En el mes de septiembre de 1920, es decir, aproximadamente a los seis años después del vencimiento del plazo fijado para el ejercicio del retracto, fue citado el comprador para que celebrara el acto de conciliación con los coherederos del vendedor, los cuales reclamaban sus derechos sobre la cosa, pues ésta había sido vendida sin su consentimiento, estando indivisa la herencia. Entablado el litigio por los trámites del juicio ordinario, el comprador se defendió alegando haber adquirido por prescripción la propiedad de la cosa, puesto que habían transcurrido más de diez años a partir de la fecha de la compra.

La Audiencia admitió en su sentencia que el demandado había adquirido por prescripción la propiedad, y contra este fallo se interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1.511, 1.520 y 1.965 del C. c., porque, habiéndose hecho la venta a carta de gracia, el cómputo del tiempo para la prescripción no debe hacerse desde la fecha del otorgamiento de la escritura, sino a partir del momento en que expiró el plazo establecido en el contrato para el ejercicio del derecho de retraer.

(135) Repertorio R. G. L. J., t. 137, pág. 523-530.

(136) Repertorio R. G. L. J., t. 168, p. 847-859.

El T. S. declara no haber lugar al recurso interpuesto.

Considerando 2.^o: "... sin que obste a lo indicado (que los demandados han poseído la cosa por más de diez años) la alegación hecha por los demandantes de que no debía contarse como posesión, a los efectos de la prescripción todo el tiempo mencionado, pues concertada la venta con pacto de retracto, solamente empieza a contarse el plazo prescriptivo cuando ha terminado el retracto, por cuanto esa distinción no tiene apoyo en ningún precepto expreso de la ley, la cual, por el contrario, supone, y de la Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1896 se deduce, transmitido el dominio desde que la venta se consuma con la entrega de la cosa y desde ese momento el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones con arreglo a lo establecido en el artículo 1.511 del C. c., pudiendo ejercitarse todas las dominicales, que si bien estarán condicionadas durante el plazo del retracto en la forma establecida en los artículos 1.520 y 1.472, pasado dicho plazo sin que el vendedor haya ejercitado su derecho, cumpliendo lo prevenido en el artículo 1.518, como sucedió en el caso de autos, adquieran carácter de irrevocables, razones que obligan a estimar como eficaz para la prescripción toda la posesión de los demandados."

Durante la pendencia de la condición resolutoria, el negocio sometido a ella produce los mismos efectos que si fuera puro. Una consecuencia de este principio es la posibilidad que tiene el adquirente bajo condición resolutoria de usurpar la propiedad o el derecho real de que se trate, en el caso de que concurren las circunstancias y requisitos necesarios para adquirir por prescripción.

Esta regla se encuentra establecida, refiriéndola al comprador con pacto de "rachat", en el artículo 1.665 del C. c. francés (137), que contempla tanto el caso de que el vendedor no sea dueño de la cosa, como el de que la haya vendido como libre, existiendo sobre la misma derechos reales limitados; y los autores (138) extienden esta norma a todos los casos de adquisición bajo condición resolutoria, haciendo notar que aquella disposición no es sino la aplicación de un principio general, puesto que en tales casos el comprador posee en virtud de un título translativo y puede creer de buena fe que este título emanara del verdadero propietario.

En nuestro Derecho no existe un precepto análogo, pues el ar-

(137) Art. 1.665 C. c. francés: "L'acquéreur a pacte de rachat exerce tous les droits de son vendeur; il peut prescrire tant contre le véritable maître, que ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue".

(138) AUBRY ET RAU, *Cours*, 1869, t. IV, pág. 79; LAURENT, *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, pág. 125; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, 1922, t. I, página 754, númer. 1507; JOSSEMAND, *Derecho civil*, Buenos Aires 1952, t. I-3, página 354, númer. 1.817. En nuestra doctrina, en cambio, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, 2.^a edic., t. III, pág. 272 y t. IV, pág. 573, afirma que, mientras no se cumple el plazo señalado para la retroventa, el contrato no es título bastante para adquirir por prescripción, porque no hay la presunción de abandono, ni la buena fe es completa.

título 1.511 del C. c., que concuerda con el artículo citado del Código civil francés, sólo consigna el principio de que el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, omitiendo toda referencia a la posibilidad de usucapir, y esta alusión no hubiera resultado superflua, pues del principio de que el comprador sustituye al vendedor en sus derechos y acciones, no se desprende de un modo directo que pueda usucapir, en los casos en que, como ocurre en el supuesto a que se refiere esta sentencia, el vendedor no pudiera adquirir por usucapión.

Sin embargo, de la regulación que hace el Código del retracto convencional resulta que, como hace notar el T. S., la pendencia de la condición no impide que la compraventa con pacto de retracto produzca los mismos efectos que si fuera pura, y que estos efectos queden firmes definitivamente en el caso de que la condición no se cumpla, por lo cual hay que entender, aunque el Código no lo establezca expresamente, que el comprador puede aprovechar para la usucapión el tiempo que haya poseído la cosa durante la pendencia.

Sentencia de 20 de mayo de 1943 (139).

También esta sentencia constituye otro ejemplo de que el negocio sometido a condición resolutoria produce, durante la pendencia de la condición, los mismos efectos que si fuera puro.

La cuestión que fundamentalmente se planteó en el litigio fue la de si, realizada la venta de una finca con pacto de retracto, se ha de computar el plazo de los nueve días, establecido para ejercitarse el retracto de colindantes, desde la fecha de la consumación del contrato de compraventa (como en la compraventa celebrada en forma pura), o a partir del incumplimiento de la condición resolutoria, es decir, transcurrido el plazo, fijado para el ejercicio del retracto convencional, sin que el vendedor haya hecho uso del mismo.

El T. S. resuelve que el plazo ha de computarse a partir de la consumación del contrato de compraventa.

Considerando 4.º: "Este criterio (de computar el plazo de los nueve días para el ejercicio del retracto de colindantes desde la consumación del contrato), aplicable a la venta pura y simple es también de perfecta aplicación a la venta consumada con pacto de retracto, porque ya se conciba el pacto como condición resolutoria que afecta directamente al dominio de lo vendido, ya como "pactum de contrahendo" u obligación de retrovender, siempre resultará que la cláusula de retrocesión para nada afecta a la consumación del contrato por transferencia inmediata del dominio, siquiera sea con el carácter de resoluble o revocable durante la vigencia del pacto o condición y con las restricciones del derecho de disposición impuestas por el artículo 1.572 del C. c. y, en cierto modo, por el 107-9.º y por el 109 de la L. H."

Considerando 5.º: "No puede estimarse, como se sostiene en el recurso, que carezca de finalidad práctica para el retrayente por co-

(139) Repertorio R. G. L. J. (segunda serie), t. III, págs. 107-114.

lindancia el ejercicio de la acción de retracto mientras esté en vigor el pacto de retroventa, pues lejos de ser así, el asurcano retrayente adquiere por subrogación un derecho de dominio que puede devendir irrevocable o definitivo y, en todo caso, adquiere el uso y disfrute de lo comprado durante el plazo, que puede llegar a diez años (art. 1.508 del C. c.), con facultad entre tanto de vender o gravar su derecho sobre la finca en la forma revocable con que lo ha adquirido, sin que por ello cause agravio alguno al vendedor con cláusula de retrocesión, que por estar asistido de acción real, podrá siempre recuperar "erga omnes" la finca vendida (art. 1.510 del C. c.)."

Como queda indicado, la razón fundamental que lleva en esta Sentencia al T. S. a declarar que el plazo de los nueve días establecido para el ejercicio del retracto de colindantes debe computarse a partir de la consumación del contrato, consiste en que la pendencia de la condición resolutoria no impide en absoluto que se produzcan los efectos del negocio, pues, como se dice en el Considerando 1.º: "La cláusula de retrocesión para nada afecta a la consumación del contrato por transferencia inmediata del dominio" (140).

Esta solución se justifica además por razones de orden práctico. Por un lado, como hace notar el T. S., no carece de utilidad para el colindante el ejercicio de la acción de retracto, pues se subroga en los derechos del comprador con pacto de retracto convencional.

Además, si se admitiera la posibilidad de computar el término para el ejercicio del retracto de colindantes a partir del incumplimiento de la condición resolutoria, se aumentaría de un modo considerable la incertidumbre que produce en el régimen de la propiedad el retracto convencional, cuando, por el contrario, se desprende del artículo 1.508 del C. c. la tendencia a disminuir esa inseguridad.

Por otra parte, siempre que en el intervalo aumente el valor de la cosa, el colindante que haga uso del retracto después del incumplimiento de la condición, obrará movido por el atractivo de lucrarse a expensas del comprador.

Contienen, además, los Considerandos de esta sentencia referencias importantes a la distinción entre el retracto convencional y el pacto de retroventa, así como a los efectos del retracto convencional, cuyo alcance será estudiado más adelante.

Sentencia de 26 de junio de 1947 (141).

Resumen de los antecedentes: D. V. B. vendió por escritura pública, el 6 de marzo de 1942, un edificio compuesto de tres naves a V. G. En la escritura se hizo constar que el vendedor se reservaba el derecho de retraer durante el plazo de dos años. En 1943, es decir,

(140) No carece de interés observar que ANTONIO GÓMEZ, *Variarum resolutionum*, 1661, t. II, p. 352, utiliza un razonamiento semejante para resolver el caso de que, habiéndose vendido bajo condición suspensiva una cosa sobre la cual tengan los consanguíneos del vendedor el derecho de retracto gentilicio, quieran ejercitarlo.

(141) Repertorio R. G. L. J., t. XIX (nueva serie), págs. 422-431.

estando pendiente la condición, el vendedor arrienda dos naves del edificio a D. J. N. Una vez transcurrido el plazo fijado para el retracto, sin que el vendedor hubiera hecho ejercicio de este derecho, el comprador formula demanda de desahucio por precario contra el arrendatario. El Juzgado declaró haber lugar al desahucio, y la Audiencia revoca esta sentencia, por estimar que, de las pruebas practicadas se desprendía que el actor había prestado su asentimiento y reconocido el contrato celebrado por el vendedor. El T. S. confirma esta sentencia y declara no haber lugar al recurso interpuesto.

Considerando 3.^º: "Poco importa que el comprador con pacto de retroventa sustituya al vendedor en todos sus derechos y acciones y, por tanto, en el de dar en arriendo la cosa comprada, según prescriben los artículos 1.511 y 1.520 del C. c., ya que aun siendo ineficaces inicialmente respecto del comprador los contratos celebrados por el vendedor durante el plazo de retracto sin poder o autorización del comprador, adquieran eficacia y trasciende el vínculo jurídico al comprador si éste les presta después su asentimiento, de acuerdo con la norma del artículo 1.259-2.^º del C. c., por lo que es acertada la tesis de la sentencia recurrida que, en este último supuesto, estima la existencia de título arrendaticio eficaz en el demandado, quedando así desvirtuado el concepto de precarista en que se funda la acción de desahucio ejercitada."

Precisamente porque durante la pendencia de la condición resolutoria el negocio produce sus efectos al igual que si hubiera sido celebrado sin condición, dispone el artículo 1.511 del C. c. que el comprador con pacto de retracto sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones. De este modo, el comprador puede arrendar la cosa y el vendedor, en cambio, debe abstenerse de celebrar este contrato.

Si, a pesar de ello, el vendedor da en arriendo la finca vendida, el contrato es, como declara el T. S., ineficaz frente al comprador, lo cual implica que, en definitiva, solamente el vendedor queda vinculado por los contratos que celebre y, por consiguiente, si recobra la propiedad de la cosa, estará obligado a cumplirlos puntualmente y, en caso de que no vuelva a ser propietario, deberá indemnizar.

· Sin embargo, los contratos celebrados por el titular del derecho condicional son plenamente eficaces, incluso durante la pendencia de la condición, si la persona que durante ésta ostenta la titularidad del derecho les presta su consentimiento, bien con anterioridad a su celebración, lo cual tiene lugar, como se dice en el Considerando, cuando el vendedor los celebra con poder o autorización del comprador, bien posteriormente, manifestando expresa o tácitamente (142) su conformidad.

(142) Por ejemplo, cobrando el alquiler pactado en el contrato de arrendamiento. En el litigio que terminó en virtud de esta sentencia, la Audiencia estima que el comprador reconoció el arrendamiento por el hecho de proponer al inquilino que le respetaría como arrendatario, siempre que aumentara el alquiler al doble de la cantidad fijada en el contrato.

Aunque esta doctrina la establece el T. S. en relación con el supuesto de que el titular del derecho condicional arriende la cosa, es aplicable en general, según se indica en el Considerando, a todos los contratos que celebre durante la pendencia, por ejemplo, a las enajenaciones, cuando en ellas no se limite a disponer de su expectativa, etc.

II. CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN.

1. Eficacia "ipso iure" del cumplimiento.

Sentencia de 9 de abril de 1947 (143).

Resumen de los antecedentes: En un contrato de arrendamiento de una finca rústica se pactó que, en caso de venta del inmueble, el arrendatario debería procurar que el nuevo dueño prestara su conformidad a la continuación del arriendo, pues, si no lograba entenderse con el comprador, tendría que dar por rescindido el contrato.

Vendida la finca, el arrendatario, a pesar de que no solicitó de la compradora que prestara su conformidad y de haberle requerido aquélla para que desalojara la finca, la siguió utilizando e incluso subarrendó los pastos. Entonces la compradora formuló demanda de desahucio y, seguido el juicio por sus trámites, el juez declara haber lugar al desahucio por haberse cumplido la condición resolutoria pactada en el contrato.

Firme esta sentencia, la compradora demanda de nuevo, esta vez en juicio ordinario, pidiendo que el arrendatario le indemnice los daños y perjuicios causados por haber continuado gozando de la finca durante el tiempo que media entre el requerimiento que le hizo para que la desalojara y el lanzamiento realizado en ejecución de la sentencia de desahucio.

La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, absolvió al demandado, y contra este fallo se interpone el recurso de casación por infracción de los artículos 1.111, 1.114 y 1.123 del C. c., por deducirse de ellos que basta que la condición se cumpla para que produzca todos sus efectos legales.

El T. S. declara haber lugar al recurso.

“Considerando: Que se discute ahora si el demandado perdió la posesión arrendaticia al ser vendida la finca y no haber obtenido el asentimiento de la compradora para continuar el disfrute del inmueble, con secuela de indemnización de daños y perjuicios por indebido disfrute a partir de aquél momento, o en otro caso, cual entiende la Sala de instancia, el demandado siguió siendo arrendatario hasta que quedó firme la sentencia de desahucio y sólo viene obligado a pagar el precio del arrendamiento.”

“Considerando: Que no es aceptable el encauzamiento dado por la Sala sentenciadora a la “*quaestio iuris*” discutida, porque tratándose, como se trata, del cumplimiento de una condición resolutoria, expre-

(143) *Repertorio R. G. L. J.*, t. XVIII (nueva serie), págs. 501-514.

samente pactada en el contrato de arrendamiento, la extinción del vínculo creado “condicio pendet”, se opera en el mismo momento en que la condición se realiza como efecto que necesariamente deriva de la naturaleza del negocio jurídico condicional, de tal suerte que si este efecto es desconocido por alguno de los contratantes y surge contienda judicial en la que se declare cumplida y realizada la condición, se entiende perdido el derecho por ella afectado en el instante en que el cumplimiento de aquélla se haya producido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.114, 1.120 y 1.123 del C. c.”

“Considerando: En consecuencia, que realizado el previsto suceso futuro e incierto de venta de la finca y el complementario de oposición de la compradora a mantener vivo el arrendamiento, quedó rota en aquel momento la relación arrendaticia y el demandado se situó en manifiesta rebeldía a lo pactado, manteniéndose en la tenencia de la finca sin título que la legitime, abusivamente, y como detentador viene en la obligación de resarcir a la compradora los daños y perjuicios que le haya causado por el disfrute indebido de la finca, traducidos en el valor de los frutos naturales de la misma durante la detención y no en el importe del fruto civil o renta, que sólo estuvo en vigor pendente condicione.”

Constituye esta sentencia un claro ejemplo de aplicación del principio de que los efectos del cumplimiento de la condición se producen “ipso iure”, es decir, según enseña Dusi (144), por ministerio de la ley, sin que haga falta un nuevo acto de voluntad de las partes o una declaración del juez.

Resulta, pues, que si se trata de un negocio sometido a condición suspensiva, en el momento en que se realiza la condición se producen, sin más, los efectos del mismo, y de este modo, a partir de aquel momento el titular del derecho condicional será acreedor (si la condición afectaba a un negocio de efectos obligatorios) o titular del derecho real (si la condición había sido puesta en un negocio de eficacia real).

Paralelamente, el cumplimiento de la condición resolutoria da lugar a que cesen inmediatamente los efectos que el negocio venía produciendo, o como indica el T. S., refiriéndose al cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el contrato de arrendamiento, “la extinción del vínculo creado “condicio pendet” se opera en el mismo momento en que la condición se realiza, como efecto que necesariamente deriva de la naturaleza del negocio jurídico condicional”.

Y como los efectos que, en cada caso, se asignan al cumplimiento de la condición, se producen solamente por el hecho de que se realice el evento, se deduce la consecuencia que señala el T. S. de que, si en una sentencia se declara cumplida una determinada condición, se entiende producido el efecto jurídico (en este caso la extinción del arrendamiento) en el instante en que el cumplimiento de aquélla haya tenido

(144) *Istituzioni de Diritto Civile*. Turín 1951, parágrafo 20.

lugar, o lo que es lo mismo, que la sentencia por la cual se declara cumplida la condición se limita a constatar la existencia de los efectos producidos, no por la misma sentencia, sino por el cumplimiento de la condición.

La doctrina mantenida en el Considerando final es una aplicación consecuente de este principio: resuelto el contrato de arrendamiento por el cumplimiento de la condición, el arrendatario deja de poseer en concepto de tal, aunque la sentencia de desalojo se dicte posteriormente, y si se mantiene en el disfrute de la cosa contra la voluntad del propietario, deberá indemnizar los daños que cause.

Aparte de este punto fundamental, puede considerarse confirmada por esta sentencia, si bien de un modo implícito, una de las excepciones al principio de retroactividad de la condición, que está constituida por los contratos de ejecución continuada (145). En ellos el cumplimiento de la condición se limita a poner fin a la relación; pero no vuelve las cosas al estado en que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado, y, por tanto, quedan en pie los efectos que se hayan producido hasta el momento en que la condición se realiza.

Por esta razón afirma el T. S. en el último de los Considerandos que, al cumplirse la condición resolutoria pactada en el contrato de arrendamiento, "quedó rota en aquel momento la relación arrendataria", es decir, que a partir de ese momento dejaron de producirse los efectos del contrato.

2. Retroactividad de la condición.

Sentencia de 13 de diciembre de 1946 (146).

Resumen de los antecedentes: Doña Josefa O. ingresó en la Mutual T., asociación de socorros mutuos para el caso de invalidez y fallecimiento, en el año 1934, habiendo satisfecho sus cuotas y derramas hasta el mes de julio, inclusive, del año 1940. Con fecha del día dos de este mes, dirigió instancia a la asociación, alegando su inutilidad absoluta para trabajos habituales, según acreditaba mediante certificación facultativa, y solicitando que se le concediera la pensión reglamentaria.

Como a partir del citado mes de julio la asociada dejó de abonar las cuotas, en abril de 1941 la Mutual, que aún no había resuelto el expediente de inutilidad, dio de baja a la asegurada, y entonces ésta interpone demanda en juicio ordinario, solicitando que se declare la existencia de su inutilidad y su derecho a percibir la pensión, una vez deducida la deuda que tuviera por cuotas y derramas.

El Juzgado declaró en su sentencia que la actora tenía derecho a percibir la pensión correspondiente, y la Audiencia, revocando esta

(145) El artículo 1.360 del nuevo C. c. italiano recoge esta excepción a la retroactividad. En la doctrina puede consultarse: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni* 1886, t. IV, pág. 416; CARTOLA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, pág. 561; VON TUIER, *Teoría general del D. C.*, Buenos Aires 1948, t. III-1, pág. 349; PLANOL, *Tratado práctico*, 1928, t. III, núm. 231.

(146) *Repertorio R. G. L. J.* (segunda serie), t. XVI, págs. 721-733.

sentencia, estima la excepción de falta de acción en la demandante, por haber entablado la reclamación judicial después de haber perdido sus derechos de mutualista. Interpuesto el recurso de casación, se alega, entre otras, la infracción del artículo 1.114 del C. c., pues de la aplicación del mismo resulta que al presentar la asegurada la instancia comunicando su inutilidad, nació en la entidad aseguradora la obligación de abonar la pensión.

El T. S. declara haber lugar, en parte, al recurso interpuesto.

Considerando 2.º: "Que la relación jurídica creada por el ingreso de la actora en la asociación es determinante de obligaciones reciprocas, referidas al pago de cuotas y derramas, de una parte, y al abono de pensión, de otra, y si las dos, una vez nacidas, quedan sujetas a un régimen de trato sucesivo, porque imponen a las partes actos de ejecución o pagos reiterados durante su vigencia, cabe diferenciarlas por razón de su exigibilidad en cuanto la primera está influida solamente por el plazo o término en que después del ingreso en la asociación serán repartidas las cuotas y derramas, mientras que la segunda nace condicionalmente suspendida hasta que ocurra el acaecimiento de inutilidad para el trabajo (*incertus an et quando*), inicial de la exigibilidad de la prestación que constituye su objeto, caso distinto al de fallecimiento (*certus an et incertus quando*); de donde resulta que si, efectivamente, se hubiera producido la inutilidad de la actora en julio de 1940, en ese mismo momento habría quedado cumplida la condición y surgiría el deber por parte de la demandada de abonar la pensión que la actora reclama, con efecto retroactivo a ese instante, según disponen los artículos 1.114 y 1.120 del C. c."

Considerando 3.º: "Que el hecho de que la demandada no haya llegado a resolver el expediente de inutilidad, instado por la actora en julio de 1940, y llegado el mes de abril de 1941 la haya privado de todo derecho como asociada, no autoriza a la Sala sentenciadora para desentenderse de la declaración que sea procedente en punto a la inutilidad pretendida por la demandante, porque aun admitiendo que en abril de 1941 estuviese debidamente decretada la baja en la asociación, la pérdida de los derechos que esta declaración determina, haría referencia a la participación social futura, pero no la privaría de disfrutar hasta ese momento los derechos reglamentarios adquiridos y en particular el goce de la pensión, si la inutilidad alegada resultase justificada debidamente, porque en ese supuesto, y por el efecto retroactivo de la condición suspensiva, cuando ésta ha tenido lugar, asistiría a la demandante el derecho a pensión desde el mes de julio de 1940, por aplicación de la doctrina expuesta en el Considerando anterior."

Suscita esta sentencia el problema de determinar la causa por la cual en el contrato de seguro de accidentes el cumplimiento de la condición (producción de un accidente comprendido en el seguro) no tiene efecto retroactivo, pues resulta claro que la afirmación contenida en los Considerandos anteriores de que "cumplida la condición surge el

deber de abonar la pensión con efecto retroactivo a ese instante" equivale a decir que en ese caso el cumplimiento de la condición no está dotado de eficacia retroactiva. Como en el caso de que se le atribuyera eficacia retroactiva se produciría el absurdo de que el asegurador está obligado a abonar la pensión incluso por el tiempo anterior a la producción del accidente, resulta que en el supuesto de referencia la condición no tiene ni puede tener efecto retroactivo.

Una explicación de esta excepción al principio de retroactividad puede ser la de que la subordinación establecida en el contrato de seguro entre la realización del accidente y el abono de la pensión no constituya una condición en sentido propio y sea, en cambio, una "condicio iuris", por estar derivada de la misma naturaleza de la institución (147).

Facilita notablemente el planteamiento del problema a que se refiere ese Considerando, la distinción entre el cumplimiento de la condición y la constatación o comprobación posterior de ese cumplimiento.

Aplicando esta distinción, resulta que la condición se cumplió al producirse el accidente en el mes de julio de 1940, por lo cual, a partir de ese momento, y en virtud de la eficacia "ipso iure" del cumplimiento de la condición, nació para la asegurada el derecho al abono de la pensión, sin perjuicio de que con posterioridad se comprobase judicialmente que la condición se había realizado.

Teniendo derecho la asegurada al abono de la pensión desde el mes de julio de 1940, su baja en la asociación, acordada en abril de 1941, producirá, según establece el T. S., que sólo desde esa fecha pierda sus derechos de asociada, entre ellos el de abono de pensión.

Sentencia de 28 de diciembre de 1946 (148).

Resumen de los antecedentes: En una escritura pública de promesa de venta de una casa las partes hicieron constar que, si una de ellas faltaba a los compromisos contraídos, quedaría obligada a indemnizar a la otra en la cantidad de cien mil pesetas.

Un año después la promitente requirió mediante notario a la otra parte para que diera por resuelto el contrato, pues estaba dispuesta a entregarle las cien mil pesetas, la cantidad que había adelantado a cuenta del precio y cualquier pago legítimo que hubiera realizado. Ante la negativa de la requerida a dar por resuelto el contrato, formuló demanda solicitando que se declarara que aquél había quedado resuelto con arreglo a la cláusula establecida en el contrato.

La Audiencia, confirmando la sentencia de instancia, declaró re-

(147) Como la "conditio iuris" es un elemento del supuesto de hecho productor del efecto jurídico necesario y constante, no tiene efecto retroactivo: MESSINEO, *Manual*, trad. de S. Sentis, t. II, pág. 468; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, 1927, pág. 83; SANTORO-PASARELLI, *Dottrina generale del D. C.*, 1954, pág. 177.

(148) *Repertorio R. G. L. J.*, t. XVI (nueva serie), pág. 909-936.

suelto el contrato, e interpuesto el recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar al recurso.

Considerando 3.º: "Que la figura jurídica contenida en el pacto agregado aparece como una reserva de la facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad, no en el estricto concepto de pena convencional, sino en el de multa poenitentialis o dinero de arrepentimiento, mediante cuyo abono se atribuyó a las partes la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato, poniendo en conocimiento del otro contratante la decisión adoptada; de donde se sigue que el caso actual constituye un convenio de resolución, producto de la expresa voluntad de las partes, cuya licitud resulta indiscutible, a virtud de lo establecido en el artículo 1.125 del citado Código."

La doctrina mantenida en ese Considerando guarda relación con la admisibilidad de la condición potestativa por parte del deudor.

Como indica Ferrara (149), debe distinguirse entre las condiciones de mera voluntad, que, como su nombre da a entender, consisten simples manifestaciones de voluntad del sujeto, y las condiciones potestativas, que están constituidas por sucesos, que, aun dependiendo en su producción de la voluntad del sujeto obligado, éste puede tener interés en realizar por motivos autónomos (económicos, afectivos, etc.).

En el caso anterior, el pacto de resolución contenido en el contrato de promesa de venta, constituye una condición resolutoria potestativa, pues al tener que abonar la cantidad expresada, las partes podían estar interesadas en no cumplirla.

Indica el T. S. que mediante el abono de esa cantidad se atribuyó a las partes "la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato".

Relacionando esta afirmación con el problema de si se produce el efecto retroactivo cuando se trata del cumplimiento de la condición potestativa por parte del deudor (150) pudiera parecer admitida la solución que propugna que también tiene lugar la retroactividad al cumplirse esta clase de condiciones; pero, al tratarse de una declaración incidental, que no sirve de fundamento para resolver la cuestión controvertida, se hace difícil atribuirle ese valor.

Retroactividad real del cumplimiento de la condición. Ofrecen una posibilidad para el estudio de los efectos de la retroactividad real de la condición las sentencias del T. S., que se refieren a los efectos del cumplimiento de la condición en el retracto convencional.

Como punto de partida en el análisis de estas sentencias, es útil

(149) *La condizione potestativa*, Riv. Dir. Commerciale, 1931, pág. 564.

(150) Es punto controvertido si el cumplimiento de las condiciones potestativas por parte del deudor está o no dotado de eficacia retroactiva. Se pronuncian a favor de que produzca efectos retroactivos: DUSI, *Studi per Schupfer* 1898, t. III, págs. 523-527; AUBRY ET RAU, ZACHARIAE, TOULLIER, MERLIN y TROPLONG, en *Aubry et Rau, Cours*, 1869, t. IV, pág. 78. En contra: LAURENT, *Principes de D. C.*, 1876, t. XVII, núm. 86, págs. 104-106, DEMOLOMBE, DELVINCOURT y LAROMBIERE (en DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleón*, t. XXV, 1877, págs. 366-375).

recordar la distinción entre el retracto convencional y el pacto de retroventa. Como enseña el profesor Fuenmayor (151), en el retracto convencional el vendedor recobra la cosa vendida en virtud del cumplimiento de una condición, sin necesidad de un nuevo contrato de compraventa; en el pacto de retroventa, el comprador se compromete a volver a vender, en determinadas circunstancias, la cosa comprada al vendedor.

La naturaleza real del retracto convencional y de los efectos que produce el cumplimiento de la condición resolutoria que aquél implica se encuentra afirmada, entre otras, en las SS. de 2 de diciembre de 1914, 20 de mayo de 1943 y 26 de mayo de 1951.

Sentencia de 2 de diciembre de 1914 (152).

Resumen de los antecedentes: En una escritura pública de "datio in solutum" se convino que, durante el plazo de dos años, quedaba reservado a favor de los otorgantes el derecho de adquirir las cosas comprendidas en la "datio in solutum" mediante el pago de 100.000 pesetas. El día último del plazo de los dos años, establecido para el ejercicio del derecho de retraer, fue requerida la adquirente para que otorgara escritura de retroventa a favor de los retrayentes, a lo cual se opuso aquélla, debido a que, no disponiendo por el momento los retrayentes de la cantidad fijada para el retracto, se limitaron a ofrecerle que la entregarian cuando se les concedieran unos préstamos que tenían solicitados al efecto.

Interpuesta la demanda solicitando que se declarara retrovendida la finca, por haberse ofrecido el pago del precio dentro del plazo convenido, el Juzgado absolvió a la demandada y esta sentencia fue confirmada por la Audiencia. Entonces se entabla el recurso de casación, fundamentándolo en que la cláusula establecida en la escritura de "datio in solutum", constituye un pacto de retroventa, y en ésta, a diferencia de lo que ocurre en el retracto convencional, no es imprescindible que se efectúe la consignación.

El T. S. declara no haber lugar al recurso.

Considerando 1.º: "Que el derecho reservado para adquirir dentro del plazo estipulado las cosas que, equivalentes al precio de 100.000 pesetas, fueron objeto de la transacción, constituye un pacto de naturaleza real, tan inclinable en su observancia, como que la adquisición condicional procede considerarla resuelta."

En los Considerandos restantes se establece que, al tratarse de un retracto convencional, no es suficiente la promesa de pago del precio para que se considere cumplida la condición.

En esta sentencia aparece recogida la distinción entre el retracto convencional y el pacto de retroventa, y además, incidentalmente, se señala la naturaleza real del retracto y de sus efectos en el caso de que se cumpla la condición.

(151) *La revocación de la propiedad*, Madrid 1941, pág. 113.

(152) *Repertorio R. G. L. J.*, t. 131, págs. 792-796.

La Sentencia de 26 de mayo de 1951 (153) contiene una aplicación interesante de la retroactividad real del cumplimiento de la condición en el retracto convencional.

La cuestión que en este litigio se sometió a la decisión del T. S. fue la de si se podían considerar bienes patrimoniales (154), a los efectos del retracto gentilicio de Navarra, unas fincas que, habiendo sido donadas por los abuelos de la vendedora a su padre, fueron vendidas por éste, reservándose el derecho de retraerlas y posteriormente las recuperaron sus herederos, haciendo uso de este derecho.

Considerando 1.º: "Que el retracto convencional significa un derecho de resolución de la compraventa, por el cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida, mediante la devolución del precio percibido, pago de los gastos que la Ley señala y cumplimiento de las prestaciones que hubieren pactado los contratantes; y una vez ejercitada aquella facultad por el vendedor se produce la resolución de la compraventa con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiera enajenado."

Considerando 2.º: "En aplicación de esta doctrina, que si bien D. J. E. vendió las fincas que le habían donado sus padres, también es innegable que al ejercitar su hija y heredera y su viuda, como usufructuaria de los bienes relictos, el derecho de retracto que el vendedor se había reservado, se operó la resolución de la compraventa, anulándose la relación creada porque, como tiene declarado esta Sala en SS. de 23 de junio de 1925 y 28 de diciembre de 1946, la resolución equivale a invalidar y deshacer el vínculo jurídico, dejando las cosas en la situación que tenían antes de celebrarse el contrato, o sea, en el caso presente, como si las fincas no hubieran salido de la rama familiar."

Finalmente, en la Sentencia de 20 de mayo de 1943 (vid. supra, página 37 y ss.), después de distinguir entre el retracto convencional "condición resolutoria que efecta directamente al dominio de lo vendido" y el pacto de retroventa "pactum de contrahendo u obligación de retrovender", se indica que en la compraventa sometida a retracto convencional el comprador adquiere un dominio resoluble y el vendedor puede, por consiguiente, recuperar "erga omnes" la finca vendida.

Sentencia de 25 de octubre de 1924 (155).

Resumen de los antecedentes: D. F. G. vendió por escritura pública a V. A. tres fincas rústicas en el precio de 22.000 pesetas. Se pactó que, si el vendedor devolvía al comprador en el plazo de cuatro años el precio recibido y el interés del mismo al 5 por 100, le sería otorgada escritura de reventa.

Un año después del otorgamiento de la escritura, el comprador demanda a la viuda y al heredero del vendedor para que le entreguen las

(153) *Repertorio R. G. L. J.*, t. XXXIV (nueva serie), págs. 1363-1373.

(154) Es decir, bienes que han pertenecido sin interrupción a un ascendiente del vendedor.

(155) *Repertorio R. G. L. J.*, t. 163, págs. 575-583.

fincas. Habiéndose allanado el heredero a esta pretensión, la viuda del vendedor solicitó en su contestación a la demanda que se declarara la nulidad de la escritura de compraventa por encubrir un préstamo incurso en las disposiciones de la Ley de la Usura.

El Juzgado declaró haber lugar a la reivindicación, y esta sentencia fue revocada por la Audiencia, que estimando las alegaciones de la demandada, declaró nulo el contrato por encubrir un préstamo usurario. Interpuesto el recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar al recurso.

Considerando 1.º: "Que el retracto convencional, inspirado en el respeto a la libertad de contratación, sirve para modificar de un modo esencial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa y origina acciones recíprocas de naturaleza personal, que pueden ser ejercitadas por quienes las hayan estipulado y por sus respectivos causahabientes, y del contrato de simple préstamo se derivan, asimismo, acciones personales cuyo ejercicio compete a los que en el mismo intervienen y a quienes representan el interés que los contratantes aportaron a la convención; y conforme a estos principios, del contrato solemnizado entre D. F. G y el hoy recurrente se deducen efectos que puede representar legítimamente la viuda de aquél, ora se estime que dicho documento expresa una compraventa con pacto de retroventa, como sostiene el actor, ya se atienda a la calificación de simple préstamo, que le ha dado el tribunal de apelación, porque dicha señora tiene en la sucesión del finado los derechos que la Ley le otorga y el título de heredera usufructuaria según el testamento."

En contra de lo que pudiera deducirse de una observación superficial de este Considerando, la afirmación que en él se hace de que "el retracto convencional... origina acciones recíprocas de naturaleza personal" no supone una desviación de la doctrina mantenida por el T. S. sobre la naturaleza real de retracto convencional.

Basta para persuadirse de esto con repasar los antecedentes de esta sentencia, pues en ellos aparece claramente la cuestión planteada, la cual no hace referencia a los efectos que produce el cumplimiento de la condición en el retracto convencional y concretamente a si el vendedor puede reivindicar la cosa, o sólo dispone de una acción personal frente al comprador.

Precisando más, esa afirmación de que el retracto convencional origina acciones de naturaleza personal está en estrecha relación con el motivo primero del recurso, y sólo significa que uno de los efectos que se derivan del contrato de compraventa con cláusula de retracto convencional es la facultad que tienen el vendedor y sus causahabientes de dirigirse contra el comprador solicitando que se declare la nulidad del contrato, cuando, en virtud de las circunstancias del mismo, le sean aplicables las disposiciones de la Ley de 23 de julio de 1908.

Pacto de retroventa (SS. de 23 de mayo de 1944 y 6 de marzo de 1947). Uno de los casos más caracterizados de pacto de retroventa es el que tiene lugar cuando, posteriormente a la celebración de la

compraventa, el comprador se obliga bajo determinados supuestos a devolver la cosa al vendedor (156).

Las SS. de 23 de mayo de 1944 y 6 de marzo de 1947 establecen la admisibilidad y efectos del pacto de retroventa, estipulado independientemente de la escritura de compraventa.

Sentencia de 23 de mayo de 1944 (157).

Resumen de los antecedentes: G. R. vendió por escritura pública unas fincas a M. P., y, en el acto del otorgamiento de la escritura, el comprador prometió verbalmente (según se acreditó después por las declaraciones del notario y del oficial de la Notaría), que si el vendedor le abonaba el precio y sus intereses al 6 por 100 le devolvería las fincas.

Algun tiempo después, el vendedor intimó al comprador para que le vendiera las fincas en las condiciones convenidas, y ante la negativa de aquél, formula demanda solicitando que se condene al demandado a otorgar escritura de compraventa. El Juzgado condenó al demandado a que otorgara a favor del actor escritura de venta, previo pago del precio y de los intereses convenidos, y, confirmada esta sentencia por la Audiencia, se interpone el recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1.507 y 1.518 del C. c., a tenor de los cuales, para que el vendedor hubiera tenido derecho de retracto, hacía falta que se efectuase la oportuna reserva en la escritura de compraventa.

El T. S. declara no haber lugar al recurso.

Considerando 3.º: "Que no tiene mayor consistencia el motivo del recurso, según el cual la omisión de ciertos requisitos que a tenor del artículo 1.507, en relación con el 1.518 del C. c., configuran el pacto de retroventa y legitiman el ejercicio de la acción que de él deriva, mostrando, si no concurren, la imposibilidad de imponer lo convenido; porque como en todo caso es innegable que el compromiso de volver a vender no se consignó en un pacto anejo a la mencionada escritura de venta, sino como una obligación autónoma que, con independencia de aquélla, se contrajo al amparo del sistema de libertad contractual inspirador en la materia del Código civil nacional, es claro que su traza pudo establecerse prescindiendo de las condiciones específicas que definen el pacto de retrovender, cuando se inserta en una escritura de venta y constituye, en relación con la transmisión del dominio que en la misma se hace, una verdadera condición resolutoria que amenaza al comprador y a los que de él traigan causa, por todo el tiempo que esté subsistente, por lo cual, el hecho de no haberse contraído la obligación, ateniéndose a condiciones que, según la hipótesis legal, son propias del pacto de retroventa propiamente dicho, no determina infracción de las normas que, con otro alcance, y para otros supuestos, se establecen en los expresados artículos."

(156) Vid. FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad*, pág. 113, nota 2.

(157) *Repetorio R. G. J. L.*, t. VI, págs. 763-771.

Sentencia de 6 de marzo de 1947 (158).

Resumen de los antecedentes: D. J. E. vendió por escritura pública a D. J. L. una finca, declarándose en la escritura que la vendía perpetuamente, y en el mismo despacho del notario suscriben las partes unos documentos privados, por los cuales el comprador se compromete a devolver la finca al vendedor si, dentro del plazo de cinco años, le entrega la cantidad de 45.000 pesetas.

El vendedor hizo varios requerimientos al comprador para que recibiera el precio estipulado por la nueva venta y, habiendo obtenido una contestación negativa, hizo consignación en el Juzgado. Convertido el expediente en contencioso, el Juzgado condenó al demandado a otorgar escritura de reventa y la Audiencia confirmó este fallo. Interpuesto el recurso de casación, se aduce la incompatibilidad entre la escritura de compraventa en la que se declara que la finca se vende a perpetuidad, y la existencia de esos pactos con los que se intenta desvirtuar las declaraciones contenidas en aquélla.

El T. S. declara no haber lugar al recurso.

Considerando 2.º: "Que en el motivo quinto se aducen errores al apreciar las pruebas, consistentes sustancialmente en que la venta se hace a perpetuidad y por el precio de 30.000 pesetas, y en estos hechos de la venta a perpetuidad y de discrepancia en cuanto al precio de la primera venta, quiere ver el recurrente la demostración de que no ha existido el posterior convenio sobre readquisición por el vendedor de las fincas, cuando lo cierto, evidentemente, es la posibilidad de coexistencia de una primera venta en firme y un pacto posterior de nueva venta, por ser conciliables perfectamente ambos negocios."

Considerando 3.º: "Que este mismo razonamiento sobre compatibilidad de la primitiva escritura de venta y el convenio posterior de readquisición sirve para desestimar las infracciones alegadas de los artículos 1.880 y 1.882 del mismo Código; primero, porque aun cuando a efectos del otorgamiento de escritura pública de readquisición, solicitado en la demanda, sea indiferente que el convenio debatido deba calificarse jurídicamente de retracto convencional, como lo denominaron los contratantes y lo denomina el recurrente, o se califique más bien de promesa de venta, conviene dejar sentado que esta última denominación es la procedente, puesto que el pacto de retracto propiamente dicho sólo tiene encaje al tiempo de perfección de la venta, que es el momento en que el vendedor puede reservarse el derecho de readquisición que esencialmente va implícito en el pacto o condición resolutoria a que alude el artículo 1.507 del C. c."

B I B L I O G R A F I A

(Relación de obras consultadas)

I. Obras generales:

- AUBRY ET RAU: *Cours de Droit Civil Français*, París 1869, t. IV, págs. 71-86.
- BARASSI: *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción y notas de R. García de Haro y M. Falcón, Barcelona 1955, t. I, págs. 190-191.
- *Teoria generale delle obligazioni*, 2.^a edic., Milán 1948, vol. II, págs. 161-171.
- BAUDRY-LACANTINIERE: *Précis de Droit Civil*, t. I (París 1922), págs. 74-75; 749-750, 754, 910; t. II (París 1921), págs. 97, 101, 115.
- BETTI: *Teoria generale del negocio giurídico*, vol. 15-2 del Tratado de Vassalli, Turín 1955, págs. 516-546.
- *Istituzioni de Diritto Romano*, 1947, págs. 90-94 y 200-209.
- BORDA: *Tratado de Derecho Civil argentino*, 3.^a edic., Buenos Aires 1959, t. II, páginas 243 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil*, 8.^a edic., Madrid 1954, t. II, págs. 88-90 y 134; t. III-1, págs. 127-130.
- COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. y notas por De Buen, Madrid 1924, t. III, págs. 343-347.
- COVIELLO: *Doctrina general del Derecho Civil*, trad. de la 4.^a edic. italiana por F. de Tena, Méjico 1949, págs. 484-490 del tomo I.
- DEMOLOMBRE: *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, París 1877, págs. 344-540.
- DIEGO (DE): *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid 1959, t. I, págs. 321-322; tomo III, págs. 128-133.
- *Curso de Derecho Civil*, 1926, t. V, págs. 205-214.
- DUSI: *Istituzioni de Diritto Civile*, 5.^a edic. puesta al día por S. Romano, Turín 1951, parágr. 20.
- ENNECKERUS, KIPP Y WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, trad. y notas por los profesores Pérez y Alguer, Barcelona 1935, t. I-2, págs. 316-350.
- ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil*, 1951, t. I, págs. 245-246.
- FALCÓN: *Derecho Civil*, 3.^a edic., 1888, t. III, págs. 210-212.
- FERRINI: *Manuale di Pandette*, 4.^a edic. puesta al día por G. Grossi, Milán 1953, págs. 112-114, 145-149 y 175.
- GASPERI (DE): *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*, t. I, págs. 399-413.
- GIORGI: *Teoria delle obligazioni*, Florencia 1886, t. II, págs. 329-332; t. IV, páginas 377-425.
- GÓMEZ (Antonio): *Variarum resolutionum iuris civilis communi et regi commentaria*, Lugduni 1661, lib. II, págs. 232-237 y 347-358.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Estudios fundamentales de Derecho Civil español*, Madrid 1868, t. IV, págs. 77-83.
- HERING: *El espíritu del Derecho Romano*, Versión española de E. Príncipe, Madrid 1904, t. IV, págs. 181-189 y 327-336.

- JOSSERAND: *Derecho Civil*, traducción de S. Cunchillos, t. I-3 (Buenos Aires 1952), págs. 351-357; t. II-1 (Buenos Aires 1950), págs. 592-597 y 259-260.
- LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, 2.^a edic., 1876, t. XVII págs. 91-136.
- LÓPEZ (Gregorio): *Glosa a las Partidas*, Salamanca, 1555.
- MANRESA NAVARRO: *Comentarios al C. c. español*, Madrid 1901, t. VIII, páginas 125-137.
- MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentis, Buenos Aires 1954, t. II, págs. 463-467.
- MORATÓ: *Derecho Civil español*, Valladolid 1868, t. II, págs. 278-282.
- MUCIUS SCAEVOLA: *El Código Civil comentado*, Madrid 1893, t. XIX, páginas 640-656.
- OERMANN: *Introducción al Derecho Civil*, trad. de la 3.^a edic. alemana por L. Sancho Seral, Labor 1933, págs. 293-297.
- PLANIOL Y RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil*, París 1928, t. III, números 232, 233.
- *Tratado elemental de Derecho Civil*, trad. de J. Cajica, Méjico 1945, t. VI, páginas 258 y ss.
- POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, trad. española 1839, págs. 91, 127-130.
- *Tratado del contrato de compra y venta*, trad. española de 1841, págs. 203-238.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I-2. *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona 1959, págs. 127 y ss.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil*, Madrid 1957, t. IV-1, págs. 110 y ss.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. II, 1889, págs. 539 y ss., t. V-1, 1910, págs. 612 y ss.
- RUGGIERO (DE): *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4.^a edic. italiana por R. Serrano Súñer y J. Santacruz Teijeiro, t. I, págs. 301 y ss.
- TCHEH: *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires 1948, II-1, páginas 66 y ss.; t. III-1, págs. 328 y ss.
- *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Roces, Madrid 1934, t. 2, pág. 222.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. y notas de Fadda y Bensa, Turín 1926, t. I, parágr. 91; t. III, parágr. 554 y 635.

II. Monografías y artículos de revistas:

- BIGLAVI: *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, Rivista Dir. Commerciale 1934, págs. 695-722.
- CARIOTA-FERRARA: *El negocio jurídico*, traducción y notas por M. Albadalejo, Madrid 1956, págs. 8-10, 560 y ss.
- CORNIL: *Reflexions sur le rôle de la fiction dans le Droit*, Archives de Philos. et de Sociologie juridiques, 1935, págs. 30 y ss.
- DUSI: *Cenni in torno alla retroattività delle condizioni. Studi giuridici per F. Schupffer*, Turín 1898, t. III, págs. 515-551.

- ESCRICHÉ: *Diccionario*, Madrid 1874, voces: condición y obligación condicional, t. II, págs. 472-474, t. IV, págs. 303-304.
- FILDERMANN: *De la retroactivité de la condition dans les conventions*, París 1935.
- FUENMAYOR CHAMPIÑÓN: *La revocación de la propiedad*, Madrid 1941.
- JAMBU-MERLIN: *Essai sur la retroactivité dans les actes juridiques*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1948, págs. 271-299.
- LELOUTRE: *Etude sur la retroactivité de la condition*, Rev. Trimestrel, 1907, páginas 753-774.
- ZAPOLLI: *Condizioni nei negozi giuridici*, Nuovo Digesto italiano, t. III, páginas 735 y ss.
- *Retroattività*, Nuovo Digesto italiano, t. IX, págs. 509 y ss.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedad por acciones

(Conclusión)

JUSTINO F. DUQUE

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca

LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUAL- MENTE

(Continuación)

§ 3

GARANTIAS PREVISTAS PARA LA SOCIEDAD, PARA LOS ACCIONISTAS Y PARA LOS ACREDITADORES

- I. GENERALIDADES.—II. GARANTIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DE LOS ACREDITADORES.—A. Constitución de una reserva legal suficiente: 1. Las asignaciones previstas en el caso de contrato de cesión de beneficios. 2. En el caso de cesión parcial de beneficios. 3. En el caso de contrato de dominación.—B. La determinación del beneficio que ha de cederse.—C. Responsabilidad mediata de la empresa dominante: 1. La nivelación del déficit anual. 2. La nivelación del déficit en casos de contratos obligatorios.—D. Prolongación de la responsabilidad después de terminar el contrato.—III.—GARANTIAS PARA LOS SOCIOS EXTERNOS DEL GRUPO.—A. Su carácter y justificación: 1. La nueva oposición de los socios en el grupo como razón justificadora de estas garantías; 2. Los beneficiarios de las garantías: los accionistas extraños al grupo.—B. La estructuración legal de las garantías previstas: 1. La compensación equitativa: a) Prestación dineraria de carácter periódico; b) La determinación del contenido legal de las garantías: a') Cálculo fijo; b') Cálculo variable; c') La infracción de estas normas; a') Caso de ausencia de compensación; b') Caso de garantía insuficiente; c') Particularidades del proceso de impugnación; 2. La indemnización en caso de separación: a) La justificación de esta garantía; b) La índole de la contraprestación; a') Entrega de acciones de la sociedad dominante; b') Otras soluciones; c) El ejercicio del derecho por el accionista; d) La infracción de las normas.—IV. APRECIACIONES CRÍTICAS FINALES.

1. Una parte esencial de la regulación prevista es la constituida por la referente a las garantías ofrecidas a la sociedad, a los socios y a los acreedores cuando se celebra alguno de los contratos de empresa antes examinados (1). Para

(1) Sobre los problemas desarrollados en este epígrafe: ECKHARDT, *Die Minderheitsrechte im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, W., 1958, págs. 668 y ss.; GINGERSON, *Der Minderheitschutz im Entwurf des neuen Aktiengesetzes*, Die AG., 1959, págs., 29 y ss.; KLOSE, *Der Referentenentwurf in der Sicht des Vorstandes der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz*, Die AG., 1959, pág. 85; KOPPENBERG, *Der Schutz aussenstehender Aktionäre im Konzern. Zur Vorber-*

la práctica poseen una importancia mucho mayor (2) los preceptos encaminados a proteger a los accionistas extraños al control, cuya protección, a pesar de los esfuerzos desplegados por ciertos círculos de interesados, no era muy satisfactoria en los contratos que habían venido celebrándose. En este sentido puede decirse que el derecho de las uniones de empresas es "ante todo un derecho para la protección de la minoría" (3), porque la misma formación de la unión encierra los datos para la producción de conflictos típicos entre intereses de la mayoría y de la minoría (4).

Los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico a la minoría están previstos para una sociedad que funciona con independencia no sólo jurídica, sino, sobre todo, económica. Pero cuando la sociedad está dominada por otra empresa, desaparecen —al menos en gran parte— los presupuestos de hecho que permiten su ejercicio (5).

La política jurídica se manifiesta, pues, en una doble dirección. Al mismo tiempo que se facilita el ejercicio de los derechos ya previstos para la protección de los intereses minoritarios (6), es necesario prever otros nuevos que tengan cuenta de la especial situación de los socios cuando la sociedad está incluida en una agrupación.

Para la protección de los socios apresta, pues, el Ent un conjunto de medidas encaminadas a prevenir los perjuicios económicos que pueden originar para sus intereses la agrupación de la sociedad a la cual pertenecen con otras empresas.

La regulación proyectada aprovecha las enseñanzas de la práctica económica, pero no se limita a recoger la garantía de un dividendo, sino que ha previsto otra serie de garantías que contempla un conjunto de intereses típicos del socio (7).

Todas estas garantías constituyen ciertamente entorpecimientos que se oponen al deseo de las grandes empresas de celebrar contratos de este tipo. Son, sin embargo, el sacrificio que tiene que experimentar una empresa frente a los accionistas cuya posición de socio va a al-

reitung der Diskussion in der Mitgliederversammlung der Deutschen Schutzvereinigung vom 6-7-1962 in Düsseldorf, W., 1962, pág. 399; KROPP, *Der aussenstehende Aktionär im Konzern nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, W., 1958, págs. 674 y ss.; KROPP, *Rechtsfragen der Abfindung aussenstehender Aktionäre*, DB., 1962, págs. 155 y ss.; RASCH, *Minderheits- schutz im Konzernrecht*, W., 1958, páginas 592 y ss.; RASCH, *Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, BB, 1959, págs. 165 y ss.

(2) Según RASCH, *Richtige u. falsche Wege*, pág. 28.

(3) KROPP, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 674. Los derechos de la minoría que ya existían no se acentúan, sino que se facilita su ejercicio, y, al mismo tiempo, se les protege en otra dirección.

(4) Así *Denkschrift BIPB*, pág. 51. De los trabajos que hacen más hincapié sobre estos aspectos de la reforma se cuenta el elaborado por la Asociación para la defensa de los poseedores de títulos valores.

(5) KROPP, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 674.

(6) V. ECKHARDT, *Die Minderheitsrechte...* cit., pág. 674.

(7) RASCH, *Gewinnabführungsvertrag*, pág. 169; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, página 352.

terarse de manera tan decisiva para la celebración de un contrato de dominación o de cesión total de beneficios. No existe ninguna razón de política jurídica que aconseje facilitar demasiado la celebración de estos contratos (8).

Contra el establecimiento legal de garantías se ha hecho valer que podría impedirse la adaptación en el futuro de las modalidades contractuales a las circunstancias del caso concreto en función de la intención de las partes contratantes. Mas hay que observar que las previstas por la ley son garantías mínimas y que en ningún caso se impide a las partes una conformación adicional (9).

Recogiendo proposiciones anteriores (10), se prevén por el Reg. Ent. un conjunto de garantías para el caso de que una sociedad por acciones celebre un contrato de dominación o de cesión de beneficios, las cuales, sin embargo, no son necesarias cuando el contrato celebrado es otro distinto que no contenga ninguno de los elementos caracterizadores de los primeros (11).

II. Las garantías previstas para la protección de la sociedad son igualmente apropiadas para proteger los intereses de los socios externos que continúen siéndolo durante la duración del contrato (12), si bien esta protección se manifiesta principalmente en el momento final de la situación creada con el mismo (13).

El establecimiento de estas garantías no es, ciertamente, una novedad absoluta que hubiera construido deductivamente el autor del proyecto. Las más significativas de las garantías previstas en el proyecto se encuentran ya configuradas en los contratos, tal y como vienen celebrándose en el tráfico (14), y esta práctica es invocada expresamente por el Ent. cuando justifica la asunción de deudas por la empresa dominante (15) o el derecho de los accionistas a lograr una compensación adecuada (16). El proyecto no hace más que establecerlas legalmente —por regla general, con carácter necesario (17)—

(8) Así RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 40. V. en caps. anteriores la discusión acerca de la conveniencia de reconocer o no ciertos tipos contractuales surgidos en la práctica como medio para constituir las uniones de empresas.

(9) Por la misma Beg. se prevé esta posibilidad al tratar de la indemnización y de la clase de indemnización que han de recibir los accionistas que se separan.

(10) V., por ejemplo, *Denkschrift BPP*, pág. 52.

(11) Excepto por lo que se refiere a la asunción de pérdidas en caso de los contratos enumerados por el § 291 (2). Para la crítica de esta limitación en la regulación legal, v. más adelante.

(12) Así lo hace Beg., pág. 221 sub. § 289.

(13) GINGEROTH, *Der Minderheitsschutz*, pág. 31.

(14) V., por ejemplo, ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag*, cit., donde se incluyen algunos formularios de los utilizados por el tráfico alemán, analizando su contenido.

(15) Beg., pág. 222, sub. § 291.

(16) Beg., pág. 224, sub. § 293.

(17) Sin embargo, esta imposición de un contenido necesario no resuelve todas las dificultades. El contenido económico de los derechos de los accionistas externos variará en función de las circunstancias que concurran en cada caso,

y completarlas, insertándolas en el sistema que he previsto para la regulación legislativa del fenómeno de las uniones de empresas. Por esta razón, la acogida de estas normas, consideradas en su conjunto, no ha sido desfavorable (18), recayendo las críticas sobre puntos concretos de regulación.

A) Como la sociedad por acciones que celebra con otros empresarios un contrato de dominación o un contrato de cesión total o parcial del beneficio no estará en condiciones de constituir reservas voluntarias con una cantidad apreciable, es de suma importancia asegurar la constitución de una reserva suficiente para asegurar la subsistencia de la sociedad cuando terminen estos contratos (19).

Ahora bien, es sabido que la dotación de la reserva legal depende cuantitativamente de la suma de beneficios (20). Por lo tanto, en las sociedades obligadas por dichos contratos no habrá lugar a que surja el supuesto de hecho que condiciona la asignación de una parte de beneficio a la constitución de la reserva legal. Así, en el pasivo del balance de la sociedad obligada a ceder todo o parte de su beneficio lucirá una partida cuya función es marcar la indisponibilidad de la parte del beneficio —o de su totalidad— que, por virtud del contrato, ha de cederse a la empresa dominante, resultando así que las dotaciones a la reserva legal, en caso de que existan, serán mínimas e insuficientes para asegurar en su día el funcionamiento independiente de la sociedad. De manera semejante ocurrirán las cosas cuando la sociedad esté vinculada por un contrato de dominación, ya que la empresa dominante no se mostrará muy inclinada a la constitución de reservas sociales en la sociedad dependiente.

La especial situación creada por estas relaciones contractuales se atiende, mediante una complicada regulación (21) —pero merecedora de aprobación (22)— por el § 289, en cuyos párrafos se dictan normas en función de los distintos supuestos contractuales que afectan a la sociedad por acciones cuya reserva legal se trata de asegurar.

I. Para el caso de que exista un contrato de cesión de beneficio, se establecen dos asignaciones mínimas para formar la reserva legal.

y su fijación será un problema en cada caso, que puede desencadenar una serie de dificultades.

(18) V., por ejemplo, *Gemeinsame Denkschrift*, pág. 76; y, después, *Ergänzende Stellungnahme*, pág. 26.

(19) No se impone la constitución de ninguna reserva especial, sino que, simplemente, se asegura la formación adecuada de la legal ya establecida: para lo primero, RASCH, *Minderheitschutz*, pág. 597.

(20) El cálculo de la reserva legal —§ 43—, se simplifica en los proyectos. Para las diferencias de regulación, v. DÖLLERER, *Rechnungslegung und Prüfung nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, DB, 1958, págs. 1410 y siguientes.

(21) V. las observaciones de las *Ergänzende Stellungnahme*, pág. 26; también RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 38.

(22) RASCH, ob. y loc. cits.

a) La primera se establece directamente por el § 289 (1), y su finalidad radica en *evitar la lentitud* con la cual se formaría dicha reserva, si se observaran estrictamente las normas previstas para la dotación de la reserva legal de una sociedad independiente. Para que la reserva se constituya en los *cinco primeros años* de vigencia del contrato (23), la asignación establecida es la proporcionalmente necesaria para alcanzar en esos cinco primeros años la décima parte del capital o el porcentaje —necesariamente más alto— del mismo que los estatutos señalan. La asignación se calcula sobre el superávit que hubiera existido sin el contrato de cesión de beneficios, disminuido en la eventual pérdida procedente del año anterior. Si, después de celebrado el contrato, se aumenta el capital social, los cinco años comienzan a contarse de nuevo desde la fecha del aumento acordado.

b) La segunda asignación se establece mediante una renisión a lo dispuesto para el caso de que el contrato sea de cesión parcial de beneficios. Esta segunda asignación mínima se establece para el supuesto de que no pueda alcanzarse la primera.

2. Para formar la reserva legal de una sociedad sometida a un contrato de cesión parcial de beneficios hay que asignar a la reserva legal la cantidad que habría de asignarse a la reserva legal según la dotación prevista por la Ley para los casos normales de sociedades independientes calculado del superávit que habrían arrojado las cuentas, una vez deducido el importe de la eventual pérdida del año anterior.

3. Los principios expuestos se aplican de manera adecuada al supuesto de que exista un contrato de dominación.

B) La determinación del beneficio que la sociedad por acciones está obligada a ceder a la empresa dominante se abandona —como ya sucede en el derecho vigente (24)— a las condiciones que libremente hayan establecido las partes en el contrato correspondiente, a fin de que éste pueda ser adoptado a las circunstancias de hecho que concurren en cada caso (25).

Pero esta libertad no puede sobrepasar los límites de derecho necesario que el ordenamiento de la sociedad por acciones establece para proteger el interés de los acreedores frente a una arbitraría determinación del beneficio anual que amenazase la conservación del capital social al tener que registrar constantemente pérdidas en sus cuentas anuales. Por eso, el § 290 establece la suma máxima a que puede ascender el beneficio cedido a la empresa dominante. Cualesquiera que puedan ser las estipulaciones contractuales acerca del cálculo del beneficio cedible, éste no puede sobrepasar el superávit anual que hubiera

(23) *Beg.*, pág. 221.

(24) Así, coincidentemente, las fundamentaciones de los dos proyectos. Sobre la dificultad de determinar el concepto de beneficio, dada la multiplicidad de criterios existente para ello, v. ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag*, páginas 19 y ss.

(25) *Beg.*, pág. 221.

resultado para la sociedad sin la existencia del contrato de cesión de beneficios.

Este principio general es, ulteriormente, matizado con algunas precisiones.

En primer lugar, el límite se aplica al cálculo del beneficio que haya de cederse en virtud de un contrato de cesión de todo el beneficio social o de cesión parcial del beneficio de la empresa en su conjunto considerada. La disposición no puede aplicarse cuando se trate de un contrato por el cual la sociedad se obligue a la cesión del beneficio producido por una explotación aislada, porque se crearía un estado de inseguridad (26), incompatible con la protección que el proyecto quiere lograr con sus normas.

En segundo lugar, este superávit se disminuye por la eventual existencia de pérdidas procedentes del año anterior y por la cantidad que, según el § 289, anteriormente mencionado, tiene que asignarse a la reserva legal.

Por otro lado, según los principios generales establecidos para el cálculo del beneficio, en la composición del superávit no entran las aplicaciones de las reservas manifiestas (27). Pero, a fin de no frenar excesivamente la constitución de reservas voluntarias durante la vigencia del contrato (28), el § 290, i, f, permite aplicar al cálculo del beneficio que ha de cederse las reservas voluntarias constituidas durante la vigencia del contrato.

C) Recogiendo las consecuencias derivadas de principios generales (29) y la extendida práctica contractual de establecer el deber de asumir las pérdidas de la sociedad obligada, el § 291 impone, con carácter necesario, la responsabilidad inmediata de la empresa dominante frente a los acreedores de la sociedad dominada (30). La finalidad de este precepto no es, pues, la de agravar la posición de la empresa dominante, sino la de aclarar de manera rotunda, el ámbito de los contratos que originan este efecto, así como las circunstancias bajo las cuales puede renunciarse al mismo por los socios (31).

El fundamento para esta responsabilidad se encuentra en la necesaria coordinación entre el ejercicio del poder para decidir el destino

(26) Mediante una norma que se califica por la fundamentación de interpretativa. *Beg.*, pág. 222.

(27) La cautela de impedir la aplicación de ciertas reservas durante la duración del contrato se conecta con la formación rápida y segura de la reserva legal a fin de que la sociedad, cuando termine el contrato de empresa, no se halle totalmente desprovista de los medios patrimoniales que la permitan reanudar una actividad independiente: v. RASCH, *Minderheitschutz*, pág. 547.

(28) *Beg.*, pág. 222.

(29) Recogidos en los libros sobre el derecho de grupos —especialmente RASCH—; ERLINGHAGEN, *Der Organisationsvertrag*, págs. 18 y ss.; BALLERSDTEK, *Handels- und...*, pág. 838.

(30) *Beg.*, pág. 222.

(31) *Beg.*, loc. cit.; asiente RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 38.

económico de una empresa y la responsabilidad económica que debe comportar ese ejercicio (32).

1. Durante la vigencia de un contrato de dominación o de cesión de beneficios, la otra parte contratante tiene que nivelar o compensar el déficit anual arrojado en las cuentas sociales, en cuanto no puede ser nivelado o compensado por la aplicación de las reservas voluntarias constituidas durante el mismo contrato —§ 291, (1)—.

Con esta medida se pretende mantener a la sociedad en condiciones de funcionar con independencia de la empresa dominante cuando termine el contrato que ha creado la unión entre las mismas.

De manera análoga a lo previsto para la renuncia de otras acciones pertenecientes a la sociedad (33), ésta puede renunciar —o transigir— a la pretensión de nivelación sólo después de que hayan transcurridos tres años desde el día en que se considera publicada en el registro mercantil la terminación del contrato. Esta limitación temporal no se aplica en el caso de que la empresa obligada a la nivelación sea insolvente y se haya convenido con sus acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal (34).

La renuncia se basa sobre un acuerdo especial tomado corporativamente por los accionistas externos, siempre que una minoría representativa de la décima parte del capital participante en la adopción del acuerdo no haga constar en el acta su oposición al mismo. La consideración que ha movido al legislador a excluir de esta votación a los accionistas interesados es la de que, generalmente, dominan la sociedad por su participación.

2. Esta seguridad no se limita, sin embargo, a las sociedades que hayan celebrado uno de los contratos de empresa, sino que se extiende a otros supuestos contractuales, normalmente excluidos de la garantía.

Por ello, lo mismo sucede cuando se celebra alguno de los contratos obligatorios que no se refieran al destino de los beneficios producidos por la sociedad dependiente, pero variando la cifra con referencia a la cual se determinan las pérdidas que hay que nivelar. En efecto, según el § 291, (2), si la sociedad dependiente ha arrendado la explotación de su empresa a la empresa dominante, o se la ha entregado de otra manera o la explota en nombre propio por cuenta de la dominante, ésta tiene que cubrir o nivelar el déficit anual en cuanto no alcance para ello la contraprestación pactada.

D) Las medidas tutelares previstas hasta ahora por el proyecto se insertarán en la estructura jurídica de la sociedad por acciones, in-

(32) *Beg.*, loc. cit.

(33) *Beg.*, pág. 223, con cita de algunos preceptos.

(34) Esta regulación se ha considerado innútilmente complicada: *Stellungnahme II*, pág. 26. En su lugar debía de establecerse la irrenunciabilidad de estas pretensiones, que prescribirían por el transcurso de tres años computados a partir del día en que la terminación del contrato se inscribe en el registro mercantil.

tentando la conservación de capital social mediante el reforzamiento de algunos preceptos del ordenamiento jurídicosocial. Pero la protección de los acreedores actuada por el § 292 es una protección al margen de la estructura de la sociedad obligada.

Durante la vigencia del contrato, el crédito de la sociedad por acciones dependiente reposa sobre el deber de la empresa dominante de asumir pérdidas. Esta garantía cumple durante la vigencia de la situación contractual las mismas funciones que el mantenimiento del capital social, completándolas en este aspecto. La conclusión del contrato significa la extinción de su deber y el comienzo de una etapa económicamente difícil para la sociedad, cuyo desenvolvimiento ofrecerá serios temores (35).

Por esto, los acreedores sociales cuyos derechos hayan nacido antes de que la inscripción registral de la terminación se realice tienen el derecho de exigir a la empresa dominante la *prestación de seguridades*, si lo exigieran dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la inscripción en el registro. No pueden exigir estas garantías los acreedores que, en caso de declaración de concurso, sean titulares de un derecho de preferencia sobre una masa patrimonial legalmente determinada. La sociedad, en vez de prestar estas garantías, puede afianzar los créditos. Esta solución tiene en cuenta los intereses de las dos partes interesadas en la prestación de garantías, ya que el acreedor conserva la misma posición jurídica que tenía durante el contrato y, por otro lado, se impide que la sociedad obligada a garantizar puede encontrarse en una difícil situación económica al tener que constituir súbitamente un gran número de garantías (36).

Esta garantía no es un caso insólito en el sistema del ordenamiento alemán del derecho de acciones. En otras ocasiones los acreedores tienen un derecho análogo (37). Pero en el caso que nos ocupa actualmente concurren dos especialidades que conviene poner de manifiesto. En primer lugar, el acontecimiento que determina para la empresa obligada el deber de constituir garantías no depende exclusivamente de su voluntad, sino que pueden originarse por el acto de la otra parte contractual —sociedad por acciones— que denuncie el contrato. Y, por otro lado, la garantía cubre las consecuencias patrimoniales de una actividad en cuya realización no ha tenido ninguna influencia la voluntad del garante (38).

III. Aunque las medidas que acaban de enumerarse contribuyen también a la protección de los intereses de los socios, el proyecto prevé otras medidas expresamente dirigidas a la *tutela de los socios externos* al grupo.

A. La inclusión en el consejo de vigilancia de representantes de los socios externos no se ha consagrado por el proyecto por razones es-

(35) *Beg.*, pág. 223.

(36) Es la justificación aducida por la exposición oficial, loc. cit.

(37) Por ejemplo, en los casos de disminución de capital. Otros casos se citan en *Beg.*, sub. § 292.

(38) *Beg.*, pág. 223.

tructurales, ya que la presencia de aquéllos junto a los representantes del personal de la empresa hubiera debilitado excesivamente la posición de los miembros representantes de los intereses del grupo, sin ventajas efectivas para los socios minoritarios (39). Por ello, se prevé sólo compensación de carácter económico, tanto por la pérdida de esos derechos administrativos como por la disminución —al menos, modificación— de sus derechos económicos.

1. Admitida la posibilidad de modificaciones de esta índole en el contenido de la posición del socio (40), la justificación de las garantías se encuentra en la nueva posición de los socios extraños en el seno de la unión de empresas constituido mediante contrato. Como fundamento jurídico de la indemnización o compensación debida a los socios se ha utilizado (41) también la vigencia del principio de tratamiento igual de todos los accionistas. No existe tratamiento igual de los socios cuando el beneficio de la empresa se cede íntegramente a la sociedad de la cual es accionista el socio mayoritario, quien, de esta manera, obtiene el beneficio, mientras que la minoría queda reducida al modesto papel de rentista. La comparación con otros casos previstos por el AktGes permite deducir el principio de que la mayoría no puede obligar a la minoría.

2. Estas garantías se conceden a un grupo de socios, cuya característica general es la de no participar, ni directa ni indirectamente, en el grupo de control. A pesar de la importancia que, para la regulación de las uniones de empresas, tienen los accionistas externos, ni el Ref.Ent. ni el Reg.Ent. contienen en su articulado un concepto de los mismos. Impedir una enojosa regulación casuística es la razón que tanto uno como otro proyecto (42) aducen para justificar la ausencia de este concepto. Sin embargo, la trascendencia del mismo en el sistema proyectado fuerza al legislador a explicar lo que él entiende por "accionistas externos". El círculo de estos accionistas se deduce de la naturaleza de las cosas. En principio, accionistas externos son todos los accionistas de la sociedad, con excepción de la otra parte contratante. A la contraparte de la sociedad se equiparan los accionistas cuyo patrimonio constituye una unidad económica con el patrimonio de aquélla. Igualmente se equiparan a la contraparte de la sociedad los accionistas cuyos ingresos benefician a ésta o quienes se beneficien de los ingresos de la contraparte. En definitiva, en éste como en otros aspectos, el proyecto pretende superar la apariencia de una diversidad de personas, formalmente existente en favor de la realidad económica. Por ello, al continuar determinando negativamente

(39) Cuestión ésta muy debatida. El examen de las distintas posibilidades y de su crítica en KROPP, *Der aussenstehende Aktionär*, págs. 676 y ss.

(40) Para lo cual, v. los apartados anteriores.

(41) BALLERSTEDT, *Handels- und...*, pág. 840. Sin embargo, esta solución se estimó insuficiente por DUDEN, *Aktienrechtliche Fragen*, pág. 51.

(42) Cfrs. *Reg. Ent.*, *Beg.* al § 284 —modificación de los contratos de empresa— pág. 220 y *Ref. Ent.*, *erl. Bem.*, al § 271 —con el mismo contenido—, página 394.

el proyecto el círculo de los accionistas externos, excluye del mismo a los accionistas que están unidos a la contraparte directamente o indirectamente por medio de la posesión de todas sus participaciones o mediante un contrato de dominación o de cesión de beneficios. Tampoco son accionistas externos quienes, de la manera que acaba de describirse, están unidos con el tercero a quien, en lugar de la contraparte, la sociedad tiene que hacer la prestación originada por el contrato.

B) La estructuración de las garantías legalmente previstas es la siguiente:

I. Para compensar a los socios de la pérdida —o, al menos, de la considerable disminución— de su expectativa al reparto de beneficios cuando éstos, después de la celebración de un contrato de empresa, tienen que cederse a otra persona, establece el § 293 el derecho de los accionistas extraños al grupo a obtener de la empresa dominante una *compensación equitativa (angemessener Ausgleich)* (43). Los socios pertenecientes al grupo obtienen mediamente su beneficio a través de su participación en las otras sociedades del grupo (44), mientras que los socios externos tienen que conformarse con lo dispuesto por el contrato en cuanto al destino de los beneficios.

El último inciso del § 293, (1), pone inequívocamente de manifiesto que el interés protegido por estas normas es el interés patrimonial (45) de los accionistas externos de la sociedad en el instante en que se celebra el contrato, porque, a pesar de que, en los casos normales, la ausencia de esta cláusula origina la nulidad del contrato —§ 293, (3)—, el contrato puede prescindir de las cláusulas referentes a la compensación si en la junta que adopta el acuerdo aprobatorio del contrato no hay accionistas externos que proteger. La razón aducida por la fundamentación es que, en este caso, cláusulas semejantes no tienen objeto y que el interés de los socios externos que pueden aparecer con posterioridad se tutela mediante las normas del § 296 (46).

En esta dirección tutelar, el § 296 se preocupa de amparar los intereses de quienes adquieren acciones con posterioridad a la celebración de un contrato de dominación o de cesión de beneficios. Si en este instante no existían accionistas externos al grupo, era innecesario —como ya se ha dicho— que el contrato determinase las condiciones en que estos accionistas tenían que ser compensados y, si, aún de todos modos, el contrato hubiera previsto una compensación, ésta podría no ser equitativa, en cuanto que fue fijada unilateralmente sin la necesaria contraposición de intereses (46 bis).

A la vista de esta situación, el RegEnt dispone que tan pronto como un extraño al grupo ingresa en la sociedad, el contrato tiene que

(43) Sobre el significado que tiene esta compensación para los derechos del socio, v. al tratar de los requisitos de eficacia de los contratos de empresa.

(44) *Beg.*, pág. 223.

(45) Los intereses de carácter administrativo son protegidos por el § 294, IV; *Beg.*, pág. 225.

(46) *Beg.*, pág. 224.

(46 bis) *Beg.*, pág. 226. El precepto no se encontraba en el anterior proyecto.

cesar lo más tarde al fin del ejercicio correspondiente al año en que el nuevo socio adquirió su participación (§ 296).

a) Cuando el contrato celebrado por la sociedad por acciones es un contrato de cesión de beneficios, la compensación adecuada consiste en una *prestación dineraria, con carácter periódico*, referida al importe de las acciones pertenecientes a los socios externos.

En definitiva, se trata de garantizar a los accionistas extraños al grupo un dividendo mediante lo que los proyectos llaman *Ausgleichszahlung*. La adopción de esta medida suscita dificultades porque supone transformar al accionista en un rentista, aunque esta transformación no sea definitiva, sino temporalmente limitada a la duración del contrato (47).

Como la existencia de un contrato de dominación no impide —aunque se haga problemático— que las cuentas de la sociedad dominada arrojen un beneficio (48), un contrato de este tipo debe de garantizar como compensación adecuada a los accionistas externos el pago anual de una parte del dividendo en cuantía determinada: § 293, (1).

b) Una de las cuestiones más difíciles con que se tropieza en la regulación de las garantías de los accionistas extraños es la determinación, no ya de la especie de aquéllas, sino de su contenido económico en el caso concreto (49).

El § 293, (2), prevé un doble cálculo (*Bemessung*) para determinar la cuantía de la prestación de la empresa dominante. Uno es de carácter fijo, y el otro, en cambio, de carácter variable. La aplicación de uno o del otro no depende de la elección del socio, sino del contrato (50), en el cuadro de las posibilidades que ofrecen las disposiciones legales.

a') Por regla general se aplican a la determinación del contenido económico de la compensación el *cálculo fijo* (este *Bemessung*). Según éste, el contrato tiene que asegurar a los accionistas externos el pago anual de una cantidad que equívalse —por lo menos— a la que hubieran obtenido de acuerdo con los rendimientos de la sociedad hasta esa fecha y sus expectativas de ganancias para el futuro, si no se hubiera celebrado el contrato que origina la necesidad de establecer la compensación y la sociedad hubiera, por lo tanto, permanecido independiente. Existe así una especie de congelación de la situación de los socios no participantes en el grupo, la cual puede quizás mejorar si así se ha previsto en el contrato, pero, en ningún

(47) RASCH, *Sind auf dem Gebiet...*, pág. 35; GIRGENSOHN, *Der Minderheitsschutz*, pág. 31, V. Lo que se dice anteriormente al tratar de la significación de los contratos de empresa.

(48) *Beg.*, pág. 224.

(49) RASCH, *Minderheitsschutz*, pág. 597. La paridad de trato entre acciones de la sociedad dominada y de la dominante no podrá ser en ocasiones igual, en cuanto que ambas tienen distinta potencia productiva.

(50) *Beg.*, pág. 224.

caso, puede ser inferior a la que los socios ya tenían (51). Para el cálculo del beneficio presunto, base del dividendo asegurado a los accionistas externos, hay que tener presentes las necesidades del balance, que, en cualquier situación de la sociedad, se hubieran producido igualmente. Por el contrario, es irrelevante la posible formación de reservas voluntarias, ya que no es frecuente el caso de una sociedad dominada que esté en condiciones de constituir reservas de este género.

b') Para el caso de que la otra parte contratante sea también una sociedad por acciones, el § 293, (2), prevé excepcionalmente un cálculo variable (*veränderliche Bemessung*). La parte de beneficio que corresponde a los accionistas externos se calcula teniendo en cuenta la que corresponda a las acciones de correspondiente valor nominal de la sociedad dominante. El valor de las acciones se determina según la valoración establecida para la fusión de sociedades en que una de ellas tiene que entregar acciones a los socios de la otra.

Para evitar los inconvenientes de una garantía rígida del dividendo, la configuración del dividendo mínimo ofrecido a los socios debía de hacerse teniendo en cuenta los beneficios de la sociedad superior y de la sociedad dominada. De esta manera podría corregirse la cuantía del dividendo a medida que variasen las circunstancias que afectan a un contrato de duración, porque en la duda hay que prever que la sociedad dependiente ha contribuido igualmente al aumento de los ingresos de la sociedad dominante (52).

c) El Ent. se muestra muy cauteloso al tratar las consecuencias que produce la infracción de las normas que acaban de exponerse.

a') En primer lugar, el contrato que no prevé ninguna compensación para los accionistas externos es nulo: § 293, (3).

b') Pero cuando el contrato prevé una compensación insuficiente, se excluye la nulidad del contrato y la del acuerdo aprobatorio —que anularía retroactivamente aquél—, ya que esta solución sería inadecuada para proteger a los accionistas, que, con la anulación del contrato, no obtienen la satisfacción de una compensación adecuada a su interés, y los restantes interesados tampoco obtienen nada de la anulación (53).

Por ello, el acuerdo aprobatorio de la celebración o modificación del contrato no puede impugnarse ni aduciendo el fundamento previsto por el § 233, (2) —obtención de ventajas para un socio a costa de los intereses sociales (54)—, ni tampoco la insuficiencia de la compensación

(51) *Beg.*, loc., cit.

(52) Así Klose, ob., cit. reseñando las propuestas del *Forstand de la Schutze. f. Wertp.*, pág. 89.

(53) V. *Beg.*, pág. 224. La nulidad del contrato se excluye al haberse previsto expresamente una determinación judicial de la compensación.

(54) La impugnación del acuerdo puede basarse igualmente en que un accionista intenta obtener para sí o para un tercero extraño a la sociedad ventajas

prevista por el contrato. En sustitución del poder de impugnación (55), el socio puede acudir al procedimiento previsto por el § 295 para hacer valer su derecho a una compensación adecuada mediante la determinación judicial de su contenido económico.

c') Omitiendo el examen detallado del procedimiento, voy a ocuparme exclusivamente de las *peculiaridades* que se prevén para este caso.

Todo accionista externo está legitimado para pedir la actuación judicial. De la misma manera que todo accionista puede impugnar el acuerdo perjudicial a los intereses sociales (56), el procedimiento judicial del § 295 debe de estar abierto a todos los socios, puesto que es un remedio sustitutorio del procedimiento de impugnación.

La pretensión tiene que hacerse valer en el plazo de dos meses computados a partir del día en que la celebración o modificación del contrato se considera publicado en el registro mercantil: § 293, (4), i, f.

La decisión del tribunal tiene que moverse en los límites establecidos por el contrato. Por lo tanto, el poder del tribunal se extiende al examen de la adecuación de la compensación prevista por el contrato, pero no a sustituir una especie de compensación por otra.

Pero la especialidad más interesante que hay que registrar es la referente a los efectos de la resolución judicial recaída. Si no se admite la pretensión deducida por los socios externos, el contrato es vinculante para ambas partes contratantes en los términos aprobados por el acuerdo de la sociedad. Si, por el contrario, la sentencia acoge la pretensión de los accionistas demandantes, el nuevo contenido de la compensación vincula a la sociedad dominada, pero no a la otra parte contratante, ya que el § 293, (5), la concede el derecho de denunciar el contrato, sin observar ningún plazo de denuncia, dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de la decisión judicial. La justificación de este derecho es que la sentencia puede imponer a la empresa dominante un aumento en los compromisos previstos al celebrarse el contrato que aquélla no pueda soportar (57).

Sin embargo, la facultad que tiene la empresa dominante de separarse después de la decisión judicial ha sido juzgada desfavorablemente, porque, además de tratar desigualmente a ambas partes contratantes, encierra el riesgo de que los tribunales se muestren reacios a emitir decisiones mediante las cuales se elevaran las compensaciones previstas, en cuanto que las decisiones de ese contenido podrían provocar el ejercicio del poder de separación, lo cual, a la larga, consti-

especiales en perjuicio de la sociedad o de los otros socios, y que el acuerdo es adecuado para lograr este fin.

(55) Así lo considera la exposición, *Beg.*, pág. 225.

(56) Es una peculiaridad del derecho alemán que separa este ordenamiento, por ejemplo, del español.

(57) *Beg.*, pág. 225.

tuiría una causa de profundo desprecio para su función juzgadora (58).

2. Como complemento a la adecuada compensación prevista por el § 293, el § 294 establece un ulterior remedio para equilibrar el patrimonio de los socios externos. Se trata de la *indemnización* (*Abfindung*) a que tienen derecho cuando alguno de los socios en dicha situación decide separarse de la sociedad que por el contrato se ha convertido en sociedad dependiente.

a) En efecto, la compensación del § 293 no cubre todos los perjuicios que el contrato produce en la posición del socio extraño al grupo, pues, a consecuencia del contrato, su posición se transforma normalmente en la de un rentista sometido a la rigidez de una renta fija —tan distinta a la participación en los beneficios producidos por la explotación de la empresa— y con la pérdida o considerable disminución de las posibilidades de influir, mediante el ejercicio de sus derechos administrativos, en la administración de la sociedad. Incluso el aspecto patrimonial de la posición del socio puede resultar perjudicado por la conclusión del contrato: por ejemplo, pérdida de las expectativas a un aumento de capital realizado con medios propios de la sociedad (59). Por otro lado, la celebración del contrato disminuye considerablemente las posibilidades de que la sociedad dominada pueda, después de su extinción, continuar desarrollando su actividad con independencia de la empresa dominante (60).

En definitiva, como no se puede presumir que en todo caso el socio externo esté de acuerdo con una indemnización que depende de un acuerdo de distribución de beneficios en cuya adopción él no participa con la emisión de su voto, el contrato tiene que contener el deber de la otra parte contratante de adquirir las acciones del socio externo que lo exija así en las condiciones previstas.

A pesar de que este derecho de separación del socio externo puede perturbar en alguna manera la vida de la sociedad, se ha mantenido en el Ent. II, desechar las otras posibles soluciones que durante la discusión del primitivo proyecto se habían sugerido. La regulación actual no impide que los contratos de dominación o de cesión de beneficios prevean otras soluciones del conflicto de los intereses del socio externo al grupo y los de la sociedad dominante. Lo que no puede suprimirse es el derecho del socio a separarse de la sociedad (61).

b) La *indemnización* de la contraprestación que corresponde a la otra parte contratante se determina por el párrafo 2.^o del § 294, según el carácter de la persona obligada a adquirir las acciones de la sociedad.

a') Si la contraparte de la sociedad dependiente es también una sociedad por acciones con domicilio en territorio alemán y que no

(58) V., sobre esto, KOPPENBERG, *Der Schutz*, pág. 400.

(59) V., coincidentemente, *Ref. Ent.*, pág. 404 y *Reg. Int., Beg.*, pág. 295.

(60) A pesar de las cautelas que adopta el Proyecto: por ejemplo, en la rápida y eficaz formación de la reserva legal.

(61) *Beg.*, pág. 225.

depende de ninguna otra empresa, los socios externos a la sociedad pueden obtener, a cambio de sus viejas acciones, acciones de la sociedad contraparte (§ 294, (2), i). Esta es una solución que, en principio, conviene a ambas partes contratantes, ya que el socio enajenante adquiere bienes de contextura semejante a la de los que se ve privado a consecuencia del contrato (62) y la sociedad no se ve obligada a procurarse acaso por medios gravosos, el dinero necesario para adquirir las acciones de los socios que ejercitan su derecho de separación.

Mas si la sociedad adquierente no está dispuesta a entregar acciones propias —bien porque no lo considere conveniente, bien porque las circunstancias fácticas se lo impidan— puede preverse en el contrato la entrega de dinero para adquirir las acciones de los socios que se separan (§ 294, (2), 3).

La elección entre el pago en metálico y la entrega de acciones corresponde a la sociedad y no al socio que se separa, porque el derecho de decisión del socio, por virtud del cual pudiera exigir acciones de la sociedad dominante, pudiera crear situaciones difíciles a ésta, si, por la estructura de la sociedad y la coyuntura del mercado, no podía disponer de las acciones necesarias para satisfacer las exigencias de los socios (63).

b') La facultad de adquirir las acciones contra entrega de otras no corresponde a la otra parte contratante cuando ésta es una sociedad por acciones dependiente de otra sociedad por acciones, o, simplemente, cuando, aun siendo sociedad independiente, no está domiciliada en territorio alemán. En estos supuestos los socios que pretenden desprendérse de sus acciones no pueden ser obligados a adquirir títulos de sociedades que, por una u otra circunstancia, escapan a su control (64). Por ello, el contrato tiene que prever o la entrega en dinero o la entrega de acciones de la sociedad dominante (§ 294, (2), 2), a fin de que el socio obtenga la solución que mejor convenga a sus intereses.

Por último, cuando la otra parte contratante no es una sociedad por acciones la única posibilidad que cabe es la de establecer una contraposición en metálico (65).

(62) *Beg.*, loc., cit.

(63) KROPP, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 679. La discusión ha girado alrededor de la conveniencia de atribuir la opción al accionista. V. GINGERSON, *ob.*, cit., pág. 32; DUDEN, *Zur Referentenentwurf*, pág. 1102. Ultimamente se ha vuelto a proponer que el socio pudiera optar entre recibir acciones o dinero metálico. Desde el punto de vista de los intereses del socio, se evitarían los peligros de que el accionista viera sustituidas sus acciones —pertenecientes a una sociedad floreciente—, con cotización en Bolsa por acciones de una sociedad que sólo se cotizan en círculos íntimos. Desde el punto de vista de su viabilidad, las dificultades de numerario para la empresa dominante podrían obviarse mediante el recurso al capital autorizado: v. KOPPENBERG, *Der Schutz*, página 460.

(64) *Beg.*, pág. 225. Se prevé el caso de un sindicato minero; pueden ofrecerse títulos representativos de las participaciones en estas entidades (*Kuxe*).

(65) En conexión con el derecho del accionista a optar entre la entrega en acciones o la entrega de dinero, se ha propuesto —por la *Schutz. f. Wert*.—

De nuevo se tropieza en este caso con las dificultades inherentes a toda operación dirigida a establecer las bases necesarias para determinar una contraprestación justa que satisfaga el interés del socio que se separa. Como en la compensación prevista por el párrafo anterior, se declara que la indemnización se considera adecuada cuando las acciones entregadas están con las adquiridas en la relación en que habrían de entregarse acciones a la sociedad incorporada en caso de fusión (66). Los restos pueden pagarse en metálico (§ 292, (3), i, f).

Para juzgar la adecuación de la indemnización en metálico no se dan reglas especiales. En el curso de los trabajos de reforma se propusieron diversos criterios, pero ninguno ha sido recogido en el proyecto, porque en esta materia tiene que existir, necesariamente, un ámbito de discrecionalidad abandonado al libre juego de los intereses en presencia (67). De manera general puede decirse que para este juicio debe de tenerse presente no sólo el valor de las acciones en función del patrimonio social y de los beneficios sociales, sino igualmente la situación general del mercado de capitales (68).

c) Los requisitos para que el socio ejerza el derecho de separación se contiene en el párrafo 4 del § 294. El deber de adquirir las acciones del socio separado puede limitarse temporalmente. El plazo mínimo durante el cual la sociedad está obligada a adquirir las acciones es de dos meses, calculados a partir del día en que se considera publicada la celebración del contrato por su inscripción en el registro. Si, al amparo del procedimiento de impugnación previsto por el § 295, se ha presentado una solicitud para determinar la cuantía de la compensación o de la indemnización, el plazo termina dos meses después de que se publique la decisión recaída en el periódico oficial. Con ello, el socio, aún no habiendo actuado judicialmente, no está obligado a elegir antes de que la contienda haya concluido, decidiendo, una vez resuelta, si, a la vista de las nuevas circunstancias creadas por la decisión del tribunal, opta por permanecer en la sociedad o por desprendérse de sus títulos (69).

d) Las consecuencias de la infracción por el contrato de estas

que la empresa dominante debía ofrecer, en todo caso, al accionista una contraprestación en dinero.

(66) De acuerdo con el § 12 de la ley de 12-XI-1956, que disciplina los negocios de fusión: v. BAUMBACH-HUECK, *Komm.*, pág. 920.

(67) V., en este sentido, KROPFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 679.

(68) Según propuso el *Vorstand de la Schutzv. f. Wertp.* cit. KLOSE, página 89. BALLERSTEDT --*Die Verfassung...*, pág. 841-- propuso tener presente para calcular el valor de las acciones que pertenecen a los socios que se separan la cotización de los títulos en una sesión en la cual no hubiera podido todavía influir la futura inordinación de la sociedad en el grupo formado por el contrato que motiva la separación por la cual se indemniza al accionista. El cálculo del patrimonio podría facilitarse mediante la redacción de un balance especial en el cual se tuviera presentes las reservas sociales y que, juntamente con una memoria explicativa de los criterios utilizados, se someteran al examen de los censores de cuentas.

(69) *Reg.*, pág. 276.

normas son parcialmente distintas a las previstas para la infracción de las normas del párrafo anterior, referente a la compensación equitativa de los accionistas.

Si el contrato no prevé indemnización de ninguna especie para la adquisición de las acciones, el contrato no es nulo, sino que el socio que pretenda desprendérse de sus títulos habrá de acudir al tribunal en la forma prevista por el mismo proyecto.

Si la indemnización se considera insuficiente, igualmente habrá que acudir al procedimiento previsto a fin de lograr su corrección si procede.

IV. Las garantías examinadas no se prevén más que para el caso de que el contrato celebrado sea uno de dominación o de cesión total de beneficio. Esta limitación es insatisfactoria, porque es insuficiente para proteger total y adecuadamente los intereses tutelables en el fenómeno de las uniones de empresas. En primer lugar las uniones de empresas pueden reposar sobre una base sin carácter contractual. Pero, además, la celebración de los otros contratos de carácter meramente obligacional ofrecen las mismas posibilidades de menoscabo de los intereses de los socios cuando las partes son una empresa dominante y una sociedad dominada. Si, en el caso de uniones sin fundamento contractual, la solución puede radicar en el establecimiento de una especial responsabilidad, en los otros casos, si se quiere evitar que dichos contratos sirvan para burlar el sistema de garantías previsto para los contratos de empresa propios, es necesario configurar un contenido mínimo contractual y, para controlar el uso que de su poder haya hecho la empresa dominante, un proceso de impugnación en el cual se ventile la adecuación entre prestación y contraprestación.

Por ello, últimamente, se ha promovido, por los círculos interesados, una mayor protección de los accionistas externos, que, aunque exigida en principio para el caso de un contrato de arrendamiento, no es aventurado suponer que se extenderá en la discusión subsiguiente a los otros tipos contractuales previstos en el proyecto.

Estas medidas se limitan a la garantía de un dividendo por la empresa arrendataria —que asegure a los accionistas externos del influjo de ésta en la junta para evitar repartos como dividendo de la merced arrendaticia— y a la posibilidad de que los accionistas disidentes acudan a los tribunales para discutir la adecuación del canon arrendaticio por el mismo procedimiento previsto para discutir la adecuación de las garantías en otros contratos, en cuanto que el examen judicial de estos hechos no excede de las funciones del órgano jurisdiccional —quien puede juzgar del precio o merced en el contrato de arrendamiento de la misma manera que juzga del valor de la empresa en otros casos: transformación—; y, por último, a la adopción de las medidas necesarias para equilibrar la posición procesal —y económica— de las partes en el ejercicio judicial de sus derechos.

LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

(Continuación)

§ 4

PODER DE DIRECCIÓN Y RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

I.—INTRODUCCIÓN.—II. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES PRODUCIDAS POR LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE EMPRESA.—A. El poder directivo de la empresa dominante: 1. El ámbito del nuevo poder. 2. Los deberes correlativos de los órganos de la sociedad dominada.—B. La responsabilidad correlativa al poder de dirección: 1. La responsabilidad de la empresa dominante: a) La responsabilidad del empresario; b) La responsabilidad de los representantes legales de éste. 2. La responsabilidad de los órganos de la sociedad dominada.

1. La celebración de un contrato de empresa con virtualidad para constituir un grupo origina una serie de consecuencias en cuanto al poder directivo y su ejercicio, regulados por normas de derecho necesario, que atribuyen un estrechísimo ámbito para su conformación negocial por los interesados en el negocio.

El funcionamiento de los principios del derecho de sociedades cesa tan pronto como el contrato de agrupación se perfecciona y es eficaz. La formación de los contratos dirigidos a esta finalidad caen todavía en la esfera de actividad de la sociedad que se inserta en el grupo. La protección de los socios que no pertenecen al grupo se efectúa en este instante mediante técnicas que exclusivamente pertenecen al derecho de sociedades. Los órganos administrativos de las sociedades entre las cuales se efectúa el contrato son responsables de los perjuicios que, a consecuencia del mismo, se produzcan para la sociedad, los socios y los terceros, cuando concurren los presupuestos de los cuales el ordenamiento jurídico-societario hace depender dicha responsabilidad (1).

II. El contrato de dominación modifica sustancialmente la estructura orgánica de la sociedad dependiente (2).

(1) En la ordenación del Proyecto existen algunas desviaciones de estos principios generales. Pero la idea dominante sigue siendo la de proteger a los socios mediante la aplicación de la estructura orgánica tradicional de la sociedad anónima. Las desviaciones se explican en función de las garantías que se prevén una vez que está funcionando la unión de empresas. Para el planteamiento general, v. BALLERSTEDT, *Untersuchungen über besonderer...*, cit., pág. 51.

(2) V. *Bey.*, § 297, pág. 227 y § 307, pág. 234, donde la exposición de motivos extrae las consecuencias que se deducen de estos hechos para regular la responsabilidad en el supuesto de que exista contrato de dominación. V., con anterioridad, lo que se dice acerca de la naturaleza orgánica —y no meramente obligatoria— de estos tipos contractuales. Para el planteamiento de las cuestiones de estructura orgánica, v. SCHMIDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, en *Beiträge* cit., págs. 42 y ss.

El Consejo de Administración de la sociedad dependiente no decide ya, bajo su responsabilidad, el destino económico de su empresa, sino que su función queda limitada a una especie de control de la legitimidad de las instrucciones que le comunique la empresa dominante, ya que, por virtud del § 297, está obligado a acatarlas, sin que pueda negarse a ejecutarlas más que cuando se opongan de manera ostensible a la consecución de los intereses del grupo o de las empresas en el mismo incluidas (3). De manera análoga a la expuesta para el órgano administrativo, la misión del Consejo de vigilancia también se reduce a vigilar aquí en la esfera de competencia delimitada después del contrato. Mas, no sólo la posición del órgano administrativo y del Consejo de vigilancia —órganos de gestión de la sociedad— se alteran en los términos indicados, sino que, igualmente la celebración de un contrato de dominación modifica la posición de la junta de accionistas en la estructura orgánica de la sociedad dominada (4).

A. El poder de decisión se ha desplazado, pues, a la empresa dominante. Es ésta la que, mediante el ejercicio del poder de dirección —legalmente establecido y configurado negocialmente por el contrato, dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico—, asume la posición de órgano de la sociedad dominada. Se constituye, por lo tanto, una nueva estructura de competencias que se superpone a la existente en las sociedades dependientes, la cual sólo funciona en materias no comprendidas en el ámbito del contrato.

1. El órgano administrativo de la sociedad dominada no adopta independientemente las medidas que exijan la consecución del interés social. El poder directivo radica ahora en la empresa dominante, la cual, en su ejercicio, puede exigir a los órganos de las sociedades dependientes la ejecución de medidas que perjudiquen el interés de éstas. Este poder no es ilimitado, sino que, aunque sea un poder en blanco, está delimitado, mediante normas de derecho necesario (5), en su escalón superior. La empresa dominante no puede, sin incurrir en responsabilidad, imponer a la sociedad dependiente medidas que, perjudicando al interés de esta última, no estén inspiradas en el propio interés de la empresa dominante o en el interés de una empresa perteneciente al mismo grupo al que pertenece la sociedad perjudicada directamente § 297, (1). Se ha creado, por lo tanto, una unidad superior a la de las empresas agrupadas, cuyo interés predomina sobre los intereses particulares de estas últimas, ocupando el grado superior. Al mismo tiempo que se establece esta jerarquía vertical, se declara la solidaridad de los intereses de las empresas subordinadas a la dominante, puesto que la consecución del interés de una

(3) V. a este respecto § 297, y más adelante el desarrollo de esta idea.

(4) Así lo reconoce expresamente *Beg.*, pág. 234 (§ 307) al explicar la diferente responsabilidad por el ejercicio del poder de voto en la junta, según exista o no contrato de dominación. Sobre esta cuestión, v. lo que se dice acerca de las relaciones de responsabilidad en el grupo fáctico de empresas.

(5) Como aclara, *Beg.*, pág. 227.

de ellas justifica igualmente el perjuicio de cualquiera de los restantes miembros del grupo (6). Pero fuera de esta comunidad, el interés de cada empresa adquiere rango preferente, por lo cual no puede ser sacrificado al interés extrasocial de uno de sus socios (7), ni al interés de una empresa unida a la empresa dominante, pero no perteneciente al grupo.

Por otro lado, es natural que el contrato no atribuya a la empresa dominante la facultad de imponer a las empresas dependientes medidas que contradigan las normas prohibitivas del ordenamiento jurídico (8).

Estos límites no pueden ser superados por el contrato. Pero éste puede establecer una regulación que limite más las facultades de la empresa dominante (9), estableciendo, por ejemplo, que ésta no puede imponer medidas que perjudiquen el interés de la sociedad dependiente para favorecer el de otra empresa perteneciente al grupo que no sea la dominante. Con esta posibilidad quiere facilitarse la celebración de contratos de este tipo, y en los supuestos en que, para lograr el asentimiento necesario de algunos socios, pueda ser necesario establecer un poder directivo más limitado que el legalmente previsto para los casos normales (10).

El poder directivo de la empresa dominante se ejerce mediante instrucciones (*Weisungen*). El concepto de instrucción no se determina legalmente. Sólo se aclara por la fundamentación que el poder directivo de la empresa dominante no abarca tan sólo las cuestiones referentes a la gestión de los negocios sociales (*Geschäftsleitung*), sino que comprende los asuntos que, según la estructura orgánica de la sociedad en sí misma considerada (11), caen en la competencia del órgano administrativo (12).

El destinatario de las instrucciones impartidas por la empresa dominante es el órgano administrativo de la sociedad dependiente. Queda, por lo tanto, excluida la comunicación de estas instrucciones a los empleados de la sociedad sometida al poder directivo creado con la celebración del correspondiente contrato de empresa. Sin embargo, dentro de la estructura orgánica de la sociedad dependiente puede crearse un deber de sus empleados cuyo contenido consista en acatar las instrucciones que inmediatamente les sean transmitidas por los órganos de la empresa dominante. El fundamento jurídico de este nuevo deber —y de su correlativo derecho— no se halla, pues, en el

(6) Sobre la cuestión, SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 62.

(7) Los conflictos de intereses que pueden producirse en la estructura orgánica de la sociedad anónima a consecuencia de su pertenencia en un grupo de empresas se describen por MESTMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt...*, cit., págs. 240 y ss.

(8) *Beg.*, sub. § 293.

(9) Así se deduce de la dicción del § 293; *Beg.*, loc., cit.

(10) *Beg.*, sub. § 292, pág. 236.

(11) El § 70 *RegEnt* establece el ámbito de la competencia orgánica del órgano administrativo.

(12) Así *Beg.*, pág. 227.

contrato celebrado, sino en el mandato emanado del órgano administrativo de la sociedad agrupada con carácter dependiente (13).

2. El contenido de los deberes de los órganos de la sociedad dominada experimenta una honda transformación, sobre todo por lo que se refiere a los órganos de gestión.

Su poder de gestión permanece inalterado en el ámbito no comprendido por el poder de dirección que adquiere la empresa dominante. En este aspecto, el órgano administrativo continúa en la misma posición que tenía antes de celebrarse el contrato y, por lo tanto, responde de la infracción de sus deberes en las mismas condiciones que el órgano administrativo de una sociedad independiente (14).

Pero en el ámbito cubierto por el poder de dirección adquirido por la empresa dominante, desaparece su posición independiente, y, correlativamente a aquella facultad, nace un nuevo deber, cuyo contenido es el de acatar las instrucciones que le transmita la empresa dominante (15).

Frente a la posición adquirida por la empresa dominante, se prevén por el proyecto las correspondientes modificaciones en la estructura de la sociedad dependiente.

El órgano administrativo está obligado al *acatamiento* de las instrucciones impartidas por la empresa dominante (*Folgepflicht*). El contenido de su posición de órgano se concretiza en éste de cumplir las instrucciones de la empresa dominante. Su independencia, cuando existe el contrato, queda tan disminuida frente al incisivo poder directivo perteneciente a la empresa dominante que no puede negarse a cumplir las instrucciones recibidas porque, según su opinión, no sirvan ni al interés de la empresa dominante ni al interés de alguna de las empresas pertenecientes al grupo. Su posición en el grupo le impide apreciar debidamente el interés cuya promoción es más conveniente para el engrandecimiento económico de la unidad superior en la cual está insertado.

Sólo cuando, de manera abierta y clara, las medidas no sirvan estos intereses, el órgano administrativo está facultado para negarse a cumplir las instrucciones recibidas de la empresa dominante —§ 297 (2)—.

Además, en su función de órgano de la sociedad dependiente tiene que cuidar de que el cumplimiento del contrato celebrado entre su sociedad y la dominante se cumpla fielmente, por lo cual, en este aspecto, puede negarse a cumplir medidas procedentes de la empresa dominante, si no están comprendidas en el ámbito delimitado contractualmente (16).

Por otro lado, los estatutos sociales de la sociedad dependiente quedan formalmente inalterados por la celebración del contrato, por

(13) V. *Beg.*, pág. 227, al § 207.

(14) WÜRDINGER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 209.

(15) WÜRDINGER, ob. y loc., cit.

(16) Así *Beg.*, pág. 227.

lo cual, si en ellos se ha previsto la necesidad de que el consejo de vigilancia preste su asentimiento (*Zustimmung*) para la celebración de ciertos negocios, éste continúa siendo necesario después de la constitución contractual del grupo de empresas. Pero, para poner de acuerdo los estatutos sociales con el amplio poder directivo de que goce la empresa dominante, se impone al consejo de vigilancia el deber de prestar su consentimiento en las mismas condiciones en que al Consejo de Administración está obligado a acatar las instrucciones recibidas —§ 297, 3)— (17).

B. La armonización entre el amplio poder directivo con el cual se dota a la empresa dominante cuando existe un contrato de dominación, se regula por los §§ 298 y 289 la correspondiente responsabilidad en que incurren la empresa dominante y la sociedad dominada. La responsabilidad prevista no puede configurarse negocialmente (18) de manera correspondiente a lo que ocurre con el poder directivo del cual es consecuencia.

La responsabilidad rigorosa de la empresa dominante se justifica porque, en contrapartida, el legislador permite, con el reconocimiento de la unidad económica de la empresa (*wirtschaftliche Unternehmenseinheit*), el quebrantamiento de algunos de los principios que rigen el tipo social de la sociedad por acciones (19).

1. En cuanto a la responsabilidad de la empresa dominante es necesario distinguir entre la responsabilidad del empresario —individual o social— propiamente dicha y la responsabilidad de los representantes legales de la empresa dominante.

a) La responsabilidad del empresario no es considerada directamente por el proyecto. Su regulación queda abandonada al juego de los principios generales, basados en el contrato (20).

Sólo cuando la empresa dominante es un empresario individual, la responsabilidad recae directamente sobre su titular, equiparado en este aspecto a los representantes legales de un empresario social.

b) Según el § 298 los representantes legales de la empresa dominante responden solidariamente si en la impartición de sus instrucciones infringen su deber de observar la diligencia de un ordenado y escrupuloso director de negocio.

a') Esta responsabilidad sustituye a la responsabilidad del Consejo de Administración de la sociedad dependiente, que, como se ha dicho, deja de actuar de manera autónoma dentro del ámbito cubierto por el poder directivo que el contrato de dominación atribuye a la empresa

(17) *Beg.*, pág. 229.

(18) *Beg.*, pág. 227, sub: § 293.

(19) Así *Schutze, f. Wcrtp.*, cit., Klose, pág. 89. La regulación adecuada de poder directivo y responsabilidad es ineludible para proteger a los socios minoritarios, porque el fenómeno económico de la unión de empresas produce situaciones de las cuales puede derivarse fácilmente una contraposición entre los intereses de la mayoría y de la minoría: *Denkschrift BPB*, pág. 51. V. supra.

(20) *Beg.*, loc., cit.

dominante (21). En este sentido se justifica que tal responsabilidad no pueda ser objeto de modificación contractual condicionándola. Al ámbito cubierto por el poder directivo corresponde la responsabilidad de la empresa dominante y cesa la del órgano administrativo de la sociedad dominada (22).

El sujeto que responde son los representantes legales de la empresa dominante o, en el caso de que sea un empresario individual, directamente el mismo titular, que es quien asume las consecuencias del ejercicio de la actividad en su patrimonio. Los representantes de la empresa dominante son los miembros del Consejo de Administración cuando aquélla es una sociedad por acciones o los socios con poder de representación de una sociedad colectiva (23). El tratamiento unitario de todos los representantes de la empresa dominante ha sido criticado (24), porque no tiene presente las diferentes situaciones en que, por consecuencia de la organización de la forma de sociedad, pueden encontrarse aquéllos. Cuando los representantes legales actúan vinculados a las instrucciones de los socios no debían de incurrir en responsabilidad personal, porque su decisión no les es imputable a ellos, sino a otra persona —el empresario—, que, conforme a los principios comunes, ya es responsable.

El sujeto frente a quien responden los representantes legales de la empresa dominante es la sociedad dependiente —§ 298, (2)—. Su patrimonio experimenta directamente los perjuicios originados por la ejecución de las instrucciones impartidas por la empresa dominante.

Pero legítimos para el ejercicio del derecho al resarcimiento que corresponde a la sociedad están, no sólo sus órganos representativos, sino, además, los socios y los acreedores sociales.

Cualquier accionista está legitimado para exigir, en nombre de su sociedad, la indemnización debida —§ 289, (4)—. No se determinan las condiciones en que el socio puede ejercitar este derecho. Lo único que se excluye es que el socio obtenga la indemnización directamente de la empresa dominante. En la atribución de esta legitimación no se exige que el socio reclamante posea un determinante porcentaje del capital social. No es de temer, sin embargo, que se produzcan abusos, ya que el socio que ejercita la acción soporta el riesgo de una posible condena en costas (25).

Además, los acreedores de la sociedad dominada pueden exi-

(21) *Beg.*, pág. 227, sub. § 293.

(22) Es preciso regular la responsabilidad de quien, mediante la celebración de un contrato que le facilita para impartir instrucciones al servicio de un interés trascendente al de la sociedad afectada por ellas, adquiere un poder de dirección, que, al no derivarse directamente de la posesión de acciones, no está compensado ni limitado con la responsabilidad derivada de los principios inspiradores del derecho de acciones: PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., págs. 8 y ss.

(23) Así *Beg.*, pág. 227.

(24) V. *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 39.

(25) *Beg.*, § 293, pág. 228.

gir a la empresa dominante la indemnización a que tiene derecho la sociedad dominada, si no pueden obtener de ésta la satisfacción de sus créditos.

Por último, si la sociedad dominada está sometida a un procedimiento de ejecución concursal, la legitimación que, durante su desarrollo, corresponde al administrador del concurso excluye la de los socios y la de los acreedores sociales para hacer valer la acción social de resarcimiento.

El mismo precepto se ocupa de la extinción del derecho al resarcimiento que corresponde a la sociedad dominada.

En cuanto a la extinción por negocio jurídico, establece que la sociedad no puede renunciar o transigir a la pretensión de resarcimiento más que después de transcurridos tres años del nacimiento de la misma. Para ello es necesario un acuerdo especial de los accionistas extraños al grupo al cual no se haya opuesto, haciéndolo constar así en el acta, una minoría que alcance la décima parte del capital correspondiente a los socios participantes en el acuerdo (26).

Excepcionalmente, la sociedad puede transigir acerca de su pretensión al resarcimiento cuando la empresa dominante, obligaba al mismo, es insolvente (*Zahlungsunfähig*) y ha concertado un convenio con los acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal, § 298, (3), 1, f.

En cuanto a la extinción por transcurso del tiempo, las preterisiones estudiadas prescriben por el transcurso de cinco años (27).

b') La configuración de esta responsabilidad se realiza siguiendo lo establecido para la responsabilidad de los administradores de la sociedad, cuyas facultades de dirección ejercen en el ámbito delimitado por el contrato (28).

(26) Por KONPENECK, *Der Schutz...*, cit., pág. 401, se ha hecho notar las consecuencias que tiene la computación de la mayoría con referencia al capital social o al que toma parte en la adopción del acuerdo.

(27) Este es uno de los puntos —de carácter secundario— en que se ha manifestado la discrepancia de la *Ergänzende Stellungnahme* —página 35— con las normas proyectadas. El momento que determina el transcurso del plazo de cinco años de prescripción presenta dificultades para su aplicación, sobre todo en el plano probatorio. Pues, dada la duración —normalmente dilatada— de los contratos de empresa, puede fácilmente ocurrir que la oportunidad de ejercer la pretensión de indemnización ocurra en un instante temporal muy distante del en que se produjo el hecho causante, cuando hayan transcurrido los plazos prescritos por el IIGB para la conservación de los documentos contables de la empresa, cuando las personas que intervinieron en la producción de los hechos pretendidamente dañosos no pertenezcan a la empresa demandada o incluso cuando hayan muerto, cuando las circunstancias económicas hayan cambiado de manera tan radical que el adecuado enjuiciamiento retrospectivo del hecho sometido a la decisión judicial no pueda ya esperarse razonablemente.

(28) Así *Beg.*, sub. § 298 invoca expresamente esta posición de analogía para justificar algunas particularidades de la regulación. La responsabilidad de los administradores se regula por los proyectos de reforma siguiendo las directrices establecidas por el *AktGes* de 1937: v. *Beg.*, págs. 131-132.

La responsabilidad en que incurren los representantes legales de la empresa dominante es de carácter solidario.

El elemento objetivo determinante de la responsabilidad estudiada lo constituye la infracción de los límites impuestos al poder directivo por el § 292 (29).

El elemento subjetivo de la infracción consiste en no haber observado al impartir sus instrucciones al órgano administrativo la diligencia de un ordenado y escrupuloso director de negocio —§ 298, (3)—. Es, por lo tanto, un caso de responsabilidad por culpa. Para exonerarse de la responsabilidad por los perjuicios causados a la sociedad por sus instrucciones, tienen que probar que han observado en la adopción de la medida impuesta el cuidado de un ordenado y escrupuloso gerente —§ 298, (3)—.

Por último, en cuanto a las consecuencias, tienen que indemnizar a la sociedad los daños causados por sus medidas.

2. Las consecuencias perjudiciales que pueden originar las medidas impartidas por la empresa dominante fuera del marco delimitado por el contrato, la sociedad dominada es resarcida no sólo por los representantes legales de la empresa dominante, sino, además, por los miembros de los órganos de gestión de la sociedad dominada que, con aquellos otros, responden solidariamente. A la determinación de esta nueva responsabilidad se dedica el § 299, cuyas particularidades y sentido se exponen a continuación.

Los miembros de los órganos de la sociedad dominada responden por la infracción de sus deberes en el desarrollo de las funciones que les corresponden después de la celebración del contrato de dominación.

El deber de resarcimiento no se excluye aun cuando el acto dañoso haya sido aprobado por el consejo de vigilancia —§ 299, (3)—.

El deber de resarcimiento de los miembros del órgano directivo de la sociedad obligada no existe cuando la acción perjudicial descansa en una instrucción que, conforme al ámbito delimitado legal y contractualmente para el poder directivo de la sociedad superior, tenían aquéllos que acatar obligatoriamente —§ 299, (3)—.

La extinción de las pretensiones de resarcimiento contra los miembros de los órganos de la sociedad obligada se rigen según lo dispuesto para la responsabilidad de la empresa dominante.

(29) V. supra sobre esta cuestión, al tratar del ámbito del poder directivo conferido a la empresa dominante.

SOCIEDADES INCORPORADAS

I. LA CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICADO DE LA INCORPORACIÓN.—II. EL PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN.—A. Los presupuestos del negocio: 1. El carácter de la sociedad que va a ser incorporada. 2. Los requisitos de la sociedad que se convierte en principal por la incorporación.—B. El proceso de incorporación: 1. El aspecto negocial: *a)* Acuerdo de la sociedad que se convierte en incorporada: *a'*) Acto formal; *b')* Sociedad cuyas acciones no pertenecen en su totalidad a la sociedad incorporante; *b)* El acuerdo de la sociedad que se convierte en principal. 2. La inscripción en el registro: *a)* El órgano encargado de pedir la inscripción; *b)* Los efectos de la inscripción.—C. Los efectos: 1. El poder directivo de la sociedad principal. 2. La responsabilidad de esta sociedad. 3. La responsabilidad frente a los acreedores de la sociedad principal. 4. La enumeración de las garantías. 5. La transmisión ope legis de las acciones no poseídas por la principal.—D. La terminación de esta situación: 1. Las causas. 2. La publicidad. 3. Los efectos.

I. Recogiendo en parte las críticas al Ref.Ent de FLUME (1) y de RAUTMANN (2), introduce el Reg.Ent la noción de las “eingegliederter Gesellschaften” (3.^a parte: §§ 308 y ss. Reg.Ent), desconocida, no sólo por el AktGes de 1937, sino igualmente por el anterior proyecto (3).

Tanto las críticas dirigidas al Ent I (4) como el proyecto actual están de acuerdo en que, cuando una sociedad posee todas las acciones de otra sociedad, es innecesario la celebración de un contrato de empresa mediante el cual se aseguren los intereses de los socios externos al grupo, por la sencilla razón de que éstos no existen. La situación descrita permite prescindir de toda la complicada regulación que se prevé para su protección en otros casos.

Por otro lado, la necesidad de proteger los intereses de los acreedores puede realizarse de una manera más sencilla, ya que es suficiente

(1) FLUME, *Referentenentwurf...*, cit., pág. 24.

(2) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., págs. 184 y ss.

(3) Cf. la nota introductoria a la motivación de estos preceptos en Ent. II, pág. 234; v. igualmente RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 46; *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 23.

(4) En esta hipótesis ya señalaba la *Denkschrift BPP*, pág. 50, que no era necesaria la ponderación de los intereses de la mayoría y de la minoría. V. *Beg., Vorb.* a la tercera parte, págs. 234-35:

imponer a la empresa dominante la responsabilidad conjunta (*Mithaftung*) de carácter solidario por las obligaciones de la sociedad.

El negocio de incorporación tiene carácter jurídico social, puesto que, por las características de la situación creada, supera la unión existente entre la empresa dominante y la sociedad por acciones dependiente cuando se ha celebrado un contrato de dominación, para aproximarse al negocio de fusión entre sociedades, del cual, sin embargo, se diferencia porque la incorporación no destruye la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades que han celebrado el negocio.

Esta nueva institución ha sido acogida favorablemente hasta el extremo de atribuir a su inclusión en el Reg. Ent. el mejoramiento general que, con relación al Ref. Ent, es visible en el último proyecto del Gobierno federal (5). Al mismo tiempo que se protegen adecuadamente los intereses dignos de protección en la situación descrita, la unión así creada no posee la rigidez de una fusión, por lo cual la seguridad jurídica se obtiene sin el fortalecimiento excesivo de las concentraciones capitalistas.

Las características del negocio de incorporación aparecen con mayor claridad cuando la sociedad principal no posee la totalidad de las acciones de la sociedad incorporada, sino un porcentaje considerable de la misma, que, según el proyecto, tiene que alcanzar el 95 % del capital social (6), porque la protección de los accionistas no participantes de la sociedad que es socio mayoritario se realiza de una manera semejante a la prevista para el caso de fusión de sociedades (7).

De todas las maneras, el supuesto regulado orgánicamente por el Reg. Ent es el de la incorporación de una sociedad cuyas acciones son poseídas en su totalidad por otra que se convierte en sociedad principal. La insuficiencia de la regulación del caso especial en que la sociedad principal posee sólo el 95 % de las acciones de otra se manifiesta, más que en la celebración del negocio de incorporación, en el momento en que termina ésta. Ni las causas especiales de terminación en este caso (8), ni las consecuencias que produce tal hecho sobre los accionistas a quienes se entregaron acciones de la sociedad principal son objeto de particular normación en el proyecto.

II. A continuación se examina el procedimiento mediante el cual se crea la unión institucional (9) de incorporación entre dos sociedades por acciones.

(5) Así *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 23. V., sin embargo, las objeciones de RASCN, *Richtige u. falsche...*, pág. 47 basadas en la falta de adecuada publicidad de la situación creada con la incorporación.

(6) Sobre la manera de computarse este porcentaje, v. más adelante.

(7) *Bdg.*, § 309, pág. 235.

(8) V. más adelante al tratar de la extinción de la situación que crea entre las dos sociedades la incorporación.

(9) Así calificada expresamente por SEMLER, *Die verbundene Unternehmen...*, cit., pág. 484. También FLUMKE —a quien, como se indica antes, se debe la introducción de esta nueva situación— la califica de esta manera, al hacer una clasificación de las clases de uniones de empresas.

A. Los presupuestos del negocio de incorporación (*Eingliederung*) se establecen por el § 308.

1. Aunque no se diga de manera expresa, la sociedad que va a ser incorporada (*eingliederte Gesellschaft*) tiene que ser una sociedad por acciones. El RegEnt se refiere a la regulación de este tipo social y en todos estos negocios de concentración se presupone la intervención como parte de una sociedad por acciones, cuyos intereses —y los de sus accionistas— hay que tutelar dentro del grupo que el negocio integra o contribuye a integrar.

2. Los presupuestos que han merecido la atención del legislador son los referentes a la sociedad que, como consecuencia de la incorporación, va a convertirse en sociedad principal (*zukünftige Hauptgesellschaft*).

a) Sólo las sociedades por acciones pueden convertirse en sociedad principal por la incorporación de otra sociedad, pues únicamente aquél tipo ofrece las garantías que aseguran la tutela de los intereses de los acreedores (10).

b) También para garantizar los intereses de los acreedores (11) se exige que la sociedad tenga su domicilio en territorio sometido a la soberanía alemana.

c) La sociedad principal tiene que ser titular directo de la totalidad —o al menos del 95 % (12)— de las acciones de la sociedad que va a incorporarse (13). En este sentido se interpreta por la fundamentación del RegEnt la exigencia de que “todas las acciones de la sociedad se encuentren en la mano de la futura sociedad principal”. De manera que no se cumple este presupuesto cuando una sociedad posee por mediación de sociedades filiales el 100 % del capital, en cuanto que este supuesto no atribuye a la sociedad madre la titularidad del derecho de propiedad sobre las acciones (14).

Para el caso de que la futura sociedad principal no posea la titularidad de todas las acciones, sino tan sólo las que representan el 95 % del capital social, éste no se computa por la totalidad del nominal expresado en los estatutos, sino que de esa cifra hay que descontar la que representan las acciones poseídas por la misma sociedad y aquellas

(10) Es la justificación de *Beg.*, pág. 235.

(11) V. *Beg.*, loc. cit.

(12) En este supuesto varían algunos detalles del régimen aplicable a la incorporación en la manera que se expone más adelante en el texto.

(13) *Beg.*, § 308, pág. 225.

(14) Esta restricción ha sido criticada, porque, en un plano sustancial, no hay ninguna duda de que la posesión de las acciones por una sociedad filial permite disponer de ellas en la misma medida que si la sociedad principal fuera su propietaria. Esta, en definitiva, podría hacerse ceder dichas acciones, lo cual no significa más que un aumento de los gastos fiscales a consecuencia de esta cesión para lograr la meta de la incorporación. Por ello se ha propuesto últimamente, por *Konsernrechtliche Stellungnahme*, págs. 24 y ss., que la posesión mediata de las acciones debe ser suficiente cuando la sociedad dependiente cumpla los presupuestos para ser incorporada a la sociedad principal —es decir, que ésta posea el 95 por 100 de las acciones de aquélla.

otras adquiridas por un tercero por cuenta de la sociedad y a las cuales no corresponde ningún derecho social —§ 309, (1)—.

B. El proceso de incorporación puede descomponerse en dos fases, de las cuales la primera posee carácter negocial, mientras que la segunda constituye la publicación de la primera.

1. El aspecto negocial del procedimiento se concreta en los acuerdos que han de tomar las juntas generales de ambas sociedades. La iniciativa corresponde formalmente a la sociedad que va a ser incorporada, cuya junta general toma un acuerdo en este sentido. La eficacia de este acuerdo depende del asentimiento (*Zustimmung*) manifestado mediante un acuerdo semejante tomado por la junta general de la sociedad que va a convertirse en principal.

a) El acuerdo tomado por la sociedad que va a transformarse en incorporada exige diversos presupuestos, según que la otra parte sea o no titular de todas sus acciones.

a') El acuerdo de la junta general de la sociedad que ha de incorporarse constituye un acto formal (*Formalakt*), en cuanto que el titular de todas sus acciones es la sociedad que luego es principal (15). Basta un acuerdo tomado con la mayoría prescrita con carácter general, sin que, por expresa disposición del § 308, (1) i. f., hayan de observarse las disposiciones legales o estatutarias previstas para la modificación de los estatutos (16).

b) Mas cuando el acuerdo tiene que tomarse por una sociedad cuyas acciones no pertenecen en su totalidad a la futura sociedad principal, es preciso regular de una manera detallada las particularidades del acuerdo.

De un modo especial se cuida el proyecto de asegurar el conocimiento de los socios, no sólo en cuanto a la convocatoria de la junta en que va a decidirse la incorporación, sino, además, durante la celebración de la junta.

Para evitar que los socios continúen en la pasividad a que les inclina su exigua participación en la sociedad, la convocatoria ha de contener un conjunto de datos sobre el acuerdo a discutir a fin de que los socios tomen las medidas más oportunas para proteger sus intereses en la sociedad que va a ser incorporada. Así —dice el § 309, (2)— la publicación de la incorporación en el orden del día se considera regular cuando contiene la firma y domicilio de la futura sociedad principal y, además, se añada una declaración de esta última en la cual se ofrezca a los accionistas como compensación a sus derechos acciones propias, o, en su caso (17), una compensación en metálico. Con estos

(15) *Beg.*, pág. 236. Según se hace notar expresamente es ésta una solución que coincide con la prevista para otros casos: v., por ejemplo, § 19 sobre el deber de comunicar la adquisición de acciones en ciertas circunstancias a la sociedad emitente de las mismas.

(16) Esta misma disposición alcanza más importancia cuando se regula el acuerdo de la junta general de la sociedad que va a convertirse en principal: v. más adelante.

(17) V. más adelante estos supuestos.

datos el accionista de la sociedad que va a incorporarse conoce las características de la sociedad en la cual participará como consecuencia de la incorporación en ella de su sociedad originaria y decide, lo más pronto posible, su actitud frente a la compensación ofrecida por la pérdida de sus derechos de socio (18).

La información de los accionistas se asegura extendiendo su derecho de información en la junta que delibera sobre la incorporación a todas las circunstancias esenciales relacionadas con el negocio proyectado. Todo accionista, cualquiera que sea su participación, tiene derecho a obtener esta información (19).

A la adopción del acuerdo no se aplican los preceptos legales y estatutarios que rigen la modificación de los estatutos. Mas los estatutos pueden establecer requisitos análogos a los previstos legalmente para las modificaciones estatutarias.

Adaptando las normas previstas para la celebración de un contrato de dominación, se determina —§ 309, (6)— que el acuerdo por el cual una sociedad decide su incorporación a otra no puede impugnarse judicialmente basándose en que el acuerdo atribuye ventajas, con detrimiento de los intereses sociales, a un tercero o a socios individuales, ni en que la compensación ofrecida no es adecuada. Para estos casos el indicado es el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto para los casos en los cuales se ha celebrado un contrato de aquel tipo (20).

Igualmente queda excluida la impugnación cuando la sociedad principal no ha ofrecido a los socios extraños una compensación (*Absfindung*), o no la ha ofrecido de manera regular.

Para proponer esta pretensión está legitimado cualquier accionista que poseyera acciones de la sociedad incorporada y que, a consecuencia de la incorporación, haya sido separado de la misma. La pretensión tiene que hacerse valer en el plazo de dos meses contados a partir del día en que se considera publicada en el registro mercantil la incorporación. El procedimiento indicado por ello es el regulado por el § 295.

b) El acuerdo de la junta por el cual una sociedad accede a convertirse en sociedad principal de otra que se le incorpora requiere una mayoría que represente las tres cuartas partes del capital social participante en la junta.

Aunque no se aplican los preceptos legales y estatutarios previstos para la modificación de los estatutos, éstos pueden prever mayorías reforzadas y otros requisitos especiales para tomar un acuerdo que implique la incorporación de otra sociedad.

Todo socio tiene derecho a exigir durante la celebración de la junta que decide sobre la incorporación que se le informe sobre todas las

(18) *Beg.*, pág. 236.

(19) Igual que el accionista de la sociedad incorporante: v. más adelante.

(20) V. con anterioridad el régimen y significado de este procedimiento.

circunstancias esenciales relacionadas con la sociedad que va a incorporarse (21).

2. El proceso de incorporación termina con la inscripción de la incorporación en el registro mercantil del domicilio de la sociedad incorporada. La inscripción —como en el caso de los demás contratos de empresa— tiene carácter constitutivo. Con ello se ofrece a todos los interesados la posibilidad de saber que la dirección de la sociedad incorporada no pertenece, en realidad, a sus órganos, sino a una instancia superior, la cual responde del cumplimiento de sus obligaciones (22), por virtud de la responsabilidad conjunta (*Mithaftung*) que se instaura a partir del momento en que se celebra el negocio de incorporación.

a) El órgano administrativo de la sociedad incorporada tiene que solicitar la inscripción en el registro mercantil, indicando la denominación de la sociedad principal y declarando que el acuerdo de la junta general no ha sido impugnado dentro del plazo concedido para ello o que, habiendo sido impugnado, la pretensión impugnatoria ha sido desestimada por sentencia firme. A la solicitud tienen que acompañar las actas que documentan los acuerdos de las juntas y los demás documentos anexos, en documento fechante o en copia públicamente legalizada —§ 308, 3—.

La publicidad para la sociedad principal no es cuestión que se trate en el Reg. Ent. Sin embargo, esta publicidad puede ser tan importante como la exigida para la sociedad incorporada, puesto que lo exige la protección del interés de socios futuros y acreedores a conocer que la sociedad cuyas acciones adquieren o con la que contratan responde de las obligaciones de una sociedad incorporada.

b) Además del efecto constitutivo, la inscripción en el registro produce un efecto peculiar cuando la sociedad principal no poseía todas las acciones de la sociedad incorporada: la transmisión de los derechos de socio a la sociedad principal (23).

c) Los efectos constantes que caracterizan este negocio consisten, por un lado, en la atribución a la sociedad principal de un poder cuyo objeto es la gestión de la unidad económica constituida por el negocio de incorporación y en la correlativa responsabilidad que se impone a los titulares de dicho poder. Al estudio del ámbito de este último y de la estructura y características de la responsabilidad consiguiente se dedican los apartados que siguen.

1. El poder directivo que adquiere la sociedad dominante es, en el caso de incorporación, más amplio (24) que el que la hubiera atribuido la celebración de un contrato de dominación (25),

(21) Este derecho de información perdura durante la situación de incorporación creada en este momento.

(22) *Beg.*, § 308, pág. 235.

(23) Más adelante se explica el mecanismo y significado de esta transmisión.

(24) Así *Beg.*, § 311, pág. 236.

puesto que, según el § 311, está legitimada para impartir instrucciones al órgano administrativo de la sociedad incorporada que no corresponden ni al interés de la sociedad dominante ni al interés del grupo considerado como conjunto. Por lo tanto, en los grupos de empresas así creados la sociedad dirigente puede ejercer un poder cuyo ámbito se halla limitado tan sólo por el interés de la empresa dominante, bien directamente, bien indirectamente a través del interés de una de las empresas agrupadas. La justificación de tal amplitud radica en que los perjuicios irrrogados a las sociedades incorporadas no repercuten ni sobre accionistas externos de éstos —porque no existen— ni sobre los acreedores, que están protegidos por la corresponsabilidad de la sociedad incorporante (26).

De la misma manera que en el supuesto de haberse celebrado un contrato de dominación, las prestaciones que, en virtud de la incorporación, realice la sociedad incorporada a la sociedad principal no se consideran como infracciones de los §§ 54, 55 y 57.

Correlativamente a este poder directivo de los órganos de la sociedad dominante —y para que su ejercicio sea efectivo—, corresponde un deber de acatamiento de los órganos de gestión de la sociedad incorporada, esto es, del órgano administrativo, y —en caso de que fuera necesaria su aprobación— del consejo de vigilancia. Este deber de acatamiento es, por la adaptación de las normas establecidas para el contrato de dominación, tan comprensivo como el poder directivo que confiere la incorporación (27).

2. También mediante remisión a lo establecido para el contrato de dominación se regula la responsabilidad de los representantes legales de la sociedad dominante (28) y la de los miembros del órgano administrativo de la sociedad incorporada (29).

De la aplicación correspondiente de las normas contenidas resulta que no es necesario ningún informe sobre las relaciones de dependencia referente a la sociedad incorporada (30).

3. Inexistentes los intereses de accionistas externos, el núcleo del régimen de la incorporación radica en la garantía de los acreedores mediante el especial sistema de responsabilidad de la sociedad principal que se estructura por el Reg. Ent para este caso.

(25) Cfrs. anteriormente la extensión del poder directivo de que es titular una empresa dominante que ha celebrado con una sociedad por acciones un contrato de dominación.

(26) SEMLER, *Die verbundenen Unternehmen...*, cit., pág. 487.

(27) En este sentido, *Beg.*, § 311, pág. 236.

(28) La sociedad dominante misma está excluida de esta responsabilidad, porque la empresa dominante en el caso de contrato de dominación no responde más que cuando es una empresa individual, supuesto que aquí está excluido porque la situación de incorporación se da entre dos sociedades por acciones.

(29) La fusión patrimonial que se opera entre sociedad principal y sociedad incorporada hace difícil concebir el ámbito dentro del cual los órganos de la sociedad incorporada continúan ejerciendo independientemente sus funciones.

(30) Así, expresamente, *Beg.*, sub. § 311, pág. 326.

Según el § 310, a partir de la incorporación (31) la sociedad principal responde, frente a los acreedores (32) de la sociedad incorporada, tanto de las deudas contraídas con anterioridad (33) a esta situación, como de las contraídas durante la vigencia de la misma (34). La responsabilidad establecida es de carácter solidario. El acreedor, pues, puede dirigir su pretensión contra cualquiera de las dos sociedades que se encuentran en la situación indicada.

La convención contraria en el negocio de incorporación es ineficaz frente a los terceros —§ 310, 1), i.f. (35)—. Por lo tanto, los acreedores podrán exigir, en todo caso, el importe de sus deudas a cualquiera de las sociedades, con independencia de las convenciones internas entre ambas acerca de la incidencia final de las deudas frente a extraños, salvo que el acreedor haya convenido con las sociedades o con una de ellas que sólo exigirá su crédito de la responsable directa.

La regulación de esta responsabilidad sigue los principios establecidos legalmente en los §§ 128 y 129 HGB para la responsabilidad por las deudas sociales de los socios de una sociedad colectiva. Si la sociedad principal es demandada para responder de una deuda de la sociedad incorporada, las excepciones (*Einwendungen*) que no se funden en su persona sólo pueden oponerse al acreedor demandante cuando hubieran podido ser opuestas por la sociedad incorporada. La sociedad principal puede negarse a satisfacer al acreedor demandante mientras la sociedad incorporada sea titular de un poder para impugnar el negocio que dio origen a la deuda reclamada. La sociedad principal puede igualmente negarse a satisfacer las reclamaciones dirigidas contra ella mientras los acreedores puedan satisfacerse mediante la compensación de su crédito con un crédito vencido de la sociedad incorporada.

La ejecución forzosa, derivada de un título ejecutivo contra la sociedad incorporada, no tiene lugar contra la sociedad principal (36). Es decir, la cláusula ejecutiva del documento en virtud del cual se

(31) *Beg.*, § 310.

(32) O frente a los mismos socios en virtud de un derecho que tiene su fundamento en una relación extrasocial. Para la distinción entre los derechos de los socios que tienen su fundamento en la relación social y los primeramente mencionados, v. GESSLER, en *Kommentar zum HGB*, I, págs. 678 y ss.; WEIPERT, en *RGR Komm. z. HGB*, II (Berlín, 1950), págs. 269 y ss.

(33) Para la responsabilidad del nuevo socio por deudas anteriores a su ingreso en una sociedad colectiva, v. los comentarios al § 130 HGB.

(34) La responsabilidad se extiende, según los principios de la sociedad colectiva, a los derechos de origen contractual o extracontractual; GESSLER, ob., cit., pág. 677.

(35) Se mantiene el mismo tenor literal que en el § 129 (2) HGB, a pesar de que los comentaristas no consideran muy feliz la expresión utilizada por dicho código. Más bien se trata de saber a quiénes afecta el contenido de un pacto contrario a la norma legal; v. GESSLER, ob., cit., pág. 683 (36). Coincide con lo dispuesto por el § 129 (4) HGB; v. GESSLER, ob., cit., pág. 687; WEIPERT, ob., cit., II, pág. 270.

(37) Círs. *Beg.*, § 312, págs. 236-37 y § 310, ibl.

insta la ejecución tiene que estar expresamente dirigida contra la sociedad demandada.

4. A pesar del poder directivo tan amplio que posee la sociedad dominante sobre la sociedad incorporada, el establecimiento de la responsabilidad solidaria del § 310 permite simplificar considerablemente el régimen de las garantías que se prevén para el caso de que se hubiera celebrado un contrato de dominación (37).

a) Como resultado de estas consideraciones, cesan de aplicarse las disposiciones legales sobre la constitución, la dotación anual y la aplicación de la reserva legal en la sociedad incorporada —§ 312, (1)—. Los intereses ordinariamente protegidos por el deber de constituir la reserva legal se encuentran ya protegidos por otros medios. La responsabilidad conjunta de la sociedad principal es suficiente para la tutela de los acreedores de la sociedad incorporada (38). La libertad para manejar esta reserva se extiende a la reserva legal constituida con anterioridad a la constitución de la incorporación, de suerte que esta reserva puede disolverse en los mismos términos en que puede disolverse una reserva voluntaria, incluso cuando se destine su importe a la sociedad principal como beneficio del ejercicio. Esta libertad no cesa más que cuando existe una cláusula estatutaria en sentido contrario (39).

b) Tampoco se aplican las garantías previstas por los §§ 282-285 y los §§ 287-292 cuando la sociedad principal y la sociedad incorporada celebran un contrato de comunidad de beneficios o un contrato de cesión parcial de beneficios. La celebración del contrato, su modificación y su disolución necesitan la forma escrita. El beneficio que, como máximo, puede cederse es el beneficio que hubiera arrojado el balance anual de no haber existido el contrato de cesión parcial de beneficios. Como esta dispensa de garantías está fundada en la existencia de la situación de incorporación, la duración del contrato celebrado durante la misma está vinculada a ella. Por ello, los contratos antes indicados terminan lo más tarde al final del ejercicio anual en que termina la incorporación —§ 312, (2), i.f.—.

En realidad, la exigencia de que en esta situación las dos sociedades celebren un contrato de cesión de beneficios tiene una finalidad aseguradora de los intereses pertenecientes a terceros, quienes con este procedimiento conocen de antemano que la sociedad principal puede disponer del beneficio obtenido por la sociedad incorporada de manera más amplia que si hubiera un simple contrato de empresa (40).

c) La sociedad principal está obligada a nivelar las pérdidas arrojadas por el balance de la sociedad incorporada en cuanto sobrepasen el importe de las reservas manifiestas —§ 312, (3)—.

En principio, la sociedad incorporada puede nivelar sus pérdidas mediante la aplicación de reservas, incluida la reserva legal, o pueden

(38) *Beg.*, sub. § 312, pág. 237.

(39) *Beg.*, loc. cit.

(40) Cfrs. § 290 y § 312 (2), y *Beg.*, sub. § 312, pág. 237.

asentarse en el balance como tales pérdidas. El deber de la sociedad principal de cubrir estas pérdidas contabilizadas no nace más que cuando su importe excede del que arrojan las reservas manifiestas.

La finalidad de este precepto consiste en impedir que el patrimonio neto de la sociedad publicada aparezca constantemente inferior a su capital social (41).

d) En ciertas circunstancias, sobre la base de la fusión patrimonial de las sociedades incorporadas y principalmente de la inexistencia de intereses tutelables, se establece, por el § 313, una suavización del deber de redactar y publicar las cuentas sociales de la sociedad incorporada.

a') Es cierto, por un lado, que la sociedad incorporada no pierde su personalidad jurídica, pero, a consecuencia de la situación patrimonial y administrativa creada con la incorporación, ambas sociedades se encuentran en situación, jurídica y económica, análoga a la que se hubiera producido de haberse celebrado una fusión entre ellas. Por otro lado, el único accionista de la sociedad incorporada es la sociedad principal que, por su amplio poder directivo, conoce ya la situación económica de aquélla, por lo cual decae la necesidad de que se publiquen los balances. Como las acciones de la sociedad incorporada no circulan mientras la incorporación subsista, tampoco existe un interés de posibles socios futuros que haya de protegerse. Por último, los intereses de los socios de la sociedad principal se tutelan mediante la ampliación de un derecho de información (42) y la exigencia de unas determinadas circunstancias que se examinan a continuación.

b') El deber de redactar y publicar las cuentas cesa cuando la sociedad incorporada está incluida por la sociedad principal en unas cuentas consolidadas de grupo o en unas cuentas parcialmente consolidadas. Este será un caso frecuente en la situación de incorporación, porque, a consecuencia del amplio poder directivo de que goza la sociedad principal, podrá afirmarse casi siempre la unidad del poder de dirección.

Los deberes del órgano administrativo de la sociedad incorporada en esta materia se convierten en el deber de presentar en el registro mercantil las cuentas consolidadas del grupo —§ 313, (2)—, no sólo para satisfacer el interés de la generalidad en conocer la situación económica del grupo, sino, además, para que los socios de la sociedad principal puedan conocer lo referente a esta parte —transitoriamente— de su empresa y para que ante el encargado del registro se justifique la no presentación de las cuentas anuales de la sociedad incorporada.

El encargado del registro no necesita comprobar más que la inclusión de la sociedad incorporada en las cuentas consolidadas del grupo, según las indicaciones suministradas por la memoria anual del grupo, en el cual, según el § 326, (3), tienen que constar todas las empresas

(41) *Beg.*, pág. 238.

(42) V. § 314. La relación entre el § 313 y el § 314 se pone de manifiesto en la exposición de motivos.

del grupo que han sido consolidadas, extremo que cae dentro de la revisión que realizan los censores (43).

e) El derecho de información de los accionistas de la sociedad principal se extiende, después de la incorporación, a las circunstancias pertenecientes a la esfera de la sociedad incorporada con la misma extensión y características que tenía su originario derecho de información —§ 314—, como si fueran accionistas de la sociedad incorporada (44). El fundamento para extender el derecho de información de los accionistas mencionados a estas nuevas materias consiste en que, a partir de la incorporación, la sociedad incorporada constituye una parte de la sociedad en la cual participan originariamente. La empresa de la sociedad incorporada se convierte en algo semejante a un departamento de la explotación (*Betriebsabteilung*) de la sociedad principal (45). Por esta razón, aunque no se diga expresamente por el proyecto, el órgano administrativo ha de incluir en su informe los datos necesarios para que pueda conocerse la marcha de la sociedad incorporada mediante su publicación en la memoria anual (46).

5. Pero, además de estos efectos de carácter general, la incorporación de una sociedad cuyas acciones no se poseen totalmente por la sociedad principal origina efectos especiales por lo que se refiere a los derechos de los accionistas de la sociedad mayoritaria.

Los titulares del 5 por 100 del capital social no poseído por la sociedad principal quedan privados de su titularidad, porque, con la inscripción de la incorporación en el registro mercantil, esos derechos de socio se transmiten “ope legis” a la sociedad principal, sin que sea necesario la transmisión de los títulos, que, en principio, quedarán en poder de los antiguos socios (47).

En el caso de que los derechos de socios estuvieran incorporados a títulos-valores, éstos dejan de incorporar la compleja relación de socio y únicamente atribuyen a su eventual titular el derecho de exigir a la sociedad la compensación a la cual tuvieren derecho sus antiguos titulares.

Para resarcir a los socios cuyos títulos han pasado a la sociedad principal por virtud de la incorporación, se les concede una indemnización adecuada. En principio, esta compensación consiste siempre (48) en acciones de la sociedad principal. Pero si la sociedad principal es una sociedad dependiente, los socios pueden optar entre recibir acciones de la sociedad principal o una adecuada compensación en metálico.

D. La terminación de la incorporación se trata por el § 315.

(43) V. *Beg.*, pág. 328.

(44) *Beg.*, sub. § 314, pág. 238.

(45) *Beg.*, loc. cit., en nota anterior y *Beg.*, sub. § 313, con motivo de las cuentas de la sociedad incorporada.

(46) Lo cual también se deduce de los principios que dominan el nuevo instituto de la incorporación: *Beg.*, loc. cit.

(47) *Beg.*, pág. 236.

(48) *Beg.*, pág. 236.

abarcando los extremos referentes a las causas y a su publicación registral.

1. En cuanto a las primeras, a la vista de los supuestos de extinción previstos por el § 315 es posible afirmar que el fin de la incorporación depende predominantemente de la voluntad de la sociedad principal, ya que, salvo por lo que se refiere a las causas de extinción "ope legis" implícitas en la disolución de la sociedad, todos los supuestos suponen —como se verá a continuación— una actuación voluntaria, no de la sociedad incorporada, sino de la sociedad dominante.

Aparentemente no ocurre así cuando la incorporación termina por acuerdo de la junta general de la sociedad incorporada. Pero este acuerdo, aun perteneciendo formalmente a esta última, no puede tomarse más que cuando la sociedad principal así lo quiera, porque, al ser titular de todas las acciones, es el único accionista de la sociedad incorporada y en su representación actuará su órgano administrativo, único asistente a la junta que toma el acuerdo (49). La voluntad unilateral de la sociedad incorporada es suficiente para producir la cesación de una situación creada mediante el acuerdo de ambas sociedades (50).

Por otro lado, si no aparece como causa de extinción la manifestación expresa de la voluntad de la sociedad principal, ello se debe a que se ha estimado que ésta puede, en cualquier momento, hacer cesar la situación creada con la incorporación mediante la enajenación de parte de las acciones de la sociedad dominada (51), con lo cual, al desaparecer uno de los presupuestos necesarios para crear la incorporación, determina su desaparición —como establece, de manera expresa, el mismo precepto: § 315, (1), (52). La norma que estableciera la necesidad de un acuerdo de la junta de la sociedad principal, cualquiera que fueran sus requisitos, podría ser burlada fácilmente mediante el procedimiento que se acaba de indicar.

La desaparición de los presupuestos necesarios para celebrar el negocio de incorporación produce, como es natural, la terminación de la misma.

El traslado del domicilio de la sociedad fuera del territorio alemán hace terminar la incorporación —§ 315, (1), 2— (53).

Para asegurar el conocimiento de estos hechos por el órgano administrativo de la sociedad que hasta él ha estado incorporada, la sociedad principal tiene el deber de comunicarlo inmediatamente por escrito a la sociedad incorporada —§ 315, (2)— (54).

(49) Así ocurre también en los contratos de dominación y de cesión de beneficios: v. *Beg.*, pág., cit.

(50) *Beg.*, pág. 238.

(51) V. supra.

(52) *Beg.*, § 315, pág. 238.

(53) En uno de los presupuestos expresamente exigidos para que la incorporación pueda fundarse; por lo tanto, su desaparición hará cesar la situación.

(54) *Beg.*, pág. 239.

Por último, la *disolución* de la sociedad principal origina también el término de la incorporación, porque una sociedad en estas condiciones no debe continuar determinando el destino económico de otra sociedad. Entre las causas de disolución previstas en el proyecto (55), hay algunas que no extinguen la sociedad, sino que permiten que la empresa continúe funcionando bajo otro titular. Sin embargo, en cualquier caso, incluso aunque la nueva sociedad cumpla los presupuestos requeridos para la incorporación, es necesario que el correspondiente negocio se celebre de nuevo, porque, de esta manera, se asegura la debida publicidad de hecho tan importante para los intereses de los terceros.

2. El proceso de conclusión se *publica*, por último, en el registro mercantil de la sociedad hasta entonces incorporada. La inscripción no tiene carácter constitutivo (56). Aunque no se manifieste de forma expresa, éste es el sentido que posee la norma que impone al órgano administrativo el deber, no sólo de solicitar inmediatamente la inscripción de la terminación en el registro correspondiente al domicilio de la sociedad, sino, además, la causa y el instante temporal en que ha cesado la situación registrada, porque aquel momento es independiente de la inscripción.

3. Los *efectos* de la conclusión de la incorporación se manifiestan en que de las deudas originadas a partir de este momento no responde la sociedad principal. Los acreedores cuyos derechos de crédito hayan nacido antes de la extinción no son titulares de un derecho a exigir garantías por las deudas anteriores, porque, a diferencia de lo que ocurre cuando concluye un contrato de empresa, la sociedad principal responde de estas deudas. Con fines de seguridad, y para favorecer a la sociedad que fue principal, el § 315, (4), determina que las pretensiones de los acreedores anteriores a la terminación de la incorporación prescriben en los cinco años siguientes al día en que el hecho extintivo se considera publicado en el registro, salvo que la pretensión tenga señalado un plazo más breve de prescripción. Si el derecho de los acreedores vence después de la publicación en el registro, el plazo de prescripción comienza a correr desde este día posterior (57).

(55) En el § 251, que coinciden sustancialmente con las previstas por el AktGes de 1937.

(56) *Beg.*, pág. 239. Tampoco tiene carácter constitutivo la inscripción de la terminación de un contrato de empresa: v. sobre esto, con anterioridad.

(57) V. *Beg.*, pág. 239.

LOS GRUPOS FÁCTICOS DE EMPRESAS

I.—GRUPOS FÁCTICOS DE EMPRESAS EN GENERAL.—A. Los grupos fácticos de empresas sin sociedades dependientes.—B. Los grupos fácticos con sociedades dependientes: 1. Los intereses que han de protegerse en esta situación: *a)* La responsabilidad objetiva de la empresa dominante en el primer proyecto: su crítica; *b)* La solución del proyecto del Gobierno: piezas esenciales. 2. La legalización del poder dominante en el grupo.—II. EL PODER Y LA RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO.—A. El ámbito del poder directivo de la empresa dominante: 1. El pensamiento fundamental de la regulación. 2. La compensación de los perjuicios con las ventajas: concepto de ventaja relevante a estos efectos.—B. La responsabilidad de la empresa dominante y de los órganos de la sociedad dependiente: 1. El pensamiento fundamental. 2. La ordenación de la responsabilidad de la empresa dominante: *a)* La responsabilidad de los representantes legales de ésta; *b)* El sujeto a favor del cual se establece la responsabilidad; *c)* Presupuestos; *d)* Extinción de la pretensión; *e)* Legitimación para su ejercicio. 3. La responsabilidad de los órganos de la empresa dependiente: *a)* La fundamentación de esta responsabilidad; *b)* Las diferencias con el supuesto en que existe un grupo fundado contractualmente.—C. El nuevo informe sobre las relaciones de dependencia: 1. La finalidad de este informe. 2. La redacción del mismo: *a)* El tiempo; *b)* El contenido: *a'*) Enumeración de negocios y medidas; *b')* La declaración final y su publicidad. 3. La censura del informe: *a)* La censura ordinaria de carácter necesario; *a')* Por los censores de cuentas: *aa)* La posibilidad de esta censura; *bb)* El procedimiento de censura; *b')* La intervención del consejo de vigilancia; *b)* La censura facultativa a instancia de los accionistas.

I. Junto a los grupos constituidos negocialmente, la realidad económica alemana conoce grupos que, para adaptarse a las necesidades de organización exigidos por una cierta actividad económica, descansan en un fundamento distinto a la celebración de un negocio jurídico. Son los llamados *grupos fácticos de empresas* (*faktische Konzerne*), es decir, grupos en los cuales existe una empresa a la que, de hecho, pertenece el poder de dirección.

A. Si entre las empresas agrupadas no existen empresas dependientes, sino que la dirección radica en un órgano del cual participan las empresas del grupo (*faktische Gleichsordnungskonzerne*), se ha estimado por el Reg. Ent que no se producen riesgos para los intereses de accionistas y acreedores que exijan el establecimiento de una especial regulación.

B. La hipótesis que atrae la atención del legislador es la del grupo fáctico de empresas, en el cual una de ellas ejerce el poder directivo sobre las restantes (*faktisches Unterordnungskonzern*).

1. El problema que es preciso resolver en estos supuestos es semejante al presentado por una relación de dependencia sin que exista un grupo. Es el de mantener incólume la propia esfera de intereses de la sociedad por acciones dependiente frente al poder de dominación cuyo titular es la empresa dominante. El interés de la sociedad dependiente se sitúa en el mismo plano que el interés de las restantes empresas agrupadas —incluso el de la dominante— y que el interés del grupo como posible unidad superior. El titular del poder dominante no puede —amparándose en la tutela de estos últimos intereses— conculcar el interés de la sociedad dependiente. Si lo hace, incurre en responsabilidad.

Los intereses que hay que proteger en esta situación son, por un lado, los intereses de los socios extraños al grupo de dominio, y, por otro, los intereses de los acreedores sociales.

La asunción de las obligaciones de la sociedad dependiente por la dominante protege, exclusivamente, los intereses de los acreedores, siendo necesario establecer una especial protección para los intereses de los socios (1).

Todos los preceptos de la segunda parte están encaminados a proteger a la sociedad dependiente del posible daño que, en beneficio del interés de la empresa dominante o del del grupo pudiera derivarse de su inclusión en el llamado grupo fáctico de empresas (*sogenannten faktisches Konzern*) (2). De esta manera quiere evitarse las dudas que existen sobre la interpretación del § 101 del AktGes de 1937.

a) Esta protección se realizaba en el RefEnt mediante la imposición de una responsabilidad objetiva a las personas que ejercieran de hecho un poder de dominación sobre una sociedad por acciones.

La responsabilidad objetiva, impuesta a quienes, sin haber concertado el correspondiente contrato, ejercitan un poder de dominación, no es una innovación absoluta en el ordenamiento alemán del derecho de acciones, sino que contaba con el precedente del § 101 AktGes del 1937, del que no constituye más que una intensificada agravación (3). Más, a pesar de tal entronque con la anterior tradición legislativa, el

(1) Así SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63. La alternativa —propuesta por FISCHER— entre la celebración de un contrato de empresa o la asunción por la empresa dominante de la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad dependiente, no es una auténtica alternativa, porque, si se acepta el segundo término, quedan desamparados los intereses de los socios de la sociedad dependiente.

(2) *Bdg.*, § 300, pág. 228.

(3) Así GESSLER, *Der Schutz der abhängigen Gesellschaft*, en *Aktuelle Fragen*, págs. 247 y ss., pág. 251; también RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 190. El significado del § 101 AktGes es tema de carácter general que afecta a toda sociedad sobre la cual se ejecute una influencia —aunque no se base en una relación de subordinación.

precepto fue duramente combatido, por considerarlo una medida draconiana (4), inadecuado para cumplir la finalidad perseguida por el legislador e injustificado en un sistema de responsabilidad inspirado en los principios de responsabilidad por culpa (5).

Como objeción de principio se dijo que la norma del § 284 RefEnt era infiel a la única posible justificación de cualquier norma sobre responsabilidad de la empresa dominante, pues, influido el proyecto por prejuicios teóricos, en vez de conectar simplemente la responsabilidad debida por el ejercicio de un efectivo poder de dirección, desconoce las necesidades prácticas de las cuales dímanan los numerosos casos de organización fáctica de grupos; estimando, por lo tanto, que la estructura de una organización de grupos no obedece más que al deseo de ejercitar un poder fuera del cuadro de competencias previstas legalmente, impele directamente a la conclusión en todo caso de un contrato de empresa (6), y se establece una presunción de culpabilidad para el titular del poder de dominación (7).

También fue criticada la imposición de la responsabilidad objetiva, porque no constituía el medio adecuado para lograr la finalidad buscada por el legislador, es decir, para impeler al empresario, cabecera del grupo, a celebrar un contrato que —a cambio de una amplia publicidad y de la concesión de garantías a los socios— legalice el ejercicio de su poder (8), ya que, en efecto, sin tal contrato, puede ejercer, de hecho, el mismo poder sin más sanción que una responsabilidad draconiana sobre el papel, pero que, en el caso de tenerse que hacer efectiva, puede revelarse, según se puso de manifiesto en el DJT, como un instrumento desprovisto de eficacia.

Por otro lado, contra la responsabilidad objetiva prevista por el Ent I se objetó que no era justo conectar una consecuencia tan rigurosa a un supuesto de hecho descrito de una manera tan poco concreta como hacia el proyecto con la "impartición de instrucciones".

El concepto de instrucción (*Weisung*) es un concepto evanescente —como ya se hizo notar cuando se utilizó para caracterizar positivamente el tipo contractual correspondiente previsto por el RegEnt (9)—. Mas las dificultades se acrecientan cuando quiere utilizarse para conectar a su ejercicio una responsabilidad. El supuesto de hecho se da cuando los órganos gestores de la sociedad dependiente adoptan una medida sin estar convencidos de su idoneidad para promover el fin social y movidos tan sólo por la representación de que correspondía

(4) Para el examen de estos problemas, v. RAUTMANN, *Probleme...*, cit., páginas 192 y ss.; GESSLER, *Der Schutz...*, cit., *passim*.

(5) FLUME, *Referentenentwurf...*, pág. 21; FLUME, *Die abhängige*, pág. 1. Para una indicación de opiniones contrarias; RASCH, *Richtige u. falsche Wege*, pág. 41, nota 117; GESSLER, *Der Schutz...*, pág. 253.

(6) *Begründende Stellungnahme...*, pág. 35.

(7) FLUME, *Die abhängige...*, pág. 1.

(8) DUDEN, *Zum Referentenentwurf...*, pág. 1102.

(9) V. antes y RAUTMANN, ob., cit., pág. 269; también SCHMIDT, *Die Verfassung...*, cit., pág. 53.

a los deseos de la empresa dominante (10). La comprobación de su existencia en el caso concreto ofrece serias dificultades (11).

La responsabilidad objetiva prevista por el Ent I puede perjudicar, en primer término, a la sociedad dependiente, porque, ante el temor de incurrir en una responsabilidad configurada tan rigurosamente, la persona participante puede abstenerse de aconsejar a la sociedad una determinada medida en la ejecución de un negocio, con lo cual quien resulta perjudicada es la sociedad que, por sus dimensiones, carece de los medios necesarios para estudiar la conveniencia relativa de los caminos que se le abren en el desarrollo de su actividad (12). En este sentido, la norma no tenía más que una sustancia meramente prohibitiva (13), incapaz de permitir la promoción del interés, digno de tutela, que pudiera existir para la constitución de un grupo de estas características.

La redacción del § 284 RefEnt impedía el juego compensatorio entre el perjuicio producido por una instrucción y la ventaja que por otra ulterior pueda llevarse a la sociedad dominada, porque el deber subjetivo de indemnizar los daños se conectaba directamente al daño producido por la instrucción en sí misma considerada (14). Incluso era dudoso si podría compensarse el daño con la ventaja producida por la adopción de una misma medida (15).

b) El RegEnt no renuncia a la protección de los intereses de socios externos y acreedores (16). Mas el instrumento que utiliza el Ent II para forzar a la empresa dominante a celebrar con la sociedad dominada un contrato de dominación ha variado. La empresa dominante ya no es amenazada con la drástica imposición de una responsabilidad objetiva, sino que su poder de dirección es más limitado que

(10) RAUTMANN, ob. y loc., cits. anteriormente.

(11) Así, ¿será responsable la empresa dominante cuando los órganos gestores de la sociedad dependiente adopten, entre las varias razonablemente posibles, una medida idéntica a la propuesta por la primera?

(12) Así HENGELER y KREIFELS, *Absicht und Wirklichkeit...*, pág. 40. En realidad, esta responsabilidad se produce por el hecho de la dependencia, que, en el caso de basarse sobre una participación en la sociedad actuante, se presume cuando alcanza un determinado porcentaje.

(13) FLUME, *Die abhängige...*, cit., pág. 1.

(14) WÜRDINGER, *Rechnungslegung...*, cit., pág. 17.

(15) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 193.

(16) La propuesta de SCHÄFFER para sustituir la responsabilidad objetiva establecida en el primer Proyecto consistía en lo siguiente. La empresa dominante respondería a la sociedad dependiente del resarcimiento de daños en todos los casos en que esta última hubiese sido perjudicada por un negocio realizado con la segunda o con otra empresa del grupo, o cuando la empresa dominante o una empresa del grupo hubiera obtenido por el negocio un beneficio que no hubiera logrado si la sociedad hubiera sido independiente. Los órganos de la empresa dominante responderían, pues, cuando no pudieran probar que la medida a la cual ellos han inducido a la sociedad dependiente no estaba inspirada exclusivamente en el interés de la sociedad dependiente. La carga de la prueba de que el negocio era normal y de que la empresa dominante hubiera obtenido de todas las maneras su beneficio recaería sobre la empresa dominante (SCHÄFFER, *Die Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 64).

si hubiera celebrado un contrato de dominación, en cuanto que se elimina la posibilidad jurídica de que la empresa dominante pueda imponer a la sociedad dominada medidas que impliquen un perjuicio para los intereses de la última, mediante el establecimiento de una responsabilidad, que, sin abandonar los principios de la responsabilidad culposa, permiten a la empresa titular del poder una mayor flexibilidad en el ejercicio del mismo.

En definitiva, para compensar la inexistencia de las garantías que necesariamente acompañan a la celebración del contrato de dominación se impone a la empresa dominante una responsabilidad —que todavía ha de considerarse fuerte— y queda sometida a unos especiales deberes de publicidad que afectan al ejercicio de su poder (17). Sin embargo, no se ha mantenido de modo implacable la lucha contra los grupos de empresas no basados en un contrato de dominación, sino que la existencia fáctica del grupo ha tenido cierto reconocimiento legislativo, ya que se reconoce la legitimidad del ejercicio del poder directivo que corresponde a la empresa directora —en límites más reducidos que los correspondientes a la dirección de un grupo fundado contractualmente— y los presupuestos de cuya existencia pende la responsabilidad que comporta este ejercicio no es tan grave como para impedir que aquél se efectúe.

La solución preconizada por el RegEnt ha obtenido una acogida que puede considerarse favorable en conjunto. No han faltado, sin embargo, críticas basadas en la inconveniencia de someter a la misma responsabilidad distintos supuestos —mera situación de dependencia y grupos fácticos en sentido estricto— (18), o con la inviabilidad del informe sobre las relaciones de dependencia (*Abhängigkeitsbericht*) sobre el cual descansa el nuevo sistema (19).

De estas observaciones se concluye que la adecuación entre poder de hecho y responsabilidad por su ejercicio no ha encontrado hasta el momento una solución realmente satisfactoria (20).

Pero con todas las reservas que el RegEnt pueda suscitar en este punto, parece que su concepción constituye acaso el único camino transitable para formular una regulación jurídica adecuada a la situación real de los intereses (21).

2. La legalización del poder de dominio se realiza —según se ha indicado ya— mediante la celebración de un contrato entre la empresa dominante y la sociedad dependiente. El contrato adecuado para ello es el contrato de dominación, el cual hace perceptible las relaciones entre las diversas empresas agrupadas.

De acuerdo con la dicción literal del Ent II —que habla de “res-

(17) *Beg.*, *Vorbemerkung* a la segunda parte, pág. 226.

(18) Esta es la principal crítica dirigida por las agrupaciones económicas al RegEnt.

(19) Se exponen más adelante al tratar del informe sobre las relaciones de dependencia.

(20) RASCH, *Richtige u. falsche...*, cit., pág. 46.

(21) WÜRDINGER, *Zum Regierungsentwurf...*, cit., pág. 112.

ponsabilidad cuando no existe un contrato de dominio"—, la celebración de los contratos de carácter obligatorio enumerados en el § 281 no legitima a la empresa dominante para impartir instrucciones a la sociedad con la cual ha concertado un contrato, p. ej., de arrendamiento (22). Si, no obstante, estos contratos se utilizan para esta finalidad, entran en juego las normas sobre responsabilidad previstas para los grupos fácticos de empresas.

El contrato de cesión de beneficios se halla situado entre el contrato de dominación y los restantes contratos previstos por el § 281, pues mientras su celebración, modificación y extinción están sometidas a los mismos requisitos (23), y la tutela de socios externos y acreedores se realiza con una intensidad casi semejante (24), la empresa que adquiere el derecho a la totalidad del beneficio tiene que permanecer en una actitud pasiva frente a la sociedad dependiente obligada a la cesión, porque, al no haber "legalizado" su poder directivo, incurirá en la responsabilidad prevista para el ejercicio de hecho de un poder de dominación. Es comprensible que la celebración de este contrato puro sucediera rara vez, ya que nadie querría pechar con las mismas consecuencias desfavorables que si celebrase otro contrato que, con los mismos sacrificios de su interés, le atribuye mayores derechos. Para evitar esta consecuencia el RegEnt establece una norma específica referida a este tipo contractual.

Las garantías establecidas para la protección de los socios externos y de los acreedores cuando la sociedad celebra contrato de cesión de beneficios hacen, pues, innecesario el informe especial del órgano administrativo (§ 305), porque, aun faltando el contrato de dominación, las garantías exigidas para uno y otro caso, son equivalentes, y, en el supuesto de que la empresa dominante utilizara indebidamente su poder de hecho, las consecuencias perjudiciales que originaran a la sociedad dependiente las instrucciones recaerían, en definitiva, sobre la empresa dominante, cuyas expectativas de beneficio disminuirían por la pérdida ocasionada con la medida propuesta (25).

Pero el ámbito de su poder directivo y la responsabilidad en que incurre cuando sobrepase sus límites son los mismos que corresponden al contrato de dominación (26).

II. A la vista de las anteriores directrices, a continuación se expone el sistema mediante el cual se ordena por el RegEnt la

(22) Esta imposibilidad se refiere naturalmente al plano normativo. V. lo que se dijo al tratar de la caracterización de los tipos contractuales calificados por el RegEnt como contratos de empresas.

(23) Qte, por otro lado, son comunes a todos los contratos previstos por el RegEnt.

(24) V. antes el ámbito de los contratos a los cuales se aplica el régimen de garantías previstos por el RegEnt y que separan el contrato de dominación y de cesión de los beneficios del resto de los tipos contractuales.

(25) *Bey.*, al § 305, pág. 233.

(26) SCHUPP, *Das Konzernrecht...*, cit., pág. 742.

ecuación entre poder y responsabilidad de los grupos fácticos de empresas.

A. El ámbito del poder de dirección de la empresa dominante se circscribe, cuando no se ha celebrado un contrato de dominación, por el § 300.

1. El pensamiento fundamental que inspira la norma citada es que el interés de los socios y de los acreedores sociales de la sociedad dominada tiene que protegerse en el cuadro institucional creado para el desenvolvimiento de la sociedad anónima cuando la celebración de otro contrato especial no ha erigido otras medidas protectoras que permitan prescindir de aquéllas. La sociedad dependiente no puede ser impulsada a tomar medidas que perjudiquen su interés, aunque resulta beneficiado el interés de la empresa dominante, el de alguna de las empresas incluidas en el grupo, o el del grupo en su conjunto (27).

La ausencia de unas garantías previas, que aseguren a los accionistas externos y a los acreedores sociales la tutela de sus intereses, impide que la empresa dominante aproveche su poder para beneficiar sus intereses o los del grupo. El interés del grupo no puede pretender una jerarquía superior al interés de la sociedad dependiente, por el mero hecho de que sea un interés cuantitativamente mayor. Al margen de su magnitud, tanto uno como otro son intereses privados de carácter patrimonial, que, para el ordenamiento, son igualmente valiosos. Si se pasa de una consideración puramente cuantitativa —incapaz por sí sola para justificar la subordinación de un interés a otro de la misma naturaleza— a una contemplación cualitativa, la afirmación de que el interés del grupo, por sus dimensiones, adquiere una relevancia para toda la comunidad política en la que el grupo desarrolla su actividad tampoco justifica que, para favorecer el interés del grupo, se perjudique el de la sociedad dependiente, ya que esto representaría una expropiación de derechos privados sin indemnización de los titulares expropiados (28).

2. Pero, por otro lado, este mismo pensamiento justifica que la empresa dominante pueda impulsar a la sociedad dependiente a que tome medidas perjudiciales para su interés cuando los perjuicios estén compensados con otras ventajas. Como, en el supuesto considerado, las ventajas no han sido creadas por un contrato legalizador del grupo —que, por hipótesis, no existe— los beneficios compensadores de los perjuicios tienen que ser comprobados, caso por caso, para atribuirles la virtud de compensar los perjuicios aducidos por los socios de la sociedad dependiente (29).

(27) Con estas normas quedan zanjadas las discusiones alrededor de la relevancia del interés del grupo frente al interés de la sociedad agrupada que el § 101 AktG suscitó en la literatura alemana: v. sobre las distintas opiniones y la opinión actualmente predominante, los com. al § 101 AktGes y, en especial, SCHMIDT, en *Grosskomm. AktGes*, I, págs. 695 y ss.; igualmente GESSLER, *Der Schutz...*, cit.

(28) *Beg.*, al § 300, pág. 229.

(29) V. MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., págs. 346 y ss.

Entonces, es preciso delimitar el concepto de *ventaja*, jurídicamente relevante, para neutralizar los efectos perjudiciales de una medida. En este sentido, el § 300, (2), dice que sólo constituye ventaja relevante a los fines justificadores del § 300, (1), la originada por un contrato tan estrechamente unido con el negocio o medidas perjudiciales que económicamente tienen que considerarse como un negocio unitario. Con esta norma se pretende fijar de manera clara el alcance de la doctrina general de la *compensatio damni cum lucro*, a fin de poder, ulteriormente, fundamentar el deber de redactar el informe de dependencia (30).

El informe tiene que ser anual y, por lo tanto, una compensación general de perjuicios y ventajas queda excluida, porque si cualquier ventaja pudiera aducirse para compensar el perjuicio de la sociedad independiente, habría que esperar a conocer el éxito de la política económica adoptada por la dirección del grupo para tomar una decisión frente a la denuncia del socio. Por otro lado, esta amplitud de la compensación haría prácticamente imposible la prueba de los presupuestos subjetivos exigidos por la norma que impone la responsabilidad. La referencia a un lapso de tiempo determinado —p. ej., ejercicio social— sería arbitraria y no evitaría los inconvenientes que acaban de apuntarse. Por ello, el punto de referencia adoptado es el de la realización de un negocio jurídico o actuación de una medida determinada. De esta manera se limita la fuente común de perjuicio y ventaja, impidiéndose, al mismo tiempo, la invocación de las ventajas generales derivadas de la pertenencia a un grupo de sociedades, ventajas que sólo podrán invocarse cuando la existencia del grupo se haya legalizado mediante la celebración del oportuno contrato de dominación (31).

La estrecha limitación del concepto de ventaja compensadora es objeto de crítica cuando las relaciones entre la sociedad dominada y la empresa dominante no son de simple dependencia, sino que corresponden a las más fuertes de un grupo. Las relaciones entre las empresas del grupo no pueden juzgarse exclusivamente desde el punto de vista de los negocios y medidas aisladamente considerados, porque, además de no ofrecer la buscada garantía para los socios externos, ofrecería insuperables inconvenientes para el seguro funcionamiento de los grupos fácticos de empresas. El grupo posee una tendencia a la permanencia que hace injusta la consideración de una medida aislada, sin conexión con la totalidad de la política económica seguida por la dirección del grupo (32).

B. La delimitación del ámbito del poder directivo que corresponde a la empresa dominante y la previsión del informe que controla su utilización son los presupuestos legislativos para el ulterior estableci-

(30) *Beg.*, pág. 229.

(31) *Beg.*, págs. 231 y 232.

(32) *Stellungnahme II*, págs. 46 y ss. V. lo que se dice, supra en el texto, para justificar la postura del RegEnt.

miento de la responsabilidad en que incurre la empresa dominante, y, en su caso, los órganos de la sociedad dominada.

1. El pensamiento rector de las normas de los §§ 306 y 307 es el de impedir que la empresa dominante ejerza un poder directivo sobre las sociedades dependientes tan amplio como si hubiera celebrado el contrato de dominación que la legitima para ello. Los límites que, a falta de su contrato, impone el § 300 (33) arrastra, pues, el establecimiento de una responsabilidad especial para la empresa dominante y sus representantes legales para el caso de que los sobrepasen (34).

Pero, para asegurar la realización de estas finalidades, el RegEnt abandona el instrumento de la responsabilidad objetiva, utilizado por el RefEnt, y torna hacia un precepto del AktGes 1937, que, aunque no ha funcionado en la práctica hasta el momento actual (35), ofrece la posibilidad de desarrollar la responsabilidad en que incurren las personas que utilizan su influjo dominante para perjudicar los intereses propios de la sociedad dominada (36). La adaptación del § 101 AktGes 1937 se efectúa mediante el fortalecimiento de la responsabilidad prevista por aquél precepto (37).

2. La empresa dominante es la persona responsable, frente a la sociedad y, en su caso, frente a los socios, cuando se produce el daño en las circunstancias que después se verán (38).

a) Junto a la empresa dominante, responden solidariamente sus representantes legales, pues la realización de los fines pretendidos por este grupo de normas hace imprescindible la declaración de responsabilidad de estas personas —en las mismas circunstancias que responde la empresa de la cual son representantes— (39).

Pero, aquí, cesa el círculo de las personas gravadas con la responsabilidad impuesta por este precepto: los empleados dirigentes de la empresa dominante no responden, según estos principios, sino en virtud de los principios generales o de la aplicación del § 113 RegEnt (40).

b) La empresa dominante responde, no sólo frente a la sociedad dependiente, sino también frente a los socios de la misma, los cuales poseen una acción propia para obtener el resarcimiento de los perjuicios que, directamente, les haya irrogado la medida inspirada por la empresa dominante, al margen de los perjuicios que se les hayan mediataamente originados como consecuencia del daño recaído directamente en las sociedades —y que, por su condición

(33) V. supra sobre el poder directivo atribuido a una empresa dominante en virtud de un contrato de dominación.

(34) Beg., al § 306, pág. 233.

(35) Así lo hace notar MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., loc., cit.

(36) Beg., al § 306, pág. 233.

(37) Sobre este problema, v. con anterioridad.

(38) Es insuficiente la responsabilidad de los miembros del órgano administrativo y del consejo de vigilancia, por lo cual es preciso añadir la responsabilidad de la empresa misma: v. SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 64.

(39) Beg., al § 306, pág. 224.

(40) Beg., loc., cit. v.: FLUME, *Dic abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 3. El § 113 RegEnt, corresponde al § 101 AktGes.

de socio, repercuten, en definitiva, sobre su patrimonio— (41). Esta acción de los socios es, ciertamente, una acción distinta de la acción social —para cuyo ejercicio también están legitimados en ciertas condiciones los socios— (42), porque, como aclara la fundamentación del proyecto, no sólo son distintos los presupuestos de su nacimiento, sino, porque, además, la renuncia o la transacción sobre la acción social no afecta a la acción cuya titularidad pertenece a los socios para resarcirse de los daños sufridos inmediatamente en su patrimonio (43).

c) Los presupuestos para el nacimiento de la acción social manifiestan el cambio de rumbo que ha experimentado el RegEnt con relación al primer proyecto.

a') En cuanto a los presupuestos de carácter *objetivo*, el § 306, (1), exige cumulativamente dos requisitos. En primer lugar, que la empresa dominante haya ejercido, por cualquier medio, su influjo sobre la sociedad dominada, a fin de hacerla tomar una resolución perjudicial para sus intereses. La responsabilidad de la empresa dominante nace aunque su influencia se realice mediante el ejercicio del derecho de voto que, por su participación en la sociedad dependiente, le corresponde en la junta general, o mediante el influjo ejercido sobre personas al servicio de la sociedad que no pertenecen al Consejo de Administración (45).

Es indiferente el medio del cual se vale la empresa dominante para perjudicar los intereses de la sociedad dependiente. Su poder puede ejercerse, no sólo mediante influjo sobre los miembros del órgano administrativo o del Consejo de vigilancia, sino también mediante el ejercicio de su voto en la junta general. En todos estos supuestos la empresa dominante es responsable de los perjuicios causados a la sociedad dependiente. Si, por regla general, el ejercicio del voto no comporta ninguna responsabilidad para su titular, en los casos en que un socio —dotado de la cualidad de empresario— puede determinar el destino de la sociedad en la cual participa surge un especial deber de atender los intereses de su coaccionistas, que si es infringido justifica la imposición de la correspondiente responsabilidad (46).

Además, en segundo lugar, que la sociedad influida haya experimentado un daño no compensado con una ventaja. El sentido y funcionamiento de este presupuesto se comprenden teniendo presente lo dicho al tratar el concepto de ventaja.

b') Mas el cumplimiento de estos dos presupuestos de carácter

(41) Sobre esta particularidad de la acción de responsabilidad cuando no existe contrato de dominación no dice nada la Exposición de motivos al § 306.

(42) V. más adelante sobre la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y de sus presupuestos.

(43) *Beg.*, pág. 234.

(44) Cf.rs. con la regulación dispuesta por el § 113 del Proyecto para los casos de dependencia que no caigan bajo la regulación de los grupos de empresas.

(45) *Beg.*, pág. 234.

(46) *Beg.*, pág. 229.

objetivo no desencadena, sin más, la responsabilidad de la empresa influyente, sino que, a diferencia de lo que ocurría en el RefEnt, se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo, al disponer el § 306, (2), que no nace el deber de resarcimiento si un administrador (*Gechtsleiter*) ordenado y escrupuloso de una sociedad independiente hubiere contraído el negocio jurídico o tomado u omitido la medida causante del daño cuyo resarcimiento se pretende. Es decir, para que el daño sea resarcible es necesario que en el momento de ejercer la influencia haya podido preverse, empleado la diligencia que hubiera puesto un ordenando y cuidadoso gerente en la dirección de su empresa independiente, los daños que acarrearían las medidas adoptadas.

d) La extinción de la acción social de responsabilidad se regula de manera semejante a lo establecido para la extinción de la acción de responsabilidad contra la empresa dominante de un grupo de empresas basado en el contrato (47). La renuncia —y lo mismo se aplica a la transacción— de la acción social de responsabilidad no puede hacerse más que después de transcurrir tres años desde su nacimiento si los accionistas externos asienten a ello mediante un acuerdo especial y una minoría que represente la décima parte del capital participante en el acuerdo no hace constar en el acta su oposición.

La limitación de los tres años no se aplica cuando la empresa obligada al resarcimiento es insolvente (*Zahlungsunfähig*) y se ha concertado con sus acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal.

Las acciones a las que se ha hecho referencia prescriben a los cinco años.

a) La legitimación para el ejercicio de la acción social corresponde, en primer lugar, a los órganos sociales de la sociedad perjudicada, pero —de la misma manera que cuando se exige la responsabilidad en caso de contrato de dominación— también están legitimados los socios y los acreedores sociales.

Cualquier accionista, puede, en consecuencia, hacer valer la acción social de responsabilidad, pero el resarcimiento del daño sufrido por aquél sólo puede obtenerse mediante una prestación de la sociedad.

Por otro lado, los acreedores sociales pueden ejercitar también la acción social cuando no pueden obtener la reparación de sus perjuicios dirigiéndose a la sociedad.

Pero la legitimación de los accionistas y de los acreedores es sustituida por la del administrador concursal mientras esté pendiente el procedimiento concursal, abierto sobre el patrimonio de la sociedad.

3. Si cuando desaparece contractualmente la independencia de la sociedad por acciones, se mantiene, sin embargo, la responsabilidad en ciertos supuestos de sus propios órganos, con mayor razón esta responsabilidad debe de perdurar cuando la sociedad está dominada de hecho por otra empresa.

(47) *Bdg.*, pág. 234.

a) El hecho decisivo para establecer esta responsabilidad es que no existe un negocio mediante el cual se produzca una mutación en la titularidad del poder directivo de la sociedad, el cual dejará de residir en los órganos sociales para radicar en la empresa dominante. Por lo tanto, los órganos de la sociedad son responsables en la misma medida que lo son los órganos de una sociedad independiente, ya que ésta continúa siéndolo en el plano jurídico, aunque de hecho sea dependiente.

En los mismos términos que el § 113, 2, (1), el § 307, 2, establece la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano administrativo y del consejo de vigilancia cuando han incumplido en su actuación como órganos los deberes que su cargo les impone.

b) El contenido de esta norma se separa en dos momentos del que establece la responsabilidad de los órganos de la sociedad jurídicamente sometida por un contrato de dominación a la influencia de una empresa dominante.

La responsabilidad solidaria de los órganos sociales se extiende al resarcimiento de los daños causados inmediatamente a los accionistas con independencia del daño experimentado indirectamente por su condición de socio al perjudicar a la sociedad (48).

Por otro lado, la responsabilidad de que venimos hablando no surge cuando la actuación de los órganos sociales —presuntamente responsables— descansa en un acuerdo legalmente adoptado por la junta general. La justificación de estas normas radica en que la junta general —a diferencia de lo que sucede cuando se ha celebrado un contrato de dominación— continúa siendo el órgano supremo en la estructura orgánica de la sociedad por acciones. Ahora bien, esta cualificación sería incompatible con la responsabilidad, en estas condiciones, de los otros órganos sociales y, al mismo tiempo, injusta para los gravados con la misma (49). La aprobación de la medida perjudicial por el Consejo de vigilancia no excluye el deber de resarcimiento —§ 307, (2), i.f.— (50).

El ejercicio de esta acción, así como su extinción, se regula —por expresa remisión del § 307, (3)— según lo dispuesto en la materia para la acción de resarcimiento contra la empresa dominante y sus representantes legales (51).

C. Recogiendo proposiciones surgidas con motivo de la disención del RefEnt —especialmente debidas a FLUME (52)—, el § 301 introduce un informe sobre las relaciones de dependencia (*Abhängigkeitsbericht*)

(48) Esta norma coincide con la del § 113 (V. *Bdg.*, pág. 146 y pág. 234) y difiere de la establecida para la responsabilidad de los órganos de la sociedad sometida por un contrato de dominación.

(49) *Bdg.*, al § 307, pág. 234.

(50) Igual ocurre cuando se ha celebrado un contrato de dominación.

(51) Cfrs. con anterioridad sobre esta cuestión.

(52) FLUME, *Der Referententwurf...*, cit., *passim*; v. también FLUME, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, cit.: GESSLER, *Der Schutz*, cit.

cuya redacción incumbe al órgano administrativo y sometido después a un control especial —del que se ocupan los §§ 302 y ss.

1. La finalidad que se propone el proyecto con la introducción de este nuevo informe es la de asegurar la información —y, eventualmente, los medios probatorios— de las personas interesadas en hacer efectiva la responsabilidad del órgano responsable de la empresa dominante. El § 101 AktGes no se ha aplicado en ningún caso, porque los socios externos y los acreedores de la sociedad ni conocen los negocios que han sido sugeridos o impuestos por la empresa dominante al órgano administrativo de su sociedad, ni, caso de que los conozcan, disponen de las pruebas necesarias para hacer efectiva la responsabilidad, de las cuales, sin embargo, dispone la sociedad.

Con la nueva institución del informe, al mismo tiempo que se logran estos objetivos, pretende el proyecto evitar los inconvenientes que se producirían de utilizar para las finalidades señaladas otros instrumentos de publicidad ya regulados por la Ley. Estos serían o el informe anual que acompaña a los documentos contables en la rendición de cuentas o el derecho de información de los accionistas durante la celebración de la junta. Una ampliación del ámbito de estos medios informativos es inadecuado para facilitar las pruebas de los negocios perjudiciales para la sociedad, porque el informe no puede contener todas las circunstancias de los negocios interesantes para la posible responsabilidad de la empresa dominante. Por otro lado, los informes pedidos por el accionista durante la celebración de la junta general pueden ser lícitamente negados por el órgano administrativo cuando, por su naturaleza, sean susceptibles de perjudicar el interés social. La existencia del informe allana estas dificultades.

2. Como ya se ha dicho, es el órgano administrativo de la sociedad dependiente quien ha de redactar el informe pertinente —§ 301, (1)—, ateniéndose a los principios que corresponden a una rendición de cuentas consciente y leal —§ 301, (2)—.

a) El informe tiene que redactarse dentro de los tres primeros meses del ejercicio anual.

b) El aspecto más importante que ofrece la regulación de este nuevo informe es el de su contenido alrededor del cual gira después la censura.

a') El informe tiene que relacionar tres grupos de negocios, indicando, al mismo tiempo, las particularidades interesantes para la finalidad que se persigue con su implantación por el Proyecto.

Los tres grupos de negocios a los cuales se refiere el § 301, (1), son los siguientes:

1.º Todos los negocios jurídicos que la sociedad haya celebrado con la empresa dominante o con alguna de las empresas incluidas en el grupo. Estos negocios han de relacionarse cualquiera que haya sido

la intervención en ellos de la empresa dominante (53) y cualquiera que haya sido el resultado económico para la sociedad dependiente.

2.º Los restantes negocios jurídicos que haya celebrado la sociedad dependiente que hayan sido sugeridos por la empresa dominante o que se hayan realizado en interés de ésta o de alguna de las empresas pertenecientes al grupo.

3.º Por último, con carácter comprensivo (54), todas las medidas sin carácter negocial que la sociedad dependiente haya realizado u omitido siguiendo las sugerencias de la empresa dominante o en interés de ésta o de alguna de las empresas del grupo.

El carácter descriptivo de este informe puede ofrecer dificultades de redacción si se considera que, para lograr un cuadro completo de las relaciones entre las empresas del grupo y la sociedad dependiente, se exige que el órgano administrativo mencione todas las relaciones, tanto las de carácter negocial como las de carácter extranegocial, existentes en el grupo. Pero hay que tener en cuenta que, frecuentemente, las relaciones entre la empresa dominante y la sociedad dependiente se desarrollarán, por la índole de las prestaciones y las condiciones en que se realizan, en un marco típico, lo cual, sin perjuicio de indicar individualmente los negocios celebrados, permitirá simplificar la exposición exigida (55).

Para que el informe permita comprobar la conveniencia de todos los negocios debe de mencionar las circunstancias que les configuran económicamente. Así, en los negocios jurídicos, tiene que indicarse la prestación y la contraprestación; y en las medidas de carácter extranegocial, los fundamentos para su adopción y los beneficios y perjuicios que producen a la sociedad. Cuando los perjuicios se compensen con las ventajas, éstas tienen que indicarse individualmente (56).

b') El informe concluye con una declaración del órgano administrativo que lo ha redactado, en la cual haga constar que la sociedad obtuvo en todos los negocios celebrados una contraprestación adecuada según las circunstancias que conocía en el instante de que se celebraron y que las medidas adoptadas u omitidas no la perjudicaron o, en su caso, que los perjuicios han sido compensados con los beneficios —§ 301, (3)—.

La eficacia de esta declaración, está en función de la publicidad que adquiere. Mientras el informe en su totalidad es reservado, esta declaración tiene que incluirse en el informe anual —§ 301, (3), i.f.—. El deber de publicar esta declaración constituye una constante advertencia (57) para el órgano administrativo de que, conforme a los deberes

(53) *Beg.*, pág. 230.

(54) *Beg.*, pág. 231, con ejemplos: colocación de un producto, renuncia a un mercado...

(55) Así lo hace notar *Beg.*, loc. cit.

(56) Recuérdese lo dicho anteriormente con anterioridad al examinar el concepto de ventaja relevante a estos efectos.

(57) *Beg.*, pág. 231. Sobre la publicidad del resultado de la actividad de la censura sobre el informe de los administradores, v. más adelante.

inherentes a su cargo, tienen que tutelar los intereses de su sociedad incluso frente a los de la empresa dominante, porque, con esta publicación en el registro, no sólo los accionistas y los terceros conocen sus posibles infidelidades, sino que, además, puede ser juzgada por los empleados encargados de la alta dirección, conocedores de las particularidades que rodearon a los negocios a que se refiere el informe.

3. El informe redactado por el órgano administrativo de la sociedad dependiente se somete a un control riguroso, que se desarrolla en sucesivas etapas, de las cuales, las dos primeras —control de los censores y control del Consejo de vigilancia— tienen carácter necesario, mientras que la última tiene carácter extraordinario y puede, por lo tanto, faltar.

a) La censura ordinaria se descompone en dos censuras sucesivas semejantes al control que se ejercita sobre los otros documentos mediante los cuales se hace efectiva la obligación de los órganos gestores de rendir cuentas de su actividad.

a') La piedra angular de toda la regulación proyectada para el ejercicio fáctico de un poder de dominio sobre una sociedad por acciones es la censura del informe especial por los censores de cuentas (*Prüfung durch die Abschlussprüfer*).

aa) El introducir un control fuera de los órganos sociales es, como afirman las observaciones a este precepto, ineludible e indispensable, porque la censura ejercida por el órgano de vigilancia (58) sobre el documento no es adecuado, ya que, por el influjo que la empresa dominante ejerce sobre la formación de este órgano, podría ocurrir que un Consejo integrado por mayoría de representantes de aquélla subvirtiera —al ser juez y parte— la ordenación que corresponde a los intereses en juego, dando la preponderancia al interés de la empresa dominante sobre el interés de la sociedad de la cual son órganos (59).

Mas una vez que se decide la introducción de un control encomendado a una instancia externa a los órganos sociales, se presenta un nuevo problema, cuya gravedad es indicada por la extensión que la Exposición de motivos del RegEnt dedica a explicar y defender su postura. Se trata de hallar las personas más adecuadas para realizar tal tarea.

El proyecto atribuye la función de controlar el informe sobre las relaciones de dependencia a los censores de cuentas. Para ello se basa en que esta nueva función que se les encomienda no es esencialmente distinta a las que, fuera del ámbito del derecho de acciones (60), venían desempeñando estos técnicos. Incluso en esta esfera, no ha sido extraño, según muestra la experiencia, que, voluntariamente o a ins-

(58) Que, según la constitución orgánica de la sociedad por acciones, es el órgano encargado del sombramiento del órgano de administración.

(59) *Beg.*, al § 302, pág. 231. También SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63; GESSLER, *Der Schutz...*, cit., pág. 264.

(60) V. ejemplos en *Beg.*, pág. 231.

tancias de un acreedor, fuera examinada la gestión de los negocios por censores (61). Por otro lado, partiendo de algún supuesto aislado contemplado por el AktGes del 1937 (62) y del examen de las relaciones de dependencia en la memoria anual, la doctrina (63) había llegado a sostener que los censores tienen que examinar si la sociedad ha dispuesto de su patrimonio a favor de los socios sin obtener la contraprestación adecuada.

Por estas razones, aun reconociendo que los censores, por la atribución de esta nueva tarea, se verán gravados con una considerable o incómoda responsabilidad (64), son sólo ellos quienes, por su imparcialidad, su competencia técnica y su conocimiento de las relaciones entre empresa dominante y sociedades dependientes (65), pueden salir más airoso en el desempeño de esta tarea, sin cuya ejecución queda sin sentido la redacción del informe sobre las relaciones de dependencia.

Los censores encargados del examen del informe del órgano administrativo son los mismos que censuran la rendición de cuentas (66), y, por lo tanto, la independencia de estos censores tiene que ser especialmente cuidada, porque, de lo contrario, desaparece toda posibilidad de que la regulación prevista se desenvuelva en beneficio de los accionistas minoritarios (67).

bb) Al mismo tiempo que el órgano administrativo presenta los documentos contables y el informe anual para la rendición de cuentas, ha de presentar el especial informe de las relaciones de dependencia a los censores —§ 302, (1)—, quienes habrán de comprobar los siguientes extremos enumerados expresamente por el proyecto.

En primer lugar, tienen que comprobar si los datos facticos contenidos en el informe son exactos —§ 302, (1), 1—. Para ello se pueden limitar a comprobar, no todos, sino algunos tomados al azar

(61) Así *Beg.*, loc. cit.

(62) Por ejemplo, cuando se trata de controlar la adecuación que existe entre prestación y contraprestación en el caso de aportaciones no dinerarias: § 31, 1 AktG. V. también *GESLER, Der Schutz...*, cit., pág. 266.

(63) *ADLER, DÜRING, SCHMALTZ, Rechnungslegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft*, en el com. al § 135, cit., por *Beg.*, pág. 232.

(64) Así *Beg.*, pág. 232. Objecciones derivadas de la nueva carga que representa la función de censura se han suscitado fundamentalmente desde la esfera de los círculos profesionales afectados por el proyecto.

(65) Recuérdese que, de hecho, en la práctica los censores han asumido voluntariamente la función de controlar estas relaciones en algunos de sus aspectos.

(66) Este hecho permite suponer que el censor está familiarizado con las relaciones de la sociedad, lo cual constituye una de las razones para atribuirle las nuevas funciones censoras.

(67) V. sobre la cuestión las observaciones de *RASCII, Richtig und falsche Wege...*, cit., pág. 46 —quien apunta la posibilidad de que los censores puedan realizar su censura influidos por la posible elegibilidad en años sucesivos—, y de *KOPPENBERG, Der Schutz...*, pág. 401, quien propone el nombramiento de un censor especial para varios años, con lo cual se independizaría su situación de la influencia de las personas que lo hubieran nombrado y que, incluso, permitiría excluir la censura extraordinaria que más adelante se examina.

como muestra, de igual manera que se hace con los datos contenidos en el inventario de la rendición de cuentas. No es objeto inmediato de comprobación si el informe contiene todos los datos necesarios, pero si de la investigación que cae bajo su competencia resulta que el informe es incompleto, tienen que indicarlo así (68). A ello se refiere el contenido del informe que han de emitir los censores.

En segundo término, los censores tendrán que comprobar la adecuación entre prestación y contraprestación de los negocios jurídicos enumerados en el informe, examinando para ello si la prestación de la sociedad no fue desproporcionadamente alta (*nicht unangemessen hoch war*) o si en los negocios perjudiciales para la sociedad, los perjuicios están compensados por los beneficios en la manera que antes se ha expuesto. Para que esta tarea pueda realizarse con probabilidades de éxito es necesario dejar al censor un cierto ámbito de discrecionalidad (*Spielraum*) (69). El criterio decisivo para juzgar este punto es el de si la contraprestación es defendible desde el punto de vista de una consideración comercial razonable, pero no han de fijarse en ligeras desviaciones de lo que ellos consideren precio adecuado, o en la llamativa desproporción (*auffälliges Missverhältnisse*) entre prestación y contraprestación (70).

Las dificultades para realizar la censura aumentan cuando se trata de examinar la conveniencia de las medidas que la sociedad dependiente ha tomado impulsada por la empresa dominante porque, en este caso, no existe la posibilidad de una comparación objetiva —dentro del necesario ámbito de discrecionalidad— entre prestación y contraprestación (71). Por ello, en tercer lugar, los censores tienen que examinar si no existen circunstancias que permitan juzgar las medidas contenidas en el informe de manera esencialmente distinta a la de los administradores.

Con la formulación legal intentan salvarse las dificultades que ofrece el juzgar las medidas tomadas por la sociedad sin la comparación objetiva antes mencionada. No tienen, por tanto, que comprobar si la medida tomada por la sociedad era o no adecuada o si era incompatible con los deberes de un ordinario y consciente director de negocios, sino la fundamentación lógica de las medidas enumeradas por el informe, de suerte que la administración haya observado todos los posibles puntos de vista desde los cuales puede contemplarse la medida tomada por la sociedad dependiente.

cc) En el cumplimiento de sus funciones, los censores tienen en esta ocasión los mismos derechos de información y de examen que cuando censuran los documentos contables presentados para la rendición de cuentas.

No se ha considerado necesario insertar preceptos especiales para

(68) *Bdg.*, al § 302, pág. 232.

(69) GESSLER, *Der Schutz...*, cit., pág. 267.

(70) *Bdg.*, al § 303, pág. 232; también GESSLER, ob y loc., cits.

(71) GESSLER, ob y loc., cit.

regular, civil y penalmente, la responsabilidad en que incurren los censores en el desempeño de sus funciones (72). Están sujetos a los mismos deberes, y, por lo tanto, incurren en la misma responsabilidad prevista para su infracción en la censura de las cuentas anuales (73).

El resultado de la actividad de los censores se recoge en un informe escrito, que han de firmar y presentar al órgano administrativo —§ 302, (2).

En cuanto a su contenido, sólo se prescribe que si los censores, en el cumplimiento de sus funciones según el § 150, (1), comprueban que el informe de los administradores es incompleto tienen que informar sobre ello en su informe.

Importancia especial adquiere la nota (*Vermerk*) con la cual, preceptivamente, han de concluir los censores su informe, recogiendo los resultados de su actividad. La nota tiene que estar firmada por los censores, con indicación en ella del lugar y del día.

El contenido de la nota es distinto, según los censores hayan o no hallado objeciones que oponer al informe del órgano administrativo.

Para evitar en lo posible equívocos sobre la índole y el círculo de la censura realizada por los censores (74), se prescribe la fórmula obligatoria mediante la cual han de emitir su conformidad con los términos del informe presentado por el órgano administrativo. Corresponde de un modo literal al objeto de la actividad censora descrito anteriormente y, en el caso de que alguna de sus partes no tuviera objeto, puede simplificarse.

Si los censores han comprobado que el informe del órgano administrativo es incompleto o que hay que elevar objeciones, tienen que negar o limitar la aprobación del documento.

Cuando los mismos administradores hayan declarado en su informe que la sociedad ha sido perjudicada por determinados negocios jurídicos o medidas o que los perjuicios han sido compensados por las ventajas en el sentido ya explicado, los censores no necesitan adoptar postura sobre ellos en su nota, sino meramente indicarlo así en ella remitiéndose al juicio expresado ya por el órgano administrativo y limitarla a los restantes negocios o medidas contenidos en el informe censurado.

La nota de aprobación ha de incluirse en el informe del órgano de vigilancia —§ 303, 2—, a fin de que sea conocida por la junta general.

Se ha considerado superflua la previsión de un procedimiento judicial, análogo al previsto con motivo de la censura de las cuentas anuales (75), para dirimir las diferencias de opinión entre el órgano administrativo y los censores de cuentas. La razón que se aduce para ello

(72) *Beg.*, pág. 302.

(73) *Beg.*, pág. 233.

(74) *Beg.*, al § 304, pág. 232.

(75) § 157 del Proyecto y que se utiliza con motivo de la redacción del balance del grupo.

es que las dificultades suscitadas por este procedimiento poseen, más que carácter jurídico, carácter económico (76).

b') Con carácter necesario, el Consejo de vigilancia interviene, de manera correspondiente a sus funciones de órgano de vigilancia, en el control al cual es sometido el informe del órgano administrativo. Pero no de manera exclusiva ni definitiva, ya que el consejo de vigilancia de la sociedad dependiente estará formado en todo o en parte con personas que gocen de la confianza de la empresa dominante (77).

El órgano administrativo, una vez que los censores han concluido su tarea, tienen que presentar al Consejo de vigilancia su informe sobre las relaciones de dependencia y el informe que sobre éste han emitido los censores, juntamente con las propuestas referentes a la distribución del beneficio social prescritas por el § 158 (78), que han de presentarse a la junta general —§ 303, (1).

El Consejo de vigilancia tiene que examinar el informe sobre las relaciones de dependencia en una sesión en la cual participarán los censores, si así lo exigiera aquél órgano —§ 303, (4)—. El examen realizado por el Consejo de vigilancia no se limita a ciertos negocios y medidas realizados por la sociedad (79), sino que, de acuerdo con el carácter de vigilancia de este órgano, su actividad se extiende a la comprobación de si existen objeciones contra el informe presentado por la administración.

En su informe a la junta general, el Consejo de vigilancia tiene que informar a ésta del resultado del examen que ha realizado del informe de las relaciones de dependencia.

b) La iniciativa de los accionistas —para la protección de cuyos intereses se configura el informe del órgano administrativo y su censura— comienza cuando, por el resultado de las comprobaciones efectuadas por los censores de cuentas o por el Consejo de vigilancia, existen motivos suficientes para sospechar que los intereses de la sociedad han sido perjudicados por la infracción de los deberes que pesan sobre los órganos de gestión (80). Entonces se articula, a iniciativa de los socios, una censura especial cuyas particularidades son las siguientes.

El derecho a pedir el nombramiento de un censor especial pertenece a todo socio, sin que sea necesario, como ocurre para pedir la censura especial del § 135, 2, reunir una determinada minoría. Este derecho abarca también el de poder exigir la sustitución judicial del

(76) *Beg.*, pág. 233.

(77) Así SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63, con motivo de la crítica a la primera proposición de FLUME.

(78) El examen de los documentos presentados no pueden negarse a ninguno de los miembros del consejo de vigilancia.

(79) La posición orgánica de los miembros del consejo de vigilancia no es afectada por el hecho de que su sociedad —de la cual son órganos— pertenezca a un grupo de empresas. Sus funciones continúan siendo las mismas que si fuera una sociedad independiente en el plano económico.

(80) *Beg.*, al § 304, pág. 233.

censor que hubiera nombrado la junta general para la comprobación de los mismos precedentes.

Descriptivamente son enumerados los supuestos que originan el nacimiento de este derecho individual del socio. Son éstos: *a)* cuando los censores han limitado su aprobación —o la han negado— al informe de los administradores sobre las relaciones de dependencia entre su sociedad y la empresa dominante; *b)* cuando el consejo de vigilancia declara que es procedente promover objeciones contra la conclusión de dicho informe; *c)* cuando el mismo órgano administrativo ha declarado en su informe que la sociedad ha sido perjudicada por determinados negocios jurídicos, sin que los perjuicios hayan sido compensados por ventajas.

El nuevo control abierto con la petición de los accionistas no se limita al examen del negocio cuya desaprobación ha originado el nombramiento del censor, sino que se extiende al examen y a la comprobación del conjunto de relaciones negociales entre la sociedad y la empresa dominante o una empresa dominada por ésta —§ 304, (1) b)— (81).

Esta censura se rige por lo dispuesto, con carácter general, para la censura extraordinaria (82).

De manera especial tiene que subrayarse en este momento el derecho que tiene cada accionista a exigir una copia del informe (83) con lo cual se encuentra en posesión de un documento que le permitirá, con probabilidades de éxito, hacer valer en juicio su pretensión de resarcimiento (84).

(81) *Beg.*, pág. 233.

(82) Así *Beg.*, loc. cit.

(83) Según el § 138 (4), 4; y expresamente lo reconoce *Beg.*, pág. 233.

(84) Una de las finalidades —como se ha dicho— más relevantes de las buscadas con la implantación del informe sobre las relaciones de dependencia.

VIDA JURIDICA

DICTAMENES

Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.^º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de
Sevilla y antes en la de Santiago de Compostela

A N T E C E D E N T E S:

PRIMERO.—Don E. B. F. falleció en estado de casado con doña M. M. C., bajo testamento que había otorgado el día 5 de diciembre del año 1958; cuyo testamento contiene, entre otras que no interesan, las siguientes cláusulas:

I. Nombra albacea, con facultad de administrar la herencia, representarla en juicio y fuera de él, a su esposa M. M. C.

II. Manifiesta que de su matrimonio con la albacea tiene siete hijos llamados: V., J., A., M., C., D. y R. B. M.

III. Es su voluntad que su esposa sea usufructuaria vitaliciamente de todos sus bienes, derechos y acciones.

IV. Que constituyendo sus bienes una explotación agrícola que desmerecería mucho con su división, y haciendo uso de la facultad que le concede el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil, instituye heredera universal a su hija R. B. M., con la obligación de abonar a los demás hijos, sus seis hermanos: V., J., A., M., C. y D. B. M., la legítima corta o estricta en metálico.

V. Que, no obstante lo consignado en la cláusula anterior, es su voluntad que su hija y heredera R. entregue a cada una de sus hermanas V., A., M. y C. veintisiete mil pesetas a cada una, y a sus hermanos J. y D. veintidós mil pesetas a cada uno, aunque valorados justamente los bienes de su propiedad el importe de la legítima corta no asciende a dicha cantidad; pero si alguno de sus hijos no se conformase con este su testamento e hiciere la más mínima oposición, entonces sólo recibirá, y en metálico, el importe de su legítima corta o estricta, acreciendo el exceso a la hija y heredera R.

SEGUNDO.—Ante el mismo Notario y el mismo día, o sea, el 5 de diciembre de 1958, don E. B. F. y doña M. M. C., de ochenta y seis años el primero y de ochenta y uno la segunda, otorgaron escritura de donación a favor de su hija R. B. M., cuya R. compareció en dicha escritura intervenida de su esposo don S. S. F. aceptando la donación; la escritura de donación dice:

«EXPOSICIÓN:

I. Que los cónyuges don E. B. F. y doña M. M. C., son dueños de las siguientes fincas:

(Seguidamente se describen cuarenta y seis fincas y se hace constar que pertenecen las partidas número cuarenta, cuarenta y una, cuarenta y tres y cuarenta y cuatro a doña M. M. C.; que la cuarenta y seis tiene la condición de ganancial, siendo las restantes de la propiedad de don E. B. F.).

II. Que por testamento otorgado ante mí en esta villa, en el día de hoy, don E. B. F., haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil, ha instituido heredera de todos sus bienes a su hija R., con la obligación de abonar a sus hermanas V., A., M. y C., veintisiete mil pesetas a cada una, y a sus hermanos J. y D., veintidós mil pesetas a cada uno.

III. Igualmente, doña M. M. C., por testamento otorgado en el día de hoy ante mí en esta villa, ha instituido heredera de todos sus bienes a su hija R., con la obligación de abonar a sus hermanos, V., J., A., M., C. y D., tres mil pesetas a cada uno.

OTORGAN:

I. Don E. B. F. y doña M. M. C. hacen donación perfecta e irrevocable de todas y cada una de las fincas descritas en la parte expositiva de esta escritura, con todos sus derechos, usos y servicios, a su hija R. B. M., con la obligación de cumplir lo dispuesto por ambos en sus respectivos testamentos y que se deja consignado en la exposición de esta escritura.

II. Los donantes se reservan el usufructo simultáneo y vitalicio de los bienes donados y, por tanto, no se consolidará la plena propiedad hasta el fallecimiento de ambos, quienes manifiestan que, con este usufructo y otros bienes que poseen, tienen lo suficiente para su decorosa subsistencia.

III. Acepta la precedente donación doña R. B. M., muy agradecida a la liberalidad de sus padres.

IV. Esta donación se valora a efectos fiscales en treinta y cinco mil pesetas».

TERCERO.—Los donantes, o sea, don E. B. F. y doña M. M. C., vivían en la casa donada, que es la primera partida que se describe en la donación, y poseían todas las fincas de que eran dueños, si bien tenían arrendadas las que radican en los Ayuntamientos de A. y B., ya que las de la donación están todas en el de C.; y con ellos vivían ayudándoles en el cultivo de las fincas, la donataria, su esposo e hijos.

CUARTO.—Al fallecimiento de don E. B. F. continuó doña M. M. C. en la casa con R., su esposo e hijos, hasta que a los cinco meses se le hizo imposible seguir viviendo con R. y familia, en cuya fecha dejó la casa y llamó a conciliación a R., intervenida de su esposo, para que se allanase a dejar libre y a su disposición para administrarlos, la totalidad de los bienes que constituyen la herencia de don E. B. F., por ser usufruc-

tuaría vitalicia de tales bienes, según el testamento de dicho causante; que R. hiciese entrega de todos los frutos percibidos y que la repetida R. señárase, dentro de los ocho días siguientes al de la celebración del acto conciliatorio, día, lugar y hora para hacerle entrega de los bienes y frutos. Doña R. compareció a celebrar el acto conciliatorio, intervenida de su esposo, y contestó lo que sigue: «Que si bien doña R. es nudapropietaria de los bienes que constituyen la herencia de don E. B. F., fallecido el 15 de noviembre de 1959, en virtud de la escritura de donación y testamento abierto otorgado por dicho causante ante el Notario de C. el día 5 de diciembre de 1958, en cuya escritura y testamento dejó usufructuaría a su esposa doña M. M. C., la demandante, sin embargo, el poseedor de los bienes que fueron del causante don E. B. F., es el esposo de la donataria y heredera, don S. S. F., en virtud de los acuerdos anteriormente ya existentes entre el finado don E. B. y su esposa doña M. M. C., de una parte, y el señor S. F. de otra, y especialmente del convenio entre los mismos celebrado el mismo día del otorgamiento de la referida escritura de donación y testamento, cuyos acuerdos y convenios está dispuesto a cumplir bien y fielmente como hasta la fecha lo viene haciendo».

QUINTO.—La herencia de don E. B. F. está formada por las cuarenta y una fincas que se describen en la escritura de donación, una finca en B. y unas treinta fincas que radican en el Ayuntamiento de A., éstas adquiridas en constante matrimonio con doña M. M. C., y cuyas treinta fincas aparecen vendidas por don E. B., con intervención de su esposa, al marido de la donataria, doña R., o sea, a don S. S. F., hijo político, por escritura otorgada en C. ante el mismo Notario, el día 16 de febrero de 1959, por precio equivalente a la sexta parte de su valor.

Las fincas que se describen en la escritura de donación están bastante distantes unas de otras; y la de B. y las que radican en A. nunca formaron una explotación agrícola, ya que las relacionadas en la donación siempre las cultivó el donante causante, y las otras casi siempre estuvieron arrendadas.

SEXTO.—Durante el matrimonio de don E. B. F. y su esposa doña M. M. C., el don E. vendió diferentes fincas con pacto de retro, fincas que luego retrajo.

SÉPTIMO.—Al fallecimiento de don E. B. F. quedaron diferentes cabezas de ganado de distintas clases, cosechas y muebles.

CONSULTA:

Se interesa dictamen en relación a los siguientes extremos de los antecedentes que quedan consignados:

PRIMERO. a) Si es válida la institución de heredero efectuada por don E. B. F. en su testamento a favor de su hija R., con preterición de seis hijos que son herederos forzosos.

b) Si hay que considerar como una explotación agrícola los bienes del causante, formados por más de setenta fincas que distan bastante unas de otras y sitas en diferentes Ayuntamientos, algunas a más de veinte kilómetros del domicilio del causante, y que fueron explotadas aisladamente.

c) Si al no constituir los bienes del causante una explotación agrícola, al momento del otorgamiento del testamento, es nula también la institución de heredero, a virtud de la cual deja todos sus bienes e instituye heredera universal a su hija R., con la obligación de abonar la legítima corta o estricta en metálico a sus hermanos, cuando sus bienes valen más vendidos por fincas independientes.

d) Si tiene aplicación la cláusula penal consignada en la quinta del testamento.

e) Si al no haberle legado el causante a doña R. el tercio de libre disposición, ni haberla mejorado en el tercio de mejora, tendría doña R., caso de ser válido el testamento, mayor participación en la herencia que sus hermanos.

SEGUNDO.—Si al no efectuarse la donación con cargo a los tercios de mejora y de libre disposición, hay que tenerla hecha con cargo a la legítima que a doña R. le pertenece en la herencia de su padre don E. B. F.

TERCERO.—Si es impugnable por simulación la venta realizada por don E. B. F. a su hijo político don S. S. F.

CUARTO.—Si han de considerarse gananciales las fincas vendidas por el causante con pacto de retro, y luego retraídas en estado de casado con doña M. M. C.

QUINTO.—Si han de considerarse gananciales los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., partiendo del hecho cierto que él aportó al matrimonio un número igual de cabezas de ganado; pero sin que pueda acreditarse que con el precio obtenido por la venta de aquellas cabezas se comprasen las que quedaron a su fallecimiento.

SEXTO.—Qué procedimiento tiene que seguir la viuda para posesionarse de los bienes quedados al fallecimiento de don E. B. F., de los que es administradora y usufructuaria.

DICTAMEN

I

¿PRETERICIÓN?

Como es sabido, la preterición es la omisión en el testamento, de alguno o algunos de los herederos forzosos; supone, por tanto, el silencio del testador.

Los presupuestos de la preterición (art. 814 C. c.) son:

- 1.^o Que haya omisión de alguno de los herederos forzosos;
- 2.^o Que los herederos preteridos sobrevivan al testador;
- 3.^o Que la omisión sea total.

Si los herederos forzosos no han sido omitidos, sino que han sido insuficientemente favorecidos, sólo tendrán derecho a entablar la *actio ad suplendam legitimam* (art. 815 C. c.). Esta acción la puede ejercitarse todo heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título (legal) menos de la legítima que le corresponda. Así, pues, si el testador usó legalmente de la facultad que en el supuesto específico contemplado por la norma otorga a los padres el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. —supuesto en el cual, en defensa de un interés familiar, cabe por excepción satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos—, no hay evidentemente preterición, aunque dichos hijos puedan, en su caso, ejercitarse la acción de complemento de legítima, si la atribución dineraria consentida por el referido artículo resulta inferior a lo que les corresponda *ex lege* (en nuestro caso, la veintiunava parte de la herencia).

Ahora bien, si el testador usa *ilegalmente* de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c., ¿habrá preterición, con sus consecuencias legales de provocar la nulidad de la institución de heredero y de dar lugar a la apertura de la sucesión intestada, quedando a salvo las mandas no inoficiosas (art. 814 C. c.)?

Parece —si bien con ciertas dudas— que el abuso de la indicada facultad implica preterición, porque en ese caso no es ya que los herederos forzosos queden sólo insuficientemente favorecidos desde el punto de vista *cuantitativo*, sino que son privados *cualitativamente* de su legítima y, por tanto, prácticamente y desde el punto de vista legal, omitidos como legítimos. El principio de la intangibilidad *cualitativa* de la legítima (vid. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pp. 46, y ss., esp. 63 y ss. y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958, entre otras), del que el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. constituye una hipótesis excepcional, apoyaría esta conclusión, pues la legítima, por regla general y fuera de ciertos casos singulares y predeterminados (arts. 829, 839, 840, 1.056, ya citado, y 1062 C. c.), es concebida en el artículo 806 C. c. como *pars bonorum*, y no como *pars valoris bonorum*.

II

¿ABUSO DE LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 1.056 C. C.?

Los requisitos necesarios para que entre en juego la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. son:

- 1.º La existencia material de una «explotación agrícola»;
- 2.º Que el padre o testador quiera conservarla indivisa.

El requisito de la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en nuestro caso con toda claridad por emplear el padre en la cláusula cuarta del testamento casi las mismas palabras del artículo 1.056 mencionado.

En cuanto a la existencia de la explotación agrícola, también afirmada por el testador, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo

de 1951 que, «constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación, en virtud del principio recogido en el artículo 1.214 del C. c.». De modo que la unidad de la explotación no necesita una prueba terminante para que la facultad del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. pueda entrar en juego. Afirmando por el testador, se presume, cabiendo no obstante prueba en contrario (presunción *iuris tantum*). Pero, ¿constituían los bienes del causante una explotación agrícola?

Para responder a esta fundamental pregunta hemos de precisar qué es lo que debe entenderse por explotación agrícola.

Nada impide utilizar el término de empresa agraria como sustitutivo del de explotación agrícola. Propiamente, la hacienda o explotación agrícola es la organización de bienes puestos al servicio de la agricultura, aunque sólo consistan en el fundo o fundos con sus pertenencias (*instrumentum fundi*); la empresa agraria es la organización de la actividad económica en el campo. La primera no es más que el antecedente o presupuesto de la segunda. Pero allí donde hay hacienda o explotación agrícola, forzosamente hay también empresa agraria.

Existe una empresa agraria, en frase de ZULUETA (*La empresa agraria en el Derecho español*, en «Atti del Primo Convegno Internazionale di Diritto agrario», vol. II, Milán, 1954, p. 212), «allí en donde hay una unidad económica y de gestión en la producción agrícola».

El concepto de explotación agrícola, como sinónimo del de empresa agraria, aparece claramente perfilado en nuestro Derecho positivo. Según el número 2.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, se inscribirá como una sola finca, bajo un mismo número, «toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una *unidad orgánica*, aunque esté constituida por predios no colindantes». Este precepto se halla desenvuelto por el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que, en su número 2.º, considera como una sola finca «los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas que forman un cuerpo de bienes dependientes o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre sí ni con el edificio, y con tal de que en este caso haya *unidad orgánica de explotación* o se trate de un edificio de importancia al cual estén subordinadas las fincas o construcciones». El número 3.º del mismo artículo considera también como una sola finca «las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una *unidad orgánica*, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una *organización económica* que no sea la puramente individual».

La resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de octubre de 1947 manifiesta que «la jurisprudencia de este Centro directivo ha impuesto en este punto ciertas limitaciones, llegando a declarar que el hecho de hallarse situadas varias porciones de tierra dentro de un término municipal y pertenecer a un solo dueño, no basta para considerar como una finca todas aquellas porciones, y que no equivale a conexión econó-

mica el subterfugio de denominar el propietario a las fincas con el mismo nombre, ni tampoco el expresar que se encuentran en dependencia con otra casa sita en poblado».

Evidentemente, como dice ROCA SASTRE (*«Derecho Hipotecario»*, t. II, 5.^a ed., Barcelona, 1954, p. 68), «ha de tratarse de una unidad orgánica derivada de un régimen de *empresa organizada*, aunque no sea colectiva, con tal que no tenga carácter rudimentario. Esto es lo que quiere significar el artículo 44, número 2.^o, del Reglamento. De lo contrario, en los pueblos rurales la mayoría de las fincas serían agrupables en varias pocas».

La Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 sigue esta misma tendencia en relación a la expropiación de bienes que constituyan una *unidad económica*, entendiéndose por tal, si se trata de fincas rústicas o urbanas, cuando se hallen inscritas o fueren susceptibles de inscripción bajo un mismo número, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (apartado 1 del art. 27 de la citada Ley de expropiación forzosa).

A la luz de los preceptos transcritos, entendemos que el concepto de explotación o empresa agraria también ha de ser tomado aquí en consideración. Con referencia a este punto, nos permitimos transcribir las siguientes palabras de ZULUETA (op. et loc. cits., p. 213): «Generalmente la empresa agraria cultiva una sola unidad de explotación (una explotación familiar campesina, una gran finca mecanizada de un poderoso propietario, por ejemplo), pero no faltan muchos casos en que la empresa consta de varias unidades de explotación, situadas a veces en lugares distantes. Ahora bien, para que en este caso exista una sola empresa se necesita que estas unidades técnicas de explotación formen *verdadera unidad económica y de gestión*, bien porque produzcan el mismo artículo (varias fincas cerealistas, por ejemplo) o porque produzcan artículos que se complementen (una explotación que produzca forrajes y una explotación ganadera que los consuma, por ejemplo). *Si no existe dicha unidad, se tratará de varias empresas independientes, aunque pertenezcan a un mismo propietario*».

Dado lo que antecede, parece que los bienes del causante no constituyan una explotación agrícola o empresa agraria. En efecto, las fincas que componen la herencia de don E. B. F. no forman un «lugar acasulado», que es la forma típica de explotación agrícola en la región gallega. Esas fincas, distan bastante unas de otras, están sitas en diferentes Ayuntamientos y algunas a más de veinte kilómetros del domicilio del causante. Falta en nuestro caso la unidad económica y de gestión en la producción agrícola. No hay una unidad orgánica de explotación, ni la correspondiente organización económica. Las fincas fueron explotadas aisladamente, siendo unas cultivadas directamente por el causante y las otras casi siempre estuvieron arrendadas a diferentes colonos. No se ve por ninguna parte la unidad económica ni el régimen de empresa agraria organizada que caracterizan al «lugar acasulado», aun constituido por predios no colindantes y de distintas procedencias, aglutinados entre sí por una organización económica unitaria en torno a una cabeza o centro de la explotación (casa de labor). En fin, la mejor prueba de que todos los bienes del causante no constituyan una explotación agrícola está en que el mismo testador dispuso luego de los mismos en forma no unitaria, donando por un lado cuarenta y una fincas

propias y vendiendo por otro unas treinta gananciales, sin duda alguna con el fin de asegurar así los efectos de su disposición de última voluntad.

Así, pues, parece evidente que don E. B. F. se excedió abusando de un poder o facultad que el Código civil en su artículo 1.056, párrafo 2.º, tan sólo concede al testador con relación a una *explotación agrícola*. Por consiguiente, las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. deben tenerse por inválidas o ineficaces, según el artículo 4.º del Código civil, a cuyo tenor «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez». A este respecto, es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, que con motivo de las operaciones particionales, realizadas por la testadora, de sus bienes, de los de su marido y gananciales, declaró —siguiendo al Tribunal *a quo*— la nulidad de las mismas en atención a que el párrafo 1.º del artículo 1.056 sólo autoriza al testador a efectuar la partición de sus bienes propios. En este caso, de cierto modo análogo al presente y sobre el que tuvimos ocasión de dictaminar (vid. nuestro dictamen *Validez de partición contenida en testamento*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, pp. 233 y ss.), la nulidad pretendida tenía el mismo fundamento: abuso de la facultad concedida por el artículo 1.056, invocándose expresamente por la parte demandante el artículo 4.º del C. c.

III

¿ERROR DEL TESTADOR?

La nulidad, invalidez o ineficacia de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. podría resultar, además, de la circunstancia de que el testador, al disponer de la manera en que dispuso, incurrió en error, ya sea de hecho, por creer equivocadamente que todos sus bienes constituyan una explotación agrícola, o ya sea de derecho, por creer erróneamente que le estaba permitido proceder como procedió.

En cualquiera de los casos, tendría relevancia el error en los motivos, ya sea de hecho o de derecho —como entiende la mejor doctrina (CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1.º, 8.ª ed., Madrid, 1951, pp. 380-381; CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pp. 590-591)—, con tal que aquél sea esencial, esto es, que constituya la causa principal o determinante de la disposición de última voluntad, y ello a través del cauce del artículo 767 del Código civil, que en la tesis de ALBALADEJO («*El error en las disposiciones testamentarias*» y «*De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*», en «*Estudios de Derecho civil*», Barcelona, 1955, pp. 447 y ss. y 467 y ss.), compartida por VIÑAS (*Los vicios de la voluntad testamentaria*, en «*Curso de conferencias 1948*» del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pp. 433 y ss., esp. pp. 461-462) y LA CRUZ (Anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, pp. 88-89), exigiría no sólo la constancia íntegra de la causa (motivo) en el mismo tenor del testamento, sino también que su carácter determinante resulte del propio contexto testamentario. Tal ocurre en el supuesto que estamos considerando, pues no sólo resulta el motivo del mismo testamento,

sino también su carácter determinante, al ser manifiesto, a la vista de las cláusulas testamentarias, que el testador no habría dispuesto como lo hizo si hubiera sabido que el artículo 1.056 no le facultaba para ello o que materialmente no existía una explotación agrícola. Según la tesis que venimos examinando, el artículo 767 C. c. no eleva a fundamento de impugnación el simple error en los motivos, sino aquel error que, por haberse manifestado la causa (motivo determinante) en el testamento y deducirse de él que la institución o el legado dependen de la realidad de aquélla, produce igual efecto que la deficiencia de una condición de presente o de pretérito. Un motivo, aun determinante, que no resulta del testamento, sino a través de la interpretación de la voluntad del testador, recurriendo a medios extrínsecos de prueba, no influiría sobre la validez de la disposición (vid., no obstante, lo que dejamos escrito en nuestro libro *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 51-52). El Tribunal Supremo entiende que la mera *demonstratio* o indicación (*falsa demonstratio non nocet*) no puede ser equiparada con el motivo, exigiendo, para que la falsedad de la causa lleve consigo la insubsistencia de la disposición, la prueba de que el testador no hubiera dispuesto como lo hizo de haber conocido dicha falsedad (sentencias de 10 de febrero de 1942 y 26 de junio de 1951). En nuestro caso, el carácter determinante del motivo resulta del mismo testamento, porque a través de su propio contexto puede demostrarse que el motivo fue determinante de la voluntad del testador, en el sentido de que, no constituyendo sus bienes una explotación agrícola, no habría hecho, ni podido hacer, la disposición tal como la hizo. Obsérvese que el único camino legal viable para dicha disposición era el cauce ofrecido por el párrafo 2º del artículo 1.056 C. c., puesto que, como tendremos ocasión de ver en seguida, el camino cifrado en el recurso a una mejora tácita en cosa determinada, a favor de doña R. B. M., era legalmente impracticable.

IV

¿MEJORA TÁCITA?

Hemos de plantearnos ahora el problema de si la disposición contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. implica o no una mejora tácita en cosa determinada a favor de doña R. B. M., conforme a los artículos 828 *in fine* y 829 del Código civil y sentencia del T. S. de 19 de mayo de 1951, a tenor de la cual constituye mejora el legado, a favor de uno de los hijos, de todos los bienes raíces del causante, que por no caber en el tercio libre, tiene que ser imputado, en lo que excede de este tercio libre, en el de mejora, viniendo a constituir una de las mejoras tácitas que, por excepción, admite el Código civil, según la sentencia del T. S. de 27 de diciembre de 1935.

El principio *utile per inutile non viciatur* permitiría salvar así de la nulidad a las repetidas cláusulas en caso de que se resolviera afirmativamente la cuestión planteada.

Mas no vemos cómo esa disposición a favor de doña R. B. M., contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de su padre, pueda constituir una mejora en cosa determinada, no sólo porque en parte algu-

na del testamento se llama a doña R. «hija mejorada», sino además porque no encaja en los artículos 828 y 829 del Código civil, pues ni se trata de manda o legado, sino de *institución hereditaria a título universal*, ni la disposición versa sobre cosa concretada al referirse a *todos los bienes del testador*, sin excepción alguna, si bien bajo la falsa cobertura de afirmar que constituyen una explotación agrícola.

Nótese que nuestro supuesto es radicalmente distinto al contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951. En el caso entonces debatido, la disposición del testador al amparo del párrafo 2.^o del artículo 1.056 C. c. era a *título singular* (legado, conforme a los artículos 660 y 768 C. c.) por referirse tan sólo a sus *bienes raíces*, que constituyan una explotación agrícola, según afirmación del mismo testador no contradicha mediante prueba en contrario, existiendo en cláusula aparte una institución de herederos, a partes iguales, de todos los hijos en el remanente de la herencia (incluso las maderas). Por el contrario, en nuestro supuesto la disposición *ex artículo 1.056 párrafo 2.^o*, comprende *todos los bienes del testador*, *sin distinción* (!), que materialmente no constituyen una explotación agrícola, y dicha disposición es *omnicomprensiva, a título universal*, abarcando la totalidad de la herencia *sin que exista remanente alguno*.

El artículo 829 C. c., como excepción singular y predeterminada al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I), no admite interpretación extensiva ni analógica. De otra suerte aquel principio sería letra muerta.

V

VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL CONTENIDA EN LA QUINTA DEL TESTAMENTO

A nuestro modo de ver, la cláusula penal contenida en la 5.^a del testamento cae también bajo la sanción del artículo 4.^o del Código civil.

Terminantemente dispone el párrafo 2.^o del artículo 675 C. c. que «el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley».

La cláusula penal en cuestión viola directamente el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I) al establecer que «si alguno de sus hijos no se conformase con este su testamento e hiciere la más mínima oposición, entonces sólo recibirá, y *en metálico*, el importe de su legítima corta o estricta, acreciendo el exceso a la hija y heredera R.».

Tal cláusula o condición hay que calificarla como contraria a las leyes (art. 792 C. c.), y ello, porque, si toda condición es, en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquello que en sí consistía, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a Derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la Ley no permite realizar, es evidente que la condición o cláusula que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a Derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ilí-

citud que dejase sin efecto la disposición sobre bienes que no constituyen una explotación agrícola, sino recurriendo a los Tribunales de justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión (en parecidos términos se expresa la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, aunque con referencia a un supuesto de hecho distinto.)

VI

LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS CUARTA Y QUINTA DEL TESTAMENTO Y SUS CONSECUENCIAS

Instada y declarada la nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento con base en la preterición (art. 814 C. c.) (aunque este fundamento es, según ya se dijo, de dudosa aplicación), en la infracción del párrafo 2.^o del artículo 1.056 C. c. o abuso de la facultad prevista en el mismo, por imperio del artículo 4.^o C. c., o en el error del testador (art. 767 C. c.), procede la apertura de la sucesión intestada (arts. 814 y 912, n.^o 1.^o, *in fine*, C. c.), quedando a salvo las restantes cláusulas del testamento, entre ellas la tercera referente al usufructo vitalicio universal de la viuda. De suerte que serían llamados por la ley como herederos nudopropietarios *ab intestato*, a partes iguales, los siete hijos del causante don E. B. F. (arts. 930 y 932 C. c.).

Respecto del usufructo vitalicio universal de la viuda, contenido en la cláusula tercera del testamento, que permanece en pie, sería de aplicación lo establecido en el número 3.^o del artículo 820 C. c., esto es, los herederos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar a la viuda la parte de la herencia (un tercio) de que podía disponer libremente el testador.

Están legitimados para impugnar el testamento por las causas indicadas los que, en virtud de una expectativa sucesoria, resulten favorecidos con la declaración de nulidad, como son los herederos legales o *ab intestato*. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1934 afirma que basta el carácter de presunto heredero *ab intestato* para poder ejercitar la acción de nulidad de testamento. Carácter que cualquiera de los hijos de don E. B. F. ostenta.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1914 manifiesta que no infringe los artículos 978 y ss. de la L. E. C. la resolución judicial que en pleito sobre nulidad de testamento, a instancia del actor, manda en la sentencia abrir el juicio de *ab intestato* y declara herederos a los que entiende deben ser declarados tales. Así, pues, según esta sentencia, es permitido admitir, como el Tribunal Supremo ha hecho ya en varias ocasiones, que el Juzgado primero y después la Audiencia sentenciadora puedan hacer la declaración de herederos *ab intestato* en el mismo juicio declarativo ordinario. También cabe solicitar en éste que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesaria por el juzgador, y para la correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

VII

EFICACIA DE LA DONACIÓN CONTENIDA EN LA ESCRITURA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1958

La validez de la donación contenida en la escritura de 5 de diciembre de 1958, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, suscita serias dudas.

En primer lugar, el hecho de que se otorgara por don E. B. F. el mismo día y ante el mismo Notario que autorizó el testamento, con un contenido igual y versando sobre idénticos bienes, hace pensar en que tal donación es, en el fondo, una *donatio mortis causa*, ya que cuesta trabajo admitir que se dispusiera *mortis causa e inter vivos* al mismo tiempo y con relación a idénticos bienes. Más bien parece que la donación se hizo asimismo por causa de muerte, hecha en el temor o en la inminencia de un peligro de muerte (*propter mortis suspicionem*), en previsión de muerte, es decir en la *aextimatio* de tener que morir, e incluso para que tuviera *pleno* efecto después de la muerte, al reservarse el donante el usufructo vitalicio de los bienes donados.

Admitiendo tal conceptuación *mortis causa* de la donación, sería de aplicar el artículo 620 C. c., a cuyo tenor «las donaciones que 'hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria». Y, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que sea valedera la donación *mortis causa* tiene que revestir cuantos requisitos de forma exigen los testamentos (sentencias de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900, 3 de enero y 8 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 10 de junio de 1912, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 23 de marzo de 1948, etc) (en contra, VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa» en el Código civil*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. V, pp. 633 y ss., cuya aislada tesis ha sido suficientemente refutada por FUENMAYOR, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1951, pp. 1082 y ss.).

Por ese camino sería posible mantener la nulidad de la escritura de donación, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, siempre que resultara clara su calificación *mortis causa*, lo que no es del todo seguro, pues al paso que sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de junio de 1956 y 8 de marzo de 1957 permitirían sostener en nuestro caso dicha calificación, otras sentencias del mismo Tribunal, cuales las de 5 de noviembre de 1956 y 7 de junio de 1960, la rechazarían terminantemente, sobre todo la última citada (vid. también las sentencias del T. S. de 6 de marzo de 1945, 23 de marzo de 1948 y 30 de mayo de 1955).

Pero, aun cuando se estimara que la donación no es *mortis causa*, dicha donación sería igualmente nula por ilicitud de su causa.

Los derechos de los herederos forzosos pueden ser burlados por el testador por distintos procedimientos. El ataque a la intangibilidad cualitativa de la legítima (*supra*, II) por parte del *de cuius* puede revestir la forma de actos *mortis causa* o tener lugar a través de negocios *inter vivos*.

En nuestro caso, la nulidad de la donación —negocio elegido por el

causante para reforzar o asegurar el ataque a la intangibilidad cualitativa de la legítima, inferido en el testamento— puede fundamentarse en la ilicitud de la causa, por tratarse de donación hecha con el fin de perjudicar y defraudar los derechos de los legitimarios.

Apuntamos, pues, la misma orientación que, en tema de legítimas, han seguido decididamente las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1944 y 12 de abril de 1946, entre otras.

En uno de sus considerandos, la citada sentencia de 12 de abril de 1946 dice:

«Que el tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez sugestivo e intrincado, fue objeto de examen por esta sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades para delimitar el ámbito de la causa del contrato y el móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o immoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, *se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del donante la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del Código civil*, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias en la de 12 de junio de 1941 y en la de 12 de abril de 1944».

Y en el siguiente considerando añade:

«Que por lo expuesto no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera no es licita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y le vuelve radicalmente nulo, según se desprende de los términos en que están concebidos los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, siquiera no sean tan expresivos como los del artículo 985 y concordantes del Proyecto del año 1851, que incluye explícitamente la licitud de la causa entre los requisitos esenciales del contrato, dando así mayor luz en materia de nulidad y anulabilidad, aunque en realidad no sea dudoso que los artículos 1.300 y 1.301 del Código vigente excluyen de su ámbito el contrato con causa ilícita, tanto porque la ilicitud

equivale a carencia de causa según el artículo 1.275, como porque para nada se menciona el caso de ilicitud en el cómputo de los cuatro años que dura la acción de anulabilidad».

La donación de que se trata en nuestro supuesto es claramente una donación con causa ilícita, toda vez que su causa no es el mero ánimo de liberalidad del donante (*animus donandi*), sino también su propósito de burlar los derechos legítimos de los hijos (motivo ilícito determinante), propósito en el que se ha de ver la causa que domina la donación y la razón de ser del contrato (causa ilícita, según el art. 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del C. c.).

Salta a la vista que la finalidad de la donación otorgada el mismo día que el testamento es la de respaldar o reforzar a éste. En el número II de la exposición de la escritura de donación se hace referencia al contenido del testamento otorgado poco antes por el donante. Y en la cláusula primera de la misma escritura de donación don E. B. F. y su esposa hacen donación de las fincas descritas en la exposición a su hija doña R. B. M., «con la obligación de cumplir lo dispuesto por ambos en sus respectivos testamentos y que se deja consignado en la exposición de esta escritura».

Estamos ante una donación modal o con causa onerosa (art. 619 *in fine* y 622 C. c.) teñida de una ilicitud manifiesta, pues la obligación o carga impuesta al donatario, que actúa como concausa de la donación, es directamente contraria a la ley, por chocar contra el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I). Además, viciando o corrompiendo el *animus donandi*, concurre un motivo ilícito, causalizado, impulsivo y determinante, consistente en el propósito de defraudar y perjudicar los derechos de los legítimos, según hemos razonado ya ampliamente.

Pero aun en el supuesto de que hubiera que considerar a la donación como válida, cosa que no nos parece probable, dicha donación no se reputaría mejora al no haberse declarado por el donante de una manera expresa su voluntad de mejorar (art. 825 C. c.), debiéndose imputar (art. 819 C. c., que regula la imputación *ex se*) en la legítima larga (dos veintiunavas partes de la herencia) de la donataria doña R. B. M. y luego en la porción disponible (un tercio de la herencia), como una donación más. Encuadrada así la liberalidad en la porción forzosa y libre de la herencia, resulta que el causante no respetó las legítimas, pues imputada la liberalidad a la porción libre es evidente que sobrepasa los límites de la misma. Las liberalidades son inoficiosas cuando no caben en la porción libre de que podía disponer el testador (art. 636 C. c.), como ocurre en nuestro caso, debiéndose reducir la donación conforme a los artículos 636, 654-656 y 820 del Código civil.

Por tanto, en el peor de los casos, es decir, reputando como válida la donación, ésta sería reducible por inoficiosidad, quedando subsistente tan sólo en la medida en que no perjudique la legítima larga de los demás hijos no donatarios, herederos nudopropietarios *ab intestato*, dada la nulidad de las cláusulas testamentarias cuarta y quinta. De modo que la donación, en última instancia, sólo sería eficaz en cuanto cupiera en el tercio libre más dos veintiunavas partes de la herencia, sin perjuicio de la obligación de colacionarla según los artículos 1.035 y siguientes del Código civil.

VIII

IUPUGNABILIDAD DE LA VENTA REALIZADA POR DON E. B. F. A SU HIJO
POLÍTICO DON S. S. F.

Entendemos que la venta realizada por don E. B. F. a su yerno, don S. S. F., es impugnable por simulación.

«La simulación —dice FERRARA (*La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926)—, como divergencia psicológica que es de la intención de los contratantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan».

Doctrina que recoge el Tribunal Supremo al referirse a diversas presunciones de simulación de los contratos, entre otras muchas, en las sentencias de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 24 de septiembre de 1934, y que ha sido reiteradamente aplicada por la Audiencia Territorial de La Coruña en sus fallos, tales como los de 14 de octubre de 1946, 12 de diciembre de 1947, 21 de mayo, 5 de abril y 8 de octubre de 1949, 9 de junio y 16 de octubre de 1950, etc.

Según resulta de los antecedentes, en nuestro caso, el ambiente en que nació el contrato y circunstancias que lo acompañan, puesto en conexión con el testamento y la donación, otorgados dos meses antes; las relaciones que median entre las partes, unidas por el vínculo de parentesco (primer grado de afinidad en la línea recta descendiente) y convivientes en la misma casa; la exigüedad del precio (equivalente a la sexta parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos); y, en fin, la inexistencia de motivo para la enajenación, son indicios que acreditan suficientemente la simulación habida (cfr. 1.253 C. c.).

Ahora bien, el hecho de que el referido negocio de compraventa sea simulado no quiere decir que lo sea absolutamente, puesto que debajo del mismo puede ocultarse un negocio diferente, como sería la donación (hipótesis de simulación relativa). En efecto, al amparo del artículo 1.276 del Código civil, podría esgrimirse de adverso que si el negocio celebrado no fue compraventa, fue donación.

Pero esa posible alegación no salvaría al negocio de la nulidad, porque el pretendido negocio disimulado de donación sería también nulo por defecto de forma (vid. CASTRO, *La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, pp. 1003 y ss. y sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941, 23 de junio de 1953, 7 de octubre de 1958, 15 de enero, 11 de febrero y 19 de octubre de 1959 y 30 de abril de 1960; en contra, la aislada sentencia de 29 de enero de 1945), y por ilicitud de su causa, atendida la finalidad a la que fue destinado: burlar los derechos legitimarios de los hijos (vid. a este respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de que ya nos hemos hecho eco en el capítulo inmediatamente anterior de este dictamen). Por consiguiente, el negocio de compraventa sería inexistente o radicalmente nulo por simulado, tanto si lo fue absoluta como relativamente, dada la falsedad e ilicitud de su causa y aún por la falta del requisito de forma en la donación de cosas inmuebles.

A pesar de que el causante ideó una serie o cadena de negocios jurídicos (testamento, donación y compraventa) para conseguir su propósito y burlar los derechos de los herederos forzosos, no reparó en su precipitación que tanto el testamento como la donación simultánea y la venta subsiguiente podían ser objeto de impugnación conjunta, y que torpemente concurría con toda claridad a llenar los requisitos que señala la doctrina y reiterada jurisprudencia para los negocios jurídicos *(contra legem)* y simulados.

Y, así, porque nos encontramos frente a una serie de figuras jurídicas, ilícitas y simuladas, que conjuntamente concurren a la finalidad de lograr para el patrimonio de doña R. B. M. y don S. S. F. un resultado económico vedado por la ley, nos parece adecuada la vía impugnativa de instar la nulidad no sólo del testamento (cláusulas 4.^a y 5.^a) y de la donación, sino también de la pretendida venta, figuras todas ellas concatenadas entre sí, y ello de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, las normas generales sobre falsedad e ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.276 y 1.300 del C. c.), y el progresivo criterio mostrado por la jurisprudencia en las sentencias más arriba recogidas.

De no ser así, y de admitirse tales o parecidas maniobras ilícitas y simulatorias, siempre sería fácil encontrar un medio para hacer ilusiones en la práctica los derechos de los legitimarios; bastaría con montar un tinglado de negocios simultáneos o sucesivos como el que montó el causante, en confabulación con uno de los hijos y el cónyuge de éste, con lo cual la ley sería defraudada y los restantes hijos se verían burlados en sus legítimos derechos como herederos forzosos.

IX

CARÁCTER DE LAS FINCAS VENDIDAS CON PACTO DE RETRO POR DON E. B. F., EN ESTADO DE SOLTERO, Y DESPUÉS RETRAÍDAS EN ESTADO DE CASADO, Y DE LOS GANADOS QUEDADOS A SU FALLECIMIENTO

Las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., han de considerarse como bienes propios del marido al ser adquiridas por derecho de retracto convencional perteneciente al mismo (art. 1.396, núm. 3.^a, C. c.), debido al juego de la subrogación real, que supone que la situación jurídica que califica o afecta a un bien determinado, pasa a calificar o a afectar en igual sentido al bien que reemplaza o sustituye a aquél: el bien subrogado adquiere la naturaleza jurídica del bien sustituido (cfr. el art. 1.337, núm. 2.^a, Código civil, a propósito de la adquisición del carácter dotal por subrogación).

No parece que para que se produzca la subrogación real en caso de ejercicio del derecho de retracto (legal o convencional) perteneciente a uno de los cónyuges con carácter exclusivo (como bien parafernado o como bien propio del marido), sea menester probar la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición (vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, volumen 1.^o, 8.^a ed., Madrid, 1960, pág. 270).

Así, pues, cabe afirmar que las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., son bienes propios del primero por ser adquiridas mediante ejercicio del derecho de retracto convencional perteneciente al mismo.

aunque el dinero empleado en la readquisición no sea privativo del marido, sino ganancial en virtud de la presunción del artículo 1.407 del Código civil. En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, se traerá a colación la cantidad pagada por ésta para rebajarla del capital del marido, como un crédito más de la sociedad de gananciales contra la masa de los bienes propios de aquél (arg. art. 1.419 C. c.) (vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Carácter dentro del patrimonio conyugal de la participación de finca adquirida por retracto*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II, 1949, págs. 1521 y ss., esp. pág. 1526).

Respecto de los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., entendemos, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.405 del Código civil, que dichos ganados forman parte del capital de la propiedad del marido por ser igual el número de cabezas de ganado que fueron aportadas al matrimonio y el número de las que existían al disolverse la sociedad de gananciales, aunque no pueda acreditarse que con el precio obtenido por la venta de las cabezas originarias se comprasen las que quedaron al fallecimiento de don E. B. F. Sólo serían gananciales las cabezas de ganado que excediesen de las que fueron aportadas al matrimonio. Así, pues, lo decisivo es el número, no la identidad o la subrogación real (*res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei*), que se presume *iuris et de iure*. Las cabezas excedentes se reputan gananciales por ser consideradas como frutos de las originarias.

X

PROCEDIMIENTO A SEGUIR

La nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F., así como de la donación y venta, debe ser instada, en el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, por doña V., don J., doña A., doña M., doña D., y doña C. B. M., o por cualquiera de ellos, ejerciendo acumuladas las acciones de nulidad de testamento, donación y venta, y de petición de herencia, en beneficio de la comunidad hereditaria formada por el accionante o accionantes, doña M. M. C., como usufructuaria vitalicia universal *ex testamento*, y demás presuntos herederos nudopropietarios *ab intestato* con derecho a la herencia de don E. B. F., contra doña R. B. M. y su esposo don S. S. F., y, para mayor seguridad, también contra doña M. M. C., por su intervención, respecto de los gananciales, en la donación y en la venta. Subsidiariamente, para el caso de que no sea estimada la nulidad de la donación, se ejercitará la acción de reducción de la misma. Y se solicitará en el mismo juicio declarativo ordinario que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesario por el juzgador, y para correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

En el supuesto de que prosperase el procedimiento así entablado, aparte de resultar favorecidos más equitativamente sus hijos en la herencia del padre, doña M. M. C. conseguiría prácticamente lo que pretende (posesionarse de todos los bienes quedados al fallecimiento de su esposo, de los que es usufructuaria vitalicia), pudiendo prestar como demandada una valiosa ayuda para el éxito del pleito allanándose a las pretensiones de la parte actora.

Y, en la hipótesis de que fracasara ese pleito, la viuda podría seguir contra doña R. B. M. y su esposo, don S. S. F., el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda para obtener como usufructuaria universal y vitalicia la posesión y disfrute de los bienes de la herencia de don E. B. F. También cabe seguir ambos pleitos a la vez sin esperar al resultado del primero. La acción a ejercitarse sería la acción real (innominada) propia del derecho de usufructo, que implica el *ius utendi fruendi* y, por tanto, el *ius possidendi*. Hoy no cabe hablar de la *actio confessoria* amplia, según el régimen de las acciones típicas del antiguo Derecho.

Naturalmente, el éxito de la acción a ejercitarse por doña M. M. C. dependería de la existencia y realidad de esos «acuerdos y convenio» a que se refiere doña R. B. M. al contestar en el acto de conciliación que le promovió la primera.

Finalmente, no creemos que el procedimiento adecuado a seguir por doña M. M. C. para posesionarse de los bienes quedados al fallecimiento de su esposo y de los que es administradora y usufructuaria vitalicia, sea el juicio de testamentaría, improcedente no habiendo nada que partir caso de ser válido todo el testamento de don E. B. F., sino el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, según dejamos ya dicho, pues sólo en éste cabe pedir y conseguir la plena efectividad del derecho de usufructo universal y vitalicio, con todas sus consecuencias legales, como son la obtención de la posesión inmediata de los bienes de la herencia a título de usufructo y la entrega de todos los frutos percibidos y debidos percibir de los bienes hereditarios. El juicio de testamentaría, en ninguna de sus fases, consiente tales peticiones y pronunciamientos.

CONCLUSIONES

Primera.—Las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. son nulas, con base en la preterición (art. 814 C. c.) (aunque este fundamento es de dudosa aplicación), en la infracción del párrafo 2.º del artículo 1.056 o abuso de la facultad prevista en el mismo al no constituir los bienes del causante una explotación agrícola, por imperio del artículo 4.º del Código civil, o en el error del testador (art. 767 C. c.), procediendo la apertura de la sucesión intestada (arts. 814 y 912, núm. 1.º, *in fine*, C. c.) y quedando a salvo las restantes cláusulas del testamento, entre ellas la tercera referente al usufructo vitalicio universal de la viuda, respecto del cual sería de aplicación lo establecido en el número 3.º del artículo 820 del Código civil.

Como herederos nudopropietarios *ab intestato*, serían llamados por la ley, a partes iguales, los siete hijos de don E. B. F. (arts. 930 y 932 C. c.).

Segunda.—La disposición contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. no constituye ni implica una mejora tácita en cosa determinada a favor de doña R. B. M., al no encajar en los artículos 828 *in fine* y 829 del Código civil. Nuestro supuesto es radicalmente distinto al contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951.

Tercera.—La cláusula penal contenida en la quinta del testamento cae también bajo la sanción del artículo 4.º del Código civil. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (art. 675, párrafo 2.º, C. c.). La cláusula penal en cuestión viola directamente el principio de la intangibilidad cualitativa de la legitimia. Y tal cláusula o condición hay que calificarla como contraria a las leyes (artículo 792 C. c.).

Cuarta.—La validez de la donación contenida en la escritura pública de 5 de diciembre de 1958, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, suscita serias dudas por constituir, en el fondo, una *donatio mortis causa* (art. 620 C. c.) (si bien esta calificación no es del todo clara ni segura conforme a cierta jurisprudencia). Pero, aun cuando se estimara que la donación no es *mortis causa*, dicha donación sería igualmente nula por ilicitud de su causa, por tratarse de donación hecha con el fin de perjudicar y defraudar los derechos de los legitimarios o herederos forzosos, según conocida orientación jurisprudencial.

Quinta.—En el peor de los casos, es decir, reputando como válida la referida donación, ésta sería reducible por inoficiosidad (arts. 636, 654-656 y 820 C. c.), quedando subsistente tan sólo en la medida en que no perjudique la legitimidad larga de los demás hijos no donatarios, herederos nupropietarios *ab intestato*, dada la nulidad de las cláusulas testamentarias cuarta y quinta. De modo que la donación, en última instancia, sólo sería eficaz en cuanto cupiera en el tercio libre más dos ventiúnava partes de la herencia, sin perjuicio de la obligación de colacionarla según los artículos 1.035 y siguientes del Código civil.

Sexta.—Entendemos que la venta realizada por don E. B. F. a su yerno don S. S. F. es impugnable por simulación, habida cuenta de los vehementes indicios que existen en tal sentido. El negocio de compraventa sería inexistente o radicalmente nulo por simulado, tanto si lo fue absoluta como relativamente, dada la falsedad e ilicitud de su causa y aún por la falta del requisito de forma en la donación de cosas inmuebles.

Séptima.—Nos encontramos frente a una serie de figuras jurídicas ilícitas (*contra legem*) y simuladas, que conjuntamente concurren a la finalidad de lograr para el patrimonio de doña R. B. M. y don S. S. F. un resultado económico vedado por la ley, pareciéndonos, por tanto, adecuada la vía impugnativa de instar la nulidad no sólo del testamento y de la donación, sino también de la pretendida venta, figuras todas ellas concatenadas entre sí, y ello de acuerdo con las anteriores conclusiones, las normas generales sobre falsedad e ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.276 y 1.300 del C. c.) y el progresivo criterio mostrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Octava.—Las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., han de considerarse como bienes propios del marido al ser adquiridas por derecho de retracto convencional perteneciente al mismo, debido al juego de la subrogación real (art. 1.396, núm. 3.º, C. c.).

Novena.—Respecto de los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., entendemos, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.405 del Código civil, que dichos ganados forman parte del capital de la propiedad del marido.

Décima.—En cuanto al procedimiento a seguir, aconsejamos que la nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F., así como la de la donación y venta, debe ser instada, en el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, por los hermanos B. M., o por cualquiera de ellos, ejerciendo acumuladas las acciones de nulidad de testamento, donación y venta, y de petición de herencia, en beneficio de la comunidad hereditaria formada al fallecimiento de don E. B. F., contra doña R. B. M. y su esposo don S. S. F., y, para mayor seguridad, también contra doña M. M. C. Subsidiariamente, para el caso de que no sea estimada la nulidad de la donación, se ejercitará la acción de reducción de la misma. Y se solicitará en el mismo juicio declarativo ordinario que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesario por el juzgador, y para la correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

En el supuesto de que prosperase el procedimiento así entablado, aparte de resultar favorecidos más equitativamente sus hijos en la herencia del padre, doña M. M. C. conseguiría prácticamente lo que pretende.

Y, en la hipótesis de que fracasara ese pleito, la viuda podría seguir contra doña R. B. M. y su esposo, don S. S. F., el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, para obtener como usufructuaria universal y vitalicia la posesión y disfrute de los bienes de la herencia de don E. B. F., ejercitando la acción real propia del derecho de usufructo.

También cabe seguir ambos pleitos a la vez sin esperar al resultado del primero.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.
Santiago de Compostela, a 25 de octubre de 1960.

B I B L I O G R A F I A

L I B R O S

BUFFELAN-LANORE, Yvaine: «*Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en Droit civil*», (Préface de Pierre Hébraud); tome XLIII de la Bibliothéque de Droit Privé sous la direction de H. Solus; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1963, 176 p.

Al término de su estudio —que ofrece las características de una Tesis Doctoral— llega la autora a la conclusión siguiente: «Un negocio jurídico es caduco de pleno derecho y sin retroactividad cuando, plenamente válido en su formación, y antes de haber podido producir sus efectos jurídicos, se le priva de un elemento esencial para su validez por sobrevenir un hecho posterior a su formación e independiente de la voluntad de su autor.» Partiéndose así de una noción de caducidad como causa de ineficacia del negocio jurídico, la autora estudia en una primera parte sus supuestos conforme al Derecho positivo, ya afecten a las personas de las partes (premociencia, incapacidad, quiebra, renuncia), ya estén vinculados al negocio mismo (desaparición de su objeto o de la causa); se ocupa luego de sus efectos y analiza, por último, su naturaleza jurídica, realizando un gran esfuerzo para diferenciarla de otros casos de ineficacia (nulidad absoluta o relativa, revocación, resolución e incumplimiento de la condición).

Basta con lo expuesto para comprobar que la noción de caducidad aquí sustentada se aleja bastante de la habitual en la doctrina española, que acostumbra a estudiarla en la parte general en el capítulo que trata de la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, relacionándola y contraponiéndola a la prescripción (1); entre nosotros la caducidad o decadencia se predica de los derechos subjetivos o, más concretamente, de las facultades o derechos potestativos (2); noción que, en general, no dista mucho de la habitual en la doctrina italiana (3), y alemana (4). La autora es consciente de la singularidad de la concepción que adopta y alude de paso a la diferencia seguida en España e Italia. Todo ello confirma la dificultad de trasladar, sin más, de un ordenamiento a otro, instituciones jurídicas, aunque aquéllos pertenezcan al mismo sistema.

La obra nos parece una positiva contribución a la doctrina francesa sobre el negocio jurídico, como es sabido, poco desarrollada hasta ahora. Por las razones expuestas, su utilidad para nuestro Derecho nos parece escasa;

(1) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 10 ed. (Madrid 1963), I 2, p. 850 ss.

(2) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil* (Barcelona 1960), I, p. 481 ss.

(3) MESSINEO: *Manuale*, 3.^a ed. (Milano 1950), I, p. 193 ss.; SANTORO-PASSARELLI: *Doctrine générale del diritto civile*, 5.^a ed. (Nápoli 1957), p. 104 ss.

(4) ENNECERUS-NIPERDUT: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht*, 14. ed. (Tübingen 1955), I 2, p. 987 ss.; LANGE: *BGR, Allgemeiner Teil*, 6.^a ed. (Múnich n. Berlin 1963), páginas 113 ss.

quizá pudiera aportar alguna luz a las causas de caducidad en los testamentos (art. 743 C. c.), que la doctrina suele relacionar con la noción de caducidad de la parte general (5).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

DE FERRA, G.: «*La circolazione delle partecipazioni azionarie*». Milano, 1964. Editorial Giuffrè. Un volumen de 306 págs.

El análisis y estudio de las sociedades anónimas por un amplio sector doctrinal constituye actualmente uno de sus temas preferidos, en gran parte debido a la importancia que estas entidades adquieren en las relaciones económicas y sociales. La sociedad anónima, nacida para conjuntar esfuerzos, para lograr grandes masas de capital al servicio de un interés económico legítimo, ha supuesto una institución de progreso, una idea fecunda de las empresas humanas. Ahora bien, cuando ha resultado un micro instrumento de maniobra financiera y de abuso de poder, cuando se hace un uso deformado de ella y se sustituyen los intereses colectivos o el fin inmediato que la justifica por otros bastardos y exclusivos, individuales o de un grupo de presión, se vuelve en retroceso a las viejas agrupaciones de casta mercantiles medievales continentales o a las «partnership» inglesas, y el jurista se ve en la necesidad de desvelar y denunciar el fraude.

De Ferra, al tratar el tema concreto de la circulación de las acciones, aborda una serie de cuestiones fundamentales, teóricas y prácticas, en relación con su análisis. Así, la posición del socio, las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de cuota y la cesión de acciones, son puntos concretos examinados en esta obra, donde el autor entiende la participación social como una relación contractual, y su cesión, como una cesión de contrato, y mantiene la imposibilidad de una modificación unilateral de dicha relación contractual. Además, plantea como regla general la cedibilidad de la posición de socio y trata el significado de la llamada incorporación del Derecho al título, la suficiencia de la posesión del título o acción para el ejercicio de los derechos sociales y la circulación de las acciones como modalidad particular de la posición contractual.

El mecanismo de la circulación del título de accionista es objeto de un atento examen por el autor, quien especifica los supuestos «*inter vivos*» y «*mortis causa*» de la transmisión. Especial atención le merece la cuestión de la legitimación del no titular, en particular de aquellos negocios dirigidos a la disociación de la propiedad del título y su posesión, los casos de disociación aparente y oculta, el usufructo y la prenda de las acciones ejercidas por un representante, los casos de nombre prestado, de transferencia fiduciaria y de transmisión simulada de las acciones, o bien en fraude a la ley, así como el interés de la sociedad de hacer valer tales simulaciones.

(5) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada* (Madrid 1957), p. 489 ss.

Otros capítulos de particular interés son los referentes al estudio de las limitaciones a la circulación de las acciones de una sociedad, donde se exponen las limitaciones legales y convencionales, especificando los tipos de limitaciones estatutarias, las cláusulas de preferencia y los llamados sindicatos de bloqueo. Establece los requisitos de validez de las cláusulas limitativas estatutarias de la circulación de las acciones; de la libertad limitada de negar las cláusulas de complacencia; de la introducción en el estatuto social de una cláusula de complacencia mediante deliberación de la asamblea; los requisitos de validez de dichas cláusulas y los vicios por deliberación mayoritaria en la introducción de estas cláusulas. Tiene un especial tratamiento aquél que el autor hace sobre el ámbito de aplicación de las cláusulas limitativas de la circulación en todos aquellos negocios sobre acciones que implican la adquisición de la legitimación del ejercicio de los derechos sociales en las situaciones *«mortis causa»*, en casos de ejecución forzosa y de circulación en Bolsa de las acciones. Por último, el autor se refiere a la repulsa de las modalidades de aceptación o denegación de las cláusulas de complacencia, la suspensión del derecho de voto, los negocios condicionados a la concesión de complacencia y a la resolución del negocio, así como a la responsabilidad por incumplimiento del enajenante en caso de la falta de la concesión de complacencia. Un análisis, pues, muy completo y documentado de la circulación de las acciones y sus cuestiones conexas.

J. BONET CORREA

FORSTHOFF, E.: «Rechtsstaat im Wandel». Stuttgart, 1964. Editorial W. Kohlhammer. Un volumen de 227 págs.

Con este volumen, el profesor Forsthoff (uno de los pensadores jurídicos más relevantes de la doctrina alemana actual) reúne una serie de estudios monográficos ya aparecidos en diversas revistas y publicaciones, pero que obedecen a una misma línea interna, a un argumento fundamental: el desarrollo de la Constitución de la República Federal alemana y la posición del jurista.

Ha sido a través de temas concretos como este ilustre profesor ha hecho el análisis de la crisis del Estado de Derecho, medula de una serie de aspectos, tales como la nueva estructura de la sociedad industrial y sus relaciones con un Estado desidicalizado, el retorno al Estado social, introducido por el propio Estado de Derecho en el siglo XIX, así como la función del jurista ante la Sociedad y el Estado actual. El análisis del Estado de Derecho, y su integración a base de elementos sociales y éticos con una estructura que contiene derechos fundamentales, elementos de poder, conceptos legales y la independencia de los jueces, es la temática que se desarrolla por el autor. Hace ver cómo el Estado de Derecho a veces se hace molesto y advierte las reacciones provocadas por las condiciones negociales individuales y cómo resulta más importante la protección jurídica estatal que la libertad jurídica individual. La unión del Estado de Derecho a situa-

ciones económicas y sociales y al mismo tiempo pretender dar garantías dentro de un sistema de valores resulta, para el autor, imposible, ya que no pueden ser alcanzadas a un mismo tiempo, al tener que ser sacrificadas muchas de ellas por las otras; el problema de la realización de la justicia distributiva choca tantas veces con las decisiones de seguridad por las que el Estado se complace en vista de intereses preferentes. Tal es el debate del actual Estado social de forma jurídica, obra de una legislación y de una administración con Constitución o sin ella.

Toda esta temática se concreta en una serie de estudios que con títulos sugestivos se publicaron por el autor separadamente, y que ahora aparecen reunidos en esta obra. Concretamente, trata: «El moderno Estado y las virtudes»; «Concepto y esencia del Derecho social»; «El jurista no bien visto»; «¿Tenemos un Estado suficiente o insuficiente?»; «Sobre las medidas legales»; «El problema político de la autoridad»; «Las entidades y las reservas vitales»; «Derecho y deberes en la teoría de la administración»; «Las transformaciones de la legislación constitucional»; «El vínculo con el Derecho y las leyes»; «El jurista en la sociedad industrial»; «La República federal alemana», y «El Estado de Derecho introvertido y sus ordenanzas».

La obra, que tiene por objeto destacar el papel del jurista en el Estado actual y en las relaciones más vitales dentro de la sociedad industrial, es una crítica profunda a la descomposición que se opera en el Estado de Derecho, si bien el autor no pretende llegar a hacer vaticinios, como otros han hecho, al pronunciar la muerte del Estado, como forma de vida social, para pasar a otras configuraciones más aptas, sino que lo mantiene como institución válida, en cuanto realidad todavía fungible.

J. BONET CORREA

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: «La Administración española», 2.^a Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, 239 págs.

Se publica la segunda edición de este libro del profesor García de Enterría, habiendo transcurrido tres años desde su primera aparición, sin que las sugestivas y novedosas tesis en él expuestas hayan perdido un ápice de la actualidad que tuvieron al ser formuladas y sin que haya decrecido tampoco la atención a ellas prestada por un público desde luego más amplio que el habitual de la Colección de Estudios de Administración en que aparece. Muy al contrario, como lo prueba el hecho mismo de su reedición tratándose de una obra no dirigida como las escolares a un núcleo de lectores renovable a plazo fijo, el libro mantiene su vigencia y aún la acrecienta porque sigue suscitando adhesiones, discusiones y comentarios. De ello puede el recensor dar testimonio personal apelando a su reciente experiencia de juez en un Tribunal de Oposiciones para ingreso en los Cuerpos Técnicos de Administración Civil de varios Departamentos ministeriales. Cuando centenares de opositores, en trance de acreditar su dominio de un temario en el que la Administración española y su Derecho son objeto de central con-

sideración, coinciden mayoritariamente en la remisión a los conceptos expuestos por Enterria en este libro, el hecho no puede ser atribuido al azar ni es explicable por una correspondencia estructural del índice del libro con los temas del programa, que no se da en este caso. Antes bien, revela la importancia de esta obra, unánimemente reconocida, y la extraordinaria riqueza y polivalencia de su contenido temático que provoca referencias al mismo al contemplar desde los más variados ángulos la proteica realidad de la Administración española.

En este libro se *integran* —en el más riguroso sentido de la expresión— cinco estudios que, como dice su autor en la ejundiosa Introducción que los precede, «nacieron aislados, pero todos ellos obedientes a la misma línea argumental y concebidos desde una preocupación idéntica». El argumento es la realidad histórica —explicación del presente y anticipación del futuro por un conocimiento profundo del pasado— de nuestra Administración pública, y la preocupación matriz de esas cinco meditaciones es la verificación práctica de que aquí como en todas partes «la Administración pública sólo es comprensible como una parte del total proceso político» (Redford).

El primer estudio, cuya galanura de estilo explica el hecho de que su publicación no pasara desapercibida a la exquisita atención de Azorín, versa sobre «Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración española contemporánea». En él se nos presenta, con una convincente valoración positiva, la significación del hecho de la recepción en España del régimen administrativo napoleónico y la actitud de los hombres que la hicieron posible. Lo que Enterria nos dice en estas tersas páginas sobre Oliván y su escuela —teorizadores y ejemplares servidores de una administración, que quisieron que fuese «vigorosa, justiciera y activa» y hermanados con los ilustrados del siglo anterior «por la fe en una acción sistemática y minoritaria sobre el país» proyecta nueva luz sobre un momento clave de nuestra historia, que no siempre ha sido enfocado con criterios objetivos.

En el ensayo titulado «Estructura orgánica y Administración consultiva» hay dos partes bien diferenciadas. La primera, de magistral brevedad, expone los avatares y el hondo significado metodológico de la debatida distinción entre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración —que es, en su origen, como sagazmente observa Enterria por vez primera «rigurosamente correlativa de la distinción entre Jurisprudencia y Ciencia de la Legislación propia del iusnaturalismo racionalista»— y resume las tendencias actuales de esta ciencia no jurídica de la Administración de cuño norteamericano. La segunda parte estudia las nuevas formas de ejercicio de la función consultiva alumbradas por la operatividad del principio organizativo *staff and line* o de «estado mayor y mando de línea», en cuya virtud el mando en la Administración se potencia incorporándole la asistencia permanente de un grupo de técnicos encargados de ilustrar todo el proceso de planteamiento, decisión y ejecución política. El contraste comparativo de esta simbiosis de funciones consultivas y decisorias con la tradicional separación entre jefe y *consilium*, discontinuamente conectados mediante solemnes y concretos dictámenes colegiales, queda aquí lúcidamente expuesto y certeramente valorado en cuanto a sus causas y consecuencias.

Siguen dos trabajos, extensos e intensos, en los que se tratan, respectiva-

mente, los temas de la distribución territorial de los servicios administrativos del Estado («Prefectos y Gobernadores Civiles. El problema de la Administración periférica en España»), y el de las relaciones entre los órganos centrales y locales de la Administración («Administración local y Administración periférica del Estado: Problemas de articulación»). En ambos «se intentan —son palabras del autor a las que podría añadirse que con éxito rotundo— filiar como propias o derivadas del sistema napoleónico, o de su peculiar adaptación entre nosotros, determinadas limitaciones estructurales y ciertos vicios sustanciales de nuestra Administración, para concluir postulando soluciones que lleven a ésta fuera de tal sistema histórico hacia unos posibles horizontes nuevos, y hacia un orden de posibilidades más acorde con el tiempo actual y con los problemas en que éste nos sumerge». Leyendo este análisis de nuestra organización administrativa y de las posibilidades de su superación se apreciará el sano realismo que lo inspira (1), y el acierto de su autor en el diagnóstico de los males que aquejan nuestra estructura administrativa y en la terapéutica que propone para remediarlos.

Empero, con ser los anteriores justificativos cada uno por sí sólo del éxito alcanzado por este libro, el estudio con que se cierra es el que mayor impacto ha producido en los medios de la especialidad y en la opinión culta en general. «La Organización y sus agentes: Revisión de estructuras», que comienza exponiendo con gran originalidad y amplio aliento constructivo las grandes etapas de la formación y depuración de la Administración occidental y de la española en particular, es un trabajo definitivo sobre las graves deficiencias de nuestra organización burocrática y sobre esa gran tarea política de genuina reforma administrativa, que todavía tenemos pendiente en sus aspectos más esenciales.

«Nuestra Administración ha sido —a juicio de Enterría— la víctima más importante causada por el proceso inflacionista sobre el que ha vivido nuestra economía... hasta el reciente Plan de estabilización»; «...esta erosión inflacionista ha producido quizá su mayor efecto perturbador sobre uno de los centros nerviosos del sistema, sobre la burocracia, a través de la congelación drástica de las remuneraciones que nuestra Hacienda ha defendido con un irrealismo estremecedor». Ello ha llevado a nuestra burocracia por los cauces patológicos del «feudalismo prebendario» (retribución por tasas y prestaciones en especie) y de «la presencia puramente parasitaria de los funcionarios en la organización, con formas típicas y notorias, como el absentismo, la reducción de la jornada y del calendario laborales, la multiplicidad y compatibilidad de funciones públicas y de éstas con funciones privadas, etc.», «la apropiación de sectores administrativos por Cuerpos especiales» y, en suma, al anquilosamiento de nuestras estructuras y a «la falta de una vitalización de los cuadros administrativos por los fines institucionales generales propios de la Administración».

(1) De él pueden valer como botón de muestra estas dos afirmaciones —la primera recogida por el autor de la literatura especializada, que con tanto acierto y profusión maneja, y la segunda hecha por el propio Enterría—: «el problema del régimen local no es político, sino organizativo, no es un debate de eficiencia *versus* democracia, sino de elección del medio más efectivo para lograr los fines administrativos»; «... lo esencial de los servicios es su prestación material, no su coordinación con otros».

Creo, y con ello termino, que este espigüeo de los conceptos y frases vertidos por el profesor García de Enterría en su libro «La Administración española —*ex ungue leonem*—, resultará más eficaz como recomendación de su lectura que cualquier comentario personal.

RAFAEL G. GALLARZA.

HERNANDEZ ASCÓ, Miguel: «Problemas latentes en el sistema matrimonial español». Discurso para la apertura del Curso 1964-1965 de la Universidad de Valladolid, 86 págs., Valladolid 1964.

La escasa difusión que suele acompañar a esta clase de trabajos científicos nos mueve a dar cuenta, a los lectores del Anuario, del Discurso pronunciado por el profesor Hernández Ascó, catedrático de Derecho canónico en la Facultad vallisoletana, en ocasión rodeada de especial solemnidad por la presencia del señor ministro de Educación Nacional.

El propio autor califica honradamente su trabajo de un intento de superar, a la luz del Derecho canónico, las antinomias o contradicciones latentes en el sistema matrimonial español, dentro del cauce jurídico del superior criterio de tolerancia, de prudencia y de concordia que ha inspirado la reforma. Y sobre esto no puede cabrer la menor duda, pues Hernández Ascó se pronuncia claramente en contra de la solución de una recepción del canon 1099 dentro del ordenamiento estatal, lo que vendría a ser «cortar el nudo gordiano de la dificultad con una fórmula de intolerancia».

Inspirado, sin duda, en su amplia experiencia profesional, el autor ha centrado su atención en la ya «vexata quaestio» de los matrimonios civiles disolubles de la República, en los futuros supuestos de matrimonio canónico del casado civilmente con otra persona, y en las posibles consecuencias penales de la anotación de matrimonios civiles de españoles celebrados en el extranjero.

Discrepa de Mons. León del Amo en cuanto a la apreciación de ser semejantes los matrimonios civiles de la República a los contraídos al amparo de la primera Ley del matrimonio civil. Rechaza las soluciones propuestas de una ley de divorcio vincular, de una declaración de nulidad, de una posible dispensa del vínculo y de la posible anulación con efectos retroactivos por oposición al Derecho natural. Por su parte, propone un procedimiento mixto canónico-civil en el que, a petición de parte, examinado cada caso por la jurisdicción de la Iglesia, en virtud de su competencia exclusiva sobre el matrimonio de los bautizados, se declare por ella la nulidad canónica del matrimonio civil anterior, y el Estado ejecute la resolución eclesiástica con las garantías sociales que estime pertinentes en orden a la situación del otro cónyuge y de los hijos. Esta solución la apoya Hernández Ascó en los artículos 30 y 82 del Código civil y 262 del Reglamento del Registro Civil.

Una solución análoga propugna el autor para todos los casos que origine en el futuro la interpretación que ha prevalecido del artículo 42 del Código civil. El mantenimiento del artículo 51 después de la reforma, dice Hernández Ascó, demuestra por sí mismo que persiste la antinomia o contradicción

en un sistema matrimonial que teme futuros conflictos en orden a las personas que pueden contraer matrimonio canónico autorizado por la autoridad eclesiástica, y verse, al mismo tiempo, perseguidas como vulgares delincuentes. Lo ortodoxo sería, concluye, reconocer la competencia de la Iglesia en el matrimonio de bautizados y, si los súbditos de la Iglesia se someten a las normas del Derecho canónico, ejecutar las sentencias y resoluciones de la jurisdicción eclesiástica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Código civil; después de todo, si el sistema matrimonial español permite el matrimonio civil cuando ambos contrayentes demuestran que no profesan la Religión católica, no por eso el Estado ha de condenarles a que vivan siempre apartados de la Iglesia.

La tercera antinomia estudiada por el autor se refiere al caso de matrimonio civil de españoles en el extranjero. La introducción de la regla «*Locus regit actum*» en la nueva legislación del Registro Civil —en palmaria contradicción, no resuelta, con los preceptos del Código— conduce a la, probablemente imprevista, consecuencia de castigar como bigamo al católico español que contrajo en el extranjero un matrimonio civil que fue anotado en el Registro Consular, y que, sin hacer la prueba de la no profesión, contrae en España, sin disolver aquél, un nuevo vínculo canónico con tercera persona. Es muy probable que los Tribunales españoles consideren esa anotación como la prueba del «hecho» de un matrimonio que obliga a sancionar como bigamia el posterior vínculo canónico.

No puede negarse que el profesor Hernández Ascó ha tocado los problemas quizá más vivos de nuestro Derecho matrimonial. Sus propuestas de solución arrancan de planteamiento realista; así dice: «Con buenos consejos y fórmulas simplistas de conducta los problemas dejan de ser problemas, sin que por ello dejen de existir, como existen en la vida real de los casados civilmente y de los que han contraído matrimonio canónico.» Parece, sin embargo, que el intento de hacer prevalecer los artículos 75 y siguientes sobre el 51 tropieza con la dificultad del mayor rango de este último al estar situado dentro de una sección que se titula «Disposiciones comunes a las dos clases de matrimonio». De cualquier forma, el interés de la propuesta es considerable y no se limita a los matrimonios civiles del periodo republicano, ya que —como acertadamente subraya el autor— en España padecemos como mal endémico las situaciones de bigamia.

Juzgo también de mucha actualidad el caso de los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, que el actual fenómeno emigratorio puede hacer relativamente frecuentes. Me complace señalar que el autor, aun reconociendo el hecho de que nuestro Derecho matrimonial ha vivido al margen del estatuto formal aceptado por casi todos los países, viene a sostener que los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero según la «*lex loci*», son nulos mientras no se derogue el artículo 100 del Código civil. Y aún, profundizando en esta dirección, llega a la conclusión de que son inexistentes. De aquí la improcedencia de esa anotación que puede acarrear desagradables consecuencias.

Se acepten o no las soluciones del autor, debe reconocérsele el mérito

de haber llamado la atención sobre unos temas que siguen siendo del máximo interés en la problemática de nuestro Derecho de Familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

PAZ ARES, J. C.: «Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia». Salamanca, 1964. Un volumen de 196 págs.

Con esta obra, el autor hizo sus méritos para obtener el grado de doctor en Derecho, grado que obtuvo en su máxima calificación por la Universidad de Salamanca. No es de extrañar tan óptimo resultado para quien conozca la vocación y entusiasmo de Paz Ares en el ámbito jurídico. Fruto de esa inclinación y de una intensa labor es esta obra, primicia madura y lograda sobre una serie de instituciones consuetudinarias en el ámbito de la región gallega, especialmente de aquellas enmarcadas en el ámbito sucesorio y familiar.

No ha sido sólo el afán de hacer destacar y sobresalir unas peculiaridades en contraste con sus paralelas del Derecho común, sino de valorar su raigambre y fundamento esencial en cuanto han surgido y están al servicio de una entidad asociacional de rango familiar, cual es la «Casa», que, en la mentalidad galaica es a la vez un acervo material e ideal, un bien empírico y un bien espiritual y que, jurídicamente, es el contenido de un patrimonio familiar de naturaleza rural o campesina.

La «Casa» gallega es el eje principal sobre el que giran las instituciones familiares y sucesorías y donde Paz Ares pone el acento en cuanto institución aglutinante de una serie de figuras específicas, como las conocidas por la doctrina como «compañía familiar gallega», el «petruciazgo», la viudedad universal y el testamento mancomunado disimulado de los cónyuges, en la modalidad de otorgamiento de dos testamentos sucesivos y coetáneos.

No es ésta la sola novedad sistemática de la obra de Paz Ares, sino que añade al acierto de su estructuración metódica una infatigable labor de jurista práctico, de testimonio y confrontación, de cooperación y esfuerzo al haber reunido y conjuntado su experiencia y la de sus compañeros, todos ellos juristas activos en la región galaica, que nos aportan un estado de opinión capaz de evidenciar el grado de vigencia y eficacia que tienen las instituciones objeto de estudio. Desde el prólogo, una pieza maestra, donde el profesor Fuenteseca revela la línea histórico-jurídica del Derecho de Galicia, hasta los testimonios orales y escritos que se aportan a este estudio, son un alarde de actividad y empeño por parte del autor, que merece el elogio más sincero.

Después de profundizar en el estudio histórico, normativo y jurisprudencial de las instituciones objeto de esta obra, el autor añade una exposición crítica de la reciente codificación de las mismas, donde una labor apresurada no ha reflejado la verdadera enjundia e idiosincrasia que poseen.

La obra de Paz Ares viene a aclarar y superar ciertos puntos polémicos

que entre propios y extraños de la región se habían planteado, concretamente, respecto al aspecto de foralidad del Derecho civil de Galicia o al tratar de mantener y eliminar ciertas tradiciones, usos y costumbres que le son propias y genuinas. Sobre todo, viene a reforzar unas peculiaridades en base a la «Casa», una institución universal en el ámbito patrimonial rural, que no sólo en Galicia, sino en cualquier explotación agraria familiar de todo tiempo y lugar, es la espina dorsal y base esencial del resto de las estructuras económicas a escala local, regional o estatal.

J. BONET CORREA

SOTO NIETO, Francisco: «Arrendamientos urbanos. Comentarios a la Ley de reforma de 11 de junio de 1964», Gerona 1964, 491 págs.

El autor es un distinguido miembro de la Carrera Judicial y es conocido por numerosas publicaciones sobre la L. A. U. de 1956. Su preparación era, por tanto, muy idónea para afrontar los problemas que la reciente reforma plantea. Como es usual en estos casos, el método utilizado para estudiar la reforma de 1964 ha sido el exegético; para su mejor tratamiento, los artículos objeto de reforma han sido agrupados en 23 apartados, en razón a la homogeneidad de la materia; dentro de cada uno de ellos se señala el alcance de la reforma, la finalidad pretendida por el legislador y los problemas que plantea su aplicación; en este punto debe notarse la riqueza de supuestos de hecho analizados por el autor. Con acierto, se ha prestado mayor atención a los problemas suscitados por la subrogación «mortis causa», tanto en el contrato de inquilinato (art. 58), como en el de arrendamiento de local de negocio (art. 60), así como a la revalorización de las rentas, cuestión que ha sido la determinante de la reforma. El extenso conocimiento de la doctrina arrendaticia urbana, poseído por Soto Nieto, se pone de relieve en estos comentarios, en los que también destaca el frecuente uso de la jurisprudencia, lo mismo del T. S. que de los Tribunales de instancia.

La obra cumple plenamente su función de facilitar la comprensión del sentido de la reforma y anticipar los problemas que la práctica ofrecerá.

En el orden de los reparos, acaso adolezca algunas veces de exceso de citas; alguna expresión, como la de «jurisprudencia regional», parece preferible no utilizar, por ser equívoca.

La presentación material de la obra es excelente; la inserción de ladrillos facilita la lectura y la consulta.

Después del estudio que ha hecho de la Ley de reforma, animamos al autor para que afronte un estudio total y sistemático de toda la L. A. U.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE
y José María DESANTES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

KUBLER, Karl: *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*. ACP, tomo 162, núm. 1-2, enero 1963; págs. 104-128.

Ante el fenómeno de la frecuente utilización en la fundamentación de las sentencias judiciales del Derecho natural extrapositivo, sobre todo desde la terminación de la segunda guerra mundial, se trata de apreciar en el presente trabajo cómo el juez alemán se va alejando cada vez más del positivismo por causas históricas diversas, y considerando el fenómeno de la apelación al Derecho natural en el sentido y con el significado con que los jueces alemanes lo ven y entienden.

Signo característico de la relación del juez alemán con la ley estatal ha sido su absoluta independencia de la situación política de la sociedad: el juez ha sido tanto más fiel a la ley, cuanto más autoritariamente estaba configurado el estado; en la medida que las concepciones se van democratizando viene más problemática para el juez la obligatoriedad de la ley. Se destaca en el estudio, como consideración previa, el fenómeno de que el autoritarismo y el totalitarismo surgen, sin embargo, en aguda contraposición. El sistema autoritario se mantiene fiel a la separación recibida entre sociedad y estado e intenta satisfacer y ordenar, por el propio Estado, las aspiraciones de la sociedad (Estado sobre partidos); se une con las fuerzas sociales ya existentes y se desenvuelve dentro de una ideología conservadora. En el sistema totalitario una parte de la sociedad se apodera revolucionariamente del aparato estatal y lo invade en su conjunto (el partido es el Estado); impulsado por una ideología tendente a una situación final utópica promueve el aniquilamiento de las fuerzas sociales existentes y de sus concepciones tradicionales.

Al examinar los distintos períodos por que ha pasado el problema que se estudia y teniendo en cuenta que durante el III Reich el totalitarismo da un significado peculiar a la «obediencia del juez a la ley», estima el autor conveniente prescindir del indicado período.

Arrancando de la época de Bismarck se alude a la situación de los jueces en la misma, caracterizada por el frío tecnicismo y el apoliticismo; por el burocratismo conservador, y por un tránsito creciente del positivismo científico al positivismo legal, que obtiene su punto culminante con la promulgación del Código Civil alemán. Posteriormente, ante el fenómeno de la íntima conexión entre sociedad y Estado, el tránsito del poder del ejecutivo al Parlamento y la influencia creciente de los partidos, unida a la de la burocracia ministerial, se va produciendo una postposición de la situación social de los jueces. De ella son aspectos concretos su consideración de funciona-

rios medios, el acceso de los judíos a los cargos alemanes, el insuficiente sueldo de la magistratura y otros fenómenos análogos. Todo ello produce una profunda transformación sociológica en la mentalidad judicial. Los jueces forman su federación, fundan en 1909 su propia revista y como consecuencia de la influencia de los partidos en la marcha del Estado y en las propias leyes dejan de ser ciegos servidores de éstas. A la terminación de la primera guerra mundial se recrudece de nuevo el problema, fundamental para el juez, de la distinción entre el derecho, por una parte, y la ley positiva, por otra. La relación de los jueces con la república de Weimar se muestra desde un principio tarada por la mala situación económica de la judicatura. Los jueces, cada vez más, se van declarando servidores del Derecho más que de la Ley, sobre la base de la esencial distinción entre *esencia* y *forma* del Estado. Ejemplo significativo lo ofrece la curiosa aplicación del parágrafo 8 de la ley de Protección de la república. Los abusos cometidos en la época nacionalsocialista, abusos de sus leyes y del positivismo con que se aplican) preparan, ahora de manera definitiva, la cada vez más acusada tendencia hacia el derecho natural en los jueces. En la Alemania federal la reacción contra las amargas experiencias del sistema imperante en el período anterior constituye una de las causas que contribuyen a dar el golpe de muerte al positivismo legalista.

4. Obligaciones y contratos.

FABIANI, Mario: *In tema di responsabilità dell'autore dei versi di una canzone edita per loro successiva utilizzazione in altra composizioni musicali*. RDC, año LXI, núms. 5-6, mayo-junio 1963; 2.^a parte, págs. 230-237.

El autor de los versos de una canción (compuesta y editada) utiliza sucesivamente tales versos para unirlos a otra composición musical, haciéndolo sin el consentimiento del precedente compositor y del editor y sin que concorra ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 35 de la Ley italiana sobre el derecho de autor (incumplimiento del compositor o del cesionario de los derechos de ejecución o representación, o cesación de la utilización después de una primera ejecución o representación).

Ante el supuesto descrito, en una muy elaborada decisión, el Tribunal de Nápoles ha entendido se trata de un supuesto de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Se ha atribuido al autor de los versos una responsabilidad contractual en relación con el primer compositor de la música para la canción y una responsabilidad de naturaleza extracontractual en relación con el primer editor de la canción. A juicio del autor, la solución adoptada por el Tribunal, que puede parecer exacta en el supuesto concreto (partiendo de la premisa de que el autor de los versos hubiese «cedido» al compositor los derechos sobre su obra), no parece que pueda aceptarse como regla general. De la relación entre los artículos 33 y 34 de la Ley sobre el derecho de autor se deduce que, en general, el autor de la parte literaria no se despoja de los derechos de autor sobre su obra, sino que, salvo pacto en contrario, permanece cootitular en comunidad con el compositor. Ello significa que en los contratos que dicho compositor estipule para

la utilización de la obra (edición, representación, ejecución) el autor de los versos no puede ser considerado como un simple tercero. Las consecuencias son claras: la eventual utilización abusiva de la parte literaria de la canción que el autor de los versos haga sucesivamente a la cesión de la obra, le hará responsable en vía contractual (no extracontractual) en relación al editor o concesionario de la obra originaria compuesta. Al editor o concesionario no le incumbirá, además de la prueba del daño, la del dolo o culpa del autor de los versos. La prescripción será decenal.

5. Derecho de familia.

CATTANEO, Giovanni: *Norme costituzionali e dichiarazione giudiziale di paternità*. RDMSP, año V, número 3, julio-septiembre 1963; págs. 492-501.

La Corte Constitucional Italiana, en sentencia de 16 de febrero de 1963 y sosteniendo una tesis que el autor estima correcta y digna de aprobación, ha declarado que el artículo 123 de las disposiciones de actuación transitórias del Código Civil italiano, que limita, para los nacidos con anterioridad al 1 de julio de 1939, las indagaciones tendentes a la declaración judicial de la paternidad a los únicos casos previstos por el artículo 189 del antiguo Código Civil italiano, en lugar de extenderlas a todos los supuestos previstos por el artículo 269 del Código vigente, es constitucionalmente ilegítimo por que contrasta con los principios de igualdad de todos los ciudadanos a los que se refiere el artículo 3 de la Constitución. El artículo 123 indicado, lo mismo que el 136 de las disposiciones de actuación del Código Civil en materia sucesoria, está también en contraste con la orientación a favor de la filiación ilegítima, compatible con los derechos de la familia legítima, fijada en el artículo 30 de la Constitución.

D'ORSI, Vincenzo: *Azione di disconoscimento di paternità per adulterio e celamento della nascita*. RDMSP, año V, núm. 3, julio-septiembre 1963, páginas 485-491.

El artículo 235, número 4, del Código Civil italiano determina que el marido puede desconocer la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio si en el período de la concepción (tiempo transcurrido desde el día 300 al 180 antes del nacimiento) la mujer ha cometido adulterio y ha tenido oculta al marido la propia preñez y el nacimiento del hijo. El Tribunal de Milán, en sentencia de 24 de enero de 1963, ha manifestado que el extremo de la doble ocultación prescrito por el precepto indicado no puede ya alejarse, siempre que el intento de la mujer de mantener oculto su estado haya fallado antes de que la preñez llegue a término. Asimismo se declara que la prueba hematológica atribuye valor de certeza al diagnóstico de exclusión de la paternidad.

Dando un sentido general a sus consideraciones, se comenta por el autor brevemente algunos extremos de la doble ocultación a que se refiere el número 4 del artículo 235. Se trata, sin duda, de una ocultación doble y no

alternativa, como sucedía en el Código de 1865. La severidad de la ley, sin embargo, es más aparente que real habida cuenta de que preñez y nacimiento vienen a ser aspectos de un mismo hecho. Lo que es relevante, en el fondo, en la norma es, más que la ocultación en sí, la voluntad de ocultar en la mujer. Es la conducta de ésta la que adquiere relevancia para el Derecho y no la consecución del resultado que ella se proponía. Se considera demasiado severa la interpretación jurisprudencial, fundada en la tradición. Del texto del artículo 235, número 4, parece resultar claro que el adulterio y ocultación son hechos suficientes para excluir la paternidad.

GALOPPINI, Annamaia: *La potestá maritale nei rapporti personali fra i coniugi*. RDMSP, año V, núm. 3, julio-septiembre 1963, págs. 444-453.

Se trata de la comunicación al VI Congreso Nacional de Juristas Italianas, celebrado en Roma en el mes de febrero de 1963. En la interpretación del artículo 29, párrafo II, de la Constitución italiana (igual de los cónyuges con los límites impuestos por la ley en garantía de la unidad de la familia) se entiende que sólo como extrema ratio se puede quebrar la paridad moral y jurídica de los cónyuges con el fin de tutela y protección de la unidad familiar. El principio general de igualdad actúa en un doble sentido. Por un lado impone una valoración de legitimidad constitucional de las normas de legislación ordinaria en materia familiar, la cual sea apta para hacer resaltar la ilegitimidad de aquellas disposiciones que establezcan una desigualdad no justificada en base al límite excepcional de la unidad de la familia. Por otro lado, conduce o debe conducir a una interpretación restrictiva y rigurosa de muchas imprecisiones y ambigüedades de los textos normativos, de forma que devenga inaceptable toda atribución al marido de poderes que no estén establecidos por la Ley de una manera expresa. Siendo así, estima la autora que fórmulas como las de los artículos 144 y 316 del Código Civil italiano (marido, jefe de la familia, ejercicio de la patria potestad por el padre) deben valorarse simplemente como expresiones globales que resumen, sin más alcance, las situaciones subjetivas de primacía atribuidas por la Ley al marido explícitamente.

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia, cuando se trata de una interpretación integrativa impuesta por la generalidad o la ambigüedad de los textos, generalmente se acude al principio de la desigualdad olvidando su carácter excepcional. Criterios prejudiciales llevan con frecuencia a pensar que el correcto y adecuado funcionamiento de la institución familiar, aun pudiendo operarse en el acuerdo paritario de los sujetos que en ella intervienen, resulta eficazmente garantizado sólo mediante la imposición al uno de la voluntad del otro. Se impone, por ello, una reforma de ciertas normas relativas al matrimonio, adecuada al principio constitucional; supondría el comienzo de toda una serie de reformas del Derecho de Familia italiano, exigidas por el sentido en que la época actual se desenvuelve y de acuerdo en todo caso con los principios de la constitución.

MANTOVANI, Ferrando: *Riflessione sul reato di maltratamenti in famiglia*. RDSMSP, año V, núm. 3, julio-septiembre 1963, págs. 383-425.

El problema de la admisibilidad de la concubina como posible sujeto pasivo del delito de malos tratos en familia merece, en el Derecho positivo italiano, un más atento examen que el que por regla general se le dedica; no sólo por las reservas y perplejidades que puede suscitar tanto la tesis positiva como la negativa, sino también y ante todo por las consideraciones de carácter general que el estudio de la hipótesis sugiere en la materia relativa a la estructura y significado del delito de malos tratos.

En cuanto a la opinión afirmativa preocupan las notas de apriorismo y arbitrariedad que con frecuencia afectan al razonamiento y la no siempre estricta coherencia entre premisas y conclusiones. Respecto a la opinión negativa surge en seguida la duda de si ha sido captado, en todo su alcance y significación, el contenido real de las normas sobre los malos tratos. Con la inclusión o con la exclusión de la concubina, de forma incondicionada e indiscriminada, del círculo de los sujetos pasivos en el delito indicado, comúnmente se pecará de rigor y de adopción de soluciones absolutas; por exceso en un caso y por defecto en el otro.

PISAPIA, Domenico: *Riflessi penalistiche della separazione personale tra coniugi*. RDSMSP, año V, núm. 3, julio-septiembre 1963; págs. 381-382.

Estudio de los diversos supuestos en que la separación personal entre los cónyuges se manifiesta, en la legislación penal italiana, con efectos penales, en cuanto que actúa como presupuesto civil de los mismos. *De iure condito* las hipótesis de mayor relieve, en las cuales la separación personal entre los cónyuges puede tomarse en consideración en el aspecto penal, pueden agruparse así: a) Hipótesis en las cuales la separación personal actúa como causa de no punibilidad. Así, en el artículo 561, 2.º, del Código Penal se dispone la no punibilidad por los delitos de adulterio, relación adulterina y concubinato a favor del cónyuge legalmente separado por culpa del otro. b) Hipótesis en las cuales la separación personal actúa como circunstancia atenuante. En este sentido el artículo 561, 3.º, del Código Penal considera como tal circunstancia atenuante de los delitos de adulterio, relación adulterina y concubinato la separación consensual, la separación por culpa de ambos cónyuges y la separación sólo por culpa del cónyuge infiel. c) Hipótesis en las cuales la relación conyugal es considerada por la Ley como causa de no punibilidad o de punibilidad condicionada, constituyendo así la separación personal un límite a la relevancia de tal causa de no punibilidad o de punibilidad condicionada. En este sentido el supuesto más significativo es el contenido en el artículo 649 del Código Penal italiano, que prevé una especial causa de no punibilidad para los delitos contra el patrimonio cometidos inter partes; delitos cometidos en daño del cónyuge no separado legalmente. Con ello la separación viene a dejar sin efecto la causa especial de no punibilidad.

SPAGNOLETTI LANZA, María Sofia: *Y rapporti personali fra consiugi*. RDMSP, año V., núm. 3, julio-septiembre 1963; págs. 426-443.

Ponencia sostenida en el VI Congreso Nacional de la Unión de Juristas Italianas, celebrado en Roma en febrero de 1963. Tomando por base el artículo 29 de la Constitución (igualdad de los cónyuges con los límites impuesto por la Ley en garantía de la unidad familiar) y el artículo 144 del Código Civil italiano (potestad marital del marido: jefe de la familia, asumción por la mujer de su nombre y seguimiento de su condición, deber de seguirlo) se hacen una exégesis crítica de los aspectos fundamentales de esas disposiciones.

Se estima que la actual estructura social de la vida italiana está madura y pronta para recibir y aceptar la completa inserción de la mujer, con plenitud de derechos y de capacidad jurídica, tanto en el ámbito del Derecho público como en el ámbito del Derecho privado. El Código Civil italiano parte de unas concepciones y toma en cuenta una época en la cual predominaban unas directrices ideológicas no en todo caso respetuosas con la dignidad humana de la mujer. Debe reformarse la legislación para adecuarla a la realidad actual. Exigiendo pleno respeto a la familia, es asimismo necesario dicho respeto para *todas* las personas que la componen. Afirma la autora que con ello cabe la consciente convicción de que la familia resultará potenciada y reforzada por una renovación que sea fruto de la madurez espiritual de los hombres y de las mujeres.

SPINELLI, Lorenzo: *Rilevanza agli effetti civili in Italia di matrimonio contratto in territorio già appartenente all Austria*. RDMSP, año V., número 3, julio-septiembre 1963; págs. 521-526.

Ante un matrimonio entre ciudadanos italianos celebrado en 1921 en territorios antes pertenecientes a Austria, el Tribunal de La Spezia, en sentencia de 6 de octubre de 1962, ha declarado que el matrimonio celebrado con rito religioso, bajo el Código Civil austríaco, en vigor hasta 1924 en los territorios anexionados a Italia en consecuencia de la Primera guerra mundial, se identificaba, a todos los efectos, con el matrimonio civil. La forma del matrimonio civil era, en efecto, para el Código austríaco, subsidiaria y únicamente entraña en juego si, a causa de impedimentos señalados por la Iglesia, los esposos no podían celebrar el matrimonio religioso. Según éste debe entenderse, por lo tanto, civilmente válido, aunque contraido solamente con rito religioso, un matrimonio celebrado en Istria en época posterior a la anexión de esa localidad a Italia, pero anterior a 31 de diciembre de 1923.

Estima el autor que, no obstante la simplicidad de la decisión jurisprudencial, cuya argumentación debe aceptarse, es siempre interesante recordar el significado y efectos de la subsistencia durante algunos años en los territorios austríacos anexionados a Italia de la legislación austríaca.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades.

FERRI, Giuseppe: *Pegno di cuote sociali e convocazione della assemblea a norma dell'art 2.367 Cod. civ.* RDC, año LXI, núm. 56, mayo-junio 1963; segunda parte, págs. 249-255.

Determina el artículo 2.367 del Código Civil italiano que los administradores deben convocar sin tardanza la asamblea, cuando ello haya sido solicitado por un número de socios que representen al menos el quinto del capital social, indicando en la solicitud los asuntos a tratar. En base a esta disposición, ¿puede el acreedor pignoraticio de una cuota de sociedad de responsabilidad limitada exigir la convocatoria de la asamblea?

El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 de diciembre de 1962, ha contestado negativamente la cuestión propuesta. No se puede acudir al artículo 2.352 (el voto corresponde al acreedor de la acción) para atribuir al acreedor pignoraticio el poder de iniciativa a que se refiere el artículo 2.367. La limitación impuesta al socio (que se refiere sólo al derecho de voto) no puede ser extendida más allá de cuanto la norma expresamente dispone. El acreedor pignoraticio puede, pues, controlar las iniciativas ajenas sólo a los efectos de que el valor de la prenda no disminuya; pero no puede el mismo tomar iniciativas en orden a la gestión de la sociedad, lo cual sucedería de reconocerle la facultad a que se refiere el artículo 2.367 del Código Civil italiano. Se trata de un problema nuevo y de solución delicada a juicio del autor, que entiende que el poder o facultad en cuestión, en el estado de la legislación no se atribuye explícitamente al acreedor pignoraticio y no cabe tampoco que sea considerado como implícito con el significado de accesorio o dependiente del derecho de voto.

FRE, Giancarlo: *Ancora sulla società in accomandita per azioni e il diritto di opzione.* RDC, año LXI, núm. 5-6, mayo-junio 1963; primera parte, páginas 203-216.

Ante la cuestión de la validez o no de la «deliberación» de la asamblea de una sociedad comanditaria por acciones, en la cual, con ocasión de un aumento de capital, se establece por mayoría que el derecho de opción sobre las nuevas acciones corresponde a los socios colectivos, entiende el autor se impone la tesis negativa. Rebate la tesis contraria sostenida por FERRI. La disposición del artículo 2.464 del Código Civil italiano, según el cual las normas de la sociedad por acciones se aplican a la sociedad comanditaria por acciones en cuanto sean compatibles con este último tipo de sociedad, supone ciertamente la posible aplicación del artículo 2.441 que sanciona el derecho de opción a favor de los *accionistas*. Con esta sola circunstancia, la cuestión indicada, ni siquiera debería plantearse: queda excluida de plano. Se estima, no obstante, oportuna la crítica de los singulares argumentos en que FERRI basa su postura. Como punto de partida se establecen las dos afirmaciones siguientes:

a) La insuprimibilidad del derecho de opción, sea en el acto constitutivo de la sociedad, sea en una sucesiva modificación del mismo; con la nulidad,

en el primer caso, de la cláusula estatutaria, y, en el segundo, de la deliberación de la asamblea.

b) La anulabilidad de la deliberación, que suprime el derecho de opción relativamente a un determinado aumento de capital, cuando la misma no haya sido adoptada por unanimidad.

3. Cosas mercantiles.

FERRO-LUZZI, Paolo: *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di limiti all'emissione di abbiggazzione*. RDC, año LXI, núm. 5-6, mayo-junio 1963; primera parte págs. 217-227.

Como consecuencia de una serie de decisiones jurisprudenciales recientemente recaídas en Italia, se ha convertido en cuestión de actualidad la relativa a los límites que el artículo 2.410 del Código Civil impone a la emisión de obligaciones por parte de las sociedades por acciones. De todas las abordadas, la cuestión básica es la relativa al significado y razón de ser de la disposición, según la cual, regla general, la suma de las obligaciones no puede exceder a la del capital «desembolsado y existente», según el último balance. Suele entenderse en reciente doctrina que el legislador, al fijar en el capital social *versato ed esistente* el límite de la emisión de las obligaciones, ha tratado de constituir aquí una garantía a favor de los obligacionistas. Que el fin del límite de la emisión de obligaciones sea el de garantizar a los obligacionistas la posibilidad de satisfacer su crédito no parece ni de evidencia inmediata ni pacífico, al menos si se tiene en cuenta la menos reciente doctrina.

Bajo la vigencia del artículo 171 del antiguo Código de Comercio (disposición análoga a la del artículo 2.410 del Código Civil) se justificaba la oportunidad de un límite a la emisión de obligaciones con la analogía existente entre acciones y obligaciones: analogía económica (en cuanto que unas y otras están destinadas a la obtención de crédito a largo plazo) y analogía estructural (en cuanto que unas y otras están en principio destinadas a la difusión entre el público que ahorra). Dado lo insatisfactorio de la teoría de la garantía se pretende ver si la teoría antigua (basada en la analogía estructural y económica de acción y obligación) puede ofrecer resultados más convincentes.

OPPO, Giorgio: *Formazione e nullità dell'assegno bancario*. RDC, año LXI, número 5-6, mayo-junio 1963; primera parte, págs. 153-202.

No obstante ser una práctica difundida la de que los cheques entren en circulación con la fecha en blanco (pretendiendo el librador que el Banco no los adeude desde la fecha de emisión o buscando simplemente un acto de cortesía hacia el tomador), la doctrina italiana dominante entiende que el cheque así emitido es nulo, sin que la emisión en blanco confiera ningún derecho ni ningún poder al tomador. Se pretende en el presente estudio una reconsideración orgánica del problema, como aportación, al mismo tiempo al «blanco cambiario».

Examinadas las consecuencias de la tesis de la nulidad, tanto para el poseedor como para el librado (si paga, paga *mal*), a juicio del autor, partiendo de la indicada tesis, las únicas consecuencias que podrían dejarse a salvo son éstas: *a*, a favor del portador la posible eficacia de la promesa de pago (artículo 1.988 del Código Civil); *b*, a favor del adquirente del título *ya completado* éste sería eficaz (relatividad de la excepción por creación en blanco); el librado que paga el título *ya completado*, en su relación con el librador, podrá esgrimir a su favor las reglas del Derecho común (pago al acreedor aparente).

La difundida tesis de la nulidad del cheque en blanco (fecha en blanco) suele, por lo general, fundamentarse en tres órdenes de consideraciones: A) En la función que al cheque corresponde; B) En las sanciones penales que conminan la emisión del cheque en blanco; C) En argumentos interpretativos extraídos sobre todo de los trabajos preparatorios de la Ley sobre cheques, de la compración con el texto uniforme de Ginebra y con la misma ley cambiaria italiana. Se examinan, en estudio crítico, las consideraciones expuestas, que no tienen el significado absoluto con que han solidado tomarse en cuenta por la doctrina. En cuanto a la función del cheque, teniendo en cuenta su «presentabilidad inmediata no derragable» (artículo 31 de la Ley Especial), estima el autor que la emisión en blanco no es condonable en sí misma y como tal, sino sólo en aquellos casos en que concretamente se demuestre que está destinada a conferir al cheque la función de la letra; son los supuestos en que al «blanco de data» se acompaña un *pactum de non petendo*. Lo condonable, pues, no es tanto la emisión en blanco como el vínculo de presentación (con pacto de no pedir), sea el cheque en blanco o no. La sucesiva complementación del cheque no encuentra obstáculo, entiende el autor, en el artículo 31 de la Ley.

Consideración crítica de los argumentos penales y de interpretación.

5. Derecho de quiebras.

BELVISO, Umberto: *Società apparente o «impresa di gruppo»?* RDC, año LXI, número 5-6, mayo-junio 1963; segunda parte, págs. 238-248.

Siguiendo la orientación predominante en la jurisprudencia italiana, la sentencia del Tribunal de Módena, de 5 de diciembre de 1962, ha estimado que el socio aparente está sujeto a quiebra. El fallo en sí es uno más de una numerosa serie en el sentido indicado. Lo que al autor llama la atención es la afirmación, contenida en la motivación del mismo, de que, aunque parezca lo contrario, la doctrina y la jurisprudencia no están en desacuerdo respecto a la cuestión. Considera el Tribunal que la oposición doctrinal a la quiebra del socio aparente se basa, sobre todo, en la idea de que el principio de la apariencia es inconciliable con la estructura de la eficacia de la quiebra, en cuanto que no se puede ser quebrado para unos y no para otros. Esta idea, añade el Tribunal, no tiene razón de ser en la hipótesis en la que un sujeto hubiese utilizado el propio nombre de manera estable y permanente con todos los terceros que con él se han puesto en contacto, provocando así en to-

dos el convencimiento, en el ámbito en que vivía y operaba, de su cualidad de socio.

A juicio del autor la argumentación es inconsistente: basta que un acreedor esté en conocimiento de la realidad para tener que admitir la conclusión, que la propia sentencia rechaza, de la eficacia relativa de la quiebra. Admitir la quiebra de una sociedad aparente significa entender que la sociedad no sólo «aparece», sino que realmente existe. El problema de la quiebra de la sociedad aparente entraña por eso una contradicción en los términos. El resultado a que el Tribunal llega conduce a reconocer que en el Derecho italiano una sociedad de personas puede llegar a la existencia, prescindiendo de un contrato de sociedad, en base al comportamiento de más de un sujeto, desenvelto con la generalidad. Es precisamente esto lo que la doctrina, con casi absoluta unanimidad, rechaza con poderosa argumentación histórica, lógica, sistemática y literal. Referencia al «empresario de grupo» como distinto del individual y del social.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

RANIERI, Eduardo: *Competenza del giudice straniero per accettazione di giurisdizione*. RDMSP, año V, núm. 3, julio-septiembre 1963, págs. 481-484.

Ejecutoriedad en Italia de una sentencia de nulidad de matrimonio de americano con italiana, por impotencia de la mujer, pronunciada por un Tribunal yugoslavo. La sentencia de la Corte de Apelación de Roma, de 22 de abril de 1963, admite la ejecución de la sentencia yugoslava, pronunciada a instancia del marido, basándose en la consideración de que el juez extranjero puede conocer de la controversia si la parte demandada reside en el extranjero cuando se inicia el juicio y acepta la jurisdicción extranjera sin oponerse a la demanda propuesta por el actor. El matrimonio se anuló aplicando el Derecho italiano. La Corte de Roma ha estimado, pues, que la aceptación de la jurisdicción extranjera puede valer como título justificativo de la misma jurisdicción.

La tesis se estima correcta a la luz de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado italiano; pero, ante ciertas perplejidades de la Corte de Casación, no se considera superfluo insistir en algunos aspectos de su posible fundamentación.

SATTA, Salvatore: *Nazionalizzazione, delle imprese elettriche e interventione del processo*. RDC, año LXI, núm. 5-6, mayo-junio 1963; segunda parte, páginas 256-259.

Entre los muchos problemas y dificultades que en Italia ha suscitado la ley institutiva del ENEL, a efectos de nacionalización de las empresas eléctricas, han surgido también cuestiones de Derecho Procesal. Esta: si a consecuencia de la «transferencia» de las empresas eléctricas, los procesos pen-

dientes, en los cuales era parte una sociedad que gestionaba una de esas empresas, se han interrumpido o no; es decir, si se da o no uno de los casos en los que «por muerte o por otra causa» desaparece la parte como tal y, por tanto, el proceso debe proseguir con el sucesor universal o con relación a él.

El Tribunal de Nápoles, en sentencia de 3 de mayo de 1963, ha entendido que actuándose, a consecuencia de la transferencia al ENEL de la empresa eléctrica social, una sucesión universal en el complejo de bienes y de relaciones jurídicas, se dan sin duda los presupuestos de la interrupción del proceso que se había iniciado en relación con la sociedad expropiada. El autor aprueba de manera plena, y comenta elogiosamente, la postura adoptada por el Tribunal en su decisión.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

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 Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Intituto 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 Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociales (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische 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 (La Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fé, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor 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).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista 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 Facultade 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 International 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 (Bolonia).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svenskt Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. *El expediente de dominio para reanudar el trácto sucesivo interrumpido, como procedimiento hipotecario de tipo especial que puede tener graves consecuencias para el actual titular registral, exige el cumplimiento de las formalidades y requisitos taxativamente establecidos por la Ley.*

A) Los asientos practicados en el Registro están, conforme al artículo primero de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales, producen todos sus efectos en favor del titular registral y no pueden ser cancelados —fuera de los casos en que el derecho inscrito se extingue por declaración de la Ley o por su propia naturaleza— sin su consentimiento, manifestado en escritura pública o documento auténtico o, en su defecto, mediante el procedimiento judicial correspondiente.

B) Cuando por desidia de los que pudieron inscribir el título y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo, se acude al procedimiento de reanudación del trácto sucesivo para que si, a juicio de la autoridad judicial, se es dueño de la finca, pueda proveérselle del título necesario para la inscripción y concordar la realidad jurídica con los libros del Registro, se manifiesta de nuevo la protección conferida a todo titular registral al exigirse en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria que durante la tramitación del expediente sea citado en debida forma y oído en el mismo, si las inscripciones contradictorias tienen menos de treinta años de antigüedad y sólo se le tendrá por renunciante a su derecho si no compareciese después de haber sido citado tres veces, una de ellas al menos, personalmente.

C) En el presente caso se alega haberse realizado la citación por edictos, en lugar de una notificación personal, por no conocerse el domicilio de la sociedad vendedora, siguiendo así lo preceptuado con carácter general por el artículo 269 de la ley de Enjuiciamiento Civil, pero aparte de que del propio expediente resulta que no se han agotado todos los medios para cumplir el trámite prescrito, y que la sociedad vendedora, con arreglo a los asientos del Registro Mercantil, está todavía vigente, por no constar su disolución, ha de resultarse especialmente que el expediente de reanudación del trácto como procedimiento hipotecario de tipo especial que puede tener graves consecuencias para el actual titular registral, exige el cumplimiento de las formalidades y requisitos taxativamente establecidos por la Ley para que el posible perjudicado tenga conocimiento de su existencia y no se encuentre cancelada su inscripción sin haber agotado todos sus medios de defensa. (Resolución de 6 de julio de 1964. B. O. del 2 de septiembre.)

2. . Puede anotarse en el Registro especial de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, un mandamiento de embargo decretado sobre el derecho de arrendamiento y traspaso de un local comercial.

A) El artículo 68 d) de la Ley de 16 de diciembre de 1964 prescribe que se anotarán en los libros correspondientes los mandamientos judiciales de embargo sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario, con lo que se crea una especie de Registro de gravámenes, que tiene como fundamento, de una parte, facilitar la liquidación de las cargas en el caso de que fueran posteriores a la hipoteca inscrita, y de otra, según apunta la propia exposición de motivos, arbitrar un medio por el cual el posible acreedor hipotecario pueda conocer la existencia de las afecciones judiciales, que impidan la constitución de una hipoteca mobiliaria, conforme prescribe el artículo dos de la Ley.

B) Si bien la hipoteca de establecimiento mercantil puede no extenderse a determinados elementos que forman parte del mismo, necesariamente debe comprender, según dispone el artículo 20 de la Ley, el derecho de arrendamiento del local, que constituye el fundamento sobre el que se asienta la garantía, y por ello, el embargo decretado debe ser anotado para que pueda surtir efectos e impedir que gravámenes posteriores adquieran un rango preferente en perjuicio de los acreedores con perturbación de la claridad del tráfico jurídico. (Resolución de 7 de julio de 1964. B. O. del 2 de septiembre.)

3. Anotado un embargo sobre una finca ganancial, como consecuencia de juicio ejecutivo en fecha anterior a la reforma del artículo 1.413 del Código civil, no es necesario el consentimiento de la mujer al haber tenido lugar la subasta y auto de adjudicación con posterioridad a dicha reforma.

A) Dada la legislación vigente al iniciarse el procedimiento ejecutivo, no había posibilidad de demandar a ambos cónyuges, ya que solamente en el marido concurría la circunstancia de estar legitimado pasivamente como titular de la sociedad de gananciales, y de esta forma quedaron fijadas en aquella fecha las partes intervenientes en el proceso, que finalizó después de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958.

B) En consecuencia, se trata de una situación jurídica creada al amparo de una legislación anterior, que es forzoso respetar dada la regla general de irretroactividad contenida en el artículo 3 del Código civil y disposición transitoria primera del mismo cuerpo legal y la unidad del proceso en el que la adjudicación del inmueble no es más que el acto final y resultado obligado del procedimiento seguido, en el que se han cumplido todos los trámites y formalidades legales. (Resolución de 8 de septiembre de 1964. B. O. del 26 de septiembre.)

DERECHO CIVIL

Designado en testamento un usufructuario, sin determinación del nudo propietario por estar afectado el llamamiento a una condición, no es ins-

cribible la adjudicación de la nuda propiedad de esos bienes, con condición resolutoria, a favor de otro heredero, en operaciones particionales practicadas por contador partidor.

A) Atribuido a doña María Miralles Gimeno conforme a lo dispuesto en la cláusula octava del testamento, el usufructo vitalicio de determinados bienes hereditarios, mientras permanezca soltera o casada sin hijos, este recurso plantea la cuestión de si podrá inscribirse a favor del otro heredero la nuda propiedad de estos mismos bienes sujeta a condición resolutoria, tal como lo ha hecho el contador-partidor en el cuaderno particional protocolizado.

B) Como ha declarado la Resolución de 5 de enero de 1959, el título básico para inscribir la transmisión hereditaria es el testamento, al que como ley de la sucesión tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, quienes en el cumplimiento de su función no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias con el pretexto de una fiel interpretación, porque ésta, conforme al artículo 675 del Código civil, deberá ser sistemática y atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca claramente que fue otra la voluntad del causante.

C) La lectura de la cláusula discutida pone de relieve que la testadora dispuso de toda su herencia e instituyó en cuanto a una mitad de sus bienes a don Antonio Marrades, en pleno dominio y sin limitación, mientras que en la mitad restante fue instituida en usufructo doña María Miralles Gimeno, la cual, si tuviera descendencia adquiriría el pleno dominio, por lo que el derecho a la nuda propiedad de esa mitad indivisa de la herencia no se ha hecho depender sólo del fallecimiento de la usufructuaria, sino además del nacimiento al menos de un hijo legítimo, lo que se traduce en una situación condicional que afecta a ambos interesados y únicamente al tener lugar determinará los derechos definitivos que a cada uno podrán o no corresponder en su caso.

D) Hasta tanto se produzca o no el mencionado acontecimiento, no quedará determinado el sujeto definitivo de la situación de pendencia, creada, en la que don Antonio Marrades no es más que un titular preventivo con un simple derecho eventual, si bien con la posibilidad jurídica de alcanzar la titularidad definitiva, momento en el que su derecho podrá tener acceso al Registro, y todo ello de acuerdo con la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de ser norma general de todo ordenamiento jurídico la de que no existan derechos sin que esté atribuida la titularidad a una persona, y así cuando designado un usufructuario no se dispone en el testamento quién es el nudo propietario, como ocurre en el presente caso por estar afectado el llamamiento de una condición, lo será, o quien tuviere causa directa del anterior propietario o los sujetos a quienes habrían de ir a parar los bienes, situaciones jurídicas que entre otras han contemplado las Resoluciones de 20 de junio de 1956 y de 19 de noviembre de 1960. (Resoluciones de 14 de septiembre de 1964. B. O. E. de 1 de octubre.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS (1)

A cargo de Juan J. BERNAL QUIRÓS, Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Rafael GARCÍA VILLAVERDE, Justo J. GÓMEZ Y SABEL, ANTONIO IPIENS, Rafael IZquierdo, Antonio MORALES, José PERÉZ RALUY, Antonio PÉREZ VEGA, Ricardo RUTZ SERRA, MALERA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: *Es desestimable la infracción que se alega de los principios generales de Derecho conforme a los cuales "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" y "confessus pro iudicato habetur", ya que no se invocan como es de rigor en ausencia de Ley y de costumbre aplicables a los puntos controvertidos.* [S. 7 de febrero de 1964; no ha lugar.]

Es de señalar que en el correspondiente motivo de casación, se aducía la infracción por violación de tales principios "en relación con el artículo sexto del Código Civil, infringido por igual motivo", lo cual, sin embargo, no es suficiente conforme a la doctrina del T. S.

2. CONTRATO POR MUJER CASADA: ANULABILIDAD: *La expresión "son nulos" del art. 62 C. c., al no señalar la diferencia entre nulidad y anulabilidad, se debe a que en la fecha de su redacción no estaba tan depurada la doctrina científica, como lo ha estado después, en torno a la existencia y vicios del consentimiento, pero su exacta significación surge sin ninguna duda del artículo 65, por lo que el contrato otorgado por mujer casada sin licencia del marido tiene validez inicial y está incurso en el plazo de caducidad que señala el art. 1.301 del C. c.*

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: *Tanto la existencia del consentimiento como la de la causa en los contratos, son una apreciación de hecho que incumbe al Tribunal de instancia, cuyas declaraciones deben respetarse a no ser efectivamente combatidas en casación, sin perjuicio de la valoración jurídica que en el recurso pueda hacerse de los elementos de hecho sentados por aquél.* [S. 18 de abril de 1963; no ha lugar.]

(1) En este tomo, página 209, línea 3.^a, donde dice «S. de 23 de octubre de 1963», debe decir, «S. de 31 de octubre de 1963».

3. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL: INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIÓN NUEVA: *Pedida la resolución del contrato por necesitar el propietario la vivienda a fin de que la ocupe una hija suya, juntamente con su esposo, y no habiendo suscitado el demandado disconformidad alguna sobre la filiación y estado civil de las personas, no puede plantearse ahora, por ser cuestión nueva, y además porque el art. 327 C. c. y el art. 2.º de la ley de 8 de junio de 1957 (prueba del estado civil) no son de aplicación cuando no se niegan en el período expositivo los hechos alegados sobre tal extremo.* [S. 3 de junio de 1964; desestimatoria.]

Nota: El arrendatario alegó en la apelación y en el recurso ante el T. S. que el actor no había probado el parentesco que le unía con la persona para la que reclamaba la vivienda, habiendo recaído sobre ello una prueba testifical, con lo cual se habían violado los artículos 327 C. c. y 2.º de la Ley del Registro civil. En la contestación a la demanda nada se había objetado por el demandado, que se limitó a afirmar que el verdadero interés del actor, al negarle la prórroga, era ampliar su negocio.

4. ERROR: DOLO: CARGA DE LA PRUEBA: *La carga de la prueba de que el consentimiento fue prestado por error causado por la actuación dolosa de los vendedores, incumbe inexcusablemente a la compradora.*

INCUMPLIMIENTO: PRUEBA DE LOS PERJUICIOS: *El mero incumplimiento de la obligación de entrega de un vale de aceite y de un tractor, abonados en pago de parte del precio, no basta para fundar una indemnización de perjuicios, sino que éstos deben ser probados.* [S. 14 de mayo de 1964; no ha lugar.]

5. NEGOCIO FIDUCIARIO: *El contrato por virtud del cual una de las partes transmitió la plena propiedad de una finca a la adversa, en garantía de un préstamo, con la obligación del adquirente de restituirla a su antiguo dueño, una vez cumplida la obligación asegurada, es un negocio fiduciario.* [S. 11 de junio de 1964; no ha lugar.]

6. PRUEBA: APRECIACIÓN POR EL TRIBUNAL: *Es doctrina constante de esta Sala, y por reiterada constituye norma de carácter general, que la apreciación de la prueba es función soberana del Tribunal de instancia.*

PRUEBA PERICIAL: *En materia de pericia, por ser de las pruebas libres y no tasadas, no existe norma legal de valoración del elemento probatorio que imponga en el caso debatido determinado criterio al Tribunal de instancia.*

DIRECTOS FORMALES DEL RECURSO: VÍA INADICUADA: *No es admisible pretender desvirtuar las premisas de hecho de las que deriva su fallo la sentencia recurrida, por la vía inadecuada de la causa 3.ª del art. 136 LAU, en vez de la causa 4.ª del mismo artículo.* [S. 15 de noviembre de 1963; desestimatoria.]

HECHOS: La prueba pericial aludida versaba sobre un interlineado, escrito a máquina, que autorizaba al arrendatario para hacer obras en el local

arrendado; interlineado en el contrato de arrendamiento, escrito también a máquina. La pretensión de resolución por obras inconsentidas (art. 114, número 7, LAU) fue desestimada.

7. *COSA JUZGADA: No existe cosa juzgada, puesto que en el pleito a que responde este recurso se utiliza una acción distinta a la utilizada en el pleito anterior, por lo que no se dan las preceptivas identidades entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, según exige el art. 1.252 C. c. [S. 26 de octubre de 1963; desestimatoria.]*

NOTA: En el primer pleito se declaró —a instancia del comprador— la inexistencia de un contrato de compraventa, por falta de objeto —la finca vendida no pertenecía al vendedor— y se le condenó al vendedor a la devolución de las cantidades recibidas, sin hacer expresa condena de costas. En el pleito origen de la actual sentencia lo que se reclama es la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al actor, “no ya —se dice en el escrito de presentación de su demanda— como consecuencia de la venta o cesión de unos derechos a sabiendas de que no tenía ninguno, sino de la reclamación judicial que el vendedor hizo al comprador para conseguir el resto del precio pactado, y del procedimiento que este último se vio obligado a entablar para que se declarase la inexistencia de tal venta”. (J. G. Y.)

II. Derechos reales

1. *TRADICIÓN INSTRUMENTAL: Contra la presunción de que se ha operado la tradición que establece el art. 1.462, p. 2 C. c. sólo puede oponerse que de la misma escritura se deduce claramente lo contrario. “Por otra parte” se tiene en consideración que la posesión mediata la tenía el vendedor.*

POSESIÓN AD USUCAPIONEM: La posesión que puede conducir a la usucapición tanto ordinaria como “extraordinaria” es precisamente la que se disfruta en concepto de dueño (arts. 447, 1.941, 1.942 C. c.). [S. 30 de septiembre de 1964; no ha lugar.]

La venta de unas participaciones de fincas con tradición instrumental teniendo el vendedor tan sólo la posesión mediata, por haber sido cedidas en aprovechamiento o disfrute sin pago de merced a su hermana, plantea el problema, a la hora de interponerse por el comprador la acción reivindicatoria, de si se ha transmitido la propiedad de tales fincas. ¿La tradición instrumental exige la posesión en el *tradens*? ¿Basta la posesión mediata? Se sienta primeramente el argumento favorable a la total operatividad de la tradición instrumental, salvo que se deduzca lo contrario de la escritura. Inmediatamente se añade un “por otra parte” para tomar en consideración la posesión mediata que en el caso la tenía el *tradens*. Con ello parece indicarse que si bien el T. S. considera suficiente la mera tradición instrumental sin tener la posesión el *tradens* prefiere no pronunciarse rotundamente a favor de ello, ya que el caso no lo exige. (A. M. M.)

2. USUCIÓN: ACTOS POSESORIOS OCASIONALES: *Los actores pretenden derivar su derecho sobre el monte de actos ocasionales de cortas de esquilmos, extracción de alguna piedra y pastoreo de ganados, y como de tales hechos no se desprende que la posesión aducida fuera continua e ininterrumpida, sino ocasional o esporádica, ni en concepto de dueño, faltan ambos requisitos indispensables para toda clase de usucapión.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN: DISTINCIÓN ENTRE VIOLACIÓN Y NO APLICACIÓN DE PRECEPTOS: *Al fundamentarse el único motivo del recurso, conjuntamente, en la "violación y no aplicación" de los preceptos que supone infringidos, incide en el defecto formal de confundir y entremezclar los aspectos positivo y negativo de la violación, por referirse el primero a la afirmación de la existencia, subsistencia y determinación del alcance de una norma, y el segundo a su desconocimiento en los supuestos en que la misma deba ser aplicada. Ello hace que el recurso adolezca del vicio de inadmisión del núm. 4.º del art. 1.729 de la L. E. C., que en el estado actual de las actuaciones provoca su decaimiento. [S. 5 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

2 bis. COPROPIEDAD: DESAHUCIO: *Cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que completan a la comunidad, siempre que actúen en beneficio de la misma. El ejercicio de la acción resolutoria, como acto que es de administración, puede actuarla cualquiera de ellos.*

UN TESTIGO: *La valoración de la prueba testifical no impide que se dé fuerza probatoria al testimonio de una sola persona, si el juzgador estima su veracidad evidente, como así lo ha declarado el T. S. en repetidas Sentencias, entre ellas la de 11-3-1961. [S. T. S. 19 de junio de 1964; no ha lugar.]*

3. PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS DE VARIACIÓN DE ESTRUCTURA EN ELEMENTOS COMUNES: *Aunque corresponda a uno de los propietarios de departamentos el uso y disfrute de un patio constitutivo de elemento común, ello no autoriza al mismo a alterar la estructura del patio, ya que tal uso y disfrute se limita "al patio" conservando su carácter de tal y el peculiar destino a que puede dedicarse, sin que pueda desmembrar de él porciones a las que se prive de la cualidad de patio, utilizándolas y disfrutándolas de manera distinta y reduciendo la extensión descubierta de lo que quede como patio. Deben, en cambio, considerarse lícitas las obras que se conformen con el "uso y disfrute" que del patio tiene el citado usuario del mismo. [S. 2 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

NOTA: La especialísima naturaleza de la propiedad horizontal determina en ella que, ni el condoninio sobre los elementos comunes se identifique con la copropiedad ordinaria, ni la propiedad individualizada sobre los elementos de dominio privativo sea una propiedad ordinaria; la mutua interdependencia entre las facultades que respecta a unos y otros elementos corresponde a los titulares de la propiedad horizontal explican el uso exclusivo de ciertos elementos comunes por parte de los mismos y al propio tiempo las limitaciones que afectan al derecho sobre los elementos de propiedad privativa. Los patios, galerías, etc. de un inmueble en régimen de

propiedad horizontal pueden quedar afectados (por pacto o por la estructura misma del inmueble) al uso exclusivo de alguno de los propietarios, pero en razón de su carácter común las modificaciones de su estructura quedan sometidas al régimen propio de los elementos de tal clase. Por ello debe considerarse plenamente acertada la doctrina de la anterior sentencia, que alcanza a distinguir entre las obras que suponen una alteración de la estructura, propiamente dicha, del elemento, desvirtuando sus características físicas e imponiendo una alteración de su esencia y destino, y aquellas obras que suponen simplemente una acomodación del elemento común al destino que por su esencia le corresponde.

J. P. R.

4. POSESIÓN: SU ESENCIA: *Se condensa en la idea de "subordinación económica" de un derecho a una persona, que se manifiesta en actos que implican un "aprovechamiento".*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN, TRASPASO Y SUBARRIENDO: *Por tratarse de relaciones generalmente subrepticias, no es necesario la demostración de todos sus requisitos, acudiéndose a la prueba, por presunciones, regulada en el artículo 1.253 C. c., siendo exigible un enlace "preciso y directo" entre los hechos probados y la consecuencia presumida. [S. 1 de julio de 1964; ha lugar.]*

NOTA: En el caso tratado en la sentencia, el "aprovechamiento" a efectos posesorios consistía en el provecho que suponía para una compañía de transportes, el que el dueño de un bar (arrendatario) y sus familiares desparasitasen reservas de sus billetes y tuviesen expuestos rótulos indicadores de sus servicios. La arrendadora del local en que se encontraba el bar demanda a su propietario (arrendatario del local) por un traspaso, cesión o subarriendo sin su consentimiento, pidiendo la resolución del contrato. El Tribunal Supremo reconoce la introducción en el disfrute del local de un extraño a la relación arrendaticia en beneficio propio.

A. M. M.

5. INCAUTACIÓN DE ACEITE POR FISCALÍA DE TASAS: PRENDA ANTERIOR A LA INCAUTACIÓN: *Si bien las Fiscalías de Tasas han podido acordar, con arreglo a la legislación de abastos, la incautación de géneros alimenticios, incautación que sustrae al libre comercio la especie afectada, que no puede por ello ser objeto de contrato que se oponga al cumplimiento de las consecuencias derivadas de la incautación, la facultad de tales Fiscalías no podía afectar a los contratos, como el de prenda, celebrados con referencia a tales géneros alimenticios, con anterioridad a la incautación y debidamente notificados al organismo oficial competente. [S. 2 de junio de 1964; no ha lugar.]*

6. DOBLE INMATRICULACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *El problema planteado por la doble inmatriculación no puede resolverse en el terreno del Derecho hipotecario. "... Sin que sea obstáculo para ello las alegaciones tendentes a demostrar la prioridad de la inscripción del recurrente, por no tratarse del mismo título..." [S. 28 de junio de 1964; no ha lugar.]*

HECHOS: Las inscripciones de ambas partes eran de inmatriculación.

7. MENCIÓN REGISTRAL: *La persona en cuyo favor se halle extendida alguna mención no puede tenerse como titular registral, como tampoco, en principio, puede perjudicar al tercero adquirente la simple y mera mención de cualquier carga o gravámen, si ésta no se halla inscrita o anotada en el Registro.*

RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: *No puede ejercitarse con éxito, por un contratante, la acción resolutoria, si falta en la contraparte una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La escritura base del litigio, examinada por la Sala "a quo", no es documento auténtico a efectos de casación.*

RECURSO DE CASACIÓN: NATURALEZA: FORMALISMO: *El recurso extraordinario de casación, por su índole limitada, no puede dar entrada a una nueva instancia ni cabe tratar en él cuestiones nuevas. Constituye defecto formal aducir a la vez la aplicación indebida y la interpretación errónea de un precepto. La labor interpretativa del Tribunal "a quo", siempre que sea racional, ha de aceptarse en casación, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.* [S. 20 de mayo de 1964; ha lugar.]

8. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Si los documentos en que se intenta fundar el error de hecho, entre ellos una certificación del Registro de la Propiedad, ya se tuvieron en cuenta por la Sala sentenciadora sin deducir las consecuencias que pretende el recurrente, debió éste de atacar tal interpretación por el núm. 1.º del art. 1.692, invocando los preceptos relativos a la interpretación de los negocios jurídicos que juzgaba infringidos.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: CERTIFICACIÓN REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Aunque el certificado del Registro de la Propiedad sea documento auténtico en cuanto a acreditar la titularidad dominical de los propietarios de las casas que aparecen como condueños de un patio, no lo es a efectos de demostrar que sólo ellos lo sean actualmente, ya que por actos posteriores al otorgamiento de los documentos que sirvieron de base a las respectivas inscripciones pudo surgir algún otro.* [S. 3 de enero de 1964; no ha lugar.]

III. Obligaciones

1. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD: INTERESES POR MORA: CULPA DEL ACREDITADOR: *Declarado en la sentencia recurrida que el Estado no ha sido culpable del incumplimiento del contrato, sino que fue éste motivado por el acreedor, no puede condenarse a aquél a que abone intereses legales por mora.* [S. 16 de mayo de 1964; ha lugar.]

El Servicio Nacional del Trigo celebra contrato con un fabricante de harinas para la moliuración de determinadas cantidades de trigo que aquél suministraría; interrumpido el suministro, reclama el fabricante la devolución de las cantidades que había anticipado y la indemnización de los perjuicios sufridos. Durante la tramitación se devuelve por la Administración las cantidades adeudadas, pero en el juicio se prueba que la interrupción del suministro fue debida a la conducta del actor que motivó la apertura de expediente. El Juzgado condena al Estado a abonar los intereses legales de las cantidades anticipadas en concepto de intereses de demora, sentencia que confirma la Audiencia. El T. S. da lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado.

2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CARTAS: *Habiendo interpretado la sentencia recurrida una carta que el comprador dirigió al vendedor en el sentido de que no suponía rehusa o negativa a recibir el género, ni incumplimiento del contrato, sino sólo exposición de dificultades para retirar la mercancía vendida, este significado atribuido a dicho documento sólo es rectificable en casación por medio del art. 1.281 y concordantes del C. c., y no haciéndolo así, es imposible variar la tesis de la sentencia. [S. 18 de junio de 1963; no ha lugar.]*

3. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: PRINCIPIOS GENERALES: *La doctrina interpretativa del C. c. se basa en la teoría clásica, subjetivista o de la autonomía de la voluntad, según la cual la interpretación debe consistir en investigar la común intención de las partes. El primer elemento que ha de tenerse en cuenta para esta investigación es el gramatical, al constituir el texto literal del negocio jurídico el punto de arranque de toda operación interpretativa. El criterio interpretativo del Tribunal "a quo" no puede ser sustituido por ningún otro, a menos que sea evidentemente erróneo o se haya infringido alguna norma interpretativa del C. c. [S. 24 de junio de 1964; no ha lugar.]*

4. RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREDITADORES: CARÁCTER SUBSIDIARIO: INCONGRUENCIA: *Habiendo solicitado en la demanda que se declarase la inexistencia por simulación y falta de causa de un contrato y en su defecto su revocación y rescisión por estar hecho en fraude de acreedores, dado que la acción resarcitoria es siempre subsidiaria, conforme al art. 1.294 C. c., incurre en incongruencia la sentencia que, sin entrar a resolver sobre la inexistencia, ni fundamentar su desestimación, accede a la rescisión, sin que quepa argüir que la admisión de la pretensión subsidiaria implica desestimación tácita de la principal en cuanto ello no se razona en los considerandos fundamento del fallo.*

RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREDITADORES: CARÁCTER SUBSIDIARIO: *Infringe los artículos 1.295 y 1.298 C. c. la sentencia que, sin declaración previa de que las cosas están legalmente en poder de un tercero adquirente de buena fe, condena a los codemandados solidariamente a la indemnización de los perjuicios, ello aparte de que la Ley no establece dicha solidaridad. [S. 14 de febrero de 1963; ha lugar.]*

5. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES: *El art. 1.284 C. c., al disponer que si alguna cláusula del contrato admitiere diversos sentidos deberá interpretarse en el más adecuado para que produzca efecto, lo que preceptúa es que no puede admitirse una interpretación que conduzca a hacer ilusorias o ineficaces las cláusulas, sino la de que éstas han de tener una finalidad.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA INDUSTRIAL: "CAUSAR BAJA COMO INDUSTRIAL": *La cláusula por la cual se pactó que una persona se compromete expresamente a "no ejercer las actividades" a que venía dedicándose, mientras a ellas se dedique el hoy demandante, y en la que se añadió que inmediatamente que éste "cause baja como industrial en las especialidades citadas", podría dedicarse a ellas el demandado, ha de interpretarse en el sentido de que en tanto en cuanto continuase la actividad industrial del actor no quedaba en libertad el demandado, sin que la baja en la contribución industrial, durante cierto tiempo, sea suficiente para que el compromiso termine. [S. 13 de junio de 1961; desestimatoria.]*

Nota: El T. S. afirma, en realidad, que la interpretación indicada hecha por la Sala en la sentencia recurrida, no infringe el art. 1.281 C. c. sin que, por no ser arbitraria ni evidentemente equivocada, pueda ser sustituida por la interpretación personal del recurrente. (J. G. Y.)

6. CONTRATO USUARIO: *La facultad de libre apreciación de la prueba en los préstamos usuarios que reconoce el art. 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908, pertenece a todos los Tribunales que de ellos conocen, incluso al Tribunal Supremo, y no con exclusividad al Juzgador de Primera Instancia.*

DIFERENCIA ENTRE "VIOLACIÓN, INTERPRETACIÓN ERRÓNEA Y APLICACIÓN INDEBIDA": *La violación comprende los problemas que origina la existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma; la interpretación errónea se refiere a la equivocación o error acerca del contenido de la norma mediante el desconocimiento de los principios interpretativos que al Juez se ofrecieron y la aplicación indebida surge cuando se subsumen erróneamente los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente se estima aplicable, o se sufre error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.*

DEFECTOS FORMALES EN EL RECURSO DE CASACIÓN: *La invocación conjunta en un mismo motivo de la violación e interpretación errónea como conceptos de infracción, impide la concreción, precisión y claridad que debe tener cada motivo, incidiendo este defecto formal en la causa de inadmisión 4.ª del art. 1.729 LEC, inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación. En el mismo defecto formal incurre el recurso que en su único motivo invoca la violación, interpretación errónea y aplicación indebida del art. 1.134 del Código civil, aunque para cada uno de dichos conceptos establece un apartado o submotivo distinto. En el recurso formalizado no se respetan los hechos que como acreditados sienta el juzgador "a quo" y como hay que estar en Casación a lo resuelto por la Sala Sentenciadora mientras*

no se impugne conforme al número 7.º del art. 1.692 de la L. E. C., vía no utilizada, es claro que tal defecto está comprendido en la causa 4.ª del artículo 1.729 L. E. C, inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación. [S. 26 de mayo de 1964; no ha lugar.]

7. COMPRAVENTA: MENOR CABIDA: PRESCRIPCIÓN: *Si a la escritura pública le precedió un contrato privado en virtud del cual tuvo lugar la verdadera entrega y posesión real de la finca por parte del comprador, hay que estimar que la traditio ficta de la escritura es una simple cláusula de estilo, y habiendo transcurrido desde el otorgamiento del documento privado más de diez meses, está prescrita la acción conforme al art. 1.472 C. c., en el caso de que fuera aplicable.*

DESCRIPCIÓN DE LA FINCA: ERRORES: *Existiendo errores en los linderos de la finca tanto en su titulación como en las inscripciones registrales, que no responden a la realidad física del terreno, confusionismo originado por el propio recurrente, es evidente que hay que atenerse a la realidad física sobre la titular y registral, ya que no puede beneficiar el confusionismo a quien lo produjo y que los datos de hecho no los ampara el Registro de la Propiedad. [S. 24 de enero de 1964; no ha lugar.]*

8. COMPRAVENTA DE FINCA URBANA: PRECIO FIJADO POR ACTO ADMINISTRATIVO: CERTEZA: *Si la compraventa se pactó verbalmente señalándose como precio el que legalmente se fijara, tratándose de viviendas de renta limitada cuya determinación corresponde al Instituto Nacional de la Vivienda, debe reputarse como precio cierto, sin que la jurisdicción civil pueda entrar a discutir si está ajustado a las normas pre establecidas porque la resolución constituye un acto administrativo solo recurrible en esa vía.*

INCUMPLIMIENTO: RESOLUCIÓN: *Procede la resolución si el precio era cierto, justo y conocido de la compradora, la cual fue requerida de pago judicialmente, mediante dos actos conciliatorios, en los que se expresó la voluntad de los vendedores de resolver el contrato caso de impago. [S. 23 de abril de 1964; no ha lugar.]*

Resulta curiosa la afirmación del último Considerando de que el precio era *justo*, con lo que no parece quiera resucitarse el antiguo requisito del precio en la venta. Parece debe entenderse en sentido equivalente a *legal*.

(G. G. C.)

9. REPRESENTACIÓN: DEFECTO DE PODER: SUPUESTA MAQUINACION DOLOSA: *El hecho de que uno de los contratantes se atribuya, frente al otro, la representación de determinadas personas sin ostentar el correspondiente poder, si bien puede constituir engaño, deja de implicarlo si la eficacia en cuanto a estas personas la hace depender —el que la arroga— de que ellas lo ratifiquen posteriormente, que fue lo ocurrido en el caso de autos, en que estaba patentizada la falta de presencia de los representados y se hacia constar aquello en el contrato. [S. 18 de junio de 1964; no ha lugar.]*

10. PRECARIO: EXTINCIÓN DE OPCIÓN DE COMPRA: *Hay precario tanto en la ocupación por mera liberalidad del dueño, como en la que se verifica por título que luego pierde su valor, como cuando vendida la cosa no se entregó e igualmente cuando dicha ocupación tiene lugar por una opción de compra que luego se anula por convenio, ya que lo que importa no es el título originario, sino la falta de título actual.*

INTERPRETACIÓN: *En lo que aparece claro en su sentido y expresión es innecesaria y carece de pertinencia la utilización de las normas de interpretación que contiene. el C. c. [S. 14 de enero de 1964; no ha lugar.]*

11. PRECARIO: CUESTIÓN COMPLEJA: ARRIENDAMIENTO OTORGADO POR COMUNERO MINORITARIO: *Es compleja y no puede discutirse en un juicio de desahucio por precario la cuestión relativa a la validez de un arrendamiento otorgado por uno solo de los copropietarios del inmueble, y mientras no se ventile la validez de ese título habrá de estarse a su contenido, que hace desaparecer la idea de precario.*

COSTAS: *El art. 1.582 LEC no es aplicable a los juicios de desahucio en precario que se rigen, en materia de costas, por las normas procesales de los incidentes. [S. 16 de octubre de 1964; ha lugar.]*

La sentencia estima el recurso únicamente en cuanto al pronunciamiento en materia de costas. El cambio de orientación jurisprudencial sobre la no aplicabilidad del art. 1.582 a los juicios de desahucio por precario se produce en la sentencia de 10 de enero de 1958, seguida por las de 30 de mayo de 1958, 29 de enero de 1960, 1 de julio y 25 de noviembre de 1961.

12. MANDATO: INSTRUCCIONES DEL MANDANTE: *Las instrucciones son parte del mandato, prolongación de éste, en puridad es el mandato mismo; pueden consistir en el poder de representación y pueden limitarse a contener reglas que el mandante prescribe al mandatario sin conferirle poder, encargándole de ciertas diligencias, sin necesidad de que obre en su nombre. Las instrucciones pueden ser imperativas, que ligan al mandatario que no puede salir de ellas aunque esté convencido de que el interés del mandante exigiría alguna modificación; facultativas, que dejan al mandatario obrar según su apreciación, y demostrativas, que imponiendo ciertas reglas reservan al mandatario la facultad de separarse cuando las circunstancias cambien. Las instrucciones pueden darse en el acto constitutivo del mandato o separadamente, simultánea o sucesivamente; si las instrucciones posteriores implican una agravación inequitativa, el mandatario puede rechazarlas, entendiéndose que son ineficaces si se reciben tras la ejecución. Las instrucciones deben interpretarse según la presumible voluntad del mandatario y los usos del tráfico. El mandante puede ordenar al mandatario que se ajuste a las instrucciones de un tercer interesado en la ejecución del mandato y si el mandatario se atiende a dichas instrucciones no responde el mandante por ese motivo.*

RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO O COMISIONISTA: *El Código civil y el de Comercio exoneran de responsabilidad al mandatario o comisionista que se sujete a las instrucciones recibidas, pero si se separa de ellas, responderá de los daños y perjuicios, por haber seguido distinto camino del señalado.*

INTERPRETACIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DEL COMISIONISTA: *La carta por la que un comisionista manifiesta a un Banco que "de acuerdo con las instrucciones recibidas de XXX, S. A. tengo a disposición de ese Banco una partida de ..." no puede considerarse como declaración de voluntad unilateral creadora de un vínculo jurídico, ni aunque lo fuera, podría estimarse que el comisionista se obligó personalmente con el Banco.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de documento auténtico, a efectos de casación, los que fueron base del pleito e interpretados por el sentenciador. [S. 26 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

13. RECONOCIMIENTO DE DEUDA: SUPUESTA CAUSA ILÍCITA: *No cabe declarar la nulidad del contrato de préstamo base de la demanda, con apoyo en la ilicitud e inmoralidad de causa, que se hace derivar de las relaciones íntimas entre las partes, si los recibos de reconocimiento de deuda son posteriores a dichas relaciones. [S. 25 de junio de 1964; no ha lugar.]*

14. ARBITRAJE DE EQUIDAD: NULIDAD DEL LAUDO POR HABERSE DICTADO FUERA DE PLAZO: COMIENZO DEL CÓMPUTO: *El momento a partir del cual debe empezar el cómputo del término para dictar el laudo no es la aceptación formal, sino la aceptación real y verdadera del árbitro, cualquiera sea la forma en que se haya manifestado la voluntad de asumir los derechos y deberes que tal cargo lleva consigo. [S. 3 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

Disponiendo el artículo 24, párrafo 1.º, de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, que la aceptación de los árbitros debe hacerse ante Notario, no se ve muy bien cómo cabe establecerse la distinción entre aceptación formal y aceptación real y verdadera, según se hace en la sentencia, pues en todo caso ha de ser un acto sujeto a forma. En el caso de la sentencia habían sido designados tres árbitros, uno de ellos, Notario; el cual difirió su aceptación hasta después de asistir a las diligencias para conocer a fondo el asunto; la aceptación se realiza el 15 de junio, y el laudo se emite el 7 de septiembre, siendo de tres meses el plazo para pronunciar el laudo. Lo que parece quiere decir la sentencia es que la aceptación ha de ser expresa, sin que produzca efecto la aceptación tácita derivada, por ejemplo, del hecho de asistir a diligencias del procedimiento de equidad. (G. G. C.)

15. CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DIRECTA DE SOCIEDAD ANÓNIMA: *La personalidad jurídica que la Ley atribuye a las sociedades anónimas no limita su capacidad de obrar a la obtención de beneficios, sino que las convierte en sujeto activo o pasivo de cuantas obligaciones puedan contraer con arreglo al artículo 1.089 C. c., entre las que figuran las derivadas*

de culpa extracontractual; y como la falta de diligencia se debe exclusivamente a su Consejo de Administración o Delegado especial, cuya actuación vincula a aquélla aun cuando hubieran rebasado los límites de sus funciones o desatendido las instrucciones recibidas, procede declarar la responsabilidad directa de la sociedad.

“CULPA EN VIGILANDO”: *Existe cuando la Compañía de Gas no tiene a su servicio un Inspector encargado de la vigilancia y conservación de las instalaciones, y tampoco solicitó del Municipio licencia para hacer reparaciones durante los seis años anteriores al suceso.*

RELACIÓN DE CAUSALIDAD: *Existe adecuada relación de causalidad entre la negligencia observada por la Sociedad y el hecho dañoso si el fallecimiento de los familiares del matrimonio demandante y la intoxicación de éste sobrevino como consecuencia de la aspiración del óxido de carbono emanado de la instalación de gas existente en el subsuelo de la calle de su residencia, cuyas tuberías se encontraban en estado inservible, hecho que conocía la parte recurrente por el acaecimiento anterior de hechos análogos. [S. 29 de septiembre de 1964; no ha lugar.]*

IV. Arrendamiento de cosas

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: DETERMINACIÓN DEL PRECIO: *La indeterminación de la renta arrendaticia obliga a desestimar la acción de desahucio por falta de pago, acción que ha de partir siempre de un precio cierto y determinado, cuya obligación debe aparecer clara de los términos del contrato, siendo preciso, en caso de discrepancia, acudir para su fijación al procedimiento declarativo correspondiente.*
[S. 25 de junio de 1964; ha lugar.]

Nota: En el caso de autos el demandante se había abstenido de fijar la renta contractual y negado la que señalaba el demandado. La doctrina de casación es tanto más significativa cuanto que se refiere a un tipo de arrendamiento en el que no cabe el enervamiento de la acción de desahucio ni la rehabilitación del contrato; ello hace evidente que la acertada doctrina del Tribunal Supremo será aplicable con mayor motivo al desahucio por falta de pago regido por la LAU, en el que la determinación en la sentencia es absolutamente necesaria a los efectos enervatorios o de rehabilitación. (J. P. R.)

1 bis. DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *La doctrina jurisprudencial que viene manteniendo que dentro del juicio de desahucio no pueden discutirse cuestiones complejas en relación con la naturaleza del contrato y obligaciones que del mismo puedan derivarse tiene aplicación cuando en los contratos de arrendamiento, además de las normas corrientes que caracterizan la locación, se establecen otras contraprestaciones reciprocas que exceden del contenido simple y corriente de un arrendamiento.*

LA FINCA ARRENDADA: *No existe complejidad si lo que se discute es la naturaleza urbana o rústica de la finca arrendada y su posible inclusión en el ámbito de las respectivas legislaciones especiales de arrendamientos urbanos o rústicos, ya que se trata de un problema tan intimamente ligado al ejercicio de la acción de desahucio que, sin abordarlo y decidirlo, no existiría posibilidad de determinar el presupuesto de hecho básico, o sea, la fijación del objeto y finalidad del contrato, y no habría casi nunca posibilidad de lograr la rápida reintegración de la posesión por parte del arrendador, a que conduce, y para lo que se instituye, el preceso de desahucio.*

DESAHUCIO: APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: *Estableciendo expresamente la sentencia recurrida que el título contractual, en virtud del cual la demanda tuvo acceso al inmueble litigioso, determina, de modo claro e inequívoco, la naturaleza rústica del mismo y el carácter accesorio de las edificaciones, con respecto a la finalidad primordial del aprovechamiento agrícola asignado al inmueble, arrendado como un todo unitario, es manifiesta la inaplicación de la legislación especial de arrendamientos urbanos; y dado que está también declarado por la propia sentencia, como justificado en autos, el enclavamiento de la totalidad del inmueble debatido en zona urbana afectada por proyectos de alineación y ensanche de calles, y que su valor en venta excede del duplo del precio normal que corresponde en el mercado a fincas de calidad y cultivos similares en el medio rural, no puede tampoco ser aplicable la narrativa especial que regula los arrendamientos rústicos, quedando, en consecuencia, acogida o vinculada a la legislación común contenida en el Código civil.*

TÁCITA RECONDUCCIÓN: CONTINUIDAD EN LA OCUPACIÓN POR CONDESCENDENCIA: *Habiendo mediado, con anterioridad al vencimiento del plazo contractual, el requerimiento para dar por terminado el arriendo, no puede surgir la tácita reconducción a que hace referencia el artículo 1.566 C. c., sin que la continuidad de la arrendataria en la ocupación del inmueble, a partir de aquel momento, sin otra causa que la condescendencia de la contraparte, pueda generar título alguno a favor de aquélla.*

CONGRUENCIA ENTRE LO PEDIDO Y LO FALLADO: *No otorga el fallo más de lo pedido cuando se observa absoluta coincidencia entre lo solicitado en la demanda y lo otorgado en el fallo, únicos elementos que juegan en el problema, cualesquiera que puedan ser los razonamientos que se hayan empleado como base del fallo. [S. 4 de octubre de 1963; desestimatoria.]*

2. HABITABILIDAD: *Para que el arriendo urbano quede regulado por la LAU es preciso que el local sea habitable, o sea, que la construcción reúna condiciones de habitabilidad referidas al destino a que haya de dedicarse; en las destinadas a industria o comercio su significación de habitables reviste mayor amplitud que en las viviendas por comprender también las edificaciones cercadas y con techumbre en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las condiciones de su destino. La calificación de habitabilidad es un problema estrictamente jurídico.*

LOCAL DE NEGOCIO: *Este debe ser apto, con construcciones apropiadas de cierto carácter permanente e higiénico, para servir de sede al ejercicio de actividad industrial de comercio o enseñanza con fin lucrativo.*

REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE HABITABILIDAD: *Si la Sala de instancia estima probado que el objeto del arriendo es un patio interior anexo a un edificio de 30 metros de fondo y dos cobertizos, teniendo el de la derecha un tejado con pendiente de tejas árabes, una máquina de sierra eléctrica y separado, en su extensión, por unos tabiques de madera, utilizándose los departamentos así formados como almacén, y el otro, es de análogas características, con piso de tierra, de tal descripción no puede afirmarse que los citados cobertizos, que tienen el carácter de edificaciones provisionales según el art. 91 de la LAU, reúnan la condición de habitables, dado que no se expresa que tengan las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad mínimas para ser destinados con carácter permanente a una actividad industrial con establecimiento abierto al público, por lo que es errónea la calificación de habitabilidad realizada por la Sala de instancia. [S. 1 de julio de 1964; ha lugar.]*

NOTA: Pese a las declaraciones jurisprudenciales y a la que en la anterior sentencia se hace respecto a la amplitud que, en relación a los locales de negocio, hay que dar a la noción de habitabilidad, una vez más la solución práctica dada por nuestro más alto Tribunal es francamente restrictiva y, lo que es más sensible, ello se evidencia a través de una forzada revisión del presupuesto de hecho sentado por la sentencia recurrida. Cuando tantas resoluciones desestiman recursos de casación o de injusticia notoria, por timidez en la revisión de los hechos o por escrupulos acerca de la forma en que se denunció el error imputado a la sentencia recurrida, resulta sorprendente que la sentencia anotada declare no habitable lo que la Sala afirmó serlo y que tal declaración se realice, no con base en elementos probatorios positivos que demuestren la inhabitabilidad, sino a través del —al parecer— inconsciente argumento de que el órgano *a quo* no afirmó que el local tuviera las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad. Aparte de que ningún precepto legal desglosa la habitabilidad en el triple requisito señalado por el Tribunal Supremo en la anterior sentencia, lo cierto es que la declaración sobre habitabilidad realizada por la Audiencia, aun siendo de carácter jurídico, sólo podía legalmente modificarse por el Tribunal Supremo estimando probados hechos de los que se dedujese la condición de inhabitabilidad y nunca con base en la mera circunstancia de que la Sala hubiera omitido una declaración específica sobre las notas de salubridad, higiene y habitabilidad que ningún precepto le impone. Inaceptable resulta igualmente la nota de permanencia que la sentencia del Tribunal Supremo introduce en los requisitos exigidos para la habitabilidad, siendo de notar que tal introducción es hija de la posible confusión en que la resolución incide respecto a las edificaciones provisionales. Las edificaciones provisionales del art. 91 son objeto de contratos arrendaticios sometidos a la LAU y, por lo tanto, al régimen de la misma (salvo la peculiaridad referente a la causa segunda de denegación de prórroga) y, por lo tanto, la nota de provisionalidad, de temporalidad de la construcción, no supone circunstancia excluyente del campo de la LAU ni, en consecuencia, el carácter permanente de la construcción es requisito necesario para reputarla habitable y para determinar la inclusión del arriendo correspondiente en el marco de la LAU. (J. P. R.)

3. LOCAL DE NEGOCIO CON INSTALACIONES: BIENES MUEBLES O INMUEBLES: *El ar-*

título 3.º, núm. 2.º LAU vigente, no tiene en cuenta para nada la condición mueble o inmueble de las cosas que se hubieran arrendado con el local, bastando al efecto, para la calificación del arrendamiento como de local con instalaciones, con que lo recibido por el arrendatario no sea sólo el local escueto y desnudo, sino el local con elementos de cierta importancia aptos para ser utilizados en la explotación del arrendatario, careciendo también de trascendencia la circunstancia de que el negocio o industria establecido en el local sea o no de nueva creación, pues lo que verdaderamente importa es que tal industria o negocio sea propio del arrendatario. [S. 22 de mayo de 1964; desestimatoria.]

La demanda tenía por objeto que se declarase que el contrato de arrendamiento que ligaba a las partes (que se refería a un local arrendado para la explotación de un negocio de hotel, y en el que se encontraban instalados "un gran número de cuartos de baño con todos los servicios, lavabos en todas las habitaciones, otros servicios higiénicos en las distintas plantas, as censor, calefacción central, caldera para el agua caliente, numerosos aparatos telefónicos y grupo moto-bomba para elevar el agua de un pozo") lo era de arrendamiento de local de negocio con instalaciones y elementos, de los comprendidos en el núm. 2.º del art. 3.º LAU, y, por consiguiente, su renta era revisable cada cinco años, por el Jurado de Estimación, a tenor del artículo 104 LAU. El demandado sostenía que se trataba de un arrendamiento de local de negocio, puro y simple, de los regulados en el art. 1.º LAU. Desfavorables ambas instancias al arrendatario demandado, éste formula el recurso de injusticia notoria alegando que no cabe considerar como "instalaciones" lo que son auténticos bienes inmuebles, por estar incorporados de una manera fija a un inmueble, y que la finalidad del contrato no fue la de entregar al arrendatario un local vacío para instalar un negocio nuevo, dado que el hotel venía ya funcionando muchos años antes.

4. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO CON PROHIBICIÓN DE SUBARRENDAR Y TRASPASAR: *Tanto la legislación arrendaticia vigente como la anterior señalan expresamente que los beneficios que otorga a los arrendatarios son renunciables, salvo el de prórroga, por tanto, queda el arrendatario obligado por esta cláusula. [S. 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.]*

NOTA: En virtud de una cláusula adicional se autorizó al inquilino para que habilitara una habitación para verdulería, aumentándose la renta estipulada, y haciendo constar que "esta autorización se entiende concedida exclusivamente al mencionado inquilino y que, por tanto, por ningún concepto podrá ser traspasado o subarrendado dicho local". Tal cláusula, aceptada por el inquilino, supone una renuncia del derecho de traspaso. (J. G. Y.).

5. LAU: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: *El sistema protector de la LAU se halla montado sobre los dos principios fundamentales de prórroga forzosa y estabilidad de renta.*

FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA ACORDAR ELEVACIONES O REDUCCIONES DE RENTAS ARRENDATICIAS: *La facultad concedida por la LAU al Gobierno para*

modificar las rentas contractuales cuando por el transcurso del tiempo hayan cambiado las circunstancias económicas del país, no son más que una variante de la doctrina "rebus sic stantibus", doctrina que si ha sido discutida en el campo del Derecho estrictamente privado, es lógica cuando la libertad contractual está restringida.

INCREMENTOS DEL DECRETO DE 6 DE SEPTIEMBRE 1961: PACTO DE ELEVACIÓN DE RENTA: Si tras la realización por el arrendatario de actos que pudieran ser causa de resolución del arriendo, se formalizó una transacción en que libremente se señaló por las partes la renta estimada justa en tal momento, con aumento superior al que poco después había de autorizar con carácter general para los arriendos de cinco o más años de prórroga, el decreto de 5 septiembre 1961, la elevación prevista en este Decreto no es aplicable a dicho arrendamiento, conforme el propio Decreto dispone. [S. 25 de septiembre de 1961; no ha lugar.]

6. INCREMENTO DE RENTA ARRENDATICIA URBANA: DECRETO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1961: ANTIGÜEDAD DEL CONTRATO DE ARRIENDO: NOVACIÓN: Las modificaciones introducidas en el contrato de arriendo de local de negocio no suponen extinción del mismo y sustitución por otro nuevo, si se hace mención de que sólo se constatan por escrito las condiciones del antiguo, lo que equivale a dejarlo vivo, pues la novación, en sentido estricto, es modo de extinción de las obligaciones y para que la novación anule un contrato es preciso que las condiciones del que lo nova sean contradictorias con las del anterior, lo que no ocurre cuando las modificaciones introducidas no son sustanciales. Es, por lo tanto, la fecha del primitivo arrendamiento la que hay que tener en cuenta a efecto de la aplicación de los aumentos previstos en el Decreto de 6 de septiembre de 1961. [S. 17 de julio de 1964; no ha lugar.]

7. RECARGO POR CALEFACCIÓN: *La disp. trans. 2.^a de la orden conjunta de 10 de julio de 1954 (que aprueba el texto refundido de los Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953 y que ordena que el recargo por suministro de calefacción se aplicará también a las viviendas acogidas al Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948, tanto a las terminadas con anterioridad, como a las posteriores a este texto de 1954, especificando que en las terminadas con anterioridad podrán repercutirse las diferencias experimentadas por el precio de los combustibles entre noviembre de 1948 y el año en que se efectúa el servicio), afectan a las viviendas construidas bajo la vigencia de la Ley de 25 de noviembre de 1944 y Orden de 7 de febrero de 1945, no sólo por su alusión al Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948, sino también por el mecanismo de la refundición de preceptos legales y de la continuidad del sistema que ello representa, por lo cual no puede pretenderse la aplicación de la Orden de 14 de abril de 1948, cuya vigencia está expresamente negada por la disposición final del Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948 e implicitamente por el art. 6, apartado c) del mismo.*

RECARGO POR CALEFACCIÓN: APLICACIÓN DEL ART. 129 LAU 1946: *La repercusión de las diferencias experimentadas por el precio de los combustibles, autoriza-*

zada por la disp. trans. 2.^a de la Orden de 10 de julio de 1954, se ha de calcular según ordena la disp. trans. 3.^a de la Orden de 14 de abril de 1948, cumpliéndose además los trámites y plazos del art. 126 LAU 1946, artículo que, si no está citado por error, en la referida disposición, es claro que, en todo caso, habría de completarse por el art. 129 LAU, que es el que señala los requisitos y plazos aludidos. [S. 12 de junio de 1961; desestimatoria.]

8. EJERCICIO DEL TANTEO Y RETRACTO: *Sólo está legitimado para ejercitarlo el inquilino que ocupe "realmente" el piso. Probada la inocupación no cabe su ejercicio. [S. 14 de febrero de 1961; no ha lugar.]*

9. VENTA DE CASA POR PISOS: CARENCIA DE NOTIFICACION: NO EJERCICIO DE RETRACTO: ACCIÓN DE NULIDAD: *No puede ser declarada la nulidad de la renta del piso, ya que esta medida excepcional figura establecida sólo para aquellos supuestos en que la propia ley omita reglas; no cabe hacer aplicación de preceptos análogos o por interpretación extensiva, cuando el artículo 48 prescribe la solución al caso controvertido al establecer que cuando no se hubiere hecho la preceptiva notificación de renta al inquilino, podrá éste ejercitar el de retracto dentro del plazo fijado, lo que no ha hecho.*

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: *Sólo prosperará cuando el precio convenido excede de la capitalización legal. Sirve como base para su determinación el recibo mensual presentado, cuando no se haya promovido contra la renta que señala la acción de revisión que señala el artículo 101 de la ley, ni se han utilizado las notificaciones escritas que el mismo artículo establece para fijar con exactitud la renta a satisfacer. [S. 21 de junio de 1963; no ha lugar.]*

10. RETRACTO DE LOCAL DE NEGOCIO: LITISPENDENCIA: *Al iniciarse el retracto no se había entablado el juicio declarativo sobre nulidad de la escritura de venta del local comercial, por lo que la Sala no pudo tenerlo en cuenta, aunque en definitiva en su día puede influir si se declara nula la venta.*

CONSUMACIÓN DE LA VENTA: *Aunque la acción de retracto exige para su viabilidad que la venta haya sido consumada, la consumación no la determina la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino la tradición real o ficta de la cosa vendida, lo que ha tenido lugar al otorgarse la escritura pública y no deducirse de ésta nada en contrario.*

ABUSO DE DERECHO: *La doctrina del abuso de derecho, como remedio de carácter extraordinario, no faculta a los Tribunales para hacer uso de ella, más que en casos patentes y manifiestos. [S. 7 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

11. IMPUGNACIÓN DE VENTA DE VIVIENDA POR REBASAR EL PRECIO LA CIFRA RESULTANTE DE LA CAPITALIZACIÓN DE RENTA: INCREMENTOS POR OERAS: IMPUESTO DE PLUSVALÍA: *El incremento por razón de obras realizadas, aceptado por la parte arrendataria y acumulado a la renta, debe considerarse formando par-*

te de ésta a efectos de la capitalización, se cual sea el concepto —mejoras o reparaciones— de tales obras.

PRECIO DE VENTA: *Pactado en el contrato de venta que los gastos de la escritura, incluso el impuesto de plusvalía, "serán de cuenta de la parte a quien legalmente correspondiera", es indudable que, siendo el sujeto de este último gravamen el enajenante, su importe no ha de tenerse en cuenta en el precio de la venta.* [S. 8 de junio de 1964; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Si el beneficiario de la denegación de prórroga, que vive con sus familiares, carece de hogar independiente y desea tenerlo, al no haber norma que le obligue a continuar viviendo con sus familiares puede invocar la situación de necesidad a efecto de la denegación de prórroga.* [S. 6 de junio de 1964; no ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: REQUERIMIENTO-NOTIFICACIÓN DENEGATORIO DE PRÓRROGA: LEGITIMACIÓN PASIVA: *La notificación del arrendador al arrendatario, impuesta por la LAU, consiste, pura y simplemente, en la declaración de voluntad de negar la prórroga legal. Carece de trascendencia el que la notificación se dirigiera a las dos sociedades que inicialmente fueron arrendatarias del local y que la demanda resolutoria se haya dirigido sólo contra una de ellas, si ésta es la única afectada por la denegación de prórroga.* [S. 19 de junio de 1964; no ha lugar].

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: FINALIDAD: *La finalidad de esta causa de denegación de prórroga no es la defensa del interés particular, sino dar satisfacción al interés general de aumento del número de viviendas disponibles.*

IDEM: LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO: ACUMULACIÓN: *El proyecto de derribar la finca para edificar otra no implica la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre todos los ocupantes del inmueble afectado, sino en todo caso un supuesto de acumulación de acciones cuya utilización es facultativa y no preceptiva, por lo que no puede decirse que se haya constituido defectuosamente la relación jurídica procesal al demandar a los arrendatarios de los locales de negocio en un proceso y a los de viviendas en otro.*

IDEM: CONGRUENCIA: *No supone incongruencia el que pedida simplemente la resolución del contrato, la sentencia tras dar lugar a la misma, determine que el derribo y posterior reedificación ha de hacerse en las condiciones previstas en la LAU.* [S. 29 de mayo de 1964; no ha lugar.]

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DEL LOCAL: JUSTA CAUSA DEL CIERRE: *El embargo de bienes del arrendatario del local, al causar traba sobre la maquinaria y mercaderías, determinó una inactividad comercial, provocada por causa ajena a la voluntad del comerciante, pues el embargo de bienes que puede tener origen, no sólo en la desacertada gestión, sino en otras*

causas, no puede estimársele imputable a estos efectos, por lo que debe apreciarse la existencia de una justa causa para el cierre. [S. 22 de junio de 1964; ha lugar.]

16. "NUMERUS CLAUSUS" DE CAUSAS RESOLUTORIAS DE ARRIENDO URBANO: *La Sala I tiene declarado con reiteración que las causas de resolución del artículo 114 LAU son de carácter limitativo, sin que puedan aplicarse por analogía, debiendo procederse restrictivamente en su ejercicio y rigurosamente en la exigencia de los presupuestos que lo condicionan.*

INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES: *Procede dejar sin efecto la sentencia que decreta la resolución de un arriendo —sometido a la LAU— con base en causa distinta de las previstas en el artículo 114, ya que para el enjuiciamiento de dicha causa se utilizó un procedimiento inadecuado con indefensión del recurrente. [S. 1 de julio de 1964; ha lugar.]*

La causa resolutoria apreciada por la Audiencia en proceso seguido por los trámites previstos en la LAU para las acciones ejercitadas con base en la misma, era de no constituir la vivienda "domicilio permanente del beneficiario", causa contenida en la Ley de Viviendas de Renta limitada de 1954 y para cuya efectividad no es causa procesal adecuada el proceso arrendaticio de la LAU. (J. P. R.)

17. INTRODUCCIÓN ILEGAL DE TERCERO EN LA COSA ARRENDADA: *Si la Sala de instancia afirma que el arrendador tiene reconocida la cotitularidad arrendaticia del arrendatario y de la tercera persona introducida en el local y que ha consentido el uso conjunto del local por los demandados, es improcedente la resolución pretendida. No es ilógico atribuir el carácter de reconocimiento de la cotitularidad arrendaticia a un estado de cuentas en el que se reconoce como partida o crédito a favor del arrendador y en contra de los demandados el importe de unos recibos del arriendo que se pretende resolver. [S. 13 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

18. TRASPASO OCULTO: PRESUNCIÓNES: *La declaración del traspaso con las consiguientes bajas y altas en la contribución industrial, unida a otros elementos que el Tribunal sentenciador ha tenido en cuenta y que se reflejan en la resolución que se recurre, hace suponer fundadamente la adquisición del negocio por el nuevo contribuyente, presunción ésta que lleva en sí un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. [S. 18 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

19. TRASPASO ILEGAL: *La LAU no permite, y lo sanciona con la resolución del contrato de arrendamiento, el hecho de que un tercero extraño a la relación arrendaticia, use y disfrute de la cosa arrendada, sin consentimiento del arrendador.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Alegar como causa de la injusticia notoria pretendida el artículo 136 número 3.º LAU, por infracción de precepto*

y de doctrina legal, y no expresar el concepto por el que se estima cometida la infracción, involucrando, además, en su desarrollo las cuestiones de hecho y las de derecho, constituyen defectos, que, en su día, debieron haber sido causa de inadmisión del recurso y que en el actual trámite lo son para su desestimación. [S. 18 de octubre de 1963; desestimatoria.]

20. OBRAS INCONSENTIDAS: CONOCIMIENTO: *Reiteradamente se viene declarando por el T. S. que conocimiento no equivale a consentimiento, y por consecuencia no sirve como base o raíz delictiva para apreciar consentimiento de obras por parte del dueño del local arrendado, la entidad de las mismas, ni el tiempo transcurrido desde que se realizaron, pues todos estos datos implican que el arrendador podía conocerlas, pero de ninguna manera autoriza para presumir su autorización, ni son elementos inequívocos que revelen de manera fehaciente su decidido propósito de aceptarlas. [S. T. S. 16 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

21. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *La conversión de una puerta en una ventana, realizada con obra de fábrica, constituye una alteración sustancial en la configuración de la cosa arrendada, que el arrendatario no puede llevar a cabo de no contar con el consentimiento del arrendador. [S. 10 de junio de 1964; estimatoria.]*

22. OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS DE ADAPTACIÓN: *El contrato sólo autoriza para adaptar el local a su puesta en uso, pero no a posteriores reformas que pueden ser convenientes o necesarias para el arrendatario, para las que se requiere, la debida autorización del dueño. [S. T. S. 6 de junio de 1964; no ha lugar.]*

23. OBRAS DE ADAPTACIÓN: *Cuando se arriende un local para un destino determinado, se entiende concedida implícitamente la autorización para adaptarlo al destino libremente pactado.*

OBRAS INSIGNIFICANTES: CONFIGURACIÓN: *No son causa de resolución del contrato de arrendamiento las obras que, por su insignificancia (tabique de poca altura) no alteran la configuración.*

CONFESIÓN: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *No constituye error de hecho, sino de derecho, el no dar a la confesión en juicio el valor que tiene, por lo que resulta improcedente la vía 4.^a del art. 136 LAU, empleada en el recurso, sin que obste a ello la tardía rectificación hecha en la vista. [S. 4 de noviembre de 1963; desestimatoria.]*

Para el perfecto entendimiento de la sentencia conviene tener en cuenta los hechos básicos siguientes: El demandado era arrendatario de dos naves (que, aunque sin comunicación entre ellas, constituyan una sola finca), en virtud de sendos contratos que realizara con el propietario (padre del actual demandante). En ambos contratos se señaló el mismo destino al objeto arrendado ("depósito-almacén de pieles, derivados y subproductos, así como para la obtención industrial de estos dos últimos") y se fijaron los mismos

pactos y condiciones. Es igualmente importante el hecho de que el segundo contrato de arrendamiento se otorgó un mes después del primero y antes de que se procediera a instalar en éste la industria pactada.

De las obras realizadas por el arrendatario (en base a las cuales se pretende la resolución del arrendamiento), entiende el T. S., confirmando la sentencia recurrida, que, algunas de ellas ("cambio de una puerta por otra de menores dimensiones"; "cambio de situación de ventana y apertura de hueco y colocación de otra nueva"; cegamiento, con ladrillo y revoque en la fachada exterior, de una ventana existente en la fachada posterior, de carpintería metálica"; "creación, por medio de un tabique, de una habitación destinada a oficina") fueron realizadas en los primeros momentos de concertarse el arriendo "con consentimiento implícito del arrendador, que se infiere de la expresión, en la cláusula tercera del contrato, con diáfana claridad, del destino del local litigioso, destinado con anterioridad a finalidades diferentes, por lo que se imponía la ejecución de las obras necesarias para la acomodación del local al destino libremente pactado"; consentimiento ratificado por el propietario del local "autorizando con su ciencia, presencia y aquiescencia la realización de las obras". Hay otro tipo de obras consistentes en comunicar los dos locales que fueron objeto del arrendamiento y, respecto de las cuales, "presume la sentencia recurrida que al arrendatario se le autorizó para establecer comunicación entre ambas naves, al no ser lógico que el demandado tuviera la intención de montar dos industrias iguales en dos locales contiguos, sino una sola y racionalmente dispuesta, evidenciando que tal fue la intención de los contratantes las pruebas practicadas, de las que resulta la autorización del dueño en orden a la obra de comunicación". Hay, finalmente, otras obras que se estiman insignificantes e insuficientes para alterar la configuración, y que consisten en la "sustitución de los cristales de un lucernario por cartones embreados" y en la "construcción de un tabique de ladrillo de un metro con diez centímetros de altura, con el solo fin de contener la sal necesaria para el tratamiento de los cueros, de extensión indeterminada, pero pequeño, sin constar si está o no empotrado en el suelo del local". (Pertenece lo entrecomillado al considerando primero de la sentencia.) (J. G. Y.)

24. OBRAS REQUERIDAS POR LA MARCHA DEL NEGOCIO: FALTA DE CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO: *La tesis de que el arrendatario de un local de negocio está implícitamente autorizado para realizar, en cualquier momento, cuantas obras estime necesarias o convenientes no sólo para su establecimiento y puesta en marcha, sino a medida que las necesidades del negocio o industria, de su evolución y progreso técnico, o meramente de lo que se considere conveniente a su mejor desenvolvimiento, lo aconsejen. es una tesis cuya sola enunciación pone de relieve su divergencia con nuestro sistema jurídico y la doctrina que lo interpreta y aplica, pues equivaldría a atribuir al arrendatario, no solamente el uso y el disfrute, que es lo que se le transmite en el arrendamiento, sino el poder de disposición, de alterar la forma y sustancia determinantes del propio objeto del contrato, que pertenece a la exclusiva soberanía del propietario. [S. 8 de noviembre de 1963; desestimatoria.]*

25. OBRAS: CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO: *El consentimiento implícito para reali-*

zar las obras es consecuencia de la puesta en marcha del negocio o industria en el local arrendado, siempre que sea preciso para el desarrollo del mismo conforme al destino dado, pero sin que pueda extenderse dicha autorización a obras de ampliación o mejora de los servicios en el curso o desarrollo del negocio porque ello entraña no la necesidad, sino la conveniencia. [S. 30 de octubre de 1963; desestimatoria.]

26. OBRAS INCONSENTIDAS: *Se consideran inconsentidas aquellas obras que están fuera de las que se autorizaron por la licencia Municipal a petición del arrendador. [S. 16 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

27. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La cuestión sobre si las obras realizadas modifican o no la configuración entraña un concepto jurídico. Modifican la configuración las obras que implican un cambio esencial y sensible en la distribución de los espacios constitutivos de la vivienda y los elementos que los limitan, incorporados al inmueble de forma que no puedan separarse sin destruirse.*

ABUSO DE DERECHO: *El abuso de derecho, como institución de equidad, presupone una actitud meramente pasiva del que sufre un daño en su patrimonio sin culpa por su parte, como consecuencia del ejercicio antisocial de un derecho por parte de un tercero, pero no puede invocarse en su favor por quien es responsable de una conducta antijurídica que lleva aparejada una sanción prevista en la propia Ley. [S. 17 de abril de 1964; no ha lugar.]*

28. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Se entiende variada la configuración cuando las obras realizadas alteren la vieja distribución de los espacios útiles, variando su aspecto peculiar y produciendo un cambio no meramente accidental y transitorio, sino esencial, sensible y permanente. [S. 2 de julio de 1964; no ha lugar.]*

29. OBRAS DE REPARACIÓN NECESARIAS: CONFIGURACIÓN: *Si el uso y disfrute del inmueble, según la naturaleza de la cosa arrendada, obligan a la realización de las obras y por su urgencia las realiza el arrendatario, no por ello se quebranta la prohibición que tiene de realizarlas por sí mismo sin el consentimiento del arrendador, cuando son por su voluntad o conveniencia. Las reparaciones han de reputarse urgentes, no sólo referidas al tiempo, sino por lo perentorio de la necesidad. La doctrina del T. S. citada en las sentencias de 6 de julio de 1954 y 2 de febrero de 1960, permite que en las obras de este tipo puede no respetarse la configuración del local. [S. 15 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

30. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Es constitutivo de un cambio de configuración, la variación de la disposición de los elementos estructurales, de la función atribuida a cada una de las partes resultantes, del número de piezas y de su aspecto particular y de conjunto. [S. T. S. 13 de junio de 1964; no ha lugar.]*

31. RUINA: *Procede desestimar el recurso de injusticia notoria por el que*

se intenta rectificar o corregir la declaración administrativa de ruina, lo que sólo cabe lograr en la vía gubernativa y, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que los Tribunales de la jurisdicción ordinaria vienen obligados a respetar tal declaración.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CAUCIÓN JURATORIA: *La omisión, por el declarado pobre, de la caución juratoria, al formalizar el recurso, determina la inadmisión y la desestimación del mismo.* [S. 1 de julio de 1964; no ha lugar.]

32. RESOLUCIÓN ARRENDATARIA CON BASE EN LA ONEROSIDAD DE CONDICIONES FACTADAS POR EL USUFRUCTUARIO ARRENDADOR: *Si se estipuló una renta de 200 pesetas mensuales, con prohibición de subarriendo y obligación impuesta al arrendatario de encalar cada seis meses el edificio y atribución al mismo de la facultad de realizar obras de reforma y conservación que habrían de quedar en beneficio de la finca y se ha probado que de 35 fincas del lugar de autos 19 figuraban a efectos fiscales con renta anual inferior a 1.300 pesetas y las 16 restantes con otra no superior a 2.000 pesetas anuales, es correcto deducir que no se trata de arriendo anormal o desacostumbrado en perjuicio de la propiedad.* [S. 17 de octubre de 1964; no ha lugar.]

33. SUBARRIENDO AUTORIZADO VERBALMENTE: NULIDAD: ART. 22 LAU: *El artículo 22 LAU, como norma de derecho necesario, es de imperativo cumplimiento, por lo cual el subarriendo de la totalidad o de parte de local de negocio hecho con la autorización verbal expresa del arrendador, pero sin hacerlo por escrito, como exige dicho artículo, es un acto que, como contrario a la ley, cae en la nulidad que prescribe el art. 4º C. c.* [S. 29 de mayo de 1964; estimatoria.]

NOTA: En segunda instancia, la Sala declaró (revocando la sentencia del Juzgado) la validez del subarriendo hecho con autorización expresa, pero verbal, alegando (según se recoge en el primer motivo del recurso) que la interpretación rigorista contraria, "además de dar al acto jurídico en su esencia menos importancia que a su forma, va en contra de las normas y principios de rango superior a los de la propia ley formal ordinaria, cual es el principio de respeto a los actos propios, que por ser de derecho natural y superior, por tanto, a toda ley positiva, impide que el que autoriza a otro en cualquier forma a realizar un acto, pueda luego impugnarla, con base en no haber prestado el consentimiento con el formalismo legal exigido".

Parece interesante transcribir el considerando primero de la sentencia del T. S.: "El tema fundamental y básico del recurso se reduce a determinar si es válido y eficaz el subarriendo de la totalidad o parte del local de negocio contando con la autorización verbal expresa del arrendador, sin que lo hiciera en forma escrita, como exige el art. 22 LAU vigente, cuestión hartamente debatida y resuelta por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que tratándose de norma imperativa obliga su acatamiento y su falta, como acto contrario a la ley, cae en la nulidad que prescribe el artículo 4º C. c., sin que este rigor de interpretación literal contrario ni cierre el principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho obligacional, porque la facultad de obrar está limitada por la ley, que es quien, suprema autoridad, marca o regula e imprime fuerza coercitiva a las estipulaciones entre partes, y así lo consagra el precepto sustantivo 1.255

al establecer que los contratantes pueden otorgar los pactos que estimen, siempre que no sean contrarios a la ley, doctrina o criterio que descansa no sólo en los términos gramaticales del susodicho art. 22, sino en la naturaleza personal del contrato de arrendamiento, mediante el que sólo se adquiere el derecho de uso a favor de la persona que lo recibe sin que pueda transferirlo o transmitirlo más que en los supuestos y con las formalidades pre establecidas en la Ley especial, la que con un avance en el sistema jurídico restringe cada vez más por razones de interés social los antiguos principios que caracterizaban el Derecho privado, y así vemos dentro de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos que al dominio del local de negocio le injerta el de la empresa, creando un derecho conjunto o mezclado entre arrendador y arrendatario; se introduce la facultad de impugnación del precio de venta; la prórroga de duración del contrato en contra del término concertado; todo lo cual indica evolución en el concepto de las instituciones jurídicas y justifica la teoría que se mantiene, manifestada con reiteración por esta propia Sala, de que el art. 22, como norma de derecho necesario, es de imperativo cumplimiento, pues, de lo contrario, se convertiría en letra muerta el texto legal, sin que a ello se oponga, como dice la sentencia recurrida, la doctrina de los actos propios, ni implica abuso de derecho, sino el reconocimiento de un derecho obligacional con vicio o defecto de constitución que lo invalida ante la ley".

La Sentencia actual sigue, entre otras, a las SS. de 22 de febrero de 1956 y 10 de octubre de 1962, que consideran la autorización escrita como un requisito *ad solemnitatem*. (J. G. Y.)

V. Familia

1. DECLARACIÓN DE PATERNIDAD NATURAL: DERECHO CATALÁN: *La declaración de paternidad natural tiene, dentro de las fuentes de Derecho catalán, mayor amplitud que las propias del castellano, sumamente restrictivo en esta materia.* [S. 18 de junio de 1964; no ha lugar.]

2. GANANCIALES: BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO: *La mera separación amistosa o extrajudicial no provoca la suspensión de los efectos económicos del matrimonio, y por ello las fincas adquiridas durante el mismo son gananciales aunque los cónyuges vivieran separados de hecho.*

NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD: *Aun cuando nuestro Derecho histórico exigió que los cónyuges vivieran "de so uno" o "de consuno", tal norma fue sustituida por el art. 1.393 C. c. que expresamente dispone que la sociedad de gananciales comenzará a regir "precisamente el día de la celebración del matrimonio", a cuyos efectos es indiferente el hecho de la vida común.*

VENTA SIMULADA PARA BURLAR DERECHOS DE LA MUJER: *Declarándose probado y no combatido por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 LEC que el marido, el mismo día en que adquirió las fincas, las enajenó con pacto de retro y reserva de arrendamiento, manifestando ser soltero, continuando amillaradas a su nombre, pasando ante los vecinos por seguir siendo su dueño, ejercitando con tal carácter el retracto de colindantes con posterioridad a la venta, mientras que el comprador nunca las poseyó y a su muerte no fueron inventariadas en su sucesión, por todo lo cual la Sala declara existente la simulación, es visto que hay el enlace preciso y directo según las reglas del*

criterio humano que exige el art. 1.253 para la estimación de la prueba de presunciones.

MATRIMONIO CANÓNICO DE LA REPÚBLICA: EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY DE 12 DE MARZO DE 1938: *La eficacia retroactiva del art. 2.º de dicha Ley no limitó su alcance a las relaciones personales o familiares, sino que extendió su contenido a cuantos derechos y obligaciones regulaban dicha institución en el Derecho civil, común o foral, con anterioridad a la promulgación de la norma que dejaba sin vigor, y entre ellos los relativos al régimen patrimonial, como se deduce del adjetivo "todos" empleado en el precepto y del principio general de Derecho que dice que donde la Ley no distingue no es lícito distinguir.* [S. 31 de marzo de 1964; no ha lugar.]

Las partes habían contraído matrimonio canónico el 24 de junio de 1935 el cual no fue inscrito hasta el 1.º de julio de 1940. Los cónyuges apenas habían vivido juntos durante el primer año de matrimonio. En situación de separación de hecho, el 22 de septiembre de 1937, adquiere el marido un conjunto de fincas rústicas sin que conste las adquiriera como propias; el mismo día el marido las enajena con pacto de retro y reserva de arrendamiento, manifestando ser soltero; pese a la enajenación, el marido sigue comportándose respecto de ellas como verdadero propietario, e incluso llega a ejercitarse respecto a ellas el retracto de colindantes; por otra parte, fallecido el supuesto comprador, sus herederos no incluyen en el inventario de la herencia las fincas por él adquiridas. Decretado el divorcio por la Autoridad eclesiástica, el marido se niega a incluir en la liquidación las citadas fincas por entender que no eran gananciales. La mujer solicita la declaración de simulación de la venta y la inclusión de dichas fincas en la liquidación de la sociedad. (G. G. C.).

3. DEPÓSITO DE MUJER CASADA INSTADO POR MARIDO: SEPARACIÓN CONYUGAL DE HECHO CONSENTIDA POR MARIDO: PRESUNCIÓNES: *No procede el depósito de mujer casada instado por el marido si hubo separación de hecho consentida por éste; la jurisprudencia ha declarado que el consentimiento para la separación, si bien ha de acreditarse cumplidamente, puede presumirse de diversas circunstancias, tales como la residencia habitual de la esposa en población diversa a la del domicilio conyugal sin oposición del marido, o de que éste no le requiriese en ninguna ocasión para que se reintegrase a su domicilio, o no usase de los derechos que la ley le concede para poner fin a tal situación ni impeparse a tal objeto el auxilio de la autoridad gubernativa.*

RECURSO DE CASACIÓN: *Conforme a las sentencias de 19 de abril de 1913 y 18 de abril de 1942 no son recurribles en casación, por no ser definitivas, las resoluciones recaídas en incidentes de depósito de personas.*

COSA JUZGADA: CUESTIONES DE COMPETENCIA: *Las resoluciones judiciales que deciden cuestiones de competencia no producen cosa juzgada.* [S. 31 de marzo de 1964; no ha lugar.]

VI. Sucesiones

1. VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS: *El art. 1.531 C. c. lo que autoriza es la venta de los derechos hereditarios, y no la de las cosas de la herencia, siendo esa misma venta del derecho hereditario la que el C. c. reputa en el artículo 1.000 como aceptación tácita y en el 1.067 hace surgir el retracto de coherederos, dando a entender que lo que puede enajenarse antes de la partición es ese derecho y no el recayente sobre cosas concretas o determinadas de la herencia.*

REQUISITOS FISCALES: *El incumplimiento de requisitos de tal clase no priva de eficacia civil a los negocios jurídicos que se hayan plasmado en los correspondientes documentos. [S. 5 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

2. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: DERECHO CATALÁN: *La sustitución fideicomisaria supone por esencia una masa de bienes con prohibición de enajenar hasta determinada línea, con la específica obligación de conservarlos para transmitirlos, en todo o en parte, a un tercero; al no existir en la institución de autos semejantes restricciones, procede aceptar la calificación de heredamiento preventivo atribuida por la Sala "a quo".*

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CASACIÓN: *La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa de la Sala de instancia, respetable en casación mientras no sea arbitraria vulnerando abiertamente los textos examinados. [S. 17 de abril de 1964; no ha lugar.]*

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: NATURALEZA DEL CARGO DE ADMINISTRADOR: *No hay equiparación posible, en cuanto al régimen, entre los cargos de Consejero Delegado y el de Director Gerente de una sociedad anónima, por una parte, y el de factor, por otra; por cuanto aquéllos tienen limitada su actuación por los Estatutos y por la Ley, que sanciona los posibles actos de deslealtad de los mismos (sic). [S. 16 de junio de 1964; desestimatoria.]*

2. LETRA DE CAMBIO DOMICILIADA: COMPETENCIA PARA EL JUICIO EJECUTIVO: *Según doctrina reiterada del T. S., la competencia para conocer de los juicios ejecutivos, que tienen por título una letra de cambio, radica en el Juzgado donde ésta está domiciliada, cuando no hay otro fuero preferente. [S. 9 de junio de 1964; resuelve competencia.]*

3. LETRA DE CAMBIO: PROVISIÓN DE FONDOS: *La provisión de fondos a la persona, a cuyo cargo se gira la letra de cambio, tiene lugar por hechos, a virtud de los cuales el librado se constituye en deudor del librador o del tercero por cuya cuenta se hizo el giro, por una cantidad igual o mayor a la expresada en la letra.*

REQUISITOS DE LA LETRA DE CAMBIO: *Los requisitos de la letra de cambio, exigidos por el artículo 444 C. Co., son necesarios para que ésta surta efecto en juicio; y si los contiene, háyanse escrito o no en unidad de acto o aún utilizando más de una máquina de escribir, tal efecto deberá producirse, aun cuando la cláusula valor no sea la estampada en la cambiaria.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS DE LA CASACIÓN: *El documento auténtico evidenciador del error aducido en el motivo de casación no puede ser el mismo que el Tribunal de Instancia tuvo a la vista y examinó para extraer del mismo sus afirmaciones. [S. 3 de octubre de 1964; desestimatoria.]*

4. LUGAR DE LA ENTREGA DE LA MERCANCÍA: *Salvo prueba en contrario, los géneros, objeto de la compraventa mercantil, se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor; presunción que se confirma cuando dichos géneros han sido enviados al comprador a porte debido.*

LIBRAMIENTO DE LETRAS DE CAMBIO: *El libramiento de letras de cambio, como medio de pago del precio de la compraventa, no tiene otro alcance que el de una mera facilidad para el pago y no altera la competencia determinada por el lugar de la entrega de la mercancía vendida. [Ss. 3 noviembre 1962; 28 de febrero; 22 y 23 de mayo; 12 y 15 de junio 1964.]*

Se refieren a la doctrina sobre letras de cambio las Sentencias de 3 de noviembre de 1962 y 23 de mayo de 1964.

DERECHO PROCESAL

1. VENTA DE COCHE INTRODUCIDO DE CONTRABANDO: RESPONSABILIDADES: JURISDICCIÓN COMPETENTE: *Careciendo la jurisdicción civil de competencia para determinar la responsabilidad de los encausados por contrabando y defraudación, habrá que atenerse a lo que determinen los Tribunales de dicho orden sobre la materia. Si el Tribunal de Contrabando y Defraudación había condenado al vendedor y comprador del vehículo como encubridores del delito de ilícita introducción del vehículo, tal condena, aunque no era firme al tiempo de dictarse la sentencia civil recurrida, constituiría un principio de prueba escrita de la culpabilidad del actor que, unida a las restantes practicadas llevó a la Sala de instancia a absolver a los vendedores. Si la parte actora no quiso esperar para presentar su demanda civil a la resolución definitiva del expediente administrativo, ni desvirtuó, a juicio de la Audiencia, la tacha de culpabilidad en el ilícito comercio del automóvil, es evidente que al tiempo de dictarse la resolución recurrida y a la que necesariamente ha de referirse la casación, la parte actora no había acreditado que desconociera la ilícita importación del automóvil, por lo que no puede acogerse su demanda.*

RECURSO DE CASACIÓN: NATURALEZA: DOCUMENTOS POSTERIORES A LA SENTENCIA DE INSTANCIA: *Carecen de virtualidad a efectos del recurso de casación las actuaciones —extrañas al proceso— y documentos aportados con pos-*

terioridad a la sentencia recurrida, ya que las sentencias se retrotraen al momento de constituirse la relación jurídico-procesal en que se origina la litispendencia. El recurso de casación sirve para juzgar la sentencia recurrida, no el pleito, por no ser una tercera instancia.

FORMALISMO DEL RECURSO: *Dado el carácter eminentemente formal del recurso decaen los motivos formulados con acumulación de dos conceptos de infracción.* [S. 30 de abril de 1964; no ha lugar.]

El comprador de un automóvil que había sido introducido en España de contrabando, formuló demanda contra el vendedor reclamando la nulidad del contrato de venta, la devolución del precio y daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia admitió en su mayor parte la demanda, pero la Audiencia la desestimó íntegramente por entender probada, en principio, la culpabilidad conjunta de comprador y vendedor en el hecho ilícito de contrabando en que basaba el actor su demanda.

J. P. R.

2. COMPETENCIA: NEGOCIOS USURARIOS: RENUNCIA AL FUERO PROPIO: *En materia de negocios usurarios sólo es nula la renuncia del fuero propio de un contratante, hecha en favor de otro Juzgado de la misma población.*

RELACIONES COMPLEJAS: *Tratándose de relaciones complejas, análogas a las de un contrato de cuenta corriente, entremezclándose unos contratos de suministros de prendas confeccionadas, con ciertas entregas de dinero que hacia el demandado, anticipadamente o en el curso de las relaciones a cuenta del precio de tales suministros, ignorándose el lugar exacto de cumplimiento de las obligaciones resultantes, y si la entrega de dinero constitúa verdadero pago, no es posible aplicar a tales relaciones ninguno de los criterios de fuero preferente del artículo 62 LEC.*

FUERO DOMICILIO DEL DEMANDADO: *No demostrándose la concurrencia de otro fuero preferente, debe prevalecer el fuero general por resultar el menos oneroso para el demandado, e ir de acuerdo con el principio general de derecho material de que nadie está obligado a hacer prestaciones en favor de sus semejantes salvo prueba contraria, y que quien se obliga, se obliga siempre a lo menos.* [S. 30 de octubre de 1963; no ha lugar.]

3. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: FALTA DE ACCIÓN: *Si la demanda de interdicto se dirigió contra determinada persona en su propio nombre y no como mandatario de una Corporación, la alegación del demandado de que el hecho origen del interdicto lo realizó como representante legal de aquélla, no entraña la falta de personalidad a que se refiere el número 2º del art. 1393 LMC por afectar al fondo del asunto, y confundirse con la falta de acción del interdictante que constituye una excepción perentoria ajena a dicho precepto.* [S. 30 de octubre de 1963; no ha lugar.]

4. DECLARACIÓN DE DERECHOS ARRENDATICIOS: NECESIDAD DE LA ADECUADA E INTEGRA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL: CESIÓN DE DERECHOS

ARRENDATICIOS: *Procede desestimar —por inadecuada constitución de la relación jurídico procesal— la demanda dirigida contra el propietario de un inmueble por un supuesto cesionario de derechos arrendaticios sobre el mismo, si no han sido parte en el pleito los supuestos cedentes, uno de los cuales ni siquiera como testigo ha sido oido en el pleito.*

NEMO DEBET INAUDITO DAMNARIT: *El actos, para lograr el éxito de sus pretensiones, no puede elegir libremente a los demandados, sino que debe dirigir su acción contra todos los que tengan evidente y legitimo interés en impugnarla. [S. 27 de mayo de 1964; ha lugar.]*

Nota: Claro está que en ciertos supuestos resulta superflua la intervención en juicio de ciertos interesados; tal ocurrirá en casos como el resuelto en la sentencia de 31 de octubre de 1963 en la que se declaró que si bien la acción que afecte a varios ha de dirigirse contra todos ellos, no obstante el demandante está excusado de hacerlo respecto de aquellos que antes de iniciarse el pleito hubieran manifestado su asentimiento al hecho que constituye el fundamento básico y previo de la demanda. (J. P. R.)

5. ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL: SERVIDUMBRE PERSONAL INSCRITA: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Habiéndose discutido en el pleito la extensión de una servidumbre de pastos sobre los terrenos en litigio, inscrita en el Registro, sin que hayan sido parte en él los Ayuntamientos titulares de ese derecho real, está bien estimada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por los demandados, pues no cabe desconocer el interés legitimo que tienen en el pleito.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Se incurre en falta de claridad y precisión si se alega, a la vez y disyuntivamente, los conceptos de violación e interpretación erróneas. [S. 26 de mayo de 1964; ha lugar.]*

El actor ejerce una acción de rectificación registral pretendiendo la nulidad de una inscripción de propiedad a favor de los demandados, en la que figuraba la inscripción de una servidumbre personal a favor de unos Ayuntamientos que no han sido parte en el pleito. La observancia del art. 40, d), párrafo 2º L. H. era inexcusable, y resulta correcta la estimación de la excepción alegada.

6. EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Para que no sea estimada, debe dirigirse la demanda contra cuantas personas tengan legitimo interés en impugnarla, bien porque lo disponga así algún precepto legal, bien porque pueden quedar afectadas por la sentencia, ya que la finalidad de esta excepción es el proteger a los interesados frente a la posible extensión subjetiva de la cosa juzgada y evitar que los mismos puedan ser condenados “inaudita parte”.*

SOCIEDADES: PERSONALIDAD JURÍDICA: *Las sociedades, en cuanto personas jurídicas distintas de sus asociados, deberán ser llamadas al proceso cuando estén ligadas directa e inseparablemente con el derecho material cuya efecti-*

vidad se pretende hacer valer en la demanda, salvo que verse el litigio sobre relaciones internas de los miembros componentes.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: CARÁCTER GENERAL DE LAS MISMAS: *Tal como se regulan en nuestro Derecho, se aproximan más al grupo de las capitalistas que al de las personalistas.* [S. 3 de julio de 1964; ha lugar.]

7. CONGRUENCIA: *La conformidad de la sentencia con lo pedido ha de extenderse a todos los extremos, personas, cosas, causa y acción, con exactitud tan indispensable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el fallo que no se ajusta a estos esenciales requisitos de fidelidad y correlación entre lo pedido y lo resuelto, rebasa los límites infranqueables para la decisión judicial, tiene implícito error y está comprendido en el defecto que para la casación define el núm. 2º del art. 1.692 I.E.C.*

NADIE PUEDE SER VENCIDO EN JUICIO SIN SER OÍDO: *Es doctrina reiterada que nadie puede ser vencido en juicio sin haber sido oído previamente, sin que la omisión de tal excepción en el escrito de contestación a la demanda constituya obstáculo para su apreciación de oficio.* [S. 24 de septiembre de 1963; desestimatoria.]

NOTA: En segunda instancia se desestimó la pretensión del demandante, por entender la Sala que no estaba completa la legitimación pasiva (y, consiguientemente, no se entra en el fondo del asunto). El T. S. acepta plenamente la doctrina del Tribunal *a quo*, pues, de otra forma, se quebrantaría el principio de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oído previamente, ya que “suplicándose —dice el T. S. en el considerando 3º de la sentencia— por la parte recurrente en el pedimento C) de su demanda que en el aprovechamiento de hierbas por los actores no existe excepción alguna en favor de ninguna clase de terrenos sitos dentro del perímetro de los términos contiguos a la hacienda titulada del Aval, llamados de Bosque y Berguilla, en la forma que aparece inscrito todo ello en el Registro de la Propiedad (...), el Tribunal *a quo*, dado el carácter indivisible de esta pretensión, precisamente en aras del principio de congruencia que hoy se invoca, entendió acertadamente que la legitimación pasiva era incompleta, toda vez que el correspondiente pronunciamiento que recayese, no sólo afectaría a los demandados (...), sino a más de cien, por ser dueños de parcelas enclavadas dentro de los linderos reclamados...”.

La sentencia recurrida, a pesar de reconocer que los demandados no propusieron debidamente la excepción (pues sólo en su escrito de dúplica denunciaron que su legitimación era incompleta), la aprecia de oficio, considerando la cuestión como de orden público procesal. El T. S., al aceptar los razonamientos de la sentencia recurrida, rechaza que se haya incurrido en incongruencia por apreciar de oficio que no estaba completa la legitimación pasiva, ya que “como declara la sentencia de 30 de septiembre de 1950, es de la incumbencia de los Tribunales el cuidado de que el litigio se ventile con todos los que claramente puedan resultar afectados por la que se dicte, en razón a la misma veracidad de la cosa juzgada”.

Es importante, pues, destacar en esta sentencia, a la vez que el carácter procesal de orden público de la legitimación, que permite al Tribunal apreciarla de oficio (tengase, sin embargo, en cuenta los términos de la súplica de la demanda, en la que se pretendía que el fallo alcanzara a todos los propietarios de terrenos colindantes, y no solamente a los demandados) y, por otra parte, la consideración de la legitimación como requisito previo

para entrar en el fondo del asunto, cuando generalmente la jurisprudencia la ha considerado como cuestión que afecta al fondo (Cfr. PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil (Manual)*, I, Zaragoza, 1954, págs. 170 y sigs.). (J. G. Y.)

8. CUESTIONES DE COMPETENCIA: PROCESO DE COGNICIÓN: *En los procesos de cognición, en defecto de sumisión expresa se estará a las reglas de competencia de la LEC.*

ALEGACIONES CONTRADICTORIAS: FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *No apreciando perfeccionado el contrato y siendo contradictorias las alegaciones de las partes, debe prevalecer el fuero del domicilio de la compañía demandada.* [S. 16 de junio de 1964.]

9. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO ARRIENDO DE SOLAR O DE LOCAL DE NEGOCIO: VALOR DE ANTERIOR SENTENCIA DE DESAHUCIO: *Aunque la cuestión sobre la calificación jurídica de un contrato puede plantearse en cualquier momento, si el arriendo se halla resuelto en virtud de sentencia firme de desahucio, en que el Tribunal calificó el arriendo como de solar y no habitables las edificaciones efectuadas, tal declaración, aun producida en un procedimiento sumario, no puede ser desconocida, sin invalidar la resolución en que se formuló.* [S. 2 de octubre de 1964; no ha lugar.]

10. NULIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *La nulidad del contrato de arrendamiento —de la que el desahucio será mera consecuencia— debe ventilarse siempre en el juicio declarativo.*

INCOMPETENCIA OBJETIVA: *La declaración de incompetencia exige, según viene declarando la jurisprudencia, que el suplico de la contestación a la demanda contenga petición expresa de que se declare la incompetencia.* [S. 26 de mayo de 1964; no ha lugar.]

11. DESAHUCIO: COMPLEJIDAD: IMPAGO DE RENTA: *Si bien el juicio de desahucio no admite, de ordinario, otras cuestiones que las referentes al derecho del arrendador para desalojar al arrendatario y de éste a permanecer en ella, cabe en tal proceso la proposición y discusión de cuestiones que, enlazadas con los indicados derechos de las partes, estén íntimamente relacionadas con el arrendamiento. El pago de cantidades a cuenta de alquileres y la alegación de créditos contra el arrendador, por supuestos suministros que serían compensables si se hubiera probado su certeza, no implican complejidad excluyente de la aplicación del desahucio, ya que sólo sería precisa, en su caso, la operación de restar de lo que el arrendatario adeuda las cantidades anticipadas o compensables.* [S. 27 de junio de 1964; no ha lugar.]

12. DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: CLÁUSULAS SOBRE LIQUIDACIÓN DE ARRIENDO: *La cláusula contractual por la que se pactó que al término del contrato, cualquiera que fuese su causa, se procedería previamente a una liquidación de deterioros, reparaciones y reposiciones, no impone la obligación de proceder a la liquidación, con anterioridad al ejercicio de la acción*

resolutoria, ya que la liquidación será mera consecuencia y ejecución de la resolución del contrato. Los términos de dicha cláusula no presentan complejidad alguna excluyente del desahucio, pues no afectan propiamente al contrato, sino a la ejecución y cumplimiento de la resolución del arriendo. [S. 30 de abril de 1964; no ha lugar.]

13. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA: FORMALISMO: *El recurso de injusticia notoria tiene carácter extraordinario; son defectos de formalización del mismo la no expresión del concepto en que se reputa infringida la norma, la acumulación de motivos y el tratamiento, como cuestión de fondo, de la supuesta infracción de norma procesal. [S. 23 de septiembre de 1964; no ha lugar.]*

14. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es defectuoso el recurso formalizado por la vía de la causa 3.^a —infracción de ley— con invocación como infringido de un precepto procesal. [S. 30 de septiembre de 1964; no ha lugar.]*

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es inadmisible el recurso por el que se denuncia un error de derecho en la apreciación de la prueba, por el cauce de la causa cuarta de injusticia notoria, que se refiere al error de hecho. [S. 30 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

16. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO: *La prevención que determina el núm. 5.^º del art. 272 LEC se refiere al documento-cédula que se entrega al interesado y no a la diligencia que se extiende en los autos para acreditar, por la fe del secretario, que se ha llevado a cabo el acto procesal de emplazamiento o notificación, por lo que la omisión de aquella prevención en esta diligencia no constituye quebrantamiento de formalidades esenciales que produzcan indefensión, máxime si se tiene en cuenta que en dicha diligencia obrante en autos se dice que el notificado se da por enterado y emplazado, con lo que quedaría subsanada cualquier deficiencia y rehabilitada de todo vicio. [S. 10 de junio de 1964; desestimatoria.]*

17. INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *El defecto formal capaz de producir indefensión sólo existe cuando se falta a las formalidades a que se refiere el art. 1.393 LEC, salvo la señalada en el núm. 6.^º de dicho artículo.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NO PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO EN QUÉ CONSTEE EL ARRENDAMIENTO: *La no presentación, con la demanda, del contrato de arrendamiento no puede estimarse como quebrantamiento de forma, ni siquiera en el caso de que sólo en el contrato se fundara el derecho del actor, máxime cuando éste funda su derecho en el carácter de arrendador que le reconoce el demandado y en la escritura en que autorizó el traspaso del local. La exigencia de presentación de tales documentos es sólo el medio que la Ley emplea para evitar el fraude procesal de que se presenten documentos esenciales, en tiempo en que la contraparte no pueda atacarlos.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN: *El error denunciado en la apreciación de la prueba de confesión debe ampararse en la causa 3.^a del art. 136 LAU y en modo alguno en la causa 4.^a del mismo artículo, que sólo puede referirse al error de hecho en la apreciación de la prueba documental y pericial; dado el rigor formal del recurso, esta defectuosa fundamentación del motivo obliga a su desestimación.* [S. 8 de octubre de 1963; desestimatoria.]

18. RECURSO DE CASACIÓN: INCIDENTE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *La regla general, según la cual, contra el fallo de las Audiencias Territoriales que resuelvan los incidentes de ejecución de sentencia para la liquidación de cuentas y de los daños y perjuicios, no se da recurso alguno, sólo admite la excepción de que la resolución impugnada contradiga lo ejecutoriado, supuestos en que es admisible el recurso de casación.* [S. 5 de junio de 1961; no ha lugar.]

19. RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: ACCIÓN CONFESORIA DE SERVIDUMBRE DESESTIMADA: *Habiéndose limitado el demandado a solicitar la absolución de la demanda en que se ejercitaba contra el mismo la acción confesoria de una servidumbre de paso en cuyos términos fue fallada a su favor la litis, sin pronunciamiento alguno en orden a hacer desaparecer los signos o manifestaciones externas de la servidumbre en que el actor se apoyaba, por no haberlo instado así el demandado, es obvio que no incurre en ninguno de los defectos que señala el art. 1.695 LEC el auto de la Audiencia dictado en trámites de ejecución de sentencia negándose a ordenar tales medidas.* [S. 4 de enero de 1964; no ha lugar.]

20. ERROR DE HECHO: REQUISITOS PARA LA CASACIÓN: *La facultad impugnatoria de las afirmaciones de hecho, llevadas a cabo en la instancia, tiene, en el recurso de casación, carácter verdaderamente excepcional, al quedar subordinada a la concurrencia de los requisitos siguientes: 1.^o) Que tales afirmaciones se hagan como resultado de la apreciación de la prueba. 2.^o) Que tengan influencia notoria en el fallo del pleito, de tal modo que, sin ellas, habrían de quedar sin efecto, o ser alterados todos, varios o alguno de sus pronunciamientos. 3.^o) Que se acremente el error denunciado por acto o documento auténtico, entendiéndose por este último aquél legítimamente acreditado, que se autorice por quien corresponda y sea apto para acreditar, por si mismo, el hecho de que se trate, y 4.^o) Que el documento evidencie, sin necesidad de acudir a ninguna operación lógica complementaria, el error en que hubiera incurrido el juzgador, al ofrecer un resultado completamente distinto al que hubo de fijar o admitir el Tribunal de instancia.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: DILIGENCIA ACREDITATIVA DE FIANZA: *La diligencia extendida por el secretario del Juzgado de primera instancia, acreditando haberse constituido la fianza exigida para despachar el embargo preventivo solicitado, no puede, por su índole acreditativa de una mera caución judicial, estimarse como documento auténtico dentro del marco riguroso que se exige en casación.* [S. 13 de junio de 1964; desestimatoria.]

21. DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS DE LA CASACIÓN: *Es aquél que demuestra por sí mismo y fuera de toda exégesis una verdad como la propia realidad, contraria a la sostenida por el Tribunal a quo como premisa fáctica de su fallo. [S. 2 de julio de 1964; desestimatoria.]*

22. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *Para que prospere un recurso de casación por incongruencia de la sentencia recurrida es necesario citar el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es la norma rectora de los vicios de incongruencia. [S. 4 de junio de 1964.]*

23. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO: CONOCIMIENTO DEL EMPLAZAMIENTO: *El número 1.º del artículo 1.693 de la LEC sólo se refiere a quien, por ignorar la existencia del juicio, carece de medios adecuados para su defensa, pero no a quien, aun en el supuesto de que fuese defectuosa dicha diligencia, tuvo conocimiento del emplazamiento por haberlo sido personalmente en el establecimiento que como único domicilio conocido se señalaba en la demanda, siéndolo, en el mismo lugar, por cédula, en segunda citación, sin que en aquel momento apareciera de los autos ser otro el domicilio del demandado. [S. 22 de junio de 1964; no ha lugar.]*

24. RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: CONCEPTO: *Se debe indicar conforme exige el art. 1.720 LEC si la infracción alegada al amparo del número 1.º del art. 1.692, lo es por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, originando la falta de dicho requisito, conforme al art. 1.729, número 4.º, la inadmisión del motivo o su desestimación si fue admitido.*

RECURSO DE CASACIÓN: VALORACIÓN DE DAÑOS: *La valoración de los daños hecha por la Sala sentenciadora con perfecta soberanía atendiendo a los elementos objetivos y subjetivos obrantes en el pleito, no es susceptible de impugnación por el núm. 7.º del art. 1.692 LEC. [S. 30 de diciembre de 1963; no ha lugar.]*

25. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Son inadmisibles conforme al núm. 4.º del art. 1.729 LEC, y admitidos deben desestimarse, los motivos de casación amparados en el núm. 1.º del art. 1.692 sin discriminar el concepto de la infracción, conforme exige el art. 1.720, al alegar conjuntamente interpretación errónea y violación de los preceptos legales que se señalan. [S. 25 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

26. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La denuncia de violación e interpretación errónea respecto de unos mismos preceptos constituye una duplicidad de conceptos incompatibles; en casación no puede acusarse la violación del art. 1.243 C. c. por ser de naturaleza formal. [S. 8 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

27. RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *La impugnación de la sentencia con base en la invocación, como infringidas, de normas sobre valoración pro-*

batoria, debe hacerse por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba y no por la de la causa 1.ª de infracción de ley. La existencia o inexistencia del enlace preciso entre el hecho cierto y el deducido, constituye un juicio que no puede impugnarse por el cauce del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. [S. 4 de junio de 1964; no ha lugar.]

28. CASACIÓN: FORMALISMO: *Constituyen defectos en la formalización del recurso: la invocación de disposiciones de carácter procesal en un recurso por infracción de Ley, la cita genérica de normas legales, la falta de determinación clara de los vicios que se acusan, la alegación de un error de derecho en la apreciación de la prueba sin invocar un precepto valorativo de dicha prueba y la alegación de un error de hecho por el cauce de la primera de las causas de violación de ley. [S. 8 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

29. CASACIÓN: FORMALISMO: *Es defecuosa la formalización del recurso de casación alegando la equivocada apreciación de la prueba por el cauce de la causa 1.ª de infracción de ley. [S. 1 de julio de 1964; no ha lugar.]*

30. RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *Constituyen defectos en la formalización del recurso: la no determinación del concepto en que se reputa infringida la norma, la pretensión de desvirtuar la interpretación dada a un contrato por el órgano "a quo" sin la cita de los artículos del Código civil precisa para ello y la alegación sin la debida concreción de preceptos legales.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Carecen de esta cualidad: los libros de los comerciantes, sobre todo si se aportan por fotocopia; los que han sido objeto de discusión en el pleito y de valoración en la sentencia recurrida, y los que no patenticen, por sí mismos y sin necesidad de acudir a cálculos o deducciones, la equivocación que se dice cometida por el juzgador. [S. 19 de junio de 1964; no ha lugar.]*

31. RECURSO DE REVISIÓN: TAXATIVIDAD DE MÓTIVOS: *El llamado recurso de revisión es un remedio extraordinario frente a la irrevocabilidad del fallo firme, lo que impone una regulación restrictiva, no pudiendo extenderse a casos y circunstancias que no sean los taxativamente determinados en la ley.*

MAQUINACIONES FRAUDULENTAS: CONEXIÓN CON LA SENTENCIA: *Siendo la sentencia que se trata de revisar de resolución de contrato arrendaticio urbano por obras inconsentidas, las maquinaciones fraudulentas denunciadas al amparo del núm. 4.º del art. 1.796 LEC han de referirse necesariamente al hecho de conseguirse ilícita y dolosamente tal resolución, por no existir las obras o no ser inconsentidas. [S. 23 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

La revisión se pretendía con base en que, días antes de dictarse la sentencia de primera instancia, los actores aportaron la finca urbana a una sociedad mercantil sin comunicar al Juzgado el cambio de dueño, lo que se estima constituir una maquinación fraudulenta encaminada a burlar el derecho de retracto del inquilino, cuestión no discutida en el pleito.

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil:

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: ORDEN DE PRELACIÓN: *La condición de pensionista, conforme al artículo 64 de la LAU, sólo es aplicable a los funcionarios públicos, sin que pueda asimilarse al mismo las personas que por aplicación de la legislación laboral perciban subsidios por invalidez o inutilidad en el trabajo temporal o definitiva.* (Sentencia de 8 de julio de 1964; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: *La finalidad que persigue el requerimiento en forma fechaciente, no es otra que la de que conozca el inquilino la exacta situación jurídica en que se encuentra en orden a la exigencia del arrendador, siendo, por tanto, indiferente que actúe éste por sí o por medio de un representante, bastando que llegue a conocimiento del interesado ese propósito del arrendador denegatorio de la prórroga del contrato, para que tenga eficacia el requerimiento.* (Sentencia de 12 de junio de 1964; no ha lugar.)

II. Derecho procesal:

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación se da contra el fallo y no contra los Considerandos de la sentencia.* (Sentencia de 10 de febrero de 1964; no ha lugar.)

2. ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: LEGITIMACIÓN: *El ejercicio de la acción de resolución del contrato de arrendamiento por cesión inconsentida, excede de las facultades concretas y específicas que el Juzgado ha conferido al Administrador judicial de los frutos y rentas de finca embargada en procedimiento ejecutivo.* (Sentencia de 5 de octubre de 1964; no ha lugar.)

2. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. SUBARRIENDO QUE NO PRECISA LA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Es lógico inferir que hubo la notificación al arrendador, precisa para la licitud de los subarriendos del artículo 18 de la LAU, si de modo simultáneo a la entrada de los subarrendatarios en la vivienda, se produjo el correspondiente incremento de la renta arrendaticia, habiéndose reflejado la elevación en los recibos de renta.* (Sentencia de 29 de enero de 1964; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDO O SERVICIO DOMÉSTICO: *No procede la resolución por subarriendo, si la propia sentencia de instancia dice que la introducción, en la vivienda, de persona ajena al inquilino, es para la prestación de servicios como doméstica.* (Sentencia de 16 de marzo de 1964; ha lugar.)

3. DISTINCIÓN ENTRE HOSPEDAJE Y SUBARRIENDO: *Es hospedaje y no subarriendo la relación existente entre el inquilino y dos personas que pernoctan en la vivienda y a la que aquél presta servicios de limpieza, arreglo de la habitación y lavado de ropa.* (Sentencia de 6 de mayo 1964; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN TARDÍAMENTE LLEGADA A SU DESTINO: *No procede la resolución por defecto de notificación si se recomendó la realización de ésta, en tiempo oportuno, a un Notario, aunque éste demorara la práctica de la misma, realizándola al fin con mucha posterioridad al plazo de notificación.* (Sentencia de 10 de febrero de 1964; no ha lugar.)

NOTA: Tiene como antecedente esta sentencia, una resolución del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1960, en la que se entendió también cumplido el requisito de notificación por el encargo, en tiempo idóneo, de la realización de la misma, a un Notario aunque la notificación, por haberla realizado el notario por vía postal, remitiéndola a una dirección errónea, no llegará a su destino dentro del plazo de notificación.

5. NECESIDAD: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: EJERCICIO DE LA ACCIÓN CONTRA LA VOLUNTAD DE LA MAYORÍA: *No procede la denegación de prórroga por necesidad, ejercitada por dos copropietarios, si la mayoría de los condeñados se opone a la resolución pretendida.* (Sentencia de 10 de junio de 1964; no ha lugar.)

6. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El matrimonio tiene derecho a vivienda independiente, incluso aunque en el domicilio paterno haya habitaciones suficientes para albergar al mismo.* (Sentencia de 22 de mayo de 1964; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El compartir la vivienda con otras personas supone una situación de necesidad.* (Sentencia de 14 de febrero de 1964; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: ENFERMEDAD: *Procede la denegación de prórroga basada en la necesidad del traslado de residencia a la población en que está situada la finca y en la que las condiciones climatológicas y la posibilidad de asistencia médica más adecuada, convienen, de modo especial, a la enfermedad del beneficiario de la denegación.* (Sentencia de 1 de junio de 1964; no ha lugar.)

9. NECESIDAD: PRUEBA DE FILIACIÓN: *No cabe impugnar en suplicación la filiación del beneficiario de la denegación de prórroga --respecto al propietario del inmueble-- que la sentencia recurrida afirma con base en certificación del asiento de matrimonio del primero.* (Sentencia de 3 de julio de 1964; no ha lugar.)

10. NECESIDAD: CAMBIO DE DOMICILIO POR ENFERMEDAD: *Ni existe la alegada necesidad de cambiar de domicilio por razón de enfermedad, si la población a que se pretende trasladar la residencia es de características climatológicas similares a las de aquella en que viene residiendo y no se alega ninguna otra circunstancia justificativa de la necesidad alegada.* (Sentencia de 20 de abril de 1964; ha lugar.)

11. NECESIDAD BASADA EN PROYECTO DE MATRIMONIO: *Acreditada la necesidad, por cuanto el beneficiario de la misma proyecta contraer matrimonio en fecha próxima, hallándose en curso el expediente eclesiástico, procede la denegación de prórroga.* (Sentencia de 5 de febrero de 1964; no ha lugar;) (análogamente sentencia de 13 de enero de 1964.)

NOTA: Sentencias ulteriores de la propia Audiencia niegan que proceda la denegación de prórroga si el matrimonio no se ha contraído al expiration del plazo de preaviso.

12. NECESIDAD DE VIVIENDA: PRESUNCIÓN BASADA EN EL MATRIMONIO: TIEMPO DE CELEBRACIÓN DML ENLACE: *Es preciso que el matrimonio en que se base la denegación de prórroga se haya contraído antes de terminar el periodo de preaviso.* (Sentencia de 16 de noviembre de 1964; ha lugar. En el mismo sentido S. s. de 24 de febrero, 4 de mayo, 5 y 23 de junio de 1964.)

NOTA: La Audiencia de Barcelona se ha sometido al criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1963 (véase la crítica a esta resolución en este anuario, 1964, pág. 209), contradiciendo sus anteriores puntos de vista y la antigua doctrina del Tribunal Supremo.

13. NECESIDAD: SELECCIÓN: PISOS DE DIVERSAS CARACTERÍSTICAS: *La LAU sólo permite al propietario la elección entre viviendas interiores y exteriores, sin que la mayor amplitud o comodidad de una vivienda determinada, pueda valorarse como elemento de necesidad.* (Sentencia de 17 de abril de 1964; no ha lugar.)

14. NECESIDAD: SELECCIÓN: SIMULACIÓN: *Las circunstancias para la selección de vivienda deben referirse al tiempo del requerimiento denegatorio*

de prórroga. No puede considerarse simulado el ejercicio de pequeña industria en la vivienda si, aunque el alta tributaria correspondiente a la misma se formalizó con inmediata anterioridad al requerimiento, la industria se venía ejerciendo, desde bastante tiempo antes, en la vivienda afectada. (Sentencia de 27 de enero de 1964; no ha lugar.)

15. NO USO: OCUPACIÓN POR PERSONA EXTRANA AL CONTRATO: *Si la vivienda se halla habitada no procede la denegación de prórroga por no uso, sea cual sea la persona ocupante, pues la Ley no distingue. Debe rechazarse la opinión del «juez a quo» para quien la ocupación debe realizarse —a efectos del no uso— por el inquilino y no por tercera persona.* (Sentencia de 27 de junio de 1964; ha lugar.)

16. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA BASE TRIBUTARIA: *Las reducciones de renta operadas con arreglo a la LAU de 1946 no quedaron afectadas por la limitación temporal de efectos que la LAU de 1955, previó para las reducciones de renta que se produjeran al amparo de dicha segunda Ley.* (Sentencia de 24 de febrero de 1964; no ha lugar.)

NOTA: Para el derecho anterior a la vigencia de la ley de Reforma de la LAU, de 11 de junio de 1964, vino a confirmar indirectamente la anterior doctrina, la disposición transitoria 13 bis introducida en la LAU por dicha Ley; en efecto a virtud de una norma excepcional inserta en dicha transitoria será posible, a partir de 1 de julio de 1964 la limitación de efectos de las reducciones operadas al amparo del artículo 133 de la LAU de 1946 en la medida prevista en el artículo 103 de la LAU vigente.

17. RESOLUCIÓN: PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS: SUPLICACIÓN: *Decretada en la sentencia recurrida, la resolución pretendida con base en dos causas, y no impugnada en el recurso de suplicación la aplicación al caso de autos de una de dichas causas, procede desestimar el recurso.*

LITISPENDENCIA: *No es viable la excepción de litis pendencias propuesta por el demandado con posterioridad a la contestación a la demanda.*

SUPLICACIÓN: *El recurso de suplicación se da contra el fallo, no contra la fundamentación jurídica.* (Sentencia de 22 de mayo de 1964; no ha lugar.)

18. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CLÁUSULA PENAL: *Si en el contrato de arriendo no se previó otra sanción del subarriendo que el abono por el inquilino, por vía penal, de una cantidad al arrendador, no cabe exigir la resolución con base en el subarriendo.* (Sentencia de 5 de junio de 1964; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Cabe deducir el consentimiento tácito del arrendador a la transformación, de los siguientes hechos: el conocimiento, por parte del arrendador, del cambio de vivienda en local de negocio, el que la familia de aquél fuera cliente de dicho negocio, el transcurso de trece años a partir del cambio y el que en los recibos de alquiler se hable de «piso y tienda».* (Sentencia de 13 de enero de 1964; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ORIFICIOS EN TABIQUE: *No supone cambio de configuración la apertura, en un tabique, de unos orificios*

para la sustentación de unas estanterías. (Sentencia de 29 de abril de 1964; no ha lugar.)

21. CONSTRUCCIÓN DE TABIQUE: *Procede la resolución, si el inquilino, sin consentimiento del arrendador, construye un tabique que divide una habitación en dos.* (Sentencia de 27 de enero de 1964; no ha lugar.)

22. OBRAS ORDENADAS POR LA AUTORIDAD: CONSTRUCCIÓN DE PILARES: *No procede la resolución, si el muro se levantó por orden del Ayuntamiento para evitar los desmoronamientos de un camino.* No constituye causa de resolución la construcción de unos pilares que no se introducen, sino sólo se apoyan en el suelo. (Sentencia de 31 de enero de 1964; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL INQUILINO SIN DEJAR SUCESORES ARRIENDATICIOS: *Es inexacta la doctrina del Juez «a quo» según la cual: no procede la resolución si el actor afirma la extinción del arriendo por haber fallecido hace ya año el inquilino sin dejar sucesores arrendatarios, lo que lleva a dicho Juez a negar legitimación pasiva a los demandados ocupantes de la vivienda.* La resolución del arrendamiento equivale a negar la continuación en la posesión de la cosa arrendada a quien se arroga derecho a la misma sin reunir los requisitos de la LAU, regulando tal motivo resolutorio la LAU en la causa 11 del artículo 114.

SUPPLICACIÓN: DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS: OMISIÓN EN LA INSTANCIA: *Procede, en trámite de suplicación, suplir la declaración de hechos probados que el Juez «a quo» omitió realizar, ya que no deben devolverse las actuaciones para que el inferior subsane la omisión.* (Sentencia de 23 de abril de 1964; ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. PROCESO ARRIENDATARIO: COMPETENCIA: EJERCICIO DE PROFESIÓN COLEGADA: *El ejercicio de sastrería sin venta de géneros, es un pequeño negocio que no atribuye, a quien lo ejerce, la condición de profesional colegiado que satisface contribución.* (Sentencia de 25 de febrero de 1964; no ha lugar.)

2. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *La norma que impone esta obligación es aplicable de oficio. Hay que consignar la cantidad cuyo descuberto se señala en la demanda sin contradicción por la parte la demandada.*

SUPPLICACIÓN: *No cabe ejercitarse este recurso en defensa de derechos ajenos.* (Sentencia de 23 de marzo 1964; no ha lugar.)

3. DOCTRINA LEGAL: *Sólo la constituye el reiterado y uniforme criterio del Tribunal Supremo.* (Sentencia de 5 de junio de 1964; no ha lugar.)

4. DOCTRINA LEGAL: *Es la formada por dos o más sentencias del Tri-*

bunal Supremo, no por sentencias de las Audiencias Territoriales que sólo tienen la misión de unificar las resoluciones sobre la materia en el territorio de su jurisdicción.

SUPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico, pero debe basarse en las premisas de facto sentadas por el Juez «a quo».*

SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *No es viable el recurso de suplicación basado en la alegación de infracciones de carácter procesal.* (Sentencia de 24 de abril de 1964; no ha lugar.)

5. SUPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: ABUSO DE DERECHO: *No procede plantear en suplicación cuestiones nuevas. No cabe basar el recurso en la invocación del abuso de derecho, si no se aplicó esta doctrina en la sentencia recurrida.* (Sentencia de 6 de enero de 1964; no ha lugar.)

6. SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *No procede el recurso de suplicación interpuesto por quebrantamiento de forma.* (Sentencia de 6 de marzo de 1964; no ha lugar.)

7. SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *El recurso de suplicación sólo puede fundarse en derecho material o sustantivo, con exclusión del procesal. El recurso se da sólo contra el fallo no contra los fundamentos.* (Sentencia de 6 de junio de 1964; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPIENA
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: NOTAS QUE LA CARACTERIZAN: *Estas notas son: a) la escasa dimensión del espacio ocupado para esas actividades négociales o industriales en relación con el total espacio ocupado para vivienda; b) accesoria y magnitud reducida de la industria; y c) intervención personal del inquilino o sus familiares que con él conviven, sin utilizar elementos asalariados en la explotación de la misma.* (Sentencia de 22 de febrero de 1964; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE CUANDO SE EJERCITA LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD, SALVO QUE ÉSTA SE HAYA BUSCADO O CAUSADO DE PROPOSITO: *Es doctrina reiterada de esta Sala (SS. de 25-3-60 y 7-12-61), que en los casos de resolución por causa de necesidad del propietario carece de campo de acción la teoría del abuso de derecho, precisamente por el apotegma de que sólo se abusa de derecho cuando se ejerce un derecho más allá de sus necesidades; y si se afirma la necesidad del propietario la propia sustantividad del concepto rechaza el abuso de derecho y únicamente cuando esa necesidad se busque de propósito podría entrar en acción el principio del abuso.* (Sentencia de 25 de abril de 1963; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: APARICIONES ESPORÁDICAS DE UN TERCERO EN EL LOCAL LITIGIOSO: *La intromisión de un tercero extraño a la relación arrendaticia en el local objeto de la misma es expresión de un subarriendo, pero siempre que esa inferencia lo sea con relación al disfrute parcial de la cosa arrendada, no cuando la mera presencia pueda tener otro significado, como ocurre en el caso de autos, en que el tercero aparece esporádicamente en el local y con el fin de adiestrar al arrendatario en el desarrollo de una pequeña industria que ejerce con sus familiares en la vivienda.* (Sentencia de 5 de abril de 1963; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: NO ES NECESARIA LA PRUEBA CIRCUNSTANCIA DE DICHA SITUACIÓN POR PARTE DEL ACTOR: *Al rechazarse por la Sentencia de instancia la alegación del demandado de que su presencia en la vivienda litigiosa se encuentra legitimada por su condición de coarrendatario y no acreditarse por éste ninguna otra razón legitimadora del uso y disfrute de aquélla, debió quedar sentada la presunción de una situación contraria a la Ley, llámense subarriendo, cesión o traspaso, sin necesidad de que el acto*

justificase circunstancialmente la realidad de ellas. (Sentencia de 2 de mayo de 1963; estimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR CESIÓN A LA QUE DIO SU CONFORMIDAD EL ADMINISTRADOR DE LA PROPIETARIA: *No puede prosperar la resolución pedida por ésta, cuando el que consta actuaba como su administrador —aunque con representación meramente verbal— en el contrato de arriendo de la vivienda litigiosa, dió posteriormente su autorización para la sustitución del arrendatario por los codemandados en aquél. (Sentencia de 3 de abril de 1963; estimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: NECESIDAD DE CONOCER CON EXACTITUD LA FECHA DE OCUPACIÓN DEL INMUEBLE: *Para que pueda tenerse por caducada la acción resolutoria por cesión de vivienda es preciso conocer desde cuándo la ocupación de ésta adquirió los caracteres de pública, ostensible e independiente, puesto que al no tener valor a efectos posesorios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 444 del Código civil, los actos ocultos y clandestinos, evidentemente ha de ocurrir lo mismo con los de ocupación que no tengan los caracteres indicados, ya que el término ocupación de la vivienda empleado en el ordenamiento arrendatario ha de identificarse con el de posesión. (Sentencia de 16 de octubre de 1963; desestimatoria.)*

7. HOSPEDAJE Y PEQUEÑA INDUSTRIA DE HOSPEDAJE: SU CONFIGURACIÓN: *Lo que caracteriza el contrato de hospedaje es la dación de habitación con prestación de servicios domésticos, sin que obste: a) que la inquilina que admite huéspedes no haya cumplido los requisitos fiscales ni los preceptos de carácter administrativo relativos al ejercicio de la industria; b) que los servicios de carácter doméstico sean pocos o muchos, y c) que el mobiliario sea o no propiedad del huésped.*

Son circunstancias que configuran a la pequeña industria de hospedaje, la pequeñez de la misma, el precio estipulado y la no intervención de personas extrañas a la inquilina para la prestación de servicios. (Sentencia de 9 de octubre de 1963; desestimatoria.)

8. HOSPEDAJE: INNECESARIEDAD DE SU NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDADOR CUANDO NO EXCEDA DE DOS EL NÚMERO DE HUÉSPEDES: *El hospedaje cuando el número de huéspedes no excede de dos no necesita la autorización expresa y escrita del arrendador (art. 21.2 LAU), ni siquiera su notificación fehaciente. (Sentencia de 31 de octubre de 1963; desestimatoria.)*

9. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: CASUÍSTICA: *La instalación en una de las dependencias de la vivienda arrendada de una peluquería de señoras, desde el momento en que la inquilina desaparece de ella y aún del piso, limitándose a trasladarse a la población donde radican una vez cada mes para abonar al arrendador la renta, pasando la peluquería a ser regentada por una empleada, constituye causa de resolución por transformación de vivienda en local de negocio. (Sentencia de 16 de octubre de 1963; desestimatoria.)*

10. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: AUTORIZACIÓN VERBAL DEL ARRENDADOR: Declarándose probado que el demandante y dentro de plazo, en ocasión de constituirse en el domicilio de la demandada para darle el pésame por la muerte de su marido el arrendatario, le autorizó para subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento, tan especial circunstancia cierra la discusión y hace inaplicable al caso el párrafo 3º del artículo 58 LAU. (Sentencia de 1 de febrero de 1963; desestimatoria.)

11. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR MUERTE DEL INQUILINO: SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: NO PUEDE EXCUSARSE SO PRETEXTO DE HABERSE ANTICIPADO RENTAS: El contrato de inquilinato no genera derecho alguno de sucesión ya que se trata de mero derecho personal, pues de no ser así no se hubiera establecido la subrogación (art. 58 LAU), que es implícito reconocimiento de que el arrendamiento de viviendas tiene vigencia sólo durante la vida del inquilino y que no se transmite por el mero hecho del fallecimiento de éste. Por ello no puede excusarse el cumplimiento de la notificación fehaciente preventiva en el citado precepto legal, con el pretexto de haber anticipado la inquilina el importe de la renta hasta la primera semana inclusive del mes de septiembre de 1964, ya que los hijos como herederos de su difunta madre —según dice el demandado comparecido— tienen derecho a sucederle en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del Código civil) y entre ellos el de habitación, sin que tampoco concorra abuso de derecho al usar el actor de uno que se invoca en primera instancia y se acepta en la sentencia suplicada, todo ello sin perjuicio de la devolución de los alquileres anticipados. (Sentencia de 27 de marzo de 1963; estimatoria.)

12. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: ARRENDAMIENTO SUBSISTENTE AL ENTRAR EN VIGOR LAU 1956: Si a la entrada en vigor LAU 1956 era titular del contrato, y no subrogada, doña J. S. —estimando nacido su derecho a la continuación contractual por la desaparición y presunta muerte en los frentes de guerra del hijo titular anterior— resulta de plena ortodoxia la aplicación al caso debatido del artículo 58, LAU y, por tanto, ha podido subrogarse en el contrato al fallecimiento de aquélla su hermano, el demandado, que convivía con ella con dos años de antelación, y no se ha infringido la Disposición Transitoria 8.ª ya que, subsistente el contrato a la entrada en vigor de la Ley, surge evidentemente el derecho al uso de los beneficios que establecen los artículos 58 y 59 de la misma, cualquiera que sea el número de subrogaciones producidas con anterioridad. (Sentencia de 28 de marzo de 1963; desestimatoria.)

13. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» Y CESIÓN DE VIVIENDAS: SUS DIFERENCIAS: No es dable alegar que la subrogación «mortis causa» no es más que una cesión, y como a tal le son aplicables las prevenciones de los artículos 8 y 25 de LAU, puesto que se trata de dos figuras jurídicas autónomas y completamente distintas, por ser la cesión dependiente de un acto de voluntad realizado por el inquilino y la subrogación «mortis causa» ajena a esa voluntad y un remedio legal de emergencia adoptado por la Ley en favor del

grupo familiar, cuando concurren determinadas circunstancias. (Sentencia de 11 de julio de 1963; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: INNECESARIEDAD DE DEMANDAR A LA ESPOSA E HIJOS DEL OCUPANTE DEL PISO: *Quiebra la alegación de que no se ha constituido bien la relación jurídico-procesal, al no haberse demandado también a la mujer e hijos del ocupante del piso litigioso —que se verían afectados por la sentencia— porque tanto aquélla como éstos, a los efectos del desahucio, no pueden considerarse como personas independientes, por estar subordinadas al demandado y obligadas a seguirle.* (Sentencia de 11 de julio de 1963; desestimatoria.)

15. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ES SUFFICIENTE PARA CONCEDERLA LA SIMPLE MANIFESTACIÓN DEL DESEO DE VIVIR CON INDEPENDENCIA: *La necesidad de la vivienda a reclamar, que establece el apartado 1º del artículo 62 LAU, viene impuesta por el simple deseo de vivir independientemente de cualquier otra persona, por no poderse imponer una convivencia no querida, ni aún con los parientes más allegados, bastando para apreciarla con la manifestación del deseo, sin precisarse la investigación de las razones que la determinen.* (Sentencia de 25 de enero de 1963; estimatoria.)

16. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE DECIDIRSE EN ESTE PROCESO SI EL DERECHO DE OPCIÓN REGULADO EN EL DECRETO DE 22 JULIO DE 1958 HA CADUCADO, CUANDO SE ENCUENTRA PENDIENTE UN PROCESO ANTERIOR EN QUÉ SE EJERCITA ACCIÓN BASADA EN ESE DERECHO: *No puede hacerse valer en proceso de denegación de prórroga por necesidad por el actor la alegación de que el litigio promovido por el arrendatario para ejercitarse el derecho de opción, que se regula en el texto refundido de la legislación de préstamos a los inquilinos aprobado por Decreto de 22-7-58, y que se encuentra en trámite, fue instado transcurrido ya el plazo de tres años que concedía ese Decreto, y, por tanto, que la acción ha caducado ya, pues todo pronunciamiento al respecto implicaría, sin duda alguna, decidir sobre materia que se está ventilando en otro procedimiento, o al menos, apreciar sus circunstancias inmiscuyéndose en lo que es objeto de juicio distinto e incidiendo en la posibilidad de resoluciones contradictorias.* (Sentencia de 1 de febrero de 1963; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR LAU NO ES APLICABLE LA TÁCITA RECONDUCCIÓN: *La tácita reconducción de los artículos 1.566 y 1.581 del Código civil no actúa en contratos de arrendamiento sujetos a la legislación especial, por incompatibilidad excluyente con la prórroga legal del artículo 57 LAU, con lo cual quiere decir que transcurridos los cinco años y su prórroga establecidos en el contrato, continuó viviendo éste en virtud de dicha prórroga legal, y, por consiguiente, tiene el arrendador expedita la vía legal del artículo 62 para denegar esa prórroga.* (Sentencia de 5 de febrero de 1963; desestimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PUEDE PROBARSE ÉSTA POR CUALQUIER MEDIO DISTINTO DE LAS PRESUNCIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 64 LAU: NO

DESVIRTÚA LA PRESUNCIÓN CONTENIDA EN EL CASO 3.º APARTADO 2.º DE DICHO ARTÍCULO EL HECHO DE RESIDIR EN LOCALIDAD DISTINTA DE AQUELLA DONDE SE TRABAJA SI CONCURREN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS: *El hecho de que las presunciones de necesidad establecidas en el artículo 63 LAU se encuentran referidas a la circunstancia de que el necesitado resida en la población en que se encuentra la finca y a la necesidad de domiciliarse en el término municipal, no quiere decir que no puedan existir otras, en las que esa referencia no exista, pues el precepto autoriza a estimar todas aquellas que sean acreditadas debidamente, y por ello, en casos como el presente en el que B..., lugar en el que se encuentra la finca, y V... están unidos sin solución de continuidad, comunicados por ferrocarril eléctrico y tranvías y en el que normalmente los habitantes de aquella población se desplazan a trabajar a V..., no puede ser obstáculo el que se trate de términos municipales y poblaciones distintas para apreciar la necesidad de quien se propone contraer matrimonio y ha de trabajar en la última población.* (Sentencia de 14 de febrero de 1963; desestimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE MATRIMONIO: NO ES ÓBICE A LA PROSPERIDAD DE LA ACCIÓN EL QUE LAS AMONESTACIONES SE PUBLICARAN DESPUÉS DEL AÑO DEL PREAMVISO: *Si el propósito de contraer matrimonio es serio y deliberado resulta indiferente que se ponga en ejecución dentro del año o después de éste, desde la fecha del preaviso; y, por ello, la circunstancia de que las amonestaciones previas a la ceremonia nupcial se hayan publicado después de ese año no autorizan a sostener que la causa de necesidad no existía al vencer el año del preaviso.* (Sentencia de 14 de febrero de 1963; desestimatoria.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRÓRROGA CONTRACTUAL: *Del hecho de que en el contrato se hubiera estipulado que si cualquiera de las partes no diera aviso a la otra con un mes de antelación, en caso de que desease rescindir el contrato, se entendería prorrogado por un lapso de tiempo igual al pactado, que era de un año, no cabe deducir que la prórroga que disfrutaba la inquilina había de ser calificada como convencional, al no producirse el aviso rescisorio como no se ha producido, y que ello determinaba la improcedencia de la aplicación del artículo 62 LAU, que sólo se refería a la prórroga legal, pues tal deducción sería tanto como entender que lo que se estipulaba no era la prórroga de la duración del contrato, sino la prórroga de las prórrogas y que para poner fin a éstas había de darse el aviso indicado.* (Sentencia de 14 de febrero de 1963; desestimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PREAMVISO PRACTICADO ANTES DE TRANSCURRIR EL PLAZO DE VIGENCIA DEL CONTRATO: EL ANTICIPO DE RENTAS POR TIEMPO SUPERIOR AL DE ESTE PLAZO NO SUPONE NOVACIÓN DEL CONTRATO: *Como ya dijo esta Sala en Sentencia de 20 de febrero de 1960, es eficaz y válido el preaviso llevado a efecto dentro del año en que debía finalizar el contrato, aunque la acción no puede ejercitarse sino con posterioridad al vencimiento del mismo.*

En el contrato de locación que sirve de fundamento a la demanda el alquiler se fijó «por tiempo de un año» y «precio de seis mil pesetas al año» «pagadas por meses» sin que a ello se oponga que después, por conveniencias de las partes, se anticipara el importe de dos años de alquileres, lo que no significa variación, ni modificación o novación de lo anteriormente estipulado, ya que la esencia del contrato continuó en pie con las indicaciones adicionadas sin alteración alguna. (Sentencia de 19 de febrero de 1963; desestimatoria.)

22. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL CASO 4.^o, APARTADO 2.^o, DEL ARTÍCULO 63 LAU: ARRENDADOR QUE SE VE COMPELIDO A ENAJENAR LA VIVIENDA EN QUE RESIDE PARA PAGO DE DEUDAS: *Si resulta innegable la realidad de las deudas, cuyo pago perentorio había de afrontar el arrendador, en evitación de mayores riesgos de índole económica, y la certeza de que la forma menos onerosa de hacer frente al mismo era la enajenación de la vivienda que ocupaba, con el consiguiente desalojo, lo que determinó el tener que cobijarse en otra, a todas luces inadecuada e insuficiente para satisfacer las necesidades suyas y de su familia, puede negar la prórroga amparado en la presunción del caso 4.^o, apartado 2.^o, artículo 63 LAU. (Sentencia de 16 de octubre de 1963; desestimatoria.)*

23. RESOLUCIÓN POR OCUPAR EL INQUILINO DOS O MÁS VIVIENDAS: INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO OCUPACIÓN: *El caso 4.^o del artículo 62 LAU debe interpretarse en el sentido de que la ocupación de las viviendas a que se refiere ha de ser en virtud de contrato de arrendamiento, por lo que no puede aplicarse cuando el inquilino ocupa una vivienda por hospitalidad de su arrendataria y en la que él tiene en arriendo sigue habitando su familia, por cuanto si bien el precepto no discrimina, en principio, el concepto de esa ocupación, a renglón seguido dice: «En este caso, si los arrendadores fueren varios...» lo cual indica a las claras que el título de ocupación de las viviendas ha de ser el del contrato de arrendamiento o cualquier otro que dé derecho a ocuparlas. (Sentencia de 29 de marzo de 1963; desestimatoria.)*

24. RESOLUCIÓN POR OCUPACIÓN DE DOS VIVIENDAS SIN NECESIDAD PARA ELLO: VIVIENDA ANEJA A LOCAL DE NEGOCIO: *No es posible sujetar la interpretación legal a los estrictos términos de literalidad del artículo 62, causa 4.^a LAU, siendo suficiente, a lo efectos de cubrir la finalidad de orden social que persigue el precepto, el hecho de disponer de dos habitaciones, y ello aunque una de ellas tenga el carácter principal de local de negocio y el innegable de vivienda, aunque accesorio, pero suficiente a la dualidad de morada exigida por aquella norma legal. (Sentencia de 4 de octubre de 1963; desestimatoria.)*

25. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: HA DE HALLARSE ÉSTA CUANDO SE FORMULE LA DEMANDA EN CONDICIONES DE HABITABILIDAD: *Del examen en su conjunto literal del precepto contenido en el artículo 62, 5.^o LAU, se deduce que la primera condición que se exige para la denegación de la prórroga es que haya una vivienda, en el plazo de tiempo fijado, disponible o «desocupada», lo que equivale a decir que sea utilizable en el acto, apta para*

ser habitable y que pueda servir de morada al inquilino a quien se le quiere denegar la prórroga; y la vivienda a que alude la demanda no reúne las condiciones de habitabilidad necesarias para poder ser utilizada, por lo que no puede prosperar la acción ejercitada. (Sentencia de 28 de junio de 1963; desestimatoria.)

26. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONCEPTO DE ÉSTA: CASUÍSTICA: *La configuración consiste en la especial disposición de los elementos que dotan a la vivienda o local de una forma geométrica, con contorno y volumen determinados, por lo que no cabe negar que se altera aquélla cuando dichos contorno y volumen se hacen mayores.*

Con arreglo a lo expuesto, las obras, consistentes en la ampliación de un retrete para instalar en él un lavabo y una ducha con los consiguientes desvíos, alteran la configuración de la vivienda. (Sentencia de 28 de mayo de 1963; desestimatoria.)

27. RESOLUCIÓN POR OBRAS ORDENADAS POR LA AUTORIDAD MUNICIPAL: NO PROcede: *No puede prosperar la acción de resolución si el derribo del balcón de la vivienda, ocupada por el demandado, fue ordenado por la Autoridad municipal en comunicación dirigida al actor, quien consintió en ello.* (Sentencia de 30 de mayo de 1963; desestimatoria.)

28. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA CASA: CASUÍSTICA: *Modifica la configuración del local arrendado la construcción en el corral de una cubierta de uralita que se apoya, con empotramiento, en la pared de la casa y en tres pilares.* (Sentencia de 9 de octubre de 1963; desestimatoria.)

29. RESOLUCIÓN POR OBRAS: NO MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN LAS CONSISTENTES EN LA INSTALACIÓN DE UN CALENTADOR ELÉCTRICO: *No puede atribuirse la modificación de la configuración de una vivienda al solo hecho de que el arrendatario varie el sistema de calefacción de agua de los servicios de aseo, instalando en el cuarto de baño un calentador eléctrico, porque además de que no son obras los trabajos realizados, por no afectar a los elementos físicos del inmueble, en nada se varía el estado de la vivienda o de la habitación.* (Sentencia de 25 de octubre de 1963; desestimatoria.)

30. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: NECESIDAD DE SU PROYECCIÓN EXTERNA: *De la inclusión de las actividades inmorales dentro del precepto de la LAU, artículo 114, causa 8.^a, conjuntamente con las «peligrosas, incómodas o insalubres» y dado que la interpretación sistemática, basada en esa ubicación, evidencia que todas estas actividades tienen un destinatario al que producen daño, distinto del arrendatario, cabe colegir su igual carácter de radiación externa, según se aprende de los términos del texto legal que autoriza la excitación de parte, de otros arrendatarios vecinos, y más aún al consignar el precepto que dichas actividades han de resultar «de modo notorio», lo que quiere decir, según la aceptación gramatical, de manera pública, sabida por todos; con lo que merced a tal interpretación*

los actos inmorales necesitarían ser conocidos para estimarlos comprendidos en esa causa resolutoria. (Sentencia de 9 de abril de 1963; estimatoria.)

31. AUMENTO DE RENTA: DECRETO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1961: NO ES APLICABLE SI A VIRTUD DE TRANSACCIÓN SE FIJÓ NUEVA RENTA AL PISO LITIGIOSO A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 1957: Si por ambas partes de común acuerdo se convierno, transigiendo las cuestiones surgidas con motivo del piso en litigio, en fijar la renta mensual en 475 pesetas, incluyendo en ella los aumentos que se indican, cuya renta fijada tendrá eficacia desde 1 de julio de 1957, como ello equivale a que a partir de entonces se hizó cargo oficialmente del piso en cuestión el demandado, conforme al principio «*pacta sunt servanda*», es visto que el Decreto de 6-9-61 invocado por el suplicante no es aplicable al caso. (Sentencia de 16 de enero de 1963; desestimatoria.)

32. IMPUGNACIÓN DE RENTA DE VIVIENDA EN FINCA REEDIFICADA POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO CONTRAIDO POR EL ARRENDADOR A TENOR DE LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 78 LAU: PETICIÓN DE REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A LOS EFECTOS FISCALES: En proceso en que se ejercita esa acción de impugnación, con base en los artículos 89, 87 y 64, LAU, no cabe la aplicación del precepto contenido en el 103, ya que la cuestión a debatir se contrae a la fijación de la renta que debe satisfacer la inquilina reintegrada al inmueble tras la reserva de su derecho ante el intento del propietario de reedificarlo y aquélla ha de fijarse con arreglo a los módulos establecidos, y si la cantidad resultante no fuera acorde con la que a los efectos fiscales haya sido objeto de declaración, quedará expedito el derecho del inquilino para solicitar la revisión en la forma y condiciones que se establecen en el precepto citado de LAU. (Sentencia de 12 de junio de 1963; estimatoria.)

33. IMPUGNACIÓN DE RENTA DE VIVIENDA EN FINCA REEDIFICADA POR INCUMPLIR EL ARRENDADOR EL COMPROMISO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 78 LAU: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: EXCESO DE CABIDA DE LA NUEVA VIVIENDA: El plazo de un año que señala el artículo 89 LAU para el ejercicio de la acción de impugnación de renta por incumplimiento por parte del arrendador del compromiso contraido a tenor del artículo 78, párrafo 2.º LAU, no puede tener otra duración que la comprensiva de trescientos sesenta y cinco días, sin que sea lícito computarlo con arreglo a la duración unificada en treinta días por mes, que refiriéndose a meses en abstracto, sin concreta especificación, señala el artículo 7 del Código Civil.

Al incumplirse por el arrendador el término que le fuera concedido para la realización de las obras, sin que se haya probado que ello fuera debido a causa no imputable a él, es claro que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 87 LAU, el arrendatario sólo deberá satisfacer la renta abonada antes del desalojo de la vivienda. Mas, si hay exceso de cabida con respecto a la demolida, en lógica derivación de estimar «*a sensu contrario*» las normas aplicables para el caso de que la superficie edificada sea menor, habrá que concluir en el sentido de que procederá incrementar la renta con el 5 por

100 de la cantidad invertida en la edificación de la parte que excediera de la cabida. (Sentencia de 12 de junio de 1963; estimatoria.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO LE CORRESPONDE LA INTERPRETACIÓN UNIFICADORA DE OTROS PRECEPTOS QUE LOS DE LAU: *La «ratio legis» del recurso de suplicación no es otra que procurar unificar la jurisprudencia que se vaya produciendo en la aplicación de LAU, por lo que no cabe en esta clase de recurso examinar ni decidir las cuestiones derivadas de preceptos sustantivos de carácter civil o procesal, puesto que la infracción de la Ley a que se refiere el artículo 132 es la de los preceptos contenidos en la misma.* (Sentencia de 31 de enero de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO CABE DECIDIR EN ÉL ACERCA DE SUPUESTAS INFRACCIONES DEL ARTÍCULO 533 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *La infracción de Ley como motivo fundamental del recurso es la infracción de LAU, tanto porque se da únicamente contra las sentencias que dictan los Jueces de 1.ª Instancia en los supuestos del artículo 130 y en materia comprendida en el 132, o sea en litigios que se promuevan ejercitando acción que se fundamente en LAU, como porque la «ratio legis» del precepto no es otra que procurar la unificación de la jurisprudencia que se vaya produciendo en la aplicación de esta especial legislación; y, por consiguiente, no cabe en los estrechos moldes de este singular recurso decidir acerca de cuestiones derivadas del artículo 533 LEC.* (Sentencia de 26 de marzo de 1963; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE ADMISIÓN DE PRUEBA: *El recurso de suplicación no es una instancia más, sino un recurso extraordinario, por lo que, ni aún por analogía puede ser equiparado a ella, y como el suplicante que tuvo su momento oportuno en la segunda instancia para haber pretendido la admisión de la prueba —documentos que llegaron a su poder después de finalizado el plazo extraordinario concedido por el Juzgado Municipal— permaneció inactivo, se le cerró el paso a la admisión pretendida.* (Sentencia de 8 de marzo de 1963; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA: *Este recurso no es una tercera instancia ni un recurso de casación para todas las materias jurídicas, sino un recurso de juridicidad y de control en la aplicación de las normas arrendaticias al supuesto controvertido.* (Sentencia de 5 de abril de 1963; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN INTERPUESTO SIN FUNDAMENTACIÓN ALGUNA: CONSECUENCIAS: *Conforme al n.º 2 del artículo 133 LAU, en el recurso de suplicación «breve y sucintamente señalará el recurrente las alegaciones y razones en que lo fundamenta», y como aquí se ha limitado a presentar un escrito que sólo anuncia la interposición del recurso y solicita la remisión de*

las actuaciones al Tribunal superior, sin expresar motivo alguno en que base su disconformidad con la sentencia, ante la ausencia siquiera de materia que constituya el objeto del presente trámite, se está en el caso de rechazar de plano el recurso formulado con imposición de costas, dada su baladía formulación que hace totalmente ineficaz la reclamación propugnada y, por tanto, los dispendios procesales ocasionados, los cuales debe soportar el recurrente. (Sentencia de 12 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

4. 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. SUBROGACIÓN POR CAUSA DE MUERTE OCURRIDO BAJO LA VIGENCIA DE LAU 1946 CAUSADA A FAVOR DE LA VIUDA E HIJOS DEL ARRENDATARIO CONJUNTAMENTE: FALLECIMIENTO POSTERIOR DE LA VIUDA, VIGENTE LA LAU 1956: *Declarándose probado que el 31-12-50, siete años antes de que la actora comprara la vivienda en litigio, era ésta ocupada por D. P. L. A. como cabeza de familia con su esposa e hijos R. J. y P. L. M. y que el día 2-5-54 falleció el referido don P. L. A. y siguieron ocupando la vivienda su viuda e hijos R. y J., hoy demandados, es clara la aplicación del artículo 71 LAU 1946, vigente cuando tuvo lugar el fallecimiento del inquilino; y, por tanto, procede declarar que aquéllos se subrogaron conjuntamente en el contrato, por lo cual no cabe estimar como otra nueva subrogación, a los efectos del artículo 59 LAU vigente, el hecho de que al fallecimiento de la madre continuaron en la vivienda los hijos R. y J.* (Sentencia de 8 de junio de 1964; desestimatoria.)

2. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: EN EL ORDEN SELECTIVO SÓLO DEBEN INCLUIRSE LAS HABITACIONES IDÓNEAS PARA SERVIR DE MORADA: *Como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-6-59, cuando la denegación de prórroga afecta a viviendas, necesariamente las habitaciones tienen que ser aptas para vivir, pues no pueden seleccionarse ni computarse aquellos huecos, espacios cubiertos o habitaciones que no constituyan vivienda ni llenen la necesidad sentida.* (Sentencia de 10 de junio de 1964; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROcede: CASUÍSTICA: *Si el actor contrajo matrimonio en febrero de 1959, cuando ya era propietario de la finca que habita la demandada desde hace varios años, sin que ni antes ni después, hasta noviembre de 1962, se hiciera manifestación de voluntad alguna en relación con la casa, sino que aquél orientó la satisfacción de su necesidad de hogar en otro sentido, como se revela por las obras que se realizaron en la casa que habita, que lo fueron con la idea de habilitar de hogar al nuevo matrimonio, creándose con ello una situación de convivencia con una tía de la esposa, producida por la exclusiva voluntad de los contrayentes, y no por causas ajenas a los mismos, los cuales pudieron conjugar la necesidad del nuevo matrimonio con la vivienda que ocupa la demandada y, sin embargo, no lo hicieron ni lo intentaron siquiera.* (Sentencia de 12 de junio de 1964; desestimatoria.)

4. REQUERIMIENTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: ES VÁLIDO EL PRACTICADO CON EL TITULAR DEL CONTRATO, AUNQUE CON POSTERIORIDAD SE SUBROGARA EN ÉL SU

CÓNYUGE: Verificado el requerimiento por medio de acto de conciliación a la persona titular del contrato de arrendamiento, que con posterioridad fallece subrogándose en él su esposa, como la subrogación consiste en la sustitución en los derechos y obligaciones del contrato que queda subsistente, aquel acto conserva toda su validez y eficacia. (Sentencia de 23 de junio de 1964; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGIMITACIÓN PASIVA: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PERSONA CONTINUADORA EN EL ARRENDAMIENTO: *Dejando el inquilino al fallecer viuda e hijos, al individualizarse aquélla en la continuación del arrendamiento, con la conformidad expresa o tácita de los demás interesados, es contra ella solamente contra quien deben dirigirse las actuaciones.* (Sentencia de 13 de julio de 1964; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *De la debida conjugación de dos hechos, a saber, el péjimo estado de conservación de la vivienda que actualmente habita la actora, que la hace prácticamente inhabitable, y el inminente derribo del inmueble donde radica, por estar afectado por los planes, en vía de ejecución, de una reforma urbana, se obtiene como consecuencia la procedencia de apreciar la concurrencia de la necesidad alegada.* (Sentencia de 13 de julio de 1964; desestimatoria.)

7. VALIDEZ DEL REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA HECHO MEDIANTE CARTA DE LA ARRENDADORA CURSADA POR VÍA NOTARIA A LA INQUILINA, HABIÉNDOSE ENTREGADO AL NOTARIO, POR UN TERCERO MANDATARIO VERBAL DE AQUELLA: *Es válido el requerimiento si el tercero circunscribió su actuación, como mandatario verbal de la arrendadora, a entregar al notario la carta, firmada por ella, donde se contenía la denegación para que dicho funcionario hiciera a su vez entrega de la misma a la arrendataria, quien ni tan siquiera ha dudado de que la misiva esté suscrita por la demandante y menos que no exprese la real voluntad de la misma.* (Sentencia de 13 de julio de 1964; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: LA SITUACIÓN DE CONCUBINATO ES INSUFICIENTE POR SÍ SOLA PARA PRODUCIR ESE EFECTO: *Si perjuicio de la calificación de inmoral que por sí sola mereciera la situación de concubinato o manecibia, es también por sí sola insuficiente, como así lo viene a declarar la sentencia del TS de 13-10-60, para estimarla incluida dentro de lo que en la Ley se comprenden como actividades inmorales que dan nacimiento a la causa resolutoria 8.ª del artículo 114 LAU, sin que en el supuesto aquí contemplado —inquilino separado de su esposa que hace vida marital en la vivienda litigiosa con otra mujer de conducta y antecedentes reprobables— conciuren circunstancias que permitan poder hablar de «actividades inmorales», o sea, relaciones de actos notoriamente inmorales en el sentido grammatical y jurídico de la palabra, sino de una situación de convivencia reprobable, pero en la que nada consta en contra de la observancia por la pareja de las normas de corrección debida, ni de que se comporten de manera escandalosa, dentro ni fuera de la vivienda.* (Sentencia de 13 de junio de 1964; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR DESOCUPACIÓN DE VIVIENDA: JUSTA CAUSA: SU CALIFICACIÓN: CASUÍSTICA: *No puede darse, respecto a la calificación de la causa de desocupación de una vivienda, una regla general que comprenda todos los supuestos posibles, porque ello habrá de ser visto en función de cada caso particular y deducir de él, con arreglo a los principios racionales del buen criterio humano, si la causa alegada puede o no ser acogida como justa.*

Por las circunstancias que concurren en la inquilina demandada, a saber, noventa años de edad, que tiene a su cargo y conviviendo con ella una hija y dos nietos inválidos y que no poseen más bienes que la pensión del Subsidio de Vejez y las pequeñas cantidades que de vez en cuando le entregan sus familiares, y porque la desocupación de la vivienda fue motivada por una situación económica muy crítica que le obligó a irse a R. al domicilio de su yerno, donde fueron atendidos todos hasta su vuelta, procede estimar como justa la causa de desocupación. (Sentencia de 6 de julio de 1964; estimatoria.)

10. ACCIÓN DE REVISIÓN DE RENTA: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: OBRAS DE REPARACIÓN: FACULTAD DEL ARRENDADOR PARA EXIGIR DEL INQUILINO UNA COMPENSACIÓN PARCIAL DE SU IMPORTE: ARRENDAMIENTOS PACTADOS CON POSTERIORIDAD AL 11-5-56: *El plazo de caducidad de la acción revisora de renta, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 109, ap. 2.º en relación con el 106 apartado 1.º y con el 101, reglas 2.ª a 5.ª, ha de computarse a partir de los 30 días siguientes a la fecha en que el arrendador notifique al arrendatario la cantidad con que éste deberá contribuir por las obras realizadas.*

La repercusión autorizada en el artículo 108., en compensación parcial del importe de las obras realizadas, sólo cabe exigirla en aquellos arrendamientos que, además de otros requisitos reúnan el de subsistir o estar vigentes el 11-5-56, fecha en que empezó a regir la LAU actual. (Sentencia de 9 de julio de 1964; estimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ

I. Derecho civil:

1. AUMENTO DE RENTAS: IMPRESKRIBITIBILIDAD DE LA ACCIÓN: IRRETROACTIVIDAD EN SUS EFECTOS: *El artículo 101, número 1.º de la L. A. U. al decir que la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan podrá ejercitárla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso tenga efecto retroactivo», sanciona por un lado la imprescriptibilidad del derecho a pedir los aumentos de renta que, en diversos preceptos, anteriores y posteriores a ella, fueron sucesivamente concedidos, y por otro la falta de retroactividad de los aumentos que sólo producen sus efectos, desde que son reclamados en legal forma.* (Sentencia de 18 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

Nota: Dicha tesis no contradice lo normado en el artículo 1.966 del Código civil, que rige la prescripción de la acción de reclamar la renta en los arrendamientos, ya que dicho precepto solamente establece la decadencia del derecho a percibir el canon transcurridos cinco años desde que hubiese nacido la obligación de satisfacerle, sin que en ningún caso prescriba el derecho a percibir la renta que en virtud del contrato tiene el arrendatario que satisfacer.

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA: SELECCIÓN: AGENTE COMERCIAL: CASUÍSTICA: *Si bien la propiedad acreditó necesitar la vivienda para ser ocupada por un descendiente legítimo, en razón a haber contraído matrimonio y su deber de residencia en la localidad en que está sita la finca, y consecuentemente la necesidad subjetiva del arrendador, no ocurre otro tanto con la necesidad objetiva del local ocupado por el inquilino, ya que éste ejerce la profesión de Agente Comercial Colegiado en la vivienda, satisfaciendo sus obligaciones fiscales, con una antelación que se remonta al año 1944, por lo que hay que considerarle comprendido en el último lugar del orden selectivo señalado en el párrafo primero del artículo 64 de la LAU, de donde resulta carece el actor de acción para denegar la prórroga del contrato inquilinario.* (Sentencia de 18 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *Acreditado que el demandado ocupa una vivienda con sus accesorios, en virtud de estipulación arrendaticia, el actor sólo puede exigir los locales accesorios si los necesita para su vivienda, única necesidad justificativa de la resolución del contrato, respetando mientras tanto los estrictos términos de lo acordado, como es perfectamente justo y razonable, aunque a él también le conviniere disponer de ellos para aplicarlos a su propia explotación agrícola.*

ABUSO DE DERECHO: SUPUESTO NEGATIVO: *La ocupación por el demandado de los locales litigiosos en forma alguna supone una actuación meramente emulativa, sino una lógica consecuencia de su condición de labrador, aunque disponga de otros, en legitimo ejercicio de las estipulaciones libremente convenidas con los causantes del actor.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: EXCUSA DE DICHO REQUISITO: *Si bien la subrogación «mortis causa» no se produce «oper legis», sino a través del ejercicio de un derecho potestativo, estableciéndose la obligatoriedad de la notificación fehaciente para dar fijeza a la relación jurídica, la misma se excusa cuando conocido el fallecimiento del inquilino por el arrendador, no haya quedado más que un solo pariente con facultad de subrogarse en el contrato, pues entonces no es precisa la individualización ulterior de la relación arrendaticia.*

FUNCTION DE LA NOTIFICACIÓN: *La notificación fehaciente a que hace referencia al artículo 58 de la LAU, no tiende a establecer el conocimiento notorio del fallecimiento como hecho generador de la subrogación, sino a señalar como firme e indubitable la decisión de voluntad del que pretende subrogarse en el arrendamiento, esgrimiendo el hecho del óbito y amparándose en la facultad que el número primero de dicho precepto le concede, así como el conocimiento por parte del arrendador de dicha decisión.*

VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN VERBAL: *Es válida la notificación verbal, pudiendo justificarse su realidad lo mismo por acta notarial o documento judicial antes de iniciada la litis que por las pruebas practicadas ante los Tribunales, ya que la fehaciencia no puede entenderse en otro sentido más que en el de «dar fe en juicio», y éste puede darse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.*

NOTA: Veáñse sentencias de la misma Sala de 14 de julio de 1961, 14 de abril de 1962 y 4 de abril de 1963 (ANUARIO 1962 y 1963, fascículos 2.º, 1.º y 3.º, sentencias números 14, 10 y 1, páginas 581, 271 y 961, respectivamente).

5. FRAUDE DE LEY: CASUÍSTICA: *Acreditado que el donante era titular arrendador de otras viviendas de características análogas adecuadas para satisfacer las necesidades del hijo donatario —incluso en la misma finca en que está situada la litigiosa—, y que la donación no ha respetado el orden de prelación que establece el artículo 64 de la LAU, es acertada la determinación judicial de privar al donatario demandante del derecho a oponerse a la prórroga del contrato por entender que envuelve aquella operación contractual una intención fraudulenta, ya que el cambio artificioso de la situación de hecho, con relieve para la selección, realizado con inmediata anterioridad al requerimiento previo y con la exclusiva o principal finalidad de alterar el orden legal, ha de considerarse realizado en fraude de Ley.*

FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO: DIFERENCIA: *Si bien el abuso de derecho y el fraude de Ley tienen una común inspiración, ciertas afinidades conceptuales, y en la materia arrendaticia el designio de contribuir —dice la Exposición de motivos de la Ley vigente— al saneamiento de las relaciones entre arrendadores y locatarios, no cabe, sin embargo, confundirlos, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1962 al interpretar el artículo 9 de la Ley locativa.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

6. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: HIJO ADOPTIVO: SEGUNDA SUBROGACIÓN: *Si en cuanto concierne al número de parientes que pueden suceder al subrogado en la vivienda, el criterio de la Ley es restrictivo, al excluir el artículo 59 de la LAU a los ascendientes y hermanos, no existe razón alguna para entender que los descendientes por adopción han de reunir distintas y mejores condiciones que los que pueden suceder al titular arrendatario —para los que exige el artículo 58 que hayan sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años—, requisito que por ello es aplicable a la segunda subrogación normada en el referido artículo 59.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CAUSA DE JUSTIFICACIÓN: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Incide en la causa denegatoria de prórroga contractual el inquilino que desde el mes de abril de 1960 hasta el presente, por su condición de maquinista de la RENFE, tras cortos espacios de tiempo en otras localidades, se encuentra destacado en esta ciudad, sin ocupar la vivienda arrendada ubicada en M. de E.; sin que dicha situación tan prolongada pueda quedar enmarcada en el Decreto de 31 de octubre de 1958, que atendiendo a razones de temporalidad permite la existencia de causa justificativa de la no ocupación de la vivienda arrendada, y sin que en dicho conflicto de intereses pueda merecer mejor protección el inquilino que el propietario, cuando si el primero mantiene el no uso es por su propia y exclusiva conveniencia.* (Sentencia de 25 de noviembre de 1964; estimatoria.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA LAU, REFORMADO POR LA LEY DE 11 DE JUNIO DE 1964: *Acreditado que la demandante, dueña de dos viviendas en el inmueble litigioso, en virtud de transacción que puso fin al juicio número 20 de 1953, obtuvo una de ellas alegando no ser preciso ejercutar selección por necesitar que con ella habitasen sus padres en atención a su avanzada edad y delicado estado de salud, al pretender vivienda independiente para la madre, cuando ésta rebasa los ochenta años y, por tanto, se halla más necesitada de la solicitud y cuidado de la hija, que cuando hace once años consiguió la que ocupa lo fue en consideración a tal circunstancia, constituye una quiebra de las reglas de la buena fe que, conforme a la innovación introducida en el artículo noveno por la Ley de 11 de junio de 1964, debe presidir el ejercicio de los derechos arrendaticios.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal:

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias dictadas por las diferentes Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales, si bien constituyen una información valiosa pudiendo servir de criterio orientador, no vinculan a las demás Salas en cuanto a la doctrina que sienten en las mismas.* (Sentencia de 16 de octubre de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA Y FIN: *El recurso de suplicación obedece, como dice el preámbulo de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, a «la necesidad de buscar la unificación del criterio judicial», siendo una especie, como la denominan los tratadistas de «casación menor», que además de reforzar las garantías de los justiciables, persiguen la finalidad esencial de que, en los asuntos que por su materia no llegan al conocimiento del Tribunal Supremo, pueda existir, al menos en el Territorio correspondiente, un criterio común para los mismos supuestos, e idéntica interpretación jurídica de las normas arrendatarias urbanas.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO: VÍCOS «IN JUDICANDO»: *El recurso de suplicación no puede fundarse en trasgresiones de normas procesales, salvo cuando la norma de procedimiento guarde intensa relación con la cuestión de fondo, porque de otra forma sería ampliar el ámbito del recurso a supuestos distintos que los pretendidos por el legislador al establecerlo.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

Nota: En la presente resolución se sigue la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de noviembre de 1955.

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN DE ESCRITO INTERPONIENDO EL MISMO: BREVEDAD: *El escrito por el que se interpone el recurso debe ajustarse en su redacción a la «brevedad» que requiere el párrafo segundo del artículo 133 de la vigente LAU, sin alegación de «antecedentes» innecesarios al tener la Sala a la vista las actuaciones practicadas en primera y segunda instancia.* (Sentencia de 21 de octubre de 1964; desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.*

GARCÍA DE HARO, Ramón: *Determinación del empresario responsable en la indemnización de enfermedades profesionales. Competencia de la jurisdicción civil.*

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La retroactividad de la condición.*

2. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: *Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedad por acciones.*

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código civil y otras cuestiones.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA