

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XVII
FASCICULO III



JULIO - SEPTIEMBRE

MCMLXIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

La excepción de incumplimiento contractual*

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil
en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I: 1. Ideas generales.—2. Derecho comparado.—3. Fundamento.—4. Delimitación conceptual.—5. Distinción con el derecho de retención.—6. Distinción con la compensación.—7. Distinción con la acción resolutoria.—II. 8. Requisitos para su ejercicio: A) Contrato bilateral.—9. B) Incumplimiento de aquel a quien se opone la excepción.—10. B bis) La excepción y el cumplimiento simultáneo.—11. C) Alegación no contraria a la buena fe.—12. Cumplimiento parcial o defectuoso.—13. Causa del no cumplimiento del demandante.—14. Alegación de la excepción.—III. 15. Efecto principal.—16. Efectos derivados.—17. Extinción de los efectos.—18. Aspectos procesales.

I. IDEAS GENERALES

La distinción entre contratos sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales, como tradicionalmente se les denomina, o bien como con más exactitud se les llama por parte de la doctrina moderna, contratos bilateral o unilateralmente obligatorios (1), reviste gran importancia práctica por los especiales efectos que producen los contratos bilaterales. Entre estos efectos en orden a la ejecución o cumplimiento de las respectivas obligaciones se cuentan los siguientes:

a) Cada parte puede rechazar el cumplimiento de su obligación, mientras la otra parte no cumpla la suya, sin incurrir por ello en mora.

b) Cada parte puede pedir la resolución del contrato, si la otra no cumple con su obligación, si no prefiere pedir la ejecución forzosa y en su caso la responsabilidad por el daño de incumplimiento.

c) Finalmente si una de las partes no ha cumplido su obligación por causa que no le es imputable, la otra no debe tampoco cumplir la suya viniendo liberada de su obligación.

Estos tres efectos derivados del principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones que nacen del contrato bilateral, dan lugar a las respectivas doctrinas del cumplimiento simultáneo (*exceptio non adimpleti contractus*), de la acción resolutoria por

(*) Trabajo de admisión a las oposiciones a la segunda cátedra de Derecho civil de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid.

(1) P. ej., ENNECERUS, *Tratado de der. civ.*, trad. esp. II-1.º, p. 161.

incumplimiento (la llamada condición resolutoria tácita) y de los riesgos. Aunque pueden referirse las mencionadas doctrinas a dicho principio común del cumplimiento simultáneo e interdependiente, el desenvolvimiento histórico y más preciso fundamento de las mismas han seguido caminos diversos y así mientras la acción resolutoria por incumplimiento ha merecido trato preferente del legislador en el pasado siglo, en cambio la excepción de incumplimiento fue silenciada por el legislador francés y los que en su obra se inspiraron.

Esta falta de regulación expresa, al menos como teoría general, en las legislaciones que siguieron la pauta del código napoleónico ha ocasionado dificultades en su aplicación práctica, por lo que nos ha parecido de interés dedicarle alguna atención.

La excepción de incumplimiento supone una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte del que la alega. El que se ve demandado de cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. Resulta, por tanto, de esta excepción, una posición distinta y contrapuesta, en cierto modo, a la de la resolución por incumplimiento, en la que el demandante, basándose en el incumplimiento de la otra parte, demanda la resolución contractual, posición activa, frente a la meramente pasiva de la excepción.

Pero esta posición defensiva, cuyo fundamento parece plenamente lógico desde una primera consideración del tema, plantea sin embargo algunas cuestiones discutidas doctrinalmente y, sobre todo, en los sistemas legislativos que carecen de aceptación en vía de principio general, por lo que es de interés un previo planteamiento de esos diversos sistemas legislativos.

2. DERECHO COMPARADO

Ya hemos indicado que el código francés no formuló un principio general que consagrara la excepción de incumplimiento, al contrario de lo que hizo con la acción de resolución por incumplimiento (art. 1.184). Sin embargo, como se reconoce por la doctrina, hizo aplicaciones concretas de la excepción en varias instituciones: venta (arts. 1.612, 1.613, 1.651, 1.653), permuta (art. 1.704), depósito retribuido (art. 1.948). Se trata a través de estos preceptos de salvaguardar el principio de simultaneidad de las prestaciones de ambas partes (2).

El sistema indicado fue seguido por otros códigos latinos: así el italiano de 1865 no contiene más que aplicaciones concretas del referido principio, las tradicionales en materia de venta (arts. 1.469

(2) V., p. ej., PLANIOL-RIPERT, *Traité*, VI, núm. 440; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, II-1.º, núm. 294, p. 261.

y 1.510) (3) e igual postura adopta el vigente código portugués de 1867 con iguales aplicaciones a la venta (art. 1.574) (4).

Por el contrario, el código alemán regula de modo general la excepción de incumplimiento, disponiendo que «el obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente» (parágrafo 320, ap. I, prop. 1.^a). Incluso si una de las partes se obligó a cumplir previamente, se le concede también la excepción si con posterioridad a la conclusión del contrato se produce un empeoramiento de la situación patrimonial de la otra parte, hasta que se den seguridades (parágrafo 321). Otras disposiciones completan estas normas, también con carácter general, a las que nos referiremos ulteriormente.

El código de obligaciones suizo regula, si bien de modo menos amplio, la excepción, disponiendo que «aquel que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, salvo que tenga el beneficio de un término, según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82).

Igual posición sigue el nuevo código italiano de 1942 al consagrar de modo general la excepción disponiendo que «en los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato, términos diversos para el cumplimiento. Sin embargo, no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe» (art. 1.460).

El Código civil español, siguiendo el sistema del francés, no formula el principio general, conteniendo sin embargo las tradicionales aplicaciones concretas en materia de venta (arts. 1.466, 1.500, ap. 2, 1.505), como se reconoce por la doctrina, así como en la permuta (art. 1.539).

Nuestra doctrina se ha planteado si cabrá deducir de los indicados preceptos y de otros que ahora se indicarán la existencia del principio general de la excepción aplicable en todo caso de contrato bilateral.

En los clásicos comentarios no se planteó la cuestión. Así Scaevola al comentar los artículos 1.466, 1.502 y 1.505 no alude a la excepción de incumplimiento a pesar de que recoge la opinión de García Goyena de que debe de cumplir antes el que «inste el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la excepción de que no ha cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla». El comentarista de nuestro código se limita a añadir que esta doctrina es igual a la del ar-

(3) P. ej., PACCHIONI, *Trattato di dir. civ.*, II-1.º, p. 439 y ss.

(4) GALVAO TELLES, *Manual de direito das obrigações*, I, p. 220, Coimbra, 1957.

título 1.100 *in fine* al declarar que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe». También al comentar el art. 1.466 afirma que «el legislador quiso indudablemente reflejar la idea de simultaneidad...», desviándose a continuación del tema de la *exceptio* (5). No hay, pues, más que atisbos, sin insertar el tema en la rica tradición anterior.

Tampoco encontramos en Manresa mucho desarrollo del tema al comentar los citados artículos, limitándose a afirmar que la parte demandada «fundándose en la bilateralidad del contrato podrá oponer que el demandante tampoco ha cumplido lo que le incumbe...», por lo que —concluye— el que exija el cumplimiento debe empezar por cumplir a su vez (6).

En la doctrina más reciente se trata de admitir la vigencia en nuestro derecho de un principio más general, basándose en la acción de resolución por incumplimiento (art. 1.124) así como en la compensación de mora (art. 1.100 *in fine*) (7).

3. FUNDAMENTO

Como dice Lessona, la indagación del fundamento de la excepción en las legislaciones en que no está sancionada con el carácter de un principio general y en aquellas otras en que si lo está, tiene un sentido diferente, pues en las primeras conduce a demostrar la existencia, límites y naturaleza de la misma, mientras que en las segundas puede ser inútil la cuestión (8).

Como quiera que nuestro Código se encuentra en el primer caso, parece útil referirnos a dicha fundamentación, pero en todo caso, aún para las legislaciones que consagran este principio, no creemos inútil referirnos a su fundamentación, para mejor comprender su significado.

a) Según una teoría muy extendida, en la doctrina de los países en que no se consagra como principio general la excepción, ésta se encontraría implícita en el precepto que permite la resolución contractual en caso de incumplimiento (art. 1.124 Código civil español), como lo menos está comprendido en lo más. Siendo más enérgica la acción de resolución se piensa, la concesión de aquélla, implica la de ésta, aún de modo tácito (9).

b) Otros alegan los preceptos concretos en que se hace apli-

(5) M. SCAEVOLA, *Com. al art. 1.500*, 1.^a ed., p. 696 s.; *Com. al art. 1.466*, p. 472.

(6) MANRESA, *Com. al art. 1.500*, 5.^a ed., p. 287.

(7) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Enneccerus*, II-1.^o, p. 168; CASTÁN, 7.^a ed., II, p. 60; DE BUEN, en *Colm y Capitant*.

(8) LESSONA, *Legittimità della massima inadimplenti non adimplendum* (Riv. dir. comm. XVI-1.^a, 1918, p. 383).

(9) Baudry-Lacantinerie, Giorgi, etc.; también la doctrina española: nota (7).

cación de la excepción, para inducir de ahí un principio general (10).

c) También se aducen como fundamentación, principios generales en materia del Derecho de obligaciones, como el de la buena fe (art. 1.258 C. c. esp.), e incluso principios generales del Derecho como la equidad (11).

d) No faltan quienes combinen los anteriores fundamentos, alegando el argumento a *fortiori* de la existencia de la acción resolutoria, los preceptos concretos y el principio del cumplimiento de las obligaciones conforme a la buena fe (12).

e) Se aplica también la teoría de la causa afirmando que en la misma encuentra su fundamentación plena la excepción. Así SALEILLES, que dedicó especial atención a la excepción, comparando y distinguiendo la excepción con el derecho de retención, afirma que «en el contrato sinalagmático las dos obligaciones no son solamente deudas conexas, sino que son deudas que cada una es la causa jurídica de la otra; así pues, no es solamente por vía de favor, o bajo forma de medida de equidad, el que se permita al deudor de una, no ejecutarla si el pago de la otra no le ha sido ofrecido, sino que es en virtud de un derecho que tiene por el contrato mismo. El que invoca un derecho de retención está provisto de una garantía de pago que el derecho le asegura por vía de equidad, porque su crédito está ligado a su propia deuda, mientras que el deudor de un contrato sinalagmático que exige la ejecución simultánea alega uno de los efectos mismos del contrato que ha otorgado. Se deuda no es en rigor una garantía de pago de lo que le es debido a cambio, es el equivalente de su crédito, y éste se encuentra seguro por sí mismo» (13).

También invoca la causa, CAPITANT, según el cual el origen de la excepción reside en el acto de voluntad de las partes, que «no consiste solamente en el hecho de obligarse, es decir, en el consentimiento, sino que se compone igualmente de la intención de alcanzar un fin jurídico determinado, es decir de obtener la ejecución de la prestación prometida a cambio de la obligación que contrajo», añadiendo que «la ejecución simultánea es la consecuencia necesaria de la idea de causa» (14).

Guarda una estrecha relación con esta fundamentación, la posición de parte de la doctrina italiana al interpretar el contrato con prestaciones correspondientes, que vendría según se afirma a variar la noción de la bilateralidad obligatoria, a que nos referiremos más adelante (núm. 8) (15).

(10) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º núm. 294, p. 261.

(11) En relación con la buena fe, LESSONA, *loc. cit.*, con amplia y razonada exposición.

(12) PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 460; en nuestra doctrina: nota (7).

(13) SALEILLES, *Obligation*, núm. 171, p. 187 ss., 3.ª ed.

(14) CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, núm. 124, p. 263 ss., trad. esp.

(15) En la doctrina italiana acepta la idea de causa como fundamento de la excepción, MESSINEO, *Contratto*, p. 534.

4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La excepción de incumplimiento representa un medio de suspender el cumplimiento de la parte demandada mientras la actora no cumpla o esté dispuesta a cumplir la contraprestación. Pero este poder se ha configurado a través de distintas explicaciones con naturaleza diferente.

a) Se ha considerado que las obligaciones que nacen de contrato bilateral, están sometidas a condición suspensiva, de tal modo que cada una de las partes sólo entiende que se obliga bajo la condición de que la otra cumpla su obligación (16).

Se ha puesto de manifiesto que esta construcción conduce a un círculo vicioso, ya que nunca se sabría cuando existen las obligaciones recíprocas puesto que la condición para el nacimiento de cada una es la realización de la contraria, por lo que no se trataría de una excepción en sentido técnico, la figura que estudiaríamos, sino la negación del derecho que se reclama (17).

Como una modalidad de esta teoría cabe considerar la posición según la cual, las obligaciones nacerían puramente, pero al alegarse la excepción por una de las partes, se convertirían en condicionales (18); pero contra esta posición caben las mismas objeciones.

b) Sin acudir a la idea de la obligación condicional se pretende explicar la excepción en virtud de un *pactum de non petendo*, por el cual cada parte se comprometiese a no exigir la prestación de la otra hasta haber cumplido la suya (obligación negativa) (19). Pero a esta construcción se ha objetado, con fundamento, que además de invocar un pacto inexistente, se fija en vez de en el contenido propio de la excepción (poder de no cumplir), en el efecto que ese poder produce por medio de su ejercicio, respecto a la contraparte que no incumple (deber de no pedir) (20).

c) Otra explicación próxima a las anteriores alega la existencia de un término inherente a las obligaciones recíprocas, considerando que la obligación de cada parte está diferida hasta el

En la doctrina española DE BUEN, además de otros fundamentos, alude a "la naturaleza misma de las obligaciones onerosas, en las que cada prestación es la causa de la otra" (*Notas cit.*, III, p. 769, 2.^a ed. esp.).

(16) BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 2.^a ed., 1957, p. 114.

(17) ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino, 1939, p. 221. También en contra: LARENZ, *Ob.*, I, p. 268, nota (2).

(18) BOLAFFI, *Le eccezioni nel dir. sostanziale*, Milano, 1936, p. 149. En contra de la tesis de Bolaffi, alega también PERSICO, p. 11, que se trataría de condición meramente potestativa para el deudor, además de no serle aplicable al supuesto de ejercicio de la excepción, las normas de la condición ni en la fase de pendencia ni en la de retroactividad.

(19) V. ALLARA, *loc. cit.*, que expone esta teoría, sin seguirla.

(20) MESSINEO, *Dottrina gen. del contratto*, Milano, 1948, p. 554. También en contra: COLAGROSSO, *Ob.* 3.^a ed., Roma, 1948, p. 408; PERSICO, *L'eccezione d'indebitamento*, Milano, 1955, p. 10, quien también alega que de ser cierto ese deber de no pedir el cumplimiento, su incumplimiento conduciría a rechazar la demanda incluso de oficio.

momento de la extinción de la obligación de la otra parte (21). Pero se observa en contra que esta tesis expresa con otras palabras, lo mismo que ya indica el concepto de obligaciones recíprocas, es decir, que cada parte tiene el derecho de diferir su propia prestación hasta que la otra parte cumpla simultáneamente (22).

Como una modalidad de esta teoría cabe considerar la que refiere el término, no al momento inicial de las obligaciones recíprocas, sino al ulterior de su incumplimiento, pues al no cumplir ninguna de las partes se formaría un nuevo término común a ambas, para mantener la simultaneidad de las prestaciones (23).

Igual que frente a la teoría de la condición cabría alegar que una vez alegada la excepción no se aplican las normas sobre obligaciones a término (24).

d) Al margen de los anteriores intentos, la discusión se ha centrado desde antiguo en dilucidar si la excepción constituye para el que la alega, una negación o una verdadera excepción; en el primer caso se combate el derecho reclamado, negando definitivamente la prestación reclamada; en el segundo, se trata tan sólo de una dilación en el cumplimiento que se subordina a la simultaneidad de la prestación de la parte demandante, opinión esta última predominante (25).

En este sentido de verdadera excepción se expresan los siguientes autores.

Messineo, afirma que se trata «de verdadera y propia excepción de derecho sustancial, fundada sobre el presupuesto de la existencia de un crédito contrario a favor del demandado», cuya excepción «neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue, de modo que una vez cumplido por éste su crédito, readquiere el poder de exigir del demandado su prestación» (26).

Barassi, también defiende esta posición de excepción, no en sentido estricto de derecho procesal, sino de excepción que opera ampliamente «sobre la estructura del sinalagma funcional subjetivo en los contratos con prestaciones recíprocas». Según este jurista la situación producida por la excepción recuerda la situación creada en Roma por la distinción entre *ius civile* y *ius hono-*

(21) ALLARA, *loc. cit.*, p. 227 ss.

(22) MESSINEO, *Contratto*, p. 534. Además, si el demandado no alega la excepción vendría condenado al cumplimiento, aunque no quepa configurar una renuncia al presunto término, como dice PERSICO, p. 10.

(23) ENRIETI, *Commentario*. D'AMBRO-FINZI, *Ob.*, I, p. 843.

(24) PERSICO, p. 11.

(25) Entre los partidarios del carácter de verdadera excepción: WINDSCHILD, *Pandette*, trad. it., parágrafo 321 y nota 2, donde se encontrará abundante bibliografía tanto a favor de esta opinión como en contra.

Entre los que afirman que se trata de una negación de la pretensión del actor, infundada: GLÜCK, *Comm. alle Pandette*, XIX, p. 229.

Puede verse también una referencia bibliográfica a la doctrina del pasado siglo en STOLFI, *Diritto civile*, III, Torino, 1932, p. 99, nota 3, núm. 198.

(26) MESSINEO, *Contratto*, p. 534.

varium pues en derecho romano el vendedor (p. ej.), podía reclamar el precio, aunque no hubiese entregado la cosa, según el *ius civile*; pero el comprador podía oponerle una excepción por el derecho honorario. Hoy que no existe este dualismo, permanece según Barassi, un derecho relativamente autónomo en el actor, actuando todavía la excepción como coordinadora de las dos contrapuestas prestaciones (27).

Sobre el derecho alemán mantiene la opinión predominante Enneccerus, afirmando que la disposición del párrafo 320, «si se tiene en cuenta el modo de expresarse que generalmente observa el Código civil, califica con claridad, de excepción la oposición del deudor» (28).

En la misma dirección se expresa De Page, para quien se trata de verdadera excepción, es decir de un medio de defensa, nacido de un obstáculo temporal, y que no subsiste mas que mientras este obstáculo dura; es un medio de defensa, en el sentido de que quien lo invoca, no toma ninguna iniciativa (29).

Según pues la opinión predominante la excepción es un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas.

Se trata por tanto:

1.º De una excepción, es decir, de un simple medio defensivo que no implica iniciativa alguna.

2.º De una defensa meramente temporal, sólo subordinada al cumplimiento simultáneo.

3.º De una mera suspensión de la ejecución contractual, sin que afecte para nada a la validez o subsistencia de sus efectos.

5. DISTINCIÓN CON EL DERECHO DE RETENCIÓN

Entre las dificultades para precisar el concepto de la excepción de incumplimiento figura en primer término la cuestión de su distinción o identificación con el derecho de retención, así como con otros institutos con los que guarda una relación más o menos estrecha.

Por lo que respecta al derecho de retención, la cuestión es

(27) BARASSI, *Ob.*, III, p. 1174 ss. esp. 1178, que expone también las consecuencias prácticas de la caracterización como excepción.

(28) *Enneccerus*, II-2.º, p. 163 ss.

(29) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2.ª ed., II, p. 776, número 859. Dentro de la dirección que califica la excepción como verdadera excepción de derecho sustancial, se precisa por PERSICO que se trata de un derecho potestativo, afirmando que la naturaleza de tal derecho sirve para explicar el carácter de mera paralización de la acción propio de la excepción, cuyo contenido se agota con su ejercicio. Este ejercicio, añade, se deja a la libre iniciativa de cada parte siendo independiente de la otra que tendrá que soportar las consecuencias (*loc. cit.*, p. 12 ss.).

muy discutida estando muy extendida en la doctrina francesa la dirección según la cual la excepción sería un caso de aplicación del derecho de retención, o según otros el derecho de retención, inversamente, un caso de aplicación de la excepción de incumplimiento.

La doctrina dominante distingue entre la excepción y el derecho de retención, alegando las siguientes diferencias:

a) La excepción puede alegarse en todas las obligaciones recíprocas, sea cualquiera el objeto de la obligación que se reclama, en tanto que la retención no puede ejercitarse más que con relación a una cosa de otro, cuando el que la retiene se ha hecho acreedor de éste con ocasión de la cosa misma o de la relación jurídica (30). Por tanto, según este criterio diferencial el campo de aplicación de la excepción es más amplio que el de la retención, puesto que opera en todas las obligaciones recíprocas y no requiere el requisito de la conexión entre el crédito y la cosa retenida. El derecho de retención, en cambio, puede darse fuera de las obligaciones bilaterales, donde no cabe alegar la excepción.

b) La diferencia expuesta se completa desde el punto de vista del diferente fundamento de ambas instituciones, pues mientras la retención reposa en la relación de conexión de los créditos, la excepción requiere algo más que esa conexión entre los créditos de personas recíprocamente acreedoras y deudoras. Las obligaciones recíprocas, único campo de la excepción, tienen cada una como causa, la obligación contraria. Hay por tanto, una relación de causalidad entre ambas obligaciones, que mantienen un vínculo más estrecho, ya que se basa en la propia voluntad de las partes que quieren obtener la prestación prometida de contrario (31).

B) Frente a esta posición que tiende a separar netamente ambas instituciones, está muy extendida en la doctrina francesa, la idea de que se trata de dos institutos fuertemente unidos, manteniéndose dos posiciones inversas, como indicamos:

(30) En este sentido: MESSINEO, *Contratto*, p. 537; CAPITANT, *Causa*, trad. esp., p. 268, etc.

(31) En este sentido: COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, trad. esp., Méjico, 1949, p. 572, parágrafo 165, núm. 2; CAPITANT, *Causa*, p. 269, donde se expone con más amplitud esta diferencia; LARENZ, *Ob.*, I, p. 273; etc.

Una posición especial dentro de la diferenciación, mantiene ALLARA (*Ob.*, p. 232 ss.), para quien ambos institutos constituyen garantías de derecho sustancial, "pero mientras en la *exceptio* la garantía se produce por vinculación especial de las dos obligaciones derivadas del contrato bilateral, en el derecho de retención por el contrario, aquella se origina por la existencia de una obligación negativa consistente en un *pacti*, es decir, en soportar la posesión de la cosa por parte del otro hasta que se cumpla la propia obligación". En todo caso, añade, la diferencia con la retención existiría siempre, ya que la retención sería una obligación consistente en un *pacti*, mientras que la excepción sería una obligación de no reclamar, el cumplimiento de la otra parte, o sea, una obligación de no hacer, y no de soportar. V. la crítica a la consideración de ambos institutos como obligaciones negativas y a toda la construcción de ALLARA, en Messineo, *Contratto*, p. 537, nota 32.

a) Según unos la excepción no es más que un caso de aplicación del derecho de retención a la materia contractual, teniendo ambos el mismo fundamento (32).

Aun dentro de esta absorción de la excepción en la retención se conceden algunos matices diferenciales. Así Enneccerus, decidido partidario de esta directriz en el derecho alemán, estima que es un derecho de retención que ofrece algunas particularidades dado que su finalidad no es sólo de aseguramiento: «este derecho de retención ofrece la singularidad de no poder ser eliminado mediante caución, porque no tiende únicamente a la seguridad del contracrédito, sino que también está destinado a evitar la injusticia que implica la exigencia de la prestación previa» (33).

b) Otros estiman al contrario, que el derecho de retención es una aplicación de la excepción. En este sentido afirman Colin y Capitant que al no regularse de modo general el derecho de retención en el código francés, se plantea la cuestión de su posible aplicación fuera de los casos concretos en que se estableció por el legislador, cuestión resuelta jurisprudencialmente en sentido afirmativo, ampliatorio y precisamente una de las dos series de hipótesis extensivas admitidas por la jurisprudencia, se refiere a los supuestos en que se da una relación sinalagmática. En estos casos, añaden, el derecho de retención se admite sin dificultad «pues entonces descansa sobre el fundamento del principio de equidad superior, del que son corolarios la acción de resolución y la excepción *non adimpleti contractus*»; afirmando también que «toda la serie de casos en que los tribunales conceden al deudor el derecho de retener la cosa que está obligado a entregar, cuando se le pide que la entregue, no son, en realidad, más que aplicaciones de la *exceptio*». Incluso respecto a los casos de retención legal basados en relaciones contractuales, sostienen que el de retención puede ser considerado como una variante de la excepción» (34).

Dentro de esta dirección, se exponen las mismas ideas, tal vez, con más claridad por Planiol-Ripert quienes al examinar los casos de derecho de retención admitidos extensivamente por la jurisprudencia, advierten que la «doctrina reciente distingue dos categorías: la retención que se produce en relación de un contrato sinalagmático tiene su fundamento en el principio de la relación entre obligaciones recíprocas y del cumplimiento *dando* y *dando*, básico también en la excepción de incumplimiento, aproximándose estrechamente la retención a la excepción. Los demás casos se incluyen en otra categoría: se trata de aquéllos en que existe el *debitum cum re junctum* en el sentido más exacto de la frase, es decir, la conexidad objetiva», añadiendo que «esa distinción es consecuencia del resurgimiento doctrinal de la *exceptio*

(32) Así, entre otros, JOSSEBRAND, *Cours*, París, 1930, II, núm. 23, pp. 584 y 1466.

(33) ENNECERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 165.

(34) COLIN Y CAPITANT, *Curso*, trad. esp., III, p. 764, 3.ª ed. y V, p. 14º ss., 2.ª ed.

tio non adimpleti contractus, que produce la desaparición de la primera forma de retención por medio de la excepción de incumplimiento» (35).

En esta posición se tiende a absorber el derecho de retención en la excepción, cuando aquél se produce en el campo de las relaciones sinalagmáticas, quedando en cambio como instituciones distintas cuando el derecho de retención se produce por la llamada conexión objetiva. Así, dicen dichos civilistas franceses que «es conveniente por razón de método, al mismo tiempo que se absorbe en la excepción de incumplimiento la retención fundada en las relaciones sinalagmáticas, mantener bajo la denominación de derecho de retención la segunda serie de casos» (36).

Esta posición es compartida en cierto modo, por De Page, quien admite las tradicionales diferencias entre retención y excepción, es decir, que la retención no supone necesariamente dos obligaciones correlativas, pudiendo aplicarse fuera de las obligaciones sinalagmáticas, mientras que por el contrario la excepción implica necesariamente dichas obligaciones, aunque por otra parte no se limite a aquellos casos en que hay detentación por cuenta de otra persona. Hasta aquí llegan las diferencias, pero según De Page, existe una zona de tangencia entre retención y excepción al afirmar que en el campo de las obligaciones recíprocas, la excepción absorbe el derecho de retención (37).

C) Creemos se trata de dos institutos distintos por su naturaleza, fundamento y campo de aplicación.

En cuanto a su naturaleza, aún dentro de la tesis personalista del derecho de retención no cabe desconocer sus matices reales, mientras la excepción actúa en un campo puramente obligacional.

En cuanto a su fundamento la excepción se basa en la conexión de dos obligaciones desde el punto de vista de su origen coetáneo y recíprocamente causado. La retención se funda en la conexión de una obligación anterior de devolución de una cosa, con otra que nace posteriormente por consecuencia de dicha cosa. La conexión en el primer caso afecta al propio vínculo jurídico, mientras que en el segundo es una mera incidencia objetiva de una relación jurídica preexistente.

En cuanto al diverso campo de aplicación, será consecuencia del distinto fundamento, el campo objetivo de la excepción es más amplio ya que no está limitado por la necesidad de la conexión objetiva, ni requiere por tanto la existencia de una cosa como objeto de una de las prestaciones. Por el contrario, el campo vinculatorio u obligatorio en la retención es, a su vez mayor ya que no precisa que se trate de obligaciones recíprocas o bilaterales perfectas, bastando la coincidencia objetiva de dos obligaciones en relación con una misma cosa, por tener que ser devuelta y al

(35) PLANIOL-RIPERT, *Tratado*, trad. esp., III, núm. 445, p. 622 ss.

(36) *Loc. cit.*, nota anterior.

(37) DE PAGE, *Traité élém. de droit civil belge*, II, p. 785, núm. 871.

mismo tiempo, en sentido inverso, por haber dado origen su conservación a un crédito de resarcimiento (38).

Pero es evidente que el campo de aplicación de ambos institutos puede entrecruzarse, cuando a la conexión inicial de dos obligaciones por el vínculo jurídico, se une más tarde la conexión objetiva indicada. Esta coincidencia en el aseguramiento no puede destruir la diversa fundamentación.

6. DISTINCIÓN CON LA COMPENSACIÓN

Es evidente la coincidencia de la excepción de incumplimiento con la compensación en cuanto que en ambas situaciones se da una reciprocidad entre dos créditos, pero esta coincidencia así como la de aseguramiento en cuanto a lo funcional, no puede destruir las diferencias que separan ambas instituciones.

a) Según la doctrina dominante mientras la compensación exige que el crédito sea líquido, la excepción no implica tal carácter en el crédito del que la alega (ni tampoco en el que se paraliza por la excepción), por lo que otorga una defensa más amplia al demandado (39).

La diferencia es bien lógica ya que la compensación extingue los créditos compensados, lo que no sería posible sin conocer la cuantía exacta de los mismos, mientras que el crédito paralizado por la excepción basta con que sea exigible aunque su cuantía no esté aún determinada, ya que no se trata de su extinción sino de su transitoria paralización.

Por la misma razón de tratarse en la compensación de una causa extintiva de los créditos, se exige que ambas deudas consistan en dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad, exigencia que no se precisa para la excepción.

b) En realidad la verdadera diferencia radica en el diverso fundamento de ambas instituciones ya que en la compensación se opera, como se ha dicho con frase certera, un doble pago abreviado que se realiza entre dos obligaciones independientes entre sí, pero que se entrecruzan al ser las mismas personas recíprocamente acreedoras y deudoras. En cambio en la excepción se trata de obligaciones recíprocas que implican por tanto una conexión interna o estructural y no una mera yuxtaposición o coincidencia subjetiva (40).

Este diverso fundamento justifica el diverso ámbito de las dos

(38) Como expondremos más adelante, incluso algunas obligaciones restitutorias, en que cabe la retención, deben quedar excluidas de la excepción: *infra* núm. 8.

(39) STOLFI, *Diritto civile*, III, núm. 199, p. 100.

(40) V., sin embargo, las interesantes aplicaciones que hace la jurisprudencia francesa de la compensación, fuera de los requisitos legales, acudiendo, entre otros supuestos, al de la excepción de incumplimiento, es decir, a los contratos sinalagmáticos; cf. PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 443, p. 616 de la trad. esp.

instituciones que, en la compensación, dirigida a su fundamental función extintiva, es más restrictivo ya que se precisa una correlativa homogeneidad y entidad cuantitativa de las prestaciones que sirven de cumplimiento recíproco, mientras que en la excepción el ámbito objetivo es ilimitado, aplicándose a prestaciones cualitativa y cuantitativamente heterogéneas, ya que su razón de ser no estriba en la homogeneidad sino en la correspectividad.

c) Cuestión distinta a la neta separación entre compensación y excepción, es la de su concurrencia, esto es si será posible oponer ambas excepciones bien conjuntamente, bien sucesivamente.

Dentro del campo de las obligaciones bilaterales también podrá actuar la compensación, si bien no sea la hipótesis más frecuente, siempre que no tropiece con alguna de las prohibiciones compensatorias (41).

La demanda de una de las partes podrá, por tanto, ser rechazada alegando tanto la compensación parcial como la excepción de incumplimiento por el resto cuando la contraparte sea aún deudora de otra prestación no consistente en dinero u otra cosa fungible. Compensadas las prestaciones dinerarias en la cantidad concurrente (art. 1.202), quedarán paralizadas por la excepción de incumplimiento tanto el exceso de prestación dineraria de una de las partes como la prestación no dineraria de la otra.

Por otra parte la excepción de incumplimiento puede reportar especial interés en aquellos casos de prohibiciones compensatorias, dotando a la parte que no puede alegar la compensación, (medio más radical en cuanto extintivo de los recíprocos créditos), de un medio puramente suspensivo de paralizar la acción contraria mientras no se someta a la regla del cumplimiento simultáneo con lo que viene a conseguirse un trato igualatorio para ambas partes, que quedaría excluido con la compensación al ser improcedente (42).

7. DISTINCIÓN CON LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Para exponer la función de la excepción de incumplimiento se viene utilizando tradicionalmente su parangón con la acción de resolución por incumplimiento, expresamente regulada en aquellas legislaciones que en cambio silencian la excepción, al menos como principio general. Pero caben diversos matices en esta exposición comparativa, que interesa subrayar.

a) Reduciendo la diferencia a un criterio más bien de orden cuantitativo en cuanto a la importancia de los respectivos supuestos, se afirma que la excepción procede en los mismos supuestos

(41) PERSICO, niega esta posibilidad sin indicar el fundamento de su posición (p. 22).

(42) Sobre el fundamento de la prohibición compensatoria del art. 1.202 ap. 1: en nuestra doctrina, ALBALADEJO, *Estudios*, p. 97.

que la acción resolutoria puesto que ambas tienen idéntico fundamento, la interdependencia de las obligaciones recíprocas y sería como un *diminutivo* del derecho de resolución consagrado por el legislador (art. 1.184 Cód. francés, 1.124 Cód. español, etc.). Esta posición conduciría a la admisión de la excepción en aquellos casos de incumplimiento *culposo* por parte del demandante a quien se opone la excepción, pues si habría derecho a pedir la resolución con mayor motivo, se piensa, lo habrá para oponerse al propio cumplimiento no simultáneo. Es precisamente uno de los argumentos invocados para dar carácter de principio general a la excepción en los códigos latinos que aún no han regulado la excepción (43). Esta posición tiende a la confusión de ambas instituciones.

b) En realidad el campo de la excepción es diverso y más amplio que el de la resolución, la cual implica un verdadero incumplimiento ya consumado, mientras que la excepción no sólo procedería en esta hipótesis, sino también *antes* del incumplimiento verdadero y definitivo. Basta con que no haya cumplimiento simultáneo. Por eso si la acción resolutoria implica culpabilidad por parte del que incumple, la excepción no supone necesariamente culpabilidad de aquél a quien se la opone. El principio del cumplimiento simultáneo no requiere que el que reclama sin haber cumplido, haya incurrido en culpa alguna (44).

c) Desde el punto de vista de la finalidad y función, las diferencias son aún más patentes, ya que la acción resolutoria se dirige hacia la destrucción o extinción definitiva del vínculo obligatorio, mientras que la excepción deja incólume dicho vínculo, significando tan sólo una dilación en su cumplimiento (45).

La diferencia expuesta sub b) pone de relieve el verdadero papel e interés de la excepción frente a una medida mucho más radical y enérgica, como es la acción resolutoria. Como dice De Page, la excepción permite *adelantarse* al incumplimiento culposo propiamente dicho, rechazando todo cumplimiento que no sea simultáneo. Tiende a así a evitar, como medida preventiva, que el incumplimiento culposo se realice, y que sea precisa la resolución para restablecer el equilibrio (especialmente por el efecto retroactivo de la resolución y el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado). Juega el papel, añade, de garantía *preventiva contra la resolución*, hasta el punto de que si fuese alegada siempre oportunamente, haría inútil la resolución (46).

Así pues, aún siendo más enérgica, en sus efectos, la acción resolutoria, la garantía que implica la excepción es mucho mayor. Se elimina prácticamente el peligro de una imposible restitución

(43) BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligation*, t. II, núm. 964, p. 143 del v. XIII, 3.^a ed.

(44) DE PAGE, II, núm. 861, p. 777; infra núm. 13.

(45) MESSINEO, *Contratto*, p. 538; PERSICO, p. 16.

(46) DE PAGE, II, núm. 863, p. 779.

de lo anteriormente prestado y hasta de una imposible indemnización económica, en caso de insolvencia del que dió lugar a la resolución.

d) En cuanto a la posibilidad de ejercicio sucesivo de ambas instituciones, entendemos pueden ejercitarse con plena independencia; es decir, que no solamente procede la excepción, según venimos sustentando, cuando aún no sea procedente la resolución, sino que en los casos en que también proceda ésta cabe ejercitar de modo previo e independiente la excepción si no interesa oponer de modo reconvenional la resolución que siempre podría plantearse posteriormente (47).

8. REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

Para que proceda el ejercicio de la excepción de incumplimiento se requieren los siguientes requisitos:

- A) Existencia de un contrato sinalagmático.
- B) Falta de cumplimiento de la parte a quien se opone.
- C) Alegación no contraria a la buena fe.

Exponemos a continuación estos requisitos:

- A) Contrato sinalagmático.

En principio la excepción de incumplimiento no debe de aplicarse más que a los contratos bilaterales pues precisamente su fundamento se basa en la propia estructura de las obligaciones recíprocas que de tales contratos macen; por ello parece natural *prima facie* limitar a dichos contratos su aplicación y así lo hacen de modo expreso los códigos alemán y suizo de las obligaciones.

Según el código alemán, la excepción de incumplimiento se refiere a los contratos bilaterales (parágrafo 320), aunque también se asimilen a éstos las obligaciones que resultan de la rescisión de los contratos (par. 348) y por tanto las restituciones que sean consecuencia de la rescisión habrán de efectuarse simultáneamente, pudiendo alegarse, en su caso, la excepción.

Pero en la doctrina francesa se tiende a ampliar la aplicación de la excepción a aquellas situaciones que implican *relaciones sinalagmáticas*, es decir, no solamente a los contratos sinalagmáticos (48).

En este sentido Cassin propone aplicarla a los siguientes casos:

- 1.º A las relaciones nacidas de la anulabilidad de un contrato sinalagmático ya ejecutado.
- 2.º A los contratos unilaterales imperfectos.

(47) AULETTA, *Risoluzione*, p. 301, sostiene una posición diversa, que configura la excepción como un *prins* de la resolución.

(48) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 448 y 449; también DE PAGE, II, núm. 866, p. 781, en la doctrina belga.

3.º A las relaciones sinalagmáticas incompletas y a los cuasi contratos.

4.º A lo que llama, relaciones sinalagmáticas creadas por la ley o bajo la autoridad de la ley (expropiación por causa de utilidad pública, retractos, tutela, etc.) (49).

La jurisprudencia ha aceptado esta extensión de la excepción más allá de las obligaciones contractuales sinalagmáticas perfectas (50).

Sin embargo, en la doctrina francesa, no se acepta unánimemente la referida extensión, o al menos se niega su posibilidad respecto a algunos casos de los enumerados por Cassin. Así Capitant, se opone a la aplicación de la excepción a los contratos unilaterales imperfectos, alegando que en éstos la obligación surgida posteriormente no fue tenida en cuenta al celebrar el contrato, como causa del mismo; el depositario, mandatario, etc. no se determinaron a contratar para que les fuesen devueltos los gastos eventuales que se vieron obligados a realizar; ello no fue causa de su obligación, sino que es tan sólo un efecto secundario del contrato (51).

Se alega también en contra de la categoría de las obligaciones bilaterales imperfectas que las obligaciones que pueden nacer ulteriormente a cargo de una parte, como la de indemnizar al depositario sus gastos se basan en el principio del enriquecimiento sin causa o en la gestión de negocios, es decir que tienen un origen extracontractual:

Sin embargo se alegan los textos legales (arts. 1.890, 1.847, 1.999 y 2.080 C. c. fr.), que parecen imputar al contrato las obligaciones nacidas a cargo del prestamista, del depositante, del mandante o del acreedor pignoraticio «y la existencia en provecho del acreedor de estas obligaciones, de un derecho de retención que parece muy próximo a la *exceptio non adimpleti contractus*, y por tanto, permite suponer una relación sinalagmática entre los interesados» (52).

Se invoca en favor también de la noción del contrato sinalagmático imperfecto, que la extensión de la obligación de reembolso de los gastos hechos por el depositario, mandatario, etc. especialmente en favor de éste es más amplia que resultaría por aplicación de las reglas del enriquecimiento injusto o gestión de negocios: «el gestor de negocios no tiene derecho a la indemnización más que si la gestión ha sido útil, la indemnización debida a consecuencia de un enriquecimiento y por el empobrecimiento; vez por el valor del enriquecimiento y por el del empobrecimiento; estas limitaciones no se imponen en esta materia» de contrato bilateral imperfecto (53).

(49) CASSIN, *Exception d'inexécution*, p. 447-464.

(50) Referencia a dicha jurisprudencia: PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 448 y 449.

(51) CAPITANT, *Causa*, núm. 126, p. 275 ss.

(52) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º, núm. 63, p. 53.

(53) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º, p. 53.

Ante estas consideraciones Marty y Raynaud llegan a la conclusión de «la relatividad de la noción del contrato sinalagmático», considerando que ciertos contratos «son imperfectamente sinalagmáticos en el sentido de que no están más que parcialmente sometidos a las reglas de los contratos sinalagmáticos», precisando su pensamiento sobre esta categoría afirmando que son «aquéllos en los cuales la reciprocidad de las obligaciones es imperfecta porque las de una de las partes no son más que virtuales o han sido ya ejecutadas» (54).

Por otros varios procedimientos la doctrina francesa ha tratado de ampliar la categoría de los contratos bilaterales. Así mediante la vinculación de dos contratos unilaterales que resultarían fusionados en cuanto a su interdependencia (55). O bien considerando que el contrato puede ser sinalagmático aunque las obligaciones a cargo de una de las partes sólo tengan carácter accesorio (56).

Igualmente la propugnada desaparición de la categoría romana de los contratos reales, aumentaría el campo de los contratos bilaterales, ya que la entrega de la cosa en vez de venir considerada como elemento formativo del contrato tendría la consideración de elemento de ejecución del mismo. Así Capitant sostiene que «en realidad el préstamo y la prenda son verdaderos contratos sinalagmáticos, en virtud de los cuales una de las partes se obliga a entregar una cosa y la otra a restituirla», aunque la explicación arcaica legada por los romanos sea distinta. Desde que las partes se ponen de acuerdo sobre la entrega de la cosa prestada o depositada existe el contrato, igual que ocurre con el arrendamiento sin que sea preciso poner en posesión de la cosa locada al arrendatario; en efecto, añade, en estos contratos «cada parte contrae una obligación, la de entregar una cosa y la de conservarla y restituirla en el plazo convenido respectivamente», alegando que en la práctica hasta que el prestamista no tiene en su poder el contrato, no da su dinero (57).

En Italia, la cuestión de la extensión que deba alcanzar el contrato bilateral se entrecruza con la de la delimitación de la nueva categoría del contrato con prestaciones correspondientes a que aluden varios artículos (1.406, 1.448, 1.453, 1.460, 1.461, 1.463, 1.467), entre los que figura el de la excepción de incumplimiento.

Esta categoría contractual ha planteado a la doctrina la cuestión de su delimitación ya que el nuevo código apartándose del anterior no define las categorías contractuales a que luego se refiere en sus preceptos. En efecto el código de 1865 definía a ini-

(54) *Loc. cit.*, p. 54.

(55) BOULANGER, *Encicl. DALLOZ, Droit civil: "Contrats et conventions"*, número 20; *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques* (RTDC, 1950, 1); MEREU, *I contratti reciproci*, 1923.

(56) HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux*, th. Paris, 1937, p. 153.

(57) CAPITANT, *Causa*, p. 58, trad. esp.; v. sobre el tema: JORDANO, *La ca-*

tación del francés, el contrato bilateral (art. 1.099) y unilateral (art. 1.100), así como el contrato oneroso y a título gratuito (art. 1.101). En la Relación al Rey se aclara que la definición de los contratos bilaterales y unilaterales no sería ya útil, habiéndose sustituido por la de contratos correspectivos y contratos con prestaciones a cargo de una sola parte (núm. 57); pero esta sustitución ¿implica una equivalencia? Esto es precisamente lo que se ha discutido en la doctrina posterior al código de 1942, sustentándose soluciones extremas contrapuestas y también otras intermedias (58):

a) Teoría de la equivalencia con la bilateralidad: Esta posición pretende que el código al sustituir la bilateralidad por la correspectividad, da a ambas categorías una completa equivalencia. La sustitución terminológica tendría la ventaja de impedir la confusión, ya denunciada de antiguo, entre negocio bilateral y contrato bilateral (59).

b) Teoría de la equivalencia con la onerosidad: Para otros, el contrato con prestaciones correspectivas consiste en el «intercambio de dos atribuciones patrimoniales ligadas por un vínculo de causalidad jurídica» (De Simone); por tanto, lo esencial no es el surgir de dos coetáneas obligaciones, sino el transferirse dos atribuciones patrimoniales en función recíprocamente causada. También Ruggiero-Maroi afirman de modo terminante que el «contrato con prestaciones correspectivas (a que se refieren los artículos 1.406, 1.453, 1.460, 1.461, 1.463, 1.469), va más allá de los contratos bilaterales perfectos: abarca todos los contratos a título oneroso, incluso los unilaterales». En igual sentido Mirabelli. También parece ser la propia interpretación contenida en la Relación Ministerial, como antes se expuso (60).

c) Teoría de la ambivalencia: Finalmente, algún sector de la doctrina italiana piensa que el contrato con prestaciones correspectivas puede equivaler a contrato bilateral o a contrato oneroso, según los casos. Así Luzzatto afirma, que esta expresión «tiene un significado mudable queriendo a veces significar contrato bilateral, según la tradicional descripción, y otras contrato oneroso (sea o no bilateral)». Parecida conclusión mantiene Persico, para quien «los artículos que hablan de prestaciones correspectivas, autorizan

teoría de los contratos reales.

(58) Sobre este punto v. nuestro trabajo: *Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral* (Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, I, p. 444, Madrid, 1959).

(59) En este sentido: MESSINEO, *Contrato*, 3.^a ed., p. 233; COLAGROSSO, *Ob. cit.*, p. 237; CASATI y RUSSO, *Manuale*, p. 472; DI STASSO, *Giur. Compl. Cass. civ.* 194,9 p. 144. También BARASSI, *Ob.*, II, pp. 502 y 508, si bien con cierta perplejidad.

(60) DE SIMONE, *Il contratto con prestazione corrispettive* (RTDP, II, 1948, p. 48); RUGGIERO-MAROI, *Ist.*, II, p. 154, ed. 1954; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, p. 239; ENRIETTI, en *Commentario D'Amelio-Finzi*, p. 780.

Con algunas dudas parece, sin embargo, inclinarse a esta posición: TRABUCCHI, *Ist.* 8.^a ed., Padova, 1954, p. 624.

Próxima a esta posición de equivalencia con la onerosidad, se mantiene por

a pensar que el concepto recibido por el nuevo Código sea más amplio que el del Código de 1865; porque en la nueva dicción, contrato con prestaciones correspectivas, confluye todo contrato oneroso, sea con obligaciones recíprocas, sea con obligaciones unilaterales. El Código, sin embargo, emplea a veces la mencionada expresión en el significado más restringido de contrato *oneroso bilateral*. Precisamente, según Persico, ocurre esto último en relación con la excepción de incumplimiento, ya que «para que la excepción opere deben existir obligaciones en ambos contratantes, en función recíproca y correspectiva, dado que la negativa a cumplir la propia obligación está subordinada a la circunstancia de que la otra parte no cumpla o no ofrezca cumplir la suya. Se trata aquí de un caso en que el Código usa la expresión contrato con prestaciones correspectivas en el mismo significado de contrato oneroso bilateral» (61).

Como consecuencia de las teorías expuestas sub b) y en algunos de los supuestos de las teorías sub c), el campo de aplicación de los efectos de las obligaciones bilaterales, entre ellos la excepción que examinamos, resultará ampliado al comprender contratos onerosos unilaterales. Así, según De Simone, el sinalagma de la correspectividad o contrato con prestaciones correspectivas comprenderá, contratos bilaterales, contratos reales y contratos asociativos (62).

9. B) INCUMPLIMIENTO DE AQUEL A QUIEN SE OPONE LA EXCEPCIÓN

Para poder alegar la excepción se requiere el incumplimiento temporal de aquel a quien se opone, esto es, que no haya cumplido todavía su prestación, ya que como vimos el fundamento de la excepción estriba en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales o recíprocas, en virtud del cual cuando una de las partes no haya cumplido aún ni esté dispuesta a cumplir, tampoco puede exigir a la otra parte su prestación, pues esto equivaldría a exigirle el cumplimiento anticipado.

Siendo el cumplimiento simultáneo la regla fundamental de las obligaciones bilaterales, por lo que se refiere a la excepción que estudiamos, es preciso determinar el momento del cumplimiento o tiempo del pago en estas obligaciones, ya que a partir de ese momento es cuando podrá empezar la posibilidad de alegación de la excepción.

Tiempo del pago: En las obligaciones puras el pago puede ser exigido inmediatamente de su nacimiento, como ya expresaron los romanos en el siguiente texto: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur* (Pomponio, D. 14, 50, 17). Esta regla ha sido recibida por el derecho moderno de modo

REBINO (*Compravendita*, p. 254), que la correspectividad puede darse no sólo entre obligaciones, sino también entre atribuciones patrimoniales, como acontece en la transferencia de derechos reales por el mero consentimiento siempre que exista nexo de correspectividad.

(61) LUZZATTO, *Ob.*, p. 172; PERSICO, *loc. cit.*, p. 43.

(62) DE SIMONE, *loc. cit.*

expreso o implícito al menos. Así, el código alemán dispone que «si no está señalado un tiempo para la prestación ni ha de deducirse de las circunstancias, puede el acreedor exigirla y el deudor realizarla inmediatamente» (parágrafo 271 ap. 1); igualmente, según el código de obligaciones suizo «en defecto de término estipulado o que resulte de la naturaleza del negocio, la obligación puede ser ejecutada y la ejecución puede ser exigida inmediatamente» (artículo 75). También el nuevo código italiano contiene esta norma: «si no está determinado el tiempo en que la prestación debe ser realizada, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando, en virtud de los usos o por la naturaleza de la obligación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un término, éste, en defecto de acuerdo de las partes, será establecido por el juez» (art. 1.183, ap. 1).

En nuestro Código civil, en cambio, no está expresamente sancionada esta regla romana, pero resulta implícita de otras normas, señaladamente de los artículos 1.113 y 1.125 interpretados coordinadamente, ya que el primero para las obligaciones puras, como contrapuestas a las condicionales, dispone que «será exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto...», y el segundo, que «las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue». Entre ambos preceptos se regula el cumplimiento de las obligaciones puras, condicionales (a que se refiere el epígrafe que antecede al art. 1.113), y a término (a que alude el epígrafe anterior al art. 1.125). Combinados dichos preceptos puede inferirse fácilmente el tiempo de cumplimiento de la obligación pura: será exigible desde luego, es decir, inmediatamente, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de condición suspensiva o para el que haya señalado término inicial (v. también artículo 1.128).

Esta doctrina no sufre alteración en las obligaciones bilaterales, es decir, que cuando se configuren como puras ambas obligaciones, podrán ser exigidas inmediatamente de constituirse las mismas. Pero la especialidad de esta situación de reciprocidad debitoria y crediticia se muestra en cambio en que el tiempo de cumplimiento queda vinculado por la simultaneidad recíproca, de modo que aunque se trate de obligaciones puras y por tanto exigibles, no cabe que una parte exija a la otra la suya sin cumplir o estar dispuesto a cumplir la suya. Esta regla del cumplimiento simultáneo resulta implícita en la regulación de la propia excepción de incumplimiento y, por tanto, en aquellos códigos que expresamente la regulan, puede inferirse claramente. En cambio, en los códigos como el español, que no han recogido de modo expreso dicha excepción, la regla de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones bilaterales, ha de deducirse de otras instituciones, como la de la mora. En efecto, al regular la mora nuestro Código, dispone que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.

Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro» (art. 1.110, últ. ap.).

Por tanto, en las obligaciones bilaterales el tiempo de cumplimiento, cuando no existe término en favor de ninguna de las partes, es el de las obligaciones puras, es decir el de la exigibilidad instantánea, pero atemperado a la reciprocidad, esto es, a la simultaneidad. En suma, la instantánea y simultánea exigibilidad. Por ello, cuando falte la simultaneidad de cumplimiento, no puede pretenderse la exigibilidad de una de las obligaciones por la otra parte. Si faltando la simultaneidad, se pretende por una parte exigir a la otra su prestación, es cuando ésta puede oponer la excepción de incumplimiento. Así, el no cumplimiento de la parte demandante, es el requisito básico, para poder alegar con éxito la excepción. En este sentido hablamos del incumplimiento de aquel a quien se opone la excepción, como requisito para su ejercicio. No en el de incumplimiento definitivo o verdadero que haga imposible el ulterior cumplimiento de la obligación, pues en este caso no tendría sentido alegar la excepción, mero retardo o suspensión del propio cumplimiento, sino que más bien sería procedente la resolución por incumplimiento (art. 1.124).

No es una sanción para una conducta culposa de una de las partes, sino el mantenimiento del equilibrio temporal de las obligaciones bilaterales. Por ello su fundamento, la simultaneidad de cumplimiento de ambas obligaciones cae cuando el tiempo de cumplimiento por pacto o disposición legal, sea distinto teniendo que cumplirse previamente una de las obligaciones. La parte así obligada no podría invocar a su favor la excepción. Sólo la parte que puede cumplir después podría alegar la excepción si el obligado al cumplimiento previo, no sólo no realiza dicho anticipado cumplimiento sino que, además, pretende exigir a la otra parte su obligación previamente.

Viene según lo expuesto, excluida la excepción en los casos en que se ha concedido un plazo por pacto o por ley a una de las partes, de modo que no cabe oponer la excepción contra la misma. Así, en la compraventa con precio aplazado en virtud de pacto; o en el contrato de hospedaje si el uso excluye la ejecución simultánea; o en el arrendamiento (salvo que la renta se pagase día a día), en que por la naturaleza del contrato se realiza anticipadamente, o bien la prestación del arrendador de proporcionar el uso de la cosa (si la renta se paga por plazos vencidos), o bien la del arrendatario de pagar la renta (si ésta se paga por plazos adelantados). Se excluye la alegación en favor del que ha de cumplir previamente, como se reconoce en la doctrina) (63).

En estos casos de cumplimiento previo de una parte hay, en realidad, la exclusión de la excepción sólo para la parte obligada a dicho cumplimiento previo, según venimos exponiendo. Sin em-

(63) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 453; DE PAGE, II, p. 866; CAPITANT, *Causa*, p. 277; etc.

bargo, en los códigos que regulan la excepción no siempre está la cuestión indicada con toda claridad, como acontece en el Código italiano, según el cual, en los contratos con prestaciones correspondientes cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación, si la otra no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, *salvo* que hayan sido establecidos por las partes términos diversos para el cumplimiento o resulten de la naturaleza del contrato» (art. 1.460, ap. 1). Sin embargo, en la doctrina se llega a la conclusión que venimos manteniendo (64).

En otros códigos la cuestión es más clara, como en el suizo de obligaciones, según el cual, «el que demanda la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que tenga en su beneficio un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82).

Con más precisión aún, dispone el Código alemán, que «quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir anticipadamente» (parágrafo 320, ap. 1).

10. B) bis. LA EXCEPCIÓN Y EL CUMPLIMIENTO NO SIMULTÁNEO

Los casos precedentemente indicados en que por pacto, usos, naturaleza del contrato o ley, se quiebra la regla del cumplimiento simultáneo del contrato bilateral, conducen, como hemos expuesto, a la exclusión de la alegación de la excepción para el obligado al cumplimiento previo. Hemos de abordar ahora algunos supuestos especiales.

Si una de las partes tiene a su favor un plazo, por lo que pudiendo invocar a su favor la excepción, no puede serle en cambio opuesta, cuando pretenda precisamente obtener el previo cumplimiento de la otra parte, goza de una situación tan privilegiada que dicho beneficio del término, combinado con la excepción le situaría en la posibilidad legal de obtener su pretensión aunque por las circunstancias concurrentes no pudiese cumplir por su parte su prestación.

Esta situación ha de ponerse en relación con las normas sobre pérdida del beneficio del término por el deudor, en las obligaciones en general, sean o no bilaterales. Los códigos en los casos de insolvencia posterior del deudor o de no prestación o disminución de garantías ofrecidas en la obligación, decretan la pérdida de dicho beneficio como hace nuestro Código civil (art. 1.129). Esta pérdida del beneficio del término implica automáticamente la vigencia de la regla del cumplimiento simultáneo que excluía dicho beneficio. El peligro que amenaza a una de las partes vuelve a restablecer el equilibrio temporal de las prestaciones con la consiguiente invocación de la excepción.

Pero en algunos códigos se ha previsto de modo especial la si-

(64) PERSICO, p. 83.

tuación de peligro para el acreedor de hacer efectivo su crédito, en relación con las obligaciones bilaterales mediante una regla específica para la alegación de la excepción de incumplimiento. El Código italiano dispone, efectivamente que, «cada contratante puede suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las condiciones patrimoniales de la otra han llegado a ser tales que pongan en evidente peligro el conseguir la contraprestación, salvo que sea prestada idonea garantía» (art. 1.461). Se observa en la doctrina italiana que esta disposición mantiene puntos de contacto con la excepción de incumplimiento si bien no hay plena coincidencia, puesto que ésta supone un incumplimiento actual y efectivo y la otra norma un incumplimiento futuro e incierto y, por tanto, mientras el ejercicio de la excepción requiere términos de cumplimiento simultáneos o bien que el que alega la excepción disfrute de un término a su favor, el artículo 1.461 por el contrario, presupone términos distintos y que el obligado al previo cumplimiento sea el que pueda suspender la ejecución (65).

Esta última interpretación de la doctrina italiana está expresamente sancionada por el Código alemán, que contiene un norma de mayor precisión a nuestro juicio sobre este punto, al disponer que «quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación, o se preste seguridad para ella, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación» (parágrafo 321). La doctrina alemana discute cuál sea el alcance de este precepto más allá de esa posibilidad de suspender la ejecución de la prestación que debía de cumplirse anticipadamente, es decir, si podrá pasar a exigir el cumplimiento simultáneo conforme a las reglas generales del contrato bilateral, como afirma Larenz, o simplemente puede negar provisionalmente su prestación mientras no se garantice la contraprestación, puesto que permanece la obligación anticipada a su cargo, como comunmente se sostiene (66).

También en el Derecho italiano se discute la relación entre la norma expuesta del artículo 1.461 y la simple pérdida del beneficio del término por consecuencia de la ulterior insolvencia del deudor o disminución de sus garantías ofrecidas (art. 1.186). Aquella norma es distinta en sus consecuencias a ésta, se afirma, ya que sólo ocasiona la pérdida del beneficio del término si no se presta la garantía idónea que sea exigida a tenor del artículo 1.461, por lo que no cabe suspender la ejecución de la propia prestación sin exigir antes dicha garantía (67).

(65) PERSICO, p. 85.

(66) LARENZ, *Ob.*, I, p. 271 y nota 9, trad. esp.

(67) PERSICO, p. 86.

II. C) ALEGACIÓN NO CONTRARIA A LA BUENA FE

Bajo este requisito, límite de aplicación de la excepción se comprenden casos muy diversos dada su generalidad y amplitud. Como dice De Page, es una fórmula general y vaga, que impide se desvíe de su fin, el correctivo de equidad que constituye la excepción de incumplimiento, alegándose por vía de ejemplo por dicho autor, los siguientes casos:

1.º La excepción no puede ser invocada más que en caso de falta grave a las obligaciones principales del contrato; no en caso de faltar a obligaciones secundarias.

2.º La excepción no puede ser alegada cuando el que la alega ha motivado el incumplimiento de la otra parte o ha faltado él mismo a sus obligaciones.

3.º En general, debe rechazarse también la excepción, cuando al que se le o pone, puede invocar una causa legítima para no cumplir (68).

Planiol-Ripert, exponen otros casos en que la buena fe se opone a la alegación de la excepción. Así, dicen, «la negativa de cumplimiento es frecuentemente injustificada cuando el crédito del que se niega a cumplir proviene de una indemnización, no siendo líquido ni seguro, mientras que su obligación reúne las cualidades contrarias. Por ello, las sentencias han rechazado la pretensión de unos arrendatarios consistente en retener los alquileres vencidos alegando que el arrendador había dejado de realizar determinadas reparaciones de su cargo o bien no había procurado el completo disfrute de los locales arrendados según lo ofrecido» (69).

Respecto a la imposibilidad de alegar la excepción frente al incumplimiento de obligaciones secundarias o accesorias, se afirma por Capitant, que hay que atenerse a la voluntad de las partes para explicar el distinto efecto del incumplimiento de obligaciones principales y accesorias, pues no todas las obligaciones asumidas por una parte tienen igual importancia para la otra. Así, el comprador contrata no sólo para hacerse propietario de la cosa, sino también para obtener su posesión pacífica y útil; pero existen por el contrario obligaciones de orden secundario o accesorio, cuya ejecución no ha sido elemento determinante de la voluntad del contratante; así, la simple inexecución por el arrendador o por el arrendatario de una cláusula accesoría del arriendo, no autoriza para denegar su cumplimiento (70).

El requisito de no poderse alegar la excepción cuando se oponga a ello la buena fe, ha sido expresamente recogido por el legislador italiano en el nuevo Código, el cual después de consagrar la posibilidad de invocar la excepción, añade, «sin embargo, no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, la

(68) DE PAGE, II, núm. 866, p. 782.

(69) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 454.

(70) CAPITANT, *Cause*, núm. 130, p. 279.

negativa es contraria a la buena fe» (art. 1.460, ap. 2). La doctrina pone de manifiesto, que según el nuevo precepto, la negativa será contraria a la buena fe, sobre todo, en el caso de que el incumplimiento sea de *leve entidad* o de que se deba a *causa no imputable a la contraparte* (71).

También el Código alemán había recogido el principio de la buena fe, como límite a la válida alegación de la excepción, pero con especial referencia al caso de su alegación frente al incumplimiento meramente parcial, es decir, como límite a la *exceptio non rite adimpleti contractus*, de la que nos ocupamos a continuación (núm. 12). Por tanto, dicha limitación, no tiene, al menos de modo expreso, la amplitud con que se admite en el Código italiano.

Dada la amplitud de la preclusión de la excepción como contraria a la buena fe, en el Código italiano, la doctrina ha tratado de concretar su noción a efectos de este precepto.

Persico, rechazando el concepto subjetivo de la buena fe, que tiene aplicación en otras instituciones civiles, limita a efectos del artículo 1.460, ap. 2, la buena fe, a su aspecto objetivo, que cree puede concretarse por referencia a los hechos y circunstancias concurrentes. A estos efectos, propone tres series de valoraciones de la conducta de los contratantes: la relación de sucesión, de causalidad y de proporcionalidad entre los incumplimientos de una y otra parte (72).

Según la relación de sucesión de los incumplimientos, cada parte puede justificar su propio incumplimiento solamente si le ha precedido el incumplimiento de la otra parte, por lo que no puede oponer la excepción quien ha incumplido primero. Pero este criterio que expone Persico, no resulta muy exacto, al menos en aquellos casos que son la regla general en materia de la excepción, de cumplimiento simultáneo, como se reconoce por el mismo autor citado. Sin embargo, alguna hipótesis especial podría presentar interés como el supuesto de *mora creditoris* por falta de cooperación en la parte a quien se le ofrezca la cosa debida.

Según la relación de causalidad, expone Persico, el incumplimiento del que alega la excepción debe estar motivado sólo por el incumplimiento de la otra parte, no por otros fines, como represalia o fines de lucro.

Finalmente, según esta triple determinación de la buena fe objetiva, el incumplimiento del que alega la excepción debe ser proporcionado o equivalente al de la parte que reclama (73). Pero este último límite a la buena fe objetiva, según Persico, o sea el supuesto de alegación de la excepción frente a un supuesto de incumplimiento, sólo parcial de la contraparte, lo examinamos aparte a continuación.

(71) MESSINEO, *Contratto*, p. 537.

(72) PERSICO, p. 140.

(73) PERSICO, p. 144.

12. CUMPLIMIENTO PARCIAL O DEFECTUOSO. (EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS.)

Si se ejercita la excepción, no frente al incumplimiento total sino frente al cumplimiento sólo parcial o defectuoso, ¿estaría justificada en ese caso la alegación de la excepción de incumplimiento? (74). Bajo el imperio del derecho común, se justificaba este supuesto, alegando que el acreedor tiene derecho a que la obligación sea cumplida de modo total y exacto, considerando el supuesto como una variedad de la excepción (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

El Código alemán regula también de modo especial esta modalidad, aunque como hemos visto, refiriendo a dicho supuesto la limitación de no ir contra la buena fe, la excepción. Dispone, en efecto, que «si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y, en particular, la insignificancia de la parte restante» (par. 320, ap. 2). Según Enneccerus, sucederá si, «por ejemplo, cuando sólo esté atrasado un pequeño resto del contracrédito del deudor, que de momento no pueda prestar la otra parte, o cuando el cumplimiento tenga que ser mejorado de otra manera, por regla general, el deudor sólo podrá retener, para la seguridad de estas pretensiones atrasadas, una parte suficiente de su prestación» (75).

En el Derecho francés, afirma Capitant, que cabe alegar la excepción en caso de incumplimiento parcial, ya que así se deriva del mismo fundamento de la excepción, puesto que cada parte lo que quiere es obtener las prestaciones de la otra íntegramente y sería desconocer su voluntad obligarle a cumplir su obligación cuando solamente recibe una parte de lo que prometió, sosteniendo, en consecuencia, que el artículo 1.653, como otros textos del Código francés, autorizan la denegación de pago en caso de parcial incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, añade, que la inejecución parcial no permitirá siempre al *excipiens* conservar la totalidad de la prestación, justificando tan sólo la denegación parcial de cumplimiento, cuando la perturbación del goce de que se queja el locatario no afecta más que a una parte de los lugares alquilados. Entonces, dice, «a denegación total del cumplimiento no tendrá razón de ser. Conviene proporcionar el efecto de la excepción a la gravedad del acto de inejecución» (76).

La proporcionalidad entre la parte que resta por cumplir y la denegación parcial de la propia prestación, en virtud de la alegada excepción representaría la más exacta justificación de la excepción en los casos de incumplimiento sólo parcial. Lo contrario puede ir

(74) BRUGÉ, *l'exceptio non rite adimpleti contractus* (Riv. dir. comm., 1927, II, 661).

(75) ENNECERUS, II-1.º, p. 166.

(76) CAPITANT, *loc. cit.*

en contra del principio de buena fe que, en general, debe presidir la materia contractual. Por eso, de una forma o de otra, se ha reconducido en los Códigos alemán e italiano el cumplimiento parcial a la buena fe. En el Código alemán de modo expreso, y en el italiano de modo implícito, en cuanto que se enuncia la preclusión de la excepción en contra de la buena fe, sin indicar casos concretos, como el de la ejecución parcial. Sin embargo, en los citados Códigos resta por resolver la cuestión fundamental que plantea la ejecución parcial, a saber, si aquel a quien se reclama íntegra su prestación puede alegar la excepción, basándose en la ejecución sólo parcial del demandante, o si para no quebrantar el principio de la buena fe, debe abstenerse de su alegación quedando defraudada para él la simultaneidad de prestaciones al realizar la suya íntegra, frente a la parcial de la otra parte. ¿Cabrá la solución más equitativa de la prestación parcial también por parte del demandado?

El cumplimiento parcial del demandado podría encontrar la negativa del demandante a su admisión, no obstante haber cumplido también parcialmente, alegando el requisito de la integridad del pago (art. 1.169 Cód. esp.). Según las circunstancias habrá de resolverse, siendo la solución más equitativa, como indicamos, la de la denegación parcial de la propia prestación, en la cantidad necesaria para restablecer el equilibrio de las prestaciones que queden por cumplir, las cuales quedarían nuevamente sujetas al juego del cumplimiento simultáneo (77).

No es sólo la cuestión del cumplimiento parcial de la prestación por parte del demandante, la que puede dar lugar a dudas en la posibilidad de ejercitar la excepción, sino también la cuestión paralela del cumplimiento defectuoso.

Existirá cumplimiento defectuoso, a parte la hipótesis ya examinada del cumplimiento parcial, en todos aquellos casos en que la calidad, el lugar o cualquier otra circunstancia pactada en interés del acreedor no haya sido respetada.

La cuestión fue discutida de antiguo, distinguiéndose por algunos entre la prestación de distinta calidad a la pactada y la prestación afectada por vicios de la cosa, admitiendo la excepción en el primer caso tan sólo, ya que en el segundo debía resolverse la cuestión por las reglas específicas de la acción redhibitoria (78).

La solución en el derecho moderno debe también tener en cuenta las reglas específicas de los distintos negocios jurídicos, especialmente las más elaboradas de la compraventa. Pero, ciertamente, que el principio de la buena fe expresamente recogido en los códigos modernos, bien en general, como en el español, bien en especial aplicación a la excepción de incumplimiento también, como en los

(77) Sustenta esta posibilidad para el Derecho suizo, como más justa von THUR, *Ob.*, trad. esp.

(78) Cfr. autores citados en notas anteriores.

citados Códigos alemán e italiano, deberá servir de fundamentación para resolver los casos concretos.

Si bien el derecho del acreedor a la prestación comprende la exactitud en orden a todas las cualidades pactadas, las circunstancias concurrentes en la entrega por parte del deudor y correlativo recibo de la prestación por el acreedor influirán también en la ulterior posibilidad de alegar por su parte la excepción cuando le fuere reclamada su prestación.

Por otra parte, en algunos negocios jurídicos, como en la compraventa, existen disposiciones específicas que no podemos entrar a examinar en este lugar.

Cabrá desde luego alegar la excepción cuando no se haya recibido la prestación ofrecida a causa de justa negativa por los defectos de que adolezca.

13. CAUSA DEL NO CUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE

La alegación de la excepción de incumplimiento no se basa en la sanción de la conducta culposa de aquel a quien se le opone, sino en la regla del cumplimiento simultáneo. Por tanto, no se requiere para poder oponer la excepción la previa constitución en mora del demandante, la cual se basa en una situación de culpabilidad. Por tanto, aunque el no cumplimiento del demandante esté justificado, cabrá alegar frente a su reclamación la excepción de contrato no cumplido.

En esto se diferencia la excepción de la resolución por incumplimiento que implica la culpabilidad por parte del que incumple, como se reconoce expresamente en algunos códigos como en el alemán (parágrafo 325), y en aquellos ordenamientos en que no existe un precepto que así lo disponga, también basándose en la tradición y función de dicha resolución se reconoce por la doctrina y jurisprudencia (79). En efecto, en la resolución por incumplimiento se trata de una sanción por el quebrantamiento de la fe depositada por cada contratante en la otra parte: *frangenti fidem, fides non est servanda*. Nada de esto se produce en la fundamentación de la excepción, que trata como hemos expuesto de mantener la simultaneidad en el cumplimiento y con ello el equilibrio patrimonial en los contratos bilaterales.

Sin embargo, puede parecer en algún ordenamiento, como en el nuestro, que hay una relación entre la situación de mora de una parte y la excepción que estudiamos, ya que según nuestro Código «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro» (art. 1.100, ap. últ.). En este precepto se basa nuestra doctrina para fundamentar la *exceptio*

(79) La jurisprudencia española exige para la aplicación del art. 1.124 que el incumplimiento se deba a causas imputables al deudor (SS. 5 enero 1935, 24 octubre 1941, 5 junio 1944, etc.).

en nuestro Código, a falta de una norma expresa de carácter general que la consagre (80).

Pero una cosa es que la constitución en mora en las obligaciones recíprocas requiera el previo cumplimiento o al menos el ofrecimiento de una de las partes, y otra distinta que para oponer la excepción se requiera que el demandante esté incurso en mora. Es más, siendo preciso el previo cumplimiento para que incurra en mora la otra parte, no habría posibilidad de alegar la excepción si se exigiese la situación de mora en aquel a quien se le opone, puesto que eso supondría haber cumplido ya el *excipiens*, y por tanto, carecería para él de interés alegar la excepción.

En realidad, el citado texto de nuestro Código no exige ningún requisito ni regula el ejercicio de la excepción, pues el texto mira directamente los efectos de la mora, aunque con fundamento se pueda afirmar que en el mismo late el principio de simultaneidad de las prestaciones propio, tanto de la situación de mora como de la excepción en las obligaciones bilaterales.

14. ALEGACIÓN DE LA EXCEPCIÓN

La excepción como mera posición defensiva por parte del demandado, no requiere el ofrecimiento o consignación de su propia prestación. Su alegación se encamina a quedar liberado por parte del *excipiens* del cumplimiento de la prestación reclamada en ese momento, no de modo definitivo; como mera excepción no pretende, de suyo, la condena del reclamante a la realización de su prestación.

Si por el contrario, el *excipiens* quisiera obtener en vez de la prolongación de la situación de falta de cumplimiento por ambas partes, el efectivo cumplimiento de ambas prestaciones, tendría que provocar dicho cumplimiento iniciándolo por su parte, mediante el cumplimiento real o al menos el ofrecimiento y consignación, con los que podría, evitando previamente que a su vez se le opusiere la excepción, pasar a la posición de demandante exigiendo el cumplimiento. Pero, en realidad, esto implica o bien la no alegación de la excepción, si tiene lugar el cumplimiento real, o la alegación conjunta de ésta y de su reclamación, preparada por la oferta y consignación condicionadas al cumplimiento simultáneo (81).

15. EFECTO PRINCIPAL DE LA «EXCEPTIO»

El efecto directo a que tiende la alegación de la *exceptio* es la suspensión provisional del cumplimiento de su obligación por parte

(80) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (*Notas a Ennecerus*, II-1.º, p. 168), ven en este precepto una aceptación de la excepción: "aunque el cód. c. esp. no menciona expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* basta tener presente la consecuencia normal apuntada del art. 1.100 in fine para afirmar que en ella está latente la referida *exceptio*", opinión generalmente aceptada en nuestra doctrina.

(81) A parecidas conclusiones llegan PLANIOL-RIPERT, afirmando que la oferta real de su prestación por parte del *excipiens* sólo es necesaria "para que el que alega la excepción obtenga la condena de su contrario al cumplimiento sin más condición" (VI, núm. 455, p. 632).

del *excipiens*, protegiéndole de la prematura exigencia del reclamante, pero en definitiva no se niega la prestación debida que queda en situación de quiescencia simplemente. Por ende, la sucesiva reclamación mejor fundada debería ir acompañada del ofrecimiento de cumplir simultáneamente para evitar la nueva alegación de la excepción. Esta dualidad necesaria para el éxito final y el período intermedio de quiescencia ha sido eludida y superada por el Código civil alemán, mejorando la técnica tradicional de la excepción.

Dispone, el Código citado, que «si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectucción de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo» (Zug um Zug) (parágrafo 322 ap. 1).

Así, pues, el ejercicio de la excepción de incumplimiento, en el derecho alemán, «no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación *simultáneamente* contra recibo de la contraprestación» (82).

La expresada norma se atiene más exactamente a la regla del contrato bilateral, la simultaneidad de las prestaciones, puesto que esta simultaneidad no implica de suyo una dilación especial para el cumplimiento, sino más más bien la exigencia de la contraprestación cuando una de las prestaciones sea cumplida o se intente obtener o cumplir, respectivamente, por acreedor o deudor. Por ello, eliminando el período meramente suspensivo o dilatorio se llega con esta regulación a obtener la función del contrato bilateral, la expresada simultaneidad de cumplimiento, eliminando así mismo las dificultades probatorias a que después aludiremos.

16. EFECTOS DERIVADOS DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La alegación, con éxito, de la excepción de incumplimiento abre un período de quietismo o suspensión en la vida del contrato bilateral, no siempre bien estudiado, que hemos de examinar siquiera sea sumariamente.

a) ¿Mora del *excipiens*? El que opone la excepción no incurre en mora, ya que ésta en las obligaciones recíprocas no se produce para una parte mientras la otra no cumple (art. 1.100, últ. ap.), pero lo que no cabe desconocer es que las obligaciones desde el incumplimiento temporal o retraso, prolongan la situación en que se encontraban las partes creando un tiempo intermedio entre la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que no es calificable de mora, pero que puede plantear algunas cuestiones, como la responsabilidad por la custodia de las cosas que deban ser entregadas, los riesgos por el perecimiento fortuito, etc.

En ese período intermedio, no calificable de mora, ¿se produce

(82) LARENZ, *Ob.*, I, p. 269.

alguna modificación en las respectivas situaciones de las partes antes del vencimiento de las obligaciones o simplemente se prolonga esa situación de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles?

El deudor incurso en mora queda sujeto a una agravación de su responsabilidad normal, como lo demuestra su responsabilidad por los casos fortuitos expresamente sancionada en nuestro Código (art. 1.096, ap. 3), por lo que al excluirse la situación de mora durante el tiempo en que produzca sus efectos la excepción, deberá excluirse congruentemente esa agravación de la responsabilidad.

Inversamente puede pensarse que la situación provocada por la alegación de la *exceptio* pueda suponer una disminución de la normal responsabilidad debitoria. En este sentido se sustenta con relación al Derecho italiano que en la obligación de custodia, hasta el vencimiento del término se trata de una obligación asumida voluntariamente, por lo que se impone la normal diligencia media del buen padre de familia, pero que «la obligación de custodiar posterior a la oposición de la *exceptio*, surge por el contrario autónomamente de la nueva situación producida a causa del incumplimiento de la contraparte», deduciendo de aquí que la responsabilidad por la custodia «debe ser valorada con menor rigor, como en el caso del depósito gratuito» (83).

No compartimos este criterio por creer se basa en un equívoco, ya que la prolongación de la obligación de custodia asumida voluntariamente en el contrato se atribuye al incumplimiento de la parte a quien se opondrá la excepción y si bien es cierto que no ha cumplido, esa situación de incumplimiento es común al *excipiens*, puesto que se le reclama su cumplimiento. Es decir que no habiendo efectuado su cumplimiento el *excipiens*, no cabe hablar de incumplimiento por la otra parte, conforme a la regla fundamental del cumplimiento simultáneo. No parece que siendo la misma situación de no cumplimiento para ambas partes se deba disminuir la responsabilidad de una de ellas, el *excipiens*, salvo que se afirmase igual debilitación para ambas.

Creemos más adecuado a la naturaleza de las obligaciones que nacen equilibradas en el contrato bilateral, mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna. En realidad el que una de las partes se adelante indebidamente a reclamar motivando la fundada alegación de la excepción por el demandado, no varía en su favor la situación de cumplimiento diferido en que se encuentra (84).

Conforme a este principio de mantenimiento de la misma situación contractual anterior el vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, creemos deberán resolverse los problemas que puedan surgir, además de los indicados del perecimiento fortuito

(83) PERSICO, p. 195.

(84) En igual sentido SCADUTO, p. 204.

y deber de diligencia en la custodia (por ejemplo, gastos hechos en la conservación de la cosa, producción de frutos).

b) Alegación de la excepción y oferta de la prestación: Con la alegación de la excepción el *excipiens* elude la propia prestación basándose simplemente en la simultaneidad de ambas prestaciones, pero sin que sea necesario el ofrecimiento de su prestación, ya que nada se reclama por su parte, limitándose a una posición pasiva. Sin embargo una postura posible y desde luego muy razonable para el *excipiens* consistiría en la oferta de su prestación coetáneamente a dicha alegación. Conviene distinguir dos posibles maneras de realizar la oferta: oferta seguida de la consignación, con los requisitos legales, de su prestación, condicionando la entrega a la otra parte a que ésta a su vez realice su prestación, y simple oferta de la propia prestación para cuando se realice la contraprestación.

1.º En caso de oferta seguida de consignación con los requisitos legales se producen los efectos de la mora para la otra parte, ya que la consignación equivale al cumplimiento o al menos en el supuesto de consignación condicionada, al «allanamiento al cumplimiento». En efecto el ofrecimiento condicionado al recíproco cumplimiento no puede liberar al que lo realiza ya que no tendrá lugar la entrega de la prestación consignada sin el recíproco cumplimiento, pero al menos puede producir otros efectos de la *mora credendi* y ante todo el considerar incurso en *mora* al contratante a quien se hace la oferta de cumplimiento, pues si bien en tesis general puede sostenerse que no cabe el ofrecimiento condicionado, esto no puede afirmarse en las obligaciones recíprocas cuando la condición de la entrega sea el cumplimiento simultáneo de la otra parte (85) ya que en otro caso o habría que renunciar a la garantía del cumplimiento simultáneo o no sería posible tomar iniciativa alguna para el cumplimiento contractual quedando a merced del otro contratante.

Por otra parte como fundamento positivo de la mora de aquella parte a quien se hace el ofrecimiento condicionado, existe en nuestro Código civil, con carácter general el artículo 1.100 según el cual «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se *allana a cumplir* debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». A la vista de este precepto cabe afirmar que si bien el ofrecimiento condicionado no libera por sí sólo al que lo hace, debe al menos poner en situación de mora al que lo recibe, puesto que la mora para una

(85) El T. S. con carácter general exige que el ofrecimiento de pago se haga incondicionalmente (S. 27 noviembre 1906), lo que no contradice nuestra afirmación con referencia a las obligaciones recíprocas.

En el mismo sentido que mantenemos PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, que afirman que en caso de obligaciones recíprocas (art. 1.100) podrá el deudor subordinar la entrega de la cosa que ofrece a que a su vez entregue el acreedor la que le incumbe (II-1.º, p. 322).

parte se inicia con el cumplimiento o allanamiento al mismo por parte de la otra. Vienen equiparados el cumplimiento y el allanamiento al cumplimiento y no puede por menos de implicar ese allanamiento o decisión de cumplir, el hecho del ofrecimiento.

2.º En caso de oferta no seguida de consignación, también será posible considerar, sin embargo, que se produce para la parte que recibe la oferta la situación de mora si dicha oferta reúne garantías de realidad, aunque sea más evidente y clara la situación de mora en el caso anterior.

Realizada, pues, la alegación de la excepción coetáneamente con el ofrecimiento y consignación condicionados al simultáneo cumplimiento, el *excipiens* logrará hacer caer en mora a la parte que le demanda su cumplimiento, paralizando en virtud de la excepción su propio cumplimiento. Esta situación en que ninguna de las partes cumple su obligación, pero que sitúa al que demuestra su voluntad de cumplimiento simultáneo en la posición favorable de no estar incurrido en mora, y al que reclama en la desfavorable posición de deudor moroso, no puede dejar de influir en el período que se abre desde la oposición de la excepción hasta que éste termina, siendo del mayor interés su examen.

Así como en el supuesto anterior llegábamos a la conclusión de que el período de quietismo o suspensión en la vida del contrato bilateral que se inicia por la alegación de la excepción debe de regirse por los mismos principios de situación igualatoria basándonos en el funcionamiento del contrato bilateral, su simultaneidad de cumplimiento, en el presente caso por el mismo fundamento hemos de sustentar el principio opuesto, la situación desigual de las partes ya que la mora en que ha incurrido una de ellas debe llevar aparejadas las desventajas de la misma no obstante tratarse de contrato bilateral.

Como más importante entre estas desventajas debe figurar el soportar el riesgo por el percimiento fortuito de las cosas específicas, conforme a las reglas generales para la responsabilidad dimanante de la mora para el deudor (arts. 1.096 y 1.182) respecto a su propia prestación de la que es deudor. En este caso la transferencia del riesgo por la situación de mora se produce conforme a normas generales, sin que a ello se oponga la especial naturaleza del contrato bilateral cuya eficacia normal se ha roto por la situación de mora.

Pero tampoco se produce la aplicación de la normal liberación del deudor recíproco por la pérdida fortuita de la prestación de la parte contraria, efecto normal de las prestaciones bilaterales, admitido doctrinalmente en defecto de norma legislativa en donde no tiene sanción legal, por lo que la mora de una de las partes le transfiere el riesgo por el percimiento fortuito de cosas específicas que debieran ser entregadas por la parte no incurrida en mora. Normalmente esa pérdida fortuita liberará a la otra parte de cumplir su prestación dada la correlatividad de ambas obligaciones. En

caso de mora de una de las partes, creemos deberá recobrar su imperio la norma general para el supuesto de *mora credendi*. Alegada la *exceptio* y ofrecida su propia prestación por el *excipiens*, se transfieren los riesgos a la otra parte al incurrir en mora por dicho ofrecimiento (86).

Algunas aplicaciones concretas, en defecto de norma general, podemos encontrar en nuestro Código, sobre esta transferencia de riesgos a causa de la mora de aquella parte que debía recibir la cosa que ha perecido fortuitamente (87).

c) ¿Suspensión de la prescripción de las obligaciones recíprocas? Se ha afirmado por algún sector doctrinal que durante el período que se inicia con la alegación de la excepción de incumplimiento se interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens* (88), así como que la excepción suspendía también la prescripción del crédito de aquél a quien se opone, ya que por virtud de la misma se impedía al reclamante ejercitar su derecho por lo que sería de aplicación la causa de la suspensión enunciada en el aforismo *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Esta tesis debe rechazarse ya que por parte del *excipiens* la alegación de la excepción no implica, por sí sola, reclamación alguna sino posición puramente defensiva y por parte del demandante rechazado por la excepción, no es cierto que se encuentre paralizado en el ejercicio de su derecho. Por el contrario, le basta el cumplimiento u oferta de cumplimiento para poder reclamar con éxito su derecho.

Según una certera distinción, ya mantenida bajo el Derecho común, las excepciones meramente dilatorias que pueden ser excluidas por el acreedor no pueden suspender la prescripción de su crédito, que únicamente puede ser suspendida por las excepciones dilatorias basadas en obstáculos independientes de su mera voluntad (89).

El Código civil alemán inspirándose en esta doctrina ha excluido de las causas de suspensión de la prescripción por excepciones dilatorias (cuando el obligado esté autorizado a denegar transitoriamente la prestación: parágrafo 202 ap. 1), aquellas excepciones dilatorias que «el actor está obligado a eliminar o que, según la intención de la ley, debía eliminar antes de deducir su acción» (90). En efecto, dicho código expresamente excluye de la suspensión

(86) En el mismo sentido, en relación con el Derecho alemán: LARENZ, *Ob.*, I, p. 353, considerando aplicable al contrato bilateral el parágrafo 287, según el cual "el deudor durante la mora ha de responder de toda negligencia. Es también responsable de la imposibilidad de la prestación ocasionada por caso fortuito durante la mora, a no ser que el daño se hubiera producido también en caso de haber cumplido la prestación a tiempo".

(87) V. arts. 1.589, 1.452, ap. 3 y 1.185.

(88) CASSIN, *loc. cit.*, p. 640; SCADUTO, *loc. cit.*

(89) WINDSCHEID, *Pandette*, trad. it., I-1.^a, p. 438, Torino, 1902.

(90) ENNECERUS, I-II, p. 510.

por virtud de excepciones dilatorias, entre otras, la excepción de contrato no cumplido (parágrafo 202, ap. 2).

En cuanto al momento de iniciación de la prescripción en las obligaciones nacidas del contrato bilateral, no sufre variación la doctrina general que lo refiere al día en que pudieron ejercitarse los derechos que han de prescribir (art. 1.969), es decir que en las obligaciones recíprocas empieza el plazo prescriptorio desde que sean exigibles ambas obligaciones, lo que normalmente se produce al propio tiempo, sin que sea preciso el cumplimiento u oferta de cumplimiento de una de las partes. Una cosa es, en efecto la exigibilidad y otra que dicha exigibilidad pueda verse paralizada transitoriamente por la falta de propio cumplimiento. Rigen pues las normas generales sobre principio de la prescripción en estas obligaciones derivadas de contrato bilateral.

17. EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN

Hay que distinguir los supuestos de previa exclusión de la excepción y los de extinción de sus efectos ya iniciados por su válida alegación. De la exclusión nos limitamos a recordar lo indicado en orden al previo cumplimiento, que de modo anómalo, puede sin embargo, darse también en el contrato bilateral, bien por pacto, uso o disposición legal (supra 9 y 10). Es de advertir que la renuncia a la alegación de la excepción implica en definitiva la aceptación del previo cumplimiento por parte del renunciante, si la otra parte reclama el cumplimiento sin haber cumplido o estar dispuesta a cumplir al propio tiempo.

Algunas cláusulas frecuentes en el tráfico jurídico implican dicha renuncia a la alegación de la excepción, como acontece con el pacto *solve et repete*, que impide ejercitarla. Esta cláusula está implícitamente admitida, en relación con la excepción de cumplimiento en el Código italiano, según el cual «la cláusula con la que se establece que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o retardar la prestación debida, no produce efecto respecto a las excepciones de nulidad, de anulabilidad o de rescisión del contrato» (art. 1.462, ap. 1).

Se excluyen por tanto de la cláusula *solve et repete* aquellas excepciones que afectan a la validez contractual, alegándose como fundamento de esta exclusión en la Exposición de Motivos, que dicha exclusión daría a la relación carácter de abstracción, operando la cláusula contra el ordenamiento jurídico (91).

Implícitamente resulta, por tanto posible, renunciar a través de esta cláusula, a la excepción de cumplimiento, ya que no está excluida.

Pasando a las causas de extinción de los efectos ya iniciados de la excepción y prescindiendo de un examen general de todas las posibles causas, debe ponerse de especial relieve el supuesto en que cese el propio fundamento de la excepción, por cesar la relación de

(91) *Relazione del Guardasigilli*, núm. 239.

reciprocidad en sí misma, o bien la falta de simultaneidad del cumplimiento.

Puede cesar la relación de reciprocidad cuando se extinga una de las obligaciones subsistiendo la otra. Si se extingue la obligación del que reclama, carece de fundamento la alegación de la excepción ya que frente a la obligación del demandado no existe ya la contraprestación recíproca. Cesarán los efectos paralizadores de la reclamación y surtirán sus normales efectos (mora, responsabilidad agravada, etc.). La excepción deviene infundada. Si se extingue la obligación del que alega la excepción, éste no tiene necesidad de ampararse en una excepción meramente dilatoria, puede alegar una excepción de fondo alegando que no debe aquello que se le reclama, pudiendo asimismo reclamar el cumplimiento de la obligación de la otra parte sin ningún obstáculo.

Puede también desaparecer la falta de simultaneidad en el cumplimiento si el que había reclamado previamente sin cumplir u ofrecer cumplir, realiza dicho cumplimiento, renunciando al cumplimiento simultáneo, o bien ofreciendo el cumplimiento condicionado a la recíproca simultaneidad. Cae también por su base el fundamento de la excepción y la parte que se amparaba en la misma ha de cumplir si quiere evitar las consecuencias de la mora en su perjuicio.

18. ASPECTOS PROCESALES

Tienen gran importancia algunos aspectos procesales a los que muy someramente nos vamos a referir, especialmente en orden a la prueba.

Bajo el Derecho común ya se discutió la repercusión procesal de la manera de ser concebidas las obligaciones recíprocas, en orden al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido (92). En efecto, el principio de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones en el contrato bilateral podría configurarse de modo que ninguna de las partes pudiera reclamar a la otra su prestación antes de haber cumplido la suya, por lo que su demanda debería ir encaminada en primer término, a la demostración de su propio cumplimiento y sólo después a obtener la que le era debida o al menos, ofrecer cumplir simultáneamente con el demandado.

Frente a la anterior posición se sostuvo que el contrato bilateral faculta a cada parte para exigir directamente el cumplimiento de la contraria, quedando al arbitrio de ésta el defenderse frente a la demanda por la alegación de la excepción de incumplimiento. Se pone de relieve en favor de esta tesis, que con independencia de su rigor teórico, tiene indudables ventajas prácticas pues elimina la investigación sobre el previo cumplimiento u ofrecimiento del demandante (93).

El Código alemán ha seguido esta última posición dejando al demandado la decisión de alegar la excepción de incumplimiento

(92) WINDSCHEID, p. 391.

(93) TUHR, *Ob.*, II, p. 52.

de su obligación por parte del actor, por lo que si no opone dicha excepción vendrá condenado al cumplimiento en contra de la regla fundamental del contrato bilateral, del cumplimiento simultáneo. La razón de esta construcción en el Código alemán es puramente procesalista, según Larenz, el temer que el imponer al demandante la alegación de su propio cumplimiento o de la obligación del previo cumplimiento del demandado, conduciría a la desestimación de muchas demandas «a causa de una excusable inadvertencia del demandante», fundándose la sentencia en motivos con los que el demandado «no ha querido ni podido defenderse» (94).

Según la doctrina dominante en Alemania, la construcción del Código alemán se basa en la consideración de las pretensiones de las partes en el contrato bilateral, como no limitadas, revelándose su injusticia al exigir el previo cumplimiento, por la alegación de la excepción por el demandado. Frente a esta construcción, Larenz, estima que en el contrato bilateral la obligación de cada uno no radica ni tiene sencillamente a la prestación, sino que normalmente consiste en la prestación simultánea al tiempo de recibir la contraprestación. Y según esto, por regla general, cada contratante solo puede exigir la prestación del otro cuando ofrece la suya propia; sin embargo, añade, «por razones de técnica procesal, la ley admite que cada parte pueda ejercitar procesalmente su acción sin tener en cuenta la limitación que le es inherente según la concepción del contrato bilateral, en tanto que el adversario no invoque esta limitación y *consigne* la no existencia de aquel presupuesto» (95).

Según el Código suizo de las obligaciones, «el que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que goce del beneficio de un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82). Este precepto es interpretado por algunos en el sentido que parece desprenderse de su tenor literal de ser necesario cumplir u ofrecer antes la prestación propia para poder exigir la prestación contraria (96), pero tal vez sea predominante la opinión contraria que se inclina hacia la solución del Código alemán, por la que queda en definitiva a la libre apreciación del demandado el oponer la excepción de incumplimiento.

La precedente fundamentación tiene su reflejo en la cuestión de la carga probatoria.

Para que prospere la excepción es precisa la prueba de que entre el actor y el demandado media una relación contractual bilateral, así como el incumplimiento por parte del actor y que el demandado no está obligado al previo cumplimiento. Ahora bien, ¿deberá recaer la carga probatoria de tales extremos sobre el demandado?

Algunos han pretendido que la excepción de incumplimiento, actuase como una especie de *exceptio doli*, que debía probar el de-

(94) LARENZ, *Ob.*, I, p. 269.

(95) LARENZ, *Ob.*, I, p. 268.

(96) TRUD, *Ob.*, II, p. 52.

mandado, según la vieja máxima *reus in excipiendo fit actor*, por lo que la prueba del incumplimiento del actor recaería sobre el demandado (97).

En la actualidad, la doctrina reconoce que aplicando a la excepción la norma general de la carga probatoria, según la cual corresponde la prueba de los hechos constitutivos del derecho que se reclama al que lo alega y la de los hechos modificativos o extintivos al que lo niega, estima que la carga del propio cumplimiento o de la obligación de previo cumplimiento de la contraparte, compete al demandante (98).

Al demandado le bastará alegar la excepción de incumplimiento para hacer recaer la carga de la prueba sobre el actor, puesto que éste al reclamarle su prestación habrá tenido que suministrar la prueba del contrato bilateral que les liga y de esta forma libera al demandado de lo único que en realidad tendría que probar, o sea, la vinculación contractual bilateral entre la prestación que se le reclama y la que incumbe por el mismo contrato al actor.

En cuanto a la prueba del incumplimiento del actor, no recae sobre el demandado, ya que el cumplimiento de su propia obligación, como hecho extintivo que es debe ser probado por el obligado, que en este caso por la reciprocidad obligatoria, es el propio actor. Igualmente acontece con el supuesto contrario al éxito de la excepción, de que el demandado debiese cumplir previamente conforme al contrato (*supra* núm. 10), pues como dicha obligación es anormal en la relación sinalagmática, deberá también ser probada por el demandante (99).

Unicamente si aceptado el cumplimiento del actor, luego frente a la reclamación de éste, se opusieren reparos a su cumplimiento (p. ej., por defectuoso, por falta de identidad con la prestación debida, etc.), recae la prueba de dichos reparos sobre el demandado, dependiendo de su éxito y de la entidad de los defectos que resulten probados la posibilidad de que la excepción pueda producir, al menos en parte, su resultado dilatorio (100).

El supuesto, si bien con carácter general para toda clase de obligaciones, está especialmente regulado por el Código civil alemán, según el cual «si el acreedor ha aceptado como pago una prestación a él ofrecida como tal pago, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento por ser distinta de la prestación debida o por ser incompleta» (parágrafo 363).

Esta posición de la excepción de incumplimiento se explica por la doctrina alemana como una posición especial ventajosa, debida al carácter de reciprocidad del contrato, cuya prueba ya suministra

(97) LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, p. 214; GIORGI, *Ob.*, IV, p. 203, ed. it.

(98) TUHR, *Ob.*, II, p. 56; ENNECCERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 167; LARENZ, *Ob.*, I, p. 270; PERSICO, p. 172; etc.

(99) TUHR, *Ob.*, II, p. 56.

(100) ENNECCERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 167.

el actor: «a diferencia de lo que ocurre en todo caso en que se trate de excepción propiamente dicha, no incumbe al demandado probar que su contraderecho sea fundado; su censura precisamente tiene sólo la significación de crear la condición previa procesal para tener en cuenta la limitación inherente normalmente a la pretensión del actor. Y frente a ello es misión del demandante demostrar que esta restricción no ha existido nunca (porque el demandado ha de cumplir su prestación antes), o que ha desaparecido (porque el actor ya ha cumplido la suya) (101).

(101) LARENZ, *Ob.*, I, p. 270.

La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la
Universidad de Santiago de Compostela

EL ARTICULO 839 DEL CODIGO CIVIL: PRECEDENTES Y FINALIDAD (*)

Faculta a los herederos el artículo 839 para satisfacer al cónyuge viudo el usufructo legal que le corresponde sobre los bienes de la herencia mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

Llama poderosamente la atención esta norma, en cuanto que supone, por lo pronto, una derogación al sistema de la intangibilidad cualitativa de la legítima, de aplicación al cónyuge viudo como a cualquier heredero forzoso.

¿Qué razones ha tenido el legislador para ello? ¿Son lo suficientemente fuertes como para permitir una derogación de aquel sistema, que pese a la necesidad de una revisión (por lo que respecta al pago en metálico de las legítimas), aparece consagrado en el Código civil?

En realidad, los motivos para la inserción de tal norma entre las destinadas a regular la legítima del cónyuge son los mismos que tuvo el legislador italiano de 1865, ya que, en su esencia, nuestro artículo 839 responde al artículo 547 de dicho Código, a cuyo tenor: «Es facultad de los herederos satisfacer los derechos del cónyuge mediante el aseguramiento de una renta vitalicia o mediante la asignación de los frutos de bienes inmuebles o capitales hereditarios, a determinar de común acuerdo o, en su defecto, por la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Hasta que no sea satisfecho de sus derechos, el cónyuge conserva los propios del usufructo sobre todos los bienes hereditarios».

La doctrina italiana proclama, al estudiar el precepto, que mediante el mismo se evitaban los inconvenientes del usufructo a la hora de la partición hereditaria, los peligros que entrañaba el gravamen del bien cuando su explotación era abusiva, las desventajas económicas de la desmembración del dominio, etc.

Sin embargo, el artículo 839 puede obedecer a otra idea más pro-

(*) Este trabajo es parte de uno más amplio sobre la materia, que se realiza con una Ayuda a la Investigación del Ministerio de Educación Nacional.

funda que la puramente económica, en íntima conexión con la concepción de la familia. Ha visto certeramente el profesor Cossío que: «Ambos preceptos (839 del C. español y 547 del italiano de 1865), responden a una misma idea de transacción entre los dos sistemas que la doctrina señala como posibles cuando se trata de determinar la participación del cónyuge en la herencia, y entre los cuales se distribuyen los diferentes Códigos vigentes en los distintos países: el sistema de atribución de una cuota parte en usufructo y el de asignación de una cuota parte del caudal hereditario en pleno dominio. El primer sistema responde a una concepción de la familia ya superada y a una consideración de la posición respectiva de los cónyuges poco acorde con la verdadera realidad social del mundo presente. A un tipo de familia concebida como unidad entre todos los parientes a través de las generaciones, y necesitada de una estabilidad que sólo mediante una base patrimonial permanente podía conseguirse, constituyendo el tipo de familia denominado «truncal», ha sustituido en el derecho moderno una concepción de la familia que se centra en torno de la unidad conyugal y que se reduce progresivamente en el ámbito personal» (1).

Por otra parte, el artículo 839 forma parte de un grupo de preceptos (arts. 829, 840, 1.056 y 1.062), que consienten el pago de la legítima en metálico, siendo interpretados por el Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 28 de mayo de 1958, como excepcionales, que no consienten deducir un principio favorable al pago de las legítimas en metálico: «El mero hecho de proveer a esas situaciones —dice el Tribunal Supremo— que no por numerosas dejan de ser excepcionales, para casos singulares y predeterminados, vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por regla general, y fuera de las hipótesis contempladas, el derecho de los legitimarios ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago».

Lástima que no se haya extraído de ellos la posibilidad del pago de las legítimas en metálico, y que sigamos anclados al principio dogmático de la legítima pagadera en bienes de la herencia en aras de la intangibilidad cualitativa. Señala López Jacoiste la idea de Sombart, de que el mundo ha pasado de una economía no dineraria a otra fundada en el dinero. Y agrega: «En el sistema antiguo, era lógico que la exigencia de la percepción de la legítima, *ex substantia patris* se interpretara en el sentido más estricto. Pero, hoy día, el dinero, aunque no exista en la herencia de modo actual y efectivo, siempre que haya bienes hereditarios realizables, puede llegar a ser *substantia patris*. El orden económico vigente, basado en el cambio, refleja por sí sólo el contenido dinerario de los bienes relictos.

(1) Cfr. s. de 8 de junio de 1962, en la articulación del primer motivo del recurso.

El metálico obtenido por la realización no es, en definitiva, sino herencia paterna» (2).

Pero el Tribunal Supremo no se limita a declarar el carácter excepcional del artículo 839, sino que restringe aún más su interpretación, como tendremos ocasión de ver al estudiar la poco afortunada sentencia de 8 de junio de 1962, con perjuicio, en estos tiempos de lenta y progresiva inflación, de los derechos del cónyuge. No podemos silenciar el contraste que se observa entre esta última sentencia, y aquella otra, modelo de interpretación y de flexibilidad, de 20 de diciembre de 1919, a la que frecuentemente aludiremos en este trabajo, que pretende contribuir al esclarecimiento del 839.

SUJETOS DE LA CONMUTACION

A) *Problemática.*

El artículo 839 plantea, entre tantas cuestiones, una fundamental y básica. ¿Quiénes son los titulares de la facultad de conmutar el usufructo legal del cónyuge viudo? Por una parte, pues, se impone la determinación de su ámbito subjetivo. Por otra, íntimamente ligada a la solución anterior, la fijación del modo de efectuar la conmutación.

En realidad, poca o ninguna luz nos da el Código civil para resolver la dificultad. El artículo 839 se limita a mencionar a «los herederos», sin más distingos, por lo que parece bastar tal título para hallarse legitimado.

Por lo que al cónyuge viudo se refiere no es menos expresivo, con la agravante, además, de que se presta a dispares interpretaciones en cuanto al modo de realizar la conmutación. Preceptúa que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge viudo su parte en usufructo... procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». Una observación superficial tal vez llevaría a afirmar que el cónyuge viudo tiene únicamente la posibilidad de negarse a consentir la conmutación propuesta por los herederos, siendo la autoridad judicial la que dirima la controversia, pero en modo alguno puede solicitar la conmutación. ¿Hasta qué punto es exacta en términos legales esta tesis, y sobre todo, justa? Lo veremos en páginas sucesivas.

B) *Sujetos excluidos.*

El artículo 839 menciona a los «herederos». Sin embargo, no está claro que todos los herederos hayan de intervenir en la conmutación. Y ello porque es necesario tener en cuenta, ante todo, la finalidad que se persigue por el legislador. Si ésta consiste sustancialmente en impedir la desmembración del dominio, y evitar las consecuencias

(2) *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, pág. 259.

dé una explotación por parte del usufructuario de los bienes en los que recae su derecho que no sea ordenada y que dañe a la larga el contenido económico del derecho correspondiente al nudo propietario, no hay duda de que no pueden ser sujetos de la conmutación aquellos herederos a los que no sea necesario protegerles, porque no han de soportar sobre los bienes que se les adjudiquen en la división hereditaria el derecho real de goce del usufructuario. Dar entrada a éstos en la conmutación sería tanto como permitirles que tomasen decisiones sobre intereses ajenos, y que en último término afectarían a patrimonios cuya titularidad no les pertenece.

Una vez delimitado en su forma negativa el significado de la expresión legal, hemos de entrar en su concreción positiva.

C) *Sujetos titulares.*

Anteriormente hemos apuntado que existe una conexión entre la finalidad del artículo 839 y los sujetos que no pueden hacer uso del mismo. El argumento *a contrario* nos ha de llevar lógicamente a afirmar que los herederos obligados a soportar el usufructo del cónyuge viudo son, o mejor dicho, han de ser los legitimados para la conmutación.

Sin embargo, estimamos que el problema es más complejo de lo que a primera vista parece, y no consiente en ser resuelto en virtud de este argumento simplemente. No hay que olvidar el juego de otros factores y otros principios, como el de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, que obligan necesariamente a perfilar más las razones de cualquier solución. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que no solamente pueden ser los herederos obligados a soportar el usufructo legal, sino también legatarios. También hay que plantear el problema de forma que su solución englobe a los mismos.

1) *Interpretación estricta.*

En el estudio más completo que hasta la fecha se ha realizado en nuestra doctrina sobre el artículo 839, Mezquita del Cacho (3) propugna una interpretación restringida del precepto, aplicable sólo a los herederos forzosos, y aun dentro de este círculo, sólo a los herederos forzosos que sean hijos o descendientes del causante. Su tesis la apoya en un conjunto de ingeniosos argumentos:

a) El principio de intangibilidad de las legítimas. Frente a los instituidos en la parte libre, el cónyuge viudo tiene derecho a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de su legítima, y por tanto, carecen de poder para verificar una conmutación.

b) La comparación lógico-sistemática con el tratamiento jurídico de los legados de usufructo en general. El párrafo 3.º del ar-

(3) *Conmutación del usufructo viudal común*, en Revista de Derecho Notarial, 1957, págs. 240 y ss.

título 820 otorga a los herederos forzosos solamente el derecho de proceder a una conmutación más limitada, que implica la entrega de la parte libre al legatario de un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior al de aquella parte. El párrafo tercero, pues, se refiere a los titulares de la herencia no libre, es decir, a los herederos forzosos. ¿Por qué —se pregunta Mezquita— precisamente ha de suponerse al viudo legatario legal, tácito o aun formal por su cuota legitimaria en usufructo, de peor condición que el legatario extraño (cuyo derecho no tiene la jerarquía de una legítima), y privado del derecho a mantener en su contextura específica el beneficio que la Ley le concede?

c) El principio de interpretación restrictiva de las excepciones a las normas generales. El usufructo viudal es en principio un verdadero derecho real de usufructo, y teniendo en cuenta los preceptos reguladores del mismo, debe advertirse que la norma del artículo 839 constituye una especialidad excepcional a las reglas comunes sobre enajenación, modificación y extinción del usufructo (artículos 468, 510, 513). Además, la norma del 839 es excepcional frente a lo dispuesto en el artículo 886-1.º del Código civil, que declara: «el heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación».

d) El principio de interpretación limitativa de los preceptos restrictivos de derechos. Evidentemente, el artículo 839 restringe los derechos del viudo al sustraerle el importantísimo (por la base del interés económico que pueda suponer) de reclamar el mantenimiento de su beneficio sucesorio en su naturaleza y forma específicas.

Ahora bien, ¿son admisibles estas bases para defender una interpretación estricta del artículo 839 en cuanto a los titulares de la facultad de conmutar? No lo creemos.

Es discutible la alegación del principio de intangibilidad de la legítima para negar la conmutación en favor de los titulares de la porción libre de herencia, cuando el mismo legislador permite que se sustituya el usufructo legal por parte de los herederos forzosos, con olvido de aquella intangibilidad. ¿Por qué razón los herederos de la porción libre no pueden invocar el mismo fundamento del artículo 839, a saber, la desconfianza y el disfavor que le merece la desmembración de la nuda propiedad y el usufructo? Una misma causa ha de producir unos mismos efectos.

Para salvar este obstáculo, Mezquita cree que el artículo 839 está en función de la intangibilidad de la cuota de determinados herederos forzosos: hijos y descendientes legítimos. Al gravar el tercio de mejora el usufructo legal (art. 834), la ley permite la integración del mismo en beneficio de sus titulares. Sólo ante este supuesto ha de ceder el principio de intangibilidad, pero no frente a extraños. Pero de nuevo nos movemos en un sentido diferente de la verdadera *ratio* de la norma en cuestión. No se trata de resolver un problema de intangibilidad cualitativa (hijos y descendientes tie-

nen derecho a ella antes que el cónyuge viudo), sino de conseguir la finalidad que el legislador estima conveniente: evitar el usufructo.

La sistemática legal, es decir, la colocación del artículo 838 tampoco puede constituir un fuerte argumento, como pretende Mezquita, para una interpretación tan restrictiva. Afirma «que se encuentra enclavado en un grupo de normas (arts. 834 a 839)... cuyo objetivo claro es el de fijar los derechos legitimarios del viudo frente a los demás voluntarios» (4). Parece, no obstante, que el argumento sistemático favorece más bien la interpretación contraria a la que da el autor citado, porque su «sede materiae», al final de los artículos destinados a fijar la cuantía de sus derechos, y su masa de extracción, puede fundamentar la tesis de que los titulares de la porción de bienes donde recae son los legitimados.

En resumen, el principio de la intangibilidad de la legítima no puede alegarse para defender una postura de limitación de los sujetos titulares de la facultad de conmutar, porque en el artículo 839 cede ante la necesidad de salvar la desmembración del dominio. De acudir al argumento sistemático, ¿por qué no afirmar también que es principio interpretativo el de que donde la ley no distingue no debemos distinguir?

Por lo que respecta al párrafo 3.º del artículo 820, aparentemente impide una interpretación que no sea la estricta (sólo los *herederos forzosos*). Si en él vemos que el legatario de usufructo debe sufrir una conmutación de su legado de usufructo, pero sólo cuando le es impuesta por los herederos forzosos y no por los voluntarios, habría que concluir, según Mezquita, afirmando que el cónyuge viudo, legatario de usufructo por su vocación legal, tiene derecho, frente a los herederos voluntarios, al mantenimiento del objeto de aquella vocación.

Pero no creemos que el artículo 820, en su párrafo 3.º, pueda ser utilizado aquí, ya que supondría un olvido de su verdadera finalidad, de su auténtica *ratio*. No es, en modo alguno, la que parece predominar en el artículo 839: la desmembración del dominio. Obedece a la conmutación de un usufructo cuando su valor excede de la parte disponible. Es, pues, disposición particularísima en materia de reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, que atiende a dejar a salvo la legítima. Su presupuesto, en otras palabras, no es la integridad del dominio. Sea cual fuere la tesis que se sostenga en orden al significado de la frase «cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible» (5), lo cierto es que pertenece al grupo de normas que protegen la intangibilidad de la legítima. Precisamente lo contrario del artículo 839, en el que las consideracio-

(4) La conmutación... *cit.*, pág. 242.

(5) Vid. GULLÓN, *El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil*, en Anuario de Derecho Civil, 1961, págs. 882 y ss.—VALLET DE GOYTISOLO, *La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o renta vitalicia que sobrepasa la porción disponible*, en Anuario de Derecho Civil, 1962, págs. 608 y ss.

nes sobre la intangibilidad ceden ante la idea de evitar la desmembración del dominio. Los herederos voluntarios, o los de la parte libre, en el supuesto del párrafo tercero del artículo 820 no pueden proceder a ninguna conmutación, porque el usufructo no le perjudica en el sentido requerido por el precepto citado. No tienen derecho a una cuota reservada por la Ley, como los legitimarios.

De *lege ferenda* se podría discutir el acierto del legislador al permitir la conmutación del 839, y no en todos los demás casos en que aparezca un legatario de usufructo que grave la porción libre. Pero no nos cabe duda de que no es objeción válida contra la posibilidad de que los herederos voluntarios, obligados a soportar la legítima del viudo, pueda hacer uso del artículo 839.

Por último, y en cuanto a los argumentos basados en la interpretación restrictiva de normas legales generales, etc., no parecen decisivos para la resolución de la cuestión planteada, ya que estamos en presencia de un principio tenido en cuenta por el legislador y al que obedece al artículo 839: la desmembración dominical. Por lo tanto, no hay razón para pensar en interpretaciones restrictivas que dejen fuera supuestos en los que tal resultado no querido se pueda producir. Tales interpretaciones pueden servir para delimitar tan sólo el ámbito de aplicación de aquel principio: únicamente cuando se trate del usufructo del cónyuge viudo, y no cuando exista un legado de usufructo voluntario.

2) Interpretación amplia.

Anteriormente hemos expuesto las razones que a nuestro juicio hacían inviable una consideración del artículo 839 en el plano de los derechos de los legitimarios, por lo que nos inclinamos a afirmar que los herederos voluntarios son también posibles titulares de la facultad de conmutar.

Sin embargo, esta interpretación amplia (6), ¿autoriza a extender la norma hasta comprender a los legatarios? No parece haber duda, ya que se dan las mismas causas que hacen necesaria la aplicación del precepto. Es cierto que el artículo 839 emplea la palabra «herederos». Pero ello no quiere decir que los titulares de las partes de herencia que han de soportar la legítima del viudo tienen que reunir necesariamente esa cualidad siempre que se lleve a efecto la conmutación (7). El tercio de mejora, v. gr., puede ser atribuido a título singular (vid. art. 828). Sería absurdo excluir la posibilidad de conmutar, cuando quizá al cónyuge viudo le convenga porque los bienes sean infructíferos.

¿Pueden los acreedores ejercitar por los legitimados el artículo 839? No parece que el artículo 1.111 lo excluya, al no tratarse de derechos personalísimos e intransmisibles. La sentencia de 13

(6) Vid. MANRESA, *Comentarios*, tomo VI, Madrid 1903, pág. 485.—SCAEVOLLA, *Código civil*, tomo XIV, Madrid 1898, pág. 729.

(7) Vid. SCAEVOLA, *Código civil*... cit., pág. 729.

de abril de 1956 declaró que el derecho del 839 «es de marcado carácter patrimonial». Pero si nos atenemos a la verdadera esencia de la acción subrogatoria habrá que mantener una opinión negativa. ¿Qué interés puede mover a los acreedores a subrogarse en el ejercicio de la conmutación? ¿Es que con ello pueden satisfacer sus créditos, requisito básico de la acción subrogatoria? Si existen bienes en el patrimonio del deudor (legitimado por el 839), los adquiridos por la aceptación hereditaria, obtienen la satisfacción de sus derechos. Con la conmutación no ingresan bienes en el patrimonio de aquél, sino que se produce una conversión.

Así, pues, el dilucidar si la acción subrogatoria puede tener por objeto la medida excepcional del artículo 839 no ha de partir de la base de la falta del carácter personalísimo en cuanto a su ejercicio (8). La finalidad de la misma pugna con la opinión afirmativa.

3) *Posición de la jurisprudencia.*

Hasta la fecha el Tribunal Supremo no ha abordado el problema que estudiamos de una manera directa. Ninguno de los supuestos de hecho llegados al Alto Tribunal hacía cuestión principal del pleito. Sin embargo, de algunas sentencias podemos deducir la postura del Tribunal Supremo favorable a una interpretación amplia, y en relación con el litigio concretamente, de posibilitar a los herederos voluntarios el ejercicio de la conmutación.

En la sentencia de 20 de diciembre de 1911, fundamental en esta materia y sobre la que hemos de volver repetidamente, el Tribunal Supremo admite que la autoridad judicial pueda imponer la conmutación, dado que «el fundamento principal del derecho concedido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido, dado los precedentes y motivos que lo inspiran, es el de conservar a aquél la posición económica que en el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que aunque representen un gran valor en venta no lo tengan proporcionalmente en renta o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino, viniendo con ello a dejar de ser susceptibles, en cierto modo, del derecho de usufructo, el cual no se concibe sin la producción de frutos que pueda percibir el usufructuario». De acuerdo con esta fundamentación, al imponer la autoridad judicial una conmutación si recurre a ella el cónyuge viudo para evitar que su cuota recaiga sobre bienes improductivos, se obtienen las siguientes conclusiones: a) El viudo tiene derecho, *per se*, a pedir a la autoridad judicial la conmutación cuando crea estéril el usufructo; b) La autoridad judicial la impone a los herederos forzosos, aunque éstos no la quieran; c) El artículo 839 puede entrar en función también cuando el usufructo legal recaiga sobre la parte libre, porque tiene derecho a impetrar el «auxilio» judicial en las mismas circunstancias anteriores; usufructo sobre bienes improductivos. ¿Por qué razón se iba entonces a hacer

(8) Así, MEZQUITA, *La conmutación...* cit., pág. 253.

sólo a los herederos forzosos «víctimas» de la intromisión judicial? Y si voluntarios tienen que soportar la commutación que les es *impuesta*, ¿por qué no va a ser facultad de ellos proponerla voluntariamente?

Por otra parte, del supuesto básico del litigio, se deduce que el Tribunal Supremo admite también la extensión a los herederos voluntarios. Se trataba de un testamento en el que A., en estado de soltera, nombraba heredero en la parte de libre disposición a su hermano, y en la otra mitad a su madre. Con posterioridad al otorgamiento contrae matrimonio. A su fallecimiento había ocurrido también el de su madre, y entonces el hermano heredaba su parte por expresa disposición de A. Concorre, pues, el cónyuge supérstite con un heredero voluntario. El Tribunal Supremo impone precisamente a ese heredero voluntario la commutación que demandaba el cónyuge viudo (9).

4) *El cónyuge viudo.*

¿Puede el cónyuge viudo *imponer* la commutación a los titulares de la porción de bienes sobre los que recaiga su derecho? Parece que el artículo 839 no abona en modo alguno una contestación afirmativa. Lo más que se puede conceder en este aspecto sería una interpretación amplia del «mutuo acuerdo» que señala. Entonces ni los titulares de aquellos bienes impondrían unilateralmente la commutación, ni tampoco el cónyuge viudo. La commutación sería el resultado de una manifestación de ambas partes acorde sobre su procedencia. Pero nunca una decisión unilateral del cónyuge viudo.

La jurisprudencia sigue esta misma línea, si bien con la corrección importantísima que señaló la sentencia de 20 de diciembre de 1911. Cuando los bienes sean improductivos cabe la posibilidad de su imposición judicial, previa petición, claro está, del cónyuge. Fuera de este caso, los únicos titulares son los herederos. «Considerando —dice la mencionada sentencia— que si bien, por regla general, corresponde al heredero o herederos proponer la sustitución del usufructo viudal...»

Decíamos anteriormente que la sentencia de 20 de diciembre de 1911 había establecido esa cualificadísima excepción a la doctrina general de que sólo los herederos (o en su caso los legatarios) podían proponer la commutación. Aunque en el supuesto de hecho fue el resultado de una imposición judicial, ya que el contador nombrado en el juicio de testamentaría, que instó el heredero voluntario, por el cónyuge viudo quería la commutación, porque el usufructo que ofrecía el contador también nombrado por aquel heredero afectaba a bienes en su mayor parte infructíferos. El contador dirimente se decidió por la fórmula de la commutación. El heredero voluntario pidió en el juicio declarativo correspondiente que se declarase que

(9) En la sentencia de 23 de noviembre de 1962, el supuesto básico es la concurrencia del cónyuge viudo con un hermano del causante.

no se le podía imponer una conmutación no querida por él, ya que el artículo 839 le autoriza a él sólo, y no al cónyuge viudo, para que tuviese efecto. «En realidad —dice Mezquita (10)— nada obsta a entender que igual decisión hubiera recaído de haber partido la proposición del mismo cónyuge».

La solución acogida está de acuerdo con la verdadera finalidad del artículo 839. En efecto, si ésta es evitar la desmembración dominical, parece lógico pensar que sean los propietarios de los bienes sobre los que el usufructo puede recaer los que decidan acerca de su procedencia y no el usufructuario.

Cuestión distinta, y que será objeto de análisis posterior, es la de determinar el alcance de la expresión «mutuo acuerdo». Lo que está claro es que el cónyuge viudo no puede imponer a los herederos, por regla general, la conmutación, y sí éstos a él, con las limitaciones que veremos en su momento.

5) Significado del «mutuo acuerdo» requerido por el artículo 839.

Sin embargo, las anteriores consideraciones nos llevan a enfrentarnos con el problema de determinar la significación que ha de dársele a la expresión «mutuo acuerdo» que emplea el artículo 839: «Procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

Una visión superficial induciría a afirmar que ni los herederos pueden imponer la conmutación al cónyuge, ni éste a aquéllos. La *decisión* de conmutar, en otras palabras, sería fruto de una voluntad conjunta de herederos y cónyuge.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de resolver la dificultad interpretativa.

La fundamental sentencia de 20 de diciembre de 1911 acogió al parecer el argumento del recurrente, al cual la sentencia de instancia le había impuesto la conmutación pedida por el cónyuge viudo que no quería su usufructo legal por recaer sobre bienes improductivos, según el cual: «aun partiendo, como partía el fallo recurrido, de que la determinación de la forma de pago de la cuota viudal, es el acuerdo mutuo, o, en su defecto, el mandato judicial, dicho acuerdo no será en modo alguno, como erróneamente se afirma en la sentencia, entre los herederos y el cónyuge viudo, sino que habrá de tomarse por los herederos entre sí cuando fueren varios, viniendo en otro caso el mandato judicial a decidir el desacuerdo, como lo demostraba el texto mismo del artículo al decir «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo» y añadir «asignándole, etc., etc.», puesto que al emplear esta última palabra y no la de «asignando», después de haber dicho «los herederos podrán», indica claramente que el verbo se refiere a los herederos, que actúan como persona activa de la cláusula, sin que en esa acción tome

(10) *La conmutación...* cit., pág. 255.

parte alguna el cónyuge». El Tribunal Supremo, decíamos, acogió esta tesis de tipo general: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde al heredero o herederos proponer la sustitución del usufructo...»

La sentencia de 28 de marzo de 1924 declaró que el mutuo acuerdo indica el modo como ha de hacerse el pago de la cuota legal. ¿Implica una desviación del criterio de la de 1911? No se puede afirmar. El supuesto litigioso no tenía nada que ver con esta tesis. Por ello, no nos proporciona luz alguna. Además, el modo como ha de hacerse el pago puede indicar que los herederos se hayan facultados para imponer la conmutación, pero no arbitrariamente, sino de acuerdo con el cónyuge viudo en cuanto a la equivalencia entre su usufructo y lo ofrecido por ellos. En suma, una declaración ambigua, poco expresiva para solucionar la dificultad.

La sentencia de 28 de junio de 1962 afirma que el mandato del Juez a que el artículo 839 se refiere en último término no supone otra cosa «que la decisión de la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece en el supuesto de la falta de acuerdo entre los interesados, ya que no puede quedar al arbitrio de los herederos su *determinación y cuantía*». Como se ve, esta declaración es más expresiva que la de la sentencia citada anteriormente. El acuerdo de los interesados tiene, pues, unos límites: la determinación y cuantía. Determinación del medio de pago de la cuota. Cuantía del mismo en función de aquella cuota.

Si deseamos establecer una línea jurisprudencial, creemos que su formulación sería la siguiente: a) La decisión de conmutar no corresponde más que a los herederos (en las condiciones estudiadas). b) La elección del medio solutorio, entre los que la Ley señala, corresponde tanto a aquéllos como al cónyuge viudo. c) Lo mismo hemos de decir sobre la cuantía de ese medio de pago.

La decisión de conmutar parece que en modo alguno puede ser fruto del «mutuo acuerdo». Mezquita (11), expone certeramente los siguientes argumentos en favor de esta solución: a) Que esta solución es la indubitada en el modelo italiano, de donde el Código español tomó el precepto. b) Que si su finalidad fuese simplemente, como algún autor pretende, la de posibilitar a través de una eventual decisión judicial, la conmutación que estudiamos, sería inútil y hasta absurda la previsión de garantía del párrafo 2.º del propio artículo 839. c) Que bien escasa sería la utilidad del precepto que tiende a evitar los inconvenientes del gravamen usufructuario. d) Que de entenderse necesario el consentimiento del viudo, la enumeración de las modalidades solutorias o conmutativas sobrarían, ya que el ámbito de la libertad convencional en nuestro sistema es amplio (art. 1.255).

Ahora bien, si la decisión de conmutar pertenece a los herederos, con la excepción del supuesto de bienes improductivos en el que si aquella no existe el cónyuge puede imponerla incluso mediante el

(11) *La conmutación...* cit., pág. 274.

recurso a la Autoridad judicial, es más discutible la tesis jurisprudencial que estima necesario el concurso del cónyuge para la *fijación del medio solutorio*. Veremos este problema al estudiar los medios señalados en el artículo 839.

Por último, interesa señalar que pese a limitar tanto la intervención judicial la sentencia de 1962, no creemos que suponga una directriz contraria a la de la sentencia de 20 de diciembre de 1911, que asignaba a aquélla un papel más relevante en orden a un interpretación flexible y armónica con la finalidad del usufructo legal. Quizá, incluso, el recurso a la autoridad judicial sirva para dirimir contiendas entre los herederos cuando son varios y alguno o algunos no desean conmutar (si se acoge la tesis del ejercicio conjunto del 839).

6) *Sucesores de los legitimados para conmutar.*

¿Es transmisible, por estar integrado dentro del complejo hereditario, la facultad de conmutar que concede el artículo 839 cuando no se haya hecho uso de ella por el legitimado con anterioridad a su muerte?

La sentencia de 13 de abril de 1956 sostuvo la opinión afirmativa. Dice el Tribunal Supremo que «si la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su muerte, y el derecho dimanante del artículo 838 (hoy 839), es de marcado carácter patrimonial, no limitado en su duración a la vida de una persona, habrá de ser catalogado en la esfera general de la transmisibilidad por herencia». Recoge en apoyo de esta tesis la doctrina de la sentencia de 11 de octubre de 1943, que declara: «Los artículos 806, 815, 816 y 655 del Código civil no autorizan, ni por el texto ni por el espíritu que los informan, para estimar que es intransmisible la acción defensiva del derecho de legítima, pues concebida ésta como porción de bienes que necesariamente ha de pasar por muerte de su causante a sus herederos forzosos, no hay razón que justifique la exclusión de esa porción de bienes del principio de transmisibilidad, a base errónea (sic) de que el derecho a la legítima es personal e intransferible».

Parece, sin embargo, que la analogía entre el supuesto del artículo 838 y el de la sentencia de 1943 es un tanto remota. En este último se trataba del ejercicio de acciones protectoras del derecho de legítima. En cambio, el artículo 839 no está basado en una finalidad claramente protectora de la legítima, ya que se permite su ejercicio por herederos voluntarios (según el mismo Tribunal Supremo) entre otras razones. Otra cosa es estimar que se trata de un derecho que no tiene por naturaleza el carácter de personalísimo e intransmisible.

7) *Cesionario.*

Los cesionarios está legitimados, como los cedentes, para pedir la conmutación. No es una facultad personalísima ni intransmisible.

Si en la venta de la herencia se trata de conseguir que el comprador posea todas las ventajas (económicas) que la herencia tenía para el vendedor, o en otras palabras, colocarlo en la misma posición que tendría si él (comprador), hubiese sido heredero (12), no hay razón alguna para prohibirle la conmutación. Además, nada impide de este modo conseguir las finalidades del precepto (evitar desmembraciones dominicales antieconómicas, y eventualmente proteger al cónyuge viudo). «Si así no fuera —dice Mezquita (13)— las cesiones de derechos hereditarios realizadas por los hijos o descendientes legítimos estarían depreciadas o devaluadas sin motivo, máxime si se tiene en cuenta que el... cedente puede siempre exigir la conmutación y decidirla previamente a la cesión, con lo cual el cesionario adquiriría la cuota desgravada.

8) *Sucesores «ab intestato».*

¿Procede la conmutación del usufructo del cónyuge viudo en la sucesión «ab intestato»?

En nuestra doctrina lo ha negado Mezquita, basado fundamentalmente en:

a) El argumento histórico. El legislador español tomó el artículo 839 del Código italiano de 1865, conociendo la existencia en el mismo de una doble extensión del precepto, para la sucesión forzosa y la intestada, y se limitó a reproducirlo entre las reglas de la primera de ellas, omitiéndolo de plano en las de la segunda.

b) Si los herederos más preferentes, como son los hijos y descendientes legítimos, no disponen, en la sucesión testada, del remedio de la conmutación más que en los casos en que la cuota legal invade su zona legitimaria propia *in abstracto* (es decir, en el caso de no recibir compensación libre suficiente al gravamen, que borraría y reajustaría las fronteras ideales de los tercios legitimarios y libre), con mayor razón habrían de carecer en la sucesión intestada, en la que la parcelación de los tercios se esfuma y el que hubiera sido tercio disponible acrece a su beneficio sucesorio legal (14).

Pero con razón opone Cámara: «El hecho de que en el Código civil italiano de 1865 existiera una doble norma (de igual contenido), permitiendo la conmutación en la sucesión testada e intestada, y que esta doble norma no haya sido reproducida por el Código español, que sólo contiene una inscrita en la parte que se refiere a sucesión testamentaria, no prueba nada... porque esta argumentación nos llevaría, en buena lógica, a concluir que tampoco el cónyuge ostenta derecho a la legítima en la sucesión intestada (salvo el caso a que se refiere el art. 953) y, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia, han reconocido que también en la sucesión intestada el derecho legitimario del viudo queda siempre a salvo. La

(12) Vid. GULLÓN, *La venta de la herencia*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, I, págs. 359 y ss.

(13) *La conmutación...* cit., pág. 253.

(14) *La conmutación...*, págs. 269-270.

disciplina de este derecho legitimario (dentro de la sucesión intestada) exige la aplicación de las normas que lo regulan, aunque éstas se encuentren en sede de sucesión testamentaria, normas entre las que se encuentra el 839, del que no hay motivo para prescindir» (15).

Por otra parte, y prescindiendo de nuestra posición favorable a una extensión interpretativa de la palabra «herederos», no parece que el artículo 839 sea inoperante cuando los legitimados para imponer la conmutación sean compensados por el testador (en este supuesto por la atribución de la herencia como sucesores legales) con beneficios que compensen el gravamen usufructuario. No hay base para admitir que el artículo 839, en tal circunstancia, funcione así, salvo que voluntariamente el testador condicione la adquisición de esos beneficios a que los herederos no hagan uso del artículo 839. Problema, como se ve, distinto por completo.

FACULTADES DEL TESTADOR EN ORDEN A LA CONMUTACION

El artículo 839 asigna a los herederos la facultad de conmutar el usufructo legal. Sin embargo, la doctrina se plantea la cuestión de si el testador puede imponer la obligación de conmutar, o incluso prohibir que se efectúe.

Manresa (16) se limita a decir que «el testador puede también disponer el pago del usufructo en una de las formas expresadas». Vallet (17) afirma que «el testador, frente a la legítima del cónyuge viudo, tiene un derecho —el de determinar la forma en que debe ser satisfecha, puesto que la facultad que el artículo 838 (839) del Código civil concede a los herederos, con mayor razón deberá gozarla el causante, que tiene poder para condicionar la actuación de los herederos—...».

Mezquita, en cambio, niega al testador toda facultad en orden a la conmutación, porque el artículo 839 está establecido para la salvaguardia de la más rigurosa intangibilidad de la legítima de los hijos y descendientes exclusivamente (18). Siendo atributo o cualidad de la más rigurosa de las legítimas, en tanto se den los presupuestos legales de su necesidad o procedencia —dice— la facultad conmutativa debe suponerse libre del influjo testamentario.»

Creemos necesario en esta materia distinguir, ante todo, la porción de herencia gravada con el usufructo legal. Si ésta constituye la parte libre, parece evidente que la voluntad del testador ha de

(15) *El pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en Estudios Jurídicos Varios, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, pág. 970, nota 362.

(16) *Comentarios...*, cit. pág. 485.

(17) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en Revista de Derecho Privado, 1948 págs.

(18) *La conmutación...* cit., págs. 266 y ss.

ser vinculante para los aceptantes de aquella parte. Ahora bien, si grava una parte de herencia sometida a las normas legales que protegen la intangibilidad legitimaria (vid. arts. 813 y 814), la cuestión presenta una mayor complejidad. No procede resolver la dificultad sobre la base de que parte Mezquita, puesto que ya hemos visto en páginas anteriores que su teoría sobre la naturaleza de la conmutación no parece conciliable ni con los orígenes históricos del artículo 839 ni con su *ratio*.

Cámara centra, a nuestro juicio acertadamente, el problema. «El usufructo del viudo —dice— cuando concurre con sus propios hijos, grava una parte de su legítima colectiva. Es, por tanto, un gravamen legal de su legítima. Parece delicado permitir que el testador modifique la estructura de ese gravamen en contra de la voluntad de sus hijos. Pero, por otra parte, si el fundamento de la conmutación consiste en el deseo de evitar los roces a que pueda dar lugar la legítima en usufructo, quizá sea excesivamente rígido sostener que únicamente los hijos, y no el padre o la madre testadores, están legitimados para decidir en qué medida el usufructo resultará engorroso o perjudicial» (19).

Ahora bien, ¿implica un gravamen de la legítima que cae en la órbita del artículo 813 la orden de conmutar? A primera vista habría que contestar negativamente, porque el testador ni condiciona ni grava la legítima. Precisamente quiere liberar de un gravamen (el usufructo) los bienes.

Cámara, en cambio, justificando su negativa a admitir que la disposición del testador tenga eficacia, dice: «Con la obligación de conmutar, el testador viene a imponer a sus hijos una carga nueva y distinta de la que está prevista en la Ley. Ciertamente que esta nueva carga se dispone en sustitución del gravamen legal, pero, con todo, es el testador quien la establece, y el testador no puede gravar la legítima» (20).

No obstante, creemos que si bien la disposición del testador, en términos generales, pudiera tener eficacia atendiendo sólo a la finalidad del artículo 839, hay supuestos en los que ello no se puede afirmar en tanto que en los mismos cabe lesión de la porción legitimaria. En otras palabras, para nosotros la eficacia queda *condicionada* a que tal lesión no se produzca. Esto no quiere decir que la orden de conmutar vaya directamente contra el artículo 813, sino tan sólo indirectamente. Ciertamente advierte Cámara, que «la legítima se puede gravar de dos modos. De modo directo, imponiendo una carga en sentido estricto sobre los bienes que constituyen la porción reservada. O de modo indirecto, disponiendo el pago de prestaciones que sin constituir gravamen sobre los bienes reduzcan económicamente el valor líquido de lo que percibe el legitimario, de

(19) *El pago...*, cit., pág. 982-83.

(20) *El pago...*, cit., pág. 983.

tal manera que dicho valor líquido resulte inferior al de su legítima» (21).

Así, pues, cuando el hijo tenga que soportar sobre su tercio de mejora el usufructo sin tener ninguna participación en la parte libre, el medio solutorio que se ofrece al cónyuge viudo sale de la porción reservada, y por tanto, la disposición del testador supone una vulneración de las reglas que protegen su intangibilidad cuantitativa.

Pero cabe preguntar si la orden de conmutar puede ser plenamente eficaz en el supuesto de que el testador asigne bienes al heredero que ha de soportar el usufructo legal. Parece que entonces no habrá roces con las normas sobre intangibilidad, porque no se reduce el valor de la porción reservada. Sin embargo, pudiera dudarse de la aplicación genérica de esta solución. En otras palabras, si basta que el testador atribuya esos bienes para que la conmutación por él ordenada sea procedente, o es necesario, por el contrario, que conste de modo expreso su voluntad de que tal atribución se realiza, y en la medida que se realiza, para que el legitimario cumpla su mandato. Cabría, a nuestro juicio, pensar que pese a no existir manifestación expresa, su intención se deduce al ordenar la conmutación y atribuir más de lo que le corresponde por ley al legitimado para realizar aquélla. Pero entonces se observa que la posición del legitimado para conmutar, y compelido a ello además, coincide con la del heredero voluntario. El testador le atribuye una porción mayor de lo que le corresponde (con cargo naturalmente al tercio libre), *para que conmute*.

¿Quid si el testador instituye al hijo o hijos en toda la herencia? Su voluntad en orden a la conmutación habrá de cumplirse por las mismas razones anteriores. Esta solución se sostiene también, pero por diferentes argumentos. Dice Cámara: «Aunque el Código diga que el usufructo del cónyuge viudo recae sobre el tercio de mejora, la realidad es que la herencia no está dividida en compartimentos estancos. Toda vez que los hijos reciben en plena propiedad dos tercios de la herencia, debe estimarse que el causante ha cumplido plenamente su deber legitimario. Si a un hijo se le deja más de su legítima larga y a los demás no, creo que éstos, de sostener la solución negativa, podrán oponerse a la conmutación exigida por el testador» (22).

Hasta aquí hemos estudiado el supuesto de que el testador ordena la conmutación. Pero su voluntad puede tener otra faceta: la de prohibirla. ¿Será eficaz siempre?

Por lo que respecta al cónyuge viudo, lo negamos. No parece que dándose las circunstancias señaladas en la sentencia de 20 de diciembre de 1911 (confirmada por la de 28 de junio de 1962), el cónyuge viudo tenga que resignarse a un usufructo que no le reporte ningún beneficio.

(21) *El pago...* cit., pág. 983, nota 380.

(22) *El pago...* cit., pág. 982, nota 378.

En cuanto a los herederos, la cuestión es más discutible. Es evidente que no hay lesión de las legítimas, puesto que, precisamente el artículo 813 exceptúa la cuota del cónyuge viudo (legal). Por otra parte, quiere el testador que usufructúe una parte de la herencia. Si en un legado de usufructo voluntario no procede, según hemos visto, la conmutación, ¿procedería cuando el testador quiere que el usufructo legal sea efectivo? Cámara lo niega: «La facultad de conmutar —dice— que el artículo 839 concede a los herederos se explica en la medida en que el usufructo del viudo constituye una imposición legal. Pero no cabe que entre en juego cuando el testador quiere terminantemente que su cónyuge usufructúe una cuota parte de la herencia o bienes determinados. En este caso, sí que sería absurdo hacer al cónyuge de peor condición que otro usufructuario cualquiera» (23). Pero parece que no cabe ensamblar el legado voluntario de usufructo con la atribución de la cuota legal, prohibiendo la conmutación de ésta. El testador entonces no actúa sobre una disposición que tiene su origen en la pura voluntad suya, sino en la ley. Su voluntad únicamente se dirige a que ese usufructo legal no se commute, eliminando así una parte sustancial del régimen legal.

La opinión afirmativa en cuanto a la validez de la prohibición tiene para nosotros, como punto de apoyo, la eficacia de la voluntad del testador para imponer la conmutación. Si puede imponerla, con la única restricción de que no perjudique las legítimas, no habrá ningún obstáculo a que su voluntad negativa se cumpla, cuando precisamente no hay lesión de aquéllas (24).

EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONMUTAR

A) Pluralidad de sujetos legitimados.

La cuota legal del cónyuge viudo recae sobre una parte de la herencia, variable según los casos. Cuando esa parte de herencia esté atribuida a más de un sujeto, se plantea el problema de si la conmutación ha de ser total, o cabe que cada sujeto commute el usufructo que recaiga sobre su adquisición hereditaria.

En nuestra doctrina se mantiene la opinión afirmativa, en el sentido de que la conmutación ha de ser total, requiriéndose el acuerdo

(23) *El pago...* cit., pág. 989.

(24) Distinta es la cuestión cuando el testador ordena un legado al cónyuge viudo que tiene por objeto cualquiera de las modalidades del 839. En tal caso, cabe preguntar si ese legado es independiente de la cuota legal, o se imputa a la misma. En esta última tesis, el testador habría hecho por sí la conmutación. En la primera se admite todavía la posibilidad de que entre en juego el artículo 839. Sobre la imputación, vid. las opiniones contradictorias de FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legítima*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, páginas 43 y ss.—VALLET, *Imputación de legados...* cit.—CÁMARA, *El pago...* cit., páginas 934 y ss., y especialmente nota 385 de la pág. 985.

de la totalidad de los sujetos legitimados, por varios autores. Así, Scaevola dice: «La facultad de sustituir corresponde a los herederos. Si entre ellos ocurre divergencia respecto a su ejercicio, esto es, si unos quieren la constitución del usufructo y pretenden otros la asignación de una renta vitalicia, ¿qué procederá hacer? Aunque la frase «mutuo acuerdo» se refiere más bien a la relación entre los herederos y el viudo, no implica violencia hermenéutica ni infracción de principio de sana crítica considerarla aplicable a los herederos entre sí. Por consiguiente, si no hay mutuo acuerdo, podrán acudir a la autoridad judicial para que dirima la contienda. Confronta este criterio con el artículo 398 respecto a la comunidad de bienes, en el que, a falta de acuerdo, o en caso de considerar perjudicial lo acordado, pueden los comuneros acudir al Juez para que resuelva» (25). Como se observa, no da ninguna razón de apoyo de su opinión. Busca tan sólo una solución ingeniosa al problema de la divergencia, pero sobre la base de que es necesario el acuerdo de todos los legitimados. Por otra parte, la apelación al artículo 398 parece fuera de lugar, porque es más que dudoso que sea un acto de administración el acuerdo para conmutar. Da la impresión de que el comentarista se basa en la designación plural de los sujetos por el artículo 839: «*Los herederos...*»

Mezquita, con visión más amplia, recoge las opiniones de la doctrina extranjera que reconoce la necesidad del ejercicio conjunto, y sostiene el mismo, porque el derecho del cónyuge recae sobre una parte de la sucesión. Además, el empleo de la expresión plural *los herederos* demuestra que se trata de una facultad colectiva, mancomunada e indivisible. Agrega que la naturaleza misma del precepto impone la indivisibilidad, puesto que siendo su fin el evitar embarazos y simplificar la división, este fin no puede lograrse sino en cuanto a la totalidad y no en cuanto a una parte del derecho a conmutar, pues de lo contrario, y aparte del perjuicio al viudo, más que una simplificación habría una agravación de la complejidad. Por último, de acuerdo con Polacco, cree que los sujetos legitimados, si bien pueden imponer la conmutación al viudo, no pueden hacerlo hasta el extremo de obligarle a dividirlo. El cónyuge conserva el derecho a ser satisfecho íntegramente, y así lo da a entender el propio párrafo 2.º del artículo 839 (26).

Creemos, no obstante, que el artículo 839 no nos suministra un fundamento para exigir el acuerdo de todos los legitimados, ya que:

a) La designación plural «*los herederos*» puede obedecer a la mención de aquellos a quienes se atribuye la facultad de conmutar. Encontramos forzado pretender deducir la unanimidad en su ejercicio.

b) El hecho de que el cónyuge viudo tenga un usufructo sobre parte de la herencia no implica que todos sus titulares tengan que conmutar de acogerse al artículo 839

(25) *Código... cit.*, pág. 729-30.

(26) *La conmutación...*, cit., págs. 274 y ss.

c) Tampoco el párrafo 2.º del artículo 839 postula el acuerdo unánime, ya que no contempla este problema, sino el genérico de las garantías del cónyuge viudo en razón de su cuota legal. Se aplica tanto en el supuesto de que no se hayan concretado los bienes de la herencia sobre los que va a recaer el usufructo, como en la situación anterior a la conmutación por cualquiera de las modalidades que señala el artículo.

Ahora bien, ¿es opuesto al fin de la norma la negación del ejercicio conjunto por los legitimados? Nos parece que en modo alguno, porque:

a) El que la facultad de conmutar corresponda individualmente a los mismos no significa que se obliga al cónyuge viudo a dividir su usufructo. Precisamente esta división se produce necesariamente al ser varios los titulares de la porción hereditaria sobre la que pesa.

b) La desmembración del usufructo y la nuda propiedad que el legislador quiso evitar tenía por objeto impedir el perjuicio que ello era susceptible de proporcionar a los propietarios, a cada uno de ellos.

c) El ejercicio individual de la conmutación no supone ningún perjuicio para el cónyuge, al respetársele su usufructo, lo único a que tiene derecho, sin contar con la garantía que para él significa su intervención en las operaciones de valoración, a fin de que la conmutación sea justa.

d) Como observa certeramente Rougin (27), la decisión conjunta somete el interés de unos pocos herederos, quizás los más gravados, al arbitrio de los demás.

e) Es posible que el recurso a la autoridad judicial que se busca en el mismo artículo 839 sea medio de evitar los peligros anteriores. Pero no lo es menos que se obliga a los que no les interesa conmutar quizá, a seguir un procedimiento judicial con las molestias y gastos que supone.

¿Qué posición adopta la jurisprudencia? No hay una afirmación explícita en pro de una tesis o de otra. Tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de diciembre de 1911. Recordemos que el recurrente mantenía que el «mutuo acuerdo» del artículo 839 se refería a que la decisión de conmutar habrá de tomarse por los herederos entre sí cuando fuesen varios, viniendo en otro caso el mandato judicial a decidir el desacuerdo, como lo demostraba el texto mismo del artículo al decir «los herederos podrán...» y añadir «asignándole, etc.», puesto que el emplear la palabra en cuestión, y no la de «asignando», indica claramente que el verbo se refiere a los herederos, que actúan como persona activa de la cláusula. Sin embargo, el Tribunal Supremo pasa como por ascuas este problema (nos parece que en razón de que el supuesto litigioso se apartaba un tanto de él), y se limita a decir: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde al here-

(27) *Traité de Droit Civil comparé*, París, 1908, tomo IV, vol. II, pág. 318.

dero o herederos proponer la sustitución del usufructo... Sería, a nuestro juicio, aventurado decir que con esta frase acogió la tesis del recurrente en cuanto al ejercicio conjunto.

B) *Tiempo hábil.*

Nada nos dice el artículo 839 sobre esta importante materia. En cambio, el Tribunal Supremo rechazó la demanda de conmutación del usufructo legal de un heredero, que solicitaba la misma una vez formalizada la partición realizada cuando era menor, y en la que estuvo representado por un defensor judicial. Señaló nuestro Alto Tribunal en la sentencia de 28 de marzo de 1924 que el artículo 839 sólo podía tener efecto con anterioridad a la formalización de aquélla «toda vez que de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la titularidad exclusiva de lo que se le adjudicara en pago en la aludida partición, supuesto inadmisibile dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1.068 que es indiscutiblemente aplicable a la adjudicación referida, ya que no se establece en el Código excepción alguna respecto a las mismas».

Pudiera pensarse que al faltar una norma que establezca un plazo queda al arbitrio de los herederos el momento de la conmutación. El Código belga, en el artículo 767 sale al paso de los presuntos peligros y fija el momento temporal hasta la partición definitiva y, lo más tarde, hasta un año después de la muerte del causante. Sin embargo, las consecuencias perjudiciales de la indeterminación temporal no tienen necesidad de darse por las siguientes razones:

a) La garantía que representa para el cónyuge viudo el párrafo 2.º del artículo 839.

b) Su intervención en las operaciones para determinar la justa equivalencia del medio solutorio en relación con su usufructo evita todo daño en cuanto a la elección por los herederos (en el supuesto de que se mantenga que ello es cuestión de su exclusiva competencia), del momento en que los bienes sobre los que recayera el usufructo den menos rendimientos.

c) El derecho del cónyuge viudo a promover el juicio de testamentaria.

Debido a la dependencia de la conmutación con la partición, parece que la rescisión o complemento de ésta debe afectar a aquélla. Un aumento de la porción hereditaria gravada, según la Ley, con el usufructo legal, hará que éste recaiga sobre ese aumento, manteniendo la conmutación primitiva, porque la valoración para efectuarla tuvo en cuenta entonces únicamente los bienes existentes, que con posterioridad se incrementaron. En igual sentido, una disminución de aquélla porción (vid. art. 1.080), implicará una reducción del medio solutorio elegido.

C) *Cuestiones procesales.*

La doctrina se plantea el problema del procedimiento a seguir para resolver las dificultades derivadas del ejercicio de la conmutación (procedencia de la misma cuando el cónyuge no la quiere; desacuerdo en cuanto a la valoración del usufructo legal y del medio solutorio elegido; petición del cónyuge de que se proceda a la misma cuando su usufructo vaya a recaer sobre bienes improductivos, etc.).

Scaevola y Sánchez Román (28) se inclinan por el de incidentes. Dice el primer autor que el tenor del precepto abona un procedimiento breve, sin gran aparato judicial, por trámites sencillos. Parece querer huir de toda idea de pleito, de juicio propiamente dicho, dejándolo al prudente arbitrio del juzgador. «No procede el juicio ordinario porque su tramitación larga y dispendiosa es antagónica de la breve y sencilla que requiere el caso en examen; no es pertinente tampoco la adaptación a la jurisdicción voluntaria, por implicar aquél una contienda entre partes, refractaria a los actos propios de dicha jurisdicción. El adecuado será el juicio más breve de los consignados en la ley, o sea, el verbal, o el procedimiento para los incidentes por tener éstos naturaleza de juicio por su biología procesal» (29). Igualmente Manresa (30) piensa en el de incidentes: «Bien puede afirmarse que la ley no quiere que medien las formas solemnes de un juicio declarativo. Si se ha promovido juicio de testamentaría, como un incidente del mismo puede resolverse la cuestión. En otro caso, creemos suficientes los trámites marcados para los incidentes, porque realmente es un incidente de la testamentaría o del abintestato».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no arroja luz sobre la materia. En la sentencia de 20 de diciembre de 1911 se impone la conmutación al heredero como consecuencia de un juicio declarativo (de mayor cuantía por el caso de autos), que había sido ordenado por el Juzgado, en vista de que en el juicio voluntario de testamentaría no se pusieron las partes de acuerdo con el proyecto de partición del contador dirimente. No se trató para nada del problema del procedimiento (vid. art. 1.088 de la LEC).

En cuanto a la competencia, la sentencia de 12 de enero de 1934 declara que demandándose la conmutación en el lugar de la muerte del causante, “y asimismo punto en que está sita la casa en la que recayó el usufructo viudal, cuya redención se reclama en la demanda, esto es, se ejercita la acción dimanante del artículo 838 (839) del Código civil y, por tanto, es indudable que bien se trate de una acción de carácter real, o bien de una acción mixta, la competencia por conocer de este asunto radica en el lugar en que está sita la cosa litigiosa, con arreglo a las normas segunda y tercera de la ley de trámites”.

(28) *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. II, pág. 1069.

(29) *Código...* cit., pág. 733.

(30) *Comentarios...* cit., pág. 485.

El Tribunal Supremo se circunscribe necesariamente a la cuestión de competencia planteada. No se ataca el problema de fondo, que al parecer consistía en la commutación del usufructo legal una vez realizada la partición.

D) *Commutación y partición hereditaria.*

¿Es un acto particional la commutación de la cuota legal? ¿Pueden efectuarla los contadores partidores?

Cicu afirma la naturaleza particional de la commutación. El cónyuge viudo se encuentra en una comunidad de goce con los descendientes legítimos (en nuestro caso, herederos). «El derecho de commutación —dice— atribuido por la ley es por ello, como en el caso de los hijos naturales, para considerarse como derecho de hacer cesar la comunidad con el cónyuge; el acto de commutación, como acto divisional en sentido amplio... Se darán por ello los efectos declarativos de la división..., el usufructo se considerará como existente desde la apertura de la sucesión; se tendrá garantía por evicción, acción de rescisión por lesión, acción de división suplementaria en el caso de que se descubriesen nuevos bienes hereditarios, etc.» (31). Esta tesis es seguida por Coviello (L) y Santoro-Passarelli (32) entre otros.

En nuestra doctrina, Mezquita ha opinado que, en realidad, no se trata de una operación particional, sino de un acto simplemente conexo a la partición. «Por tratarse de la sucesión en usufructo de un caso de sucesión singular o particular, su satisfacción a través de la commutación no constituirá un acto de adjudicación particional, sino un acto de pago, cumplimiento, entrega modificada de legado, ya formal, ya tácito, ya legal» (33).

No compartimos estos fundamentos, porque el acto de pago al cónyuge viudo, sea en usufructo, sea en cualquiera de los medios enumerados en el artículo 839 parece ser algo más que el pago de un legado, en tanto que el cónyuge tiene derecho a algo tan importante como pedir la partición hereditaria y concurrir a la aprobación, en su caso, de la partición. Como declaró la sentencia de 28 de marzo de 1924, «el cónyuge viudo tiene, con arreglo a lo establecido en el artículo 807 del Código civil, la condición de heredero forzoso del premuerto por las cuotas que señalan los artículos 834 a 837 y, como tal, derecho a promover la partición de herencia y a concurrir al otorgamiento de la escritura... en la que de hacerse, en pago de su haber, la adjudicación de los bienes correspondientes».

Ahora bien, ¿quiere ello decir que la commutación tiene que efectuarse *siempre* como operación particional? ¿Podrán los legitima-

(31) *Successione legittima e dei legittimari*, Milán, 1943, pág. 123-4.

(32) L. COVIELLO: *Successione legittima e necessaria*, Milán, 1938, páginas 260 y ss.—SANTORO, *Saggi di diritto civile*, II, Nápoles, 1961, pág. 719.

(33) *La commutación...* ci., pág. 235.

dos para aquélla imponer una conmutación fuera de la partición, siempre y cuando no se haga después de ésta? No vemos ningún inconveniente para ello, siempre y cuando medie acuerdo sobre este punto (momento temporal) con el cónyuge viudo. Pero no creemos que los legitimados puedan, *independientemente* de su consentimiento, obligarle a conmutar fuera de la partición, porque una cosa es que aquéllos estén facultados para conmutar (no el cónyuge), y otra la de negarle a éste su derecho a intervenir en la partición, según se lo reconocen las sentencias de 28 de marzo de 1924 y 26 de marzo de 1940, al igual que la Resolución de 6 de noviembre de 1912 entre otras. «Nótese —dice Vallet (34)— que el usufructo del cónyuge, aunque se limita a una cuota indivisa, afecta a toda la comunidad. No es un usufructo de la cuota de un comunero, sino un usufructo de cuota de la comunidad... Si el viudo no interviene en la partición, su usufructo de cuota sigue difuminado sin concretarse en bienes determinados. Los herederos podrán partir la herencia entre sí, pero esta partición no puede afectar al cónyuge viudo que no haya intervenido en la misma».

Además, si el cónyuge tiene derecho a consentir en el medio de pago que se utiliza, o a intervenir en las operaciones de valoración de su usufructo para la equivalencia con aquél, nada mejor que su intervención en la partición, evitándole los peligros que de aceptar la conmutación fuera de la partición se derivarían. Precisamente un autor como Mezquita, que cree que la conmutación podría hacerse *antes* de la liquidación de la sociedad conyugal y de la división hereditaria entre los herederos, dice: «...sería más lógico entender que fuera el supérstite quien tuviera derecho a concurrir de todos modos en la partición ulterior para comprobar si la conmutación que se le hizo lo fue justamente y con arreglo a valores ciertos» (35).

En suma, creemos de aplicación a la conmutación de la cuota del cónyuge viudo lo que piensa Sánchez Román de la «justa regulación» a propósito de la cuota de los hijos naturales: «significa (p. 2. del art. 840) que sólo después de estar formulada la partición con todas sus operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y formación de haberes y hasta proyecto, al menos, de adjudicación, con todas las intervenciones que de derecho correspondan en la práctica de las mismas a los hijos naturales, como herederos forzosos que son, es cuando habrá llegado el caso de proceder con base suficiente al ejercicio... de la facultad que la ley concede... salvo el supuesto de que en cualquier momento y por las transacciones entre unos y otros lo concertaran así...» (36).

La sentencia de 13 de marzo de 1956 declaró que el artículo 839 exceptúa el haber hereditario del cónyuge viudo de la regla general del artículo 1.061 del Código civil.

¿*Quid* de las facultades de los contadores-partidores? Creemos

(34) *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, 1955, pág. 30, nota 95.

(35) *La conmutación...* cit., pág. 286.

(36) *Estudios...* cit., pág. 912.

que no cabe que ellos decidan, por sí solos, la conmutación. Es facultad que se asigna a los herederos. Salvo que éstos aprueben la efectuada por ellos. Su consentimiento es necesario. Hay que advertir que nos referimos a la *decisión* de conmutar. La valoración del usufructo, naturalmente que entra entre sus funciones.

Pero se ha de establecer forzosamente una excepción a esta regla general, de acuerdo con la voluntad del testador en orden a imponer la conmutación. En tal caso, los contadores tienen que cumplir el testamento, y en consecuencia, proceder a ella. Si el testador ha indicado el medio solutorio, acogiendo éste. Si únicamente ha señalado su voluntad de que se produzca la conmutación, parece que no podrán sustituir los derechos de los legitimados en orden a la elección del medio solutorio.

LA ELECCION DEL MEDIO DE PAGO

Así como la decisión de conmutar corresponde, unilateralmente, a los herederos, es discutido si el cónyuge viudo ha de tener alguna intervención en la elección de los medios que señala el artículo 839. En otras palabras, si el «mutuo acuerdo» que el precepto requiere indica la necesidad de aquella intervención.

En otra ocasión tuvimos necesidad de abordar precisamente este problema, y dejamos expuesto que la expresión debatida («mutuo acuerdo») pudiera tener otro significado, «y es el de que los herederos proponen al cónyuge viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, no con ella ni con el medio de pago elegido para ello, sino con la valoración de su usufructo y del objeto por el que se le sustituye» (37). Esta misma posición ha sido mantenida, con posterioridad, por Cámara: «A mi modo de ver, el artículo 839, tal como se desprende de las palabras con que comienza, concede a los herederos la potestad de conmutar el usufructo por un capital en efectivo o una renta vitalicia, sin que esa potestad esté desmentida por el inciso final del primer párrafo. El «mutuo acuerdo» o la decisión judicial no se precisan para decidir la forma de pago de la legítima del viudo —afirma Cámara—, pero sí para resolver los problemas que puede suscitar la ejecución del procedimiento solutorio elegido. Hará falta el acuerdo de ambas partes, o la decisión judicial, para la fijación del importe a que tiene que ascender el capital en efectivo o la renta vitalicia, así como para el señalamiento de las garantías que aseguren el pago de la pensión, caso de que se haya escogido esta fórmula de conmutación» (38).

La opinión contraria no deja de ser mantenida. Así, Scaevola. El proceder de mutuo acuerdo indica para el comentarista que «los herederos deben tratar con el viudo la manera de satisfacerle su derecho hereditario... El viudo podrá oponerse a la prestación pro-

(37) GULLÓN, *El párrafo 3.º... cit.*, pág. 889. De acuerdo también VALLET, *La opción... cit.*, pág. 612, nota 122.

(38) *El pago... cit.*, pág. 974.

puesta, designando otras, pero no a la sustitución del usufructo, por cualquiera de ellas. Si quieren los herederos, pueden realizar el cambio, de acuerdo con el cónyuge, y, en su defecto, con la aprobación judicial, aunque el viudo se oponga; si no quieren, el cónyuge carece de acción para imponérselo (39). Más ambiguo se muestra De Diego: «aunque la iniciativa... corresponde a aquéllos (herederos), es evidente que su completa ejecución la encomienda al mutuo acuerdo, y, en su caso, a la resolución judicial» (40).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, las sentencias de 28 de junio de 1962 y la de 28 de marzo de 1924 (si bien esta última de forma no muy clara), se inclinan a esta tesis. Así, pues, la determinación del medio solutorio es obra de los herederos y el cónyuge.

Mezquita, sin embargo, alega contra la tesis de Scaevola y autores que coinciden, que el viudo, por vía de oposición a cada forma concreta que se propusiera para la conmutación, llegaría prácticamente a oponerse al hecho mismo de la conmutabilidad (41). No nos parece argumento convincente, ya que a los herederos les quedaría siempre abierta la vía del recurso a la autoridad judicial, que impondría la conmutación al cónyuge.

A nuestro juicio, pudiera esgrimirse el artículo 840, en su párrafo segundo, para defender también la unilateralidad en la elección del medio solutorio. Parece contradictorio que los legitimados para conmutar la cuota legal de los hijos naturales reconocidos tengan reconocida una unilateralidad al escoger entre el pago en dinero u otros bienes de la herencia, y, sin embargo, los facultados por el artículo 839 hayan de contar imprescindiblemente con el sujeto pasivo de la conmutación. No procedería alegar contra ello el carácter excepcional del artículo 839, que justificaría una interpretación estricta, porque tan excepcional parece como el párrafo segundo del artículo 840, y no se ve razón alguna para que no jueguen principios extraídos de la regulación legal de la conmutación de las legítimas tanto en un supuesto como en otro.

Si se admite la necesidad de que el cónyuge viudo manifieste su consentimiento sobre el medio de pago que le ofrecen los herederos, hay que resolver el problema que se plantea cuando no llegue a un acuerdo con éstos. La sentencia de 28 de junio de 1962 determina que en este caso la autoridad judicial decide «la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece». Por tanto, la autoridad judicial no impone al cónyuge la forma que le han propuesto los herederos, sino que elige entre las legales. En otras palabras, que ante la falta de mutuo acuerdo la autoridad judicial, si reclaman los herederos, ha de pasar forzosamente por la necesidad de declarar la procedencia de la conmutación, pero sale fuera del arbitrio de aquéllos el medio de pago que desean, y han de acep-

(39) *Código... cit.*, pág. 728.

(40) *Instituciones de Derecho Civil*, edic. 1959, de Cossío-GULLÓN, pág. 225.

(41) *La conmutación... cit.*, pág. 278.

tar, como el cónyuge, el escogido por ella. Es de temer que la consolidación de esta tesis haga estéril el artículo 839, ya que a los herederos les puede convenir una conmutación por renta vitalicia, por ejemplo, hecha con las debidas garantías en cuanto a la equivalencia con el usufructo que se conmuta, pero no una entrega de capital en efectivo que le imponga la autoridad judicial por muy justa y equitativa (teniendo en cuenta la rentabilidad del goce o la capitalización del derecho real) que aparezca, pero que no les interesa desde el punto de vista de sus intereses, que son, por otra parte, los primordialmente tenidos en cuenta por el legislador al concederles la facultad del artículo que examinamos.

Punto controvertido también, dentro de la problemática general de la elección del medio de pago, es el relativo a la posibilidad de utilizar *conjuntamente* los fijados por el Código, o bien hay que conmutar sobre la base de la *unidad*. Creemos necesario distinguir, según se acepte, que la propuesta de conmutación y el medio solutorio es elegido unilateralmente por los herederos o bien de común acuerdo con el cónyuge viudo. No parece que en este último caso haya lugar al problema, dado que el ámbito del mutuo acuerdo es lo suficientemente amplio para permitir una combinación de medios.

La postura negativa a la conjunción de medios se basa en diferentes argumentos. Coviello dice que la obligación ha de cumplirse exactamente, por lo que la cosa debida debe satisfacerse por entero, no pudiendo ser compelido el acreedor a recibir una prestación parcial. Por otra parte, en las obligaciones facultativas el deudor no puede constreñir al acreedor a recibir parte de una cosa y parte de otra (42). La misma tesis mantiene Santoro Pasarelli (43). Sin embargo, no vemos que el reclamo a los principios de la indivisibilidad de la prestación proporcione argumentos suficientes. El artículo 839 no indica que la conmutación ha de ser forzosamente por cualquiera de los tres medios que señala. La enumeración de los mismos tiene ese carácter enumerativo precisamente. Pero la disyuntiva (renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo) no indica la necesidad de que el medio elegido sea uno de ellos, con exclusión de los demás. Tampoco deja de conseguirse la finalidad del precepto con la asignación, por ejemplo, de un capital en efectivo y de una renta vitalicia. El cónyuge viudo no podrá verse perjudicado, porque de todas formas, se acepte o no la unilateralidad en la determinación del medio solutorio, lo que parece claro es que ha de intervenir en las operaciones necesarias para que lo ofrecido sea un equivalente de su cuota legal, y no una expropiación injustificada.

En nuestra doctrina, entiende Mezquita, siguiendo a Ricci y a Coviello, que la unidad del medio solutorio se impone, porque los móviles de simplificación debieron ser muy decisivos en el ánimo del legislador al establecer la norma. «Además —agrega— tal con-

(42) *Successione...* cit., pág. 262.

(43) *Saggi...* cit., pág. 722.

clusión viene impuesta por congruencia con la solución a que llegamos de que la conmutación del usufructo específico debe ser total» (44). Pero, en realidad, en el artículo 839 sólo se aprecia que el móvil de simplificación lleva al legislador a permitir la conmutación del usufructo, evitando los inconvenientes de este gravamen, pero no a impedir la combinación de los medios de pago. En cuanto a la congruencia que guarda la necesidad de unidad de aquellos con su tesis (discutible) de que la conmutación ha de ser total (sobre toda aquella parte de herencia sobre el que recaiga), no aparece clara. Se puede conmutar *totalmente* el usufructo legal, combinando los medios legales.

Por último, de admitir la unilateralidad en la elección del medio de pago, será imprescindible una declaración de voluntad de los herederos, recepticia, y de carácter irrevocable (45).

CORRESPONDENCIA ENTRE EL MEDIO SOLUTORIO Y EL USUFRUCTO LEGAL.

El artículo 839, a diferencia del párrafo 2.º del artículo 840, no señala la necesidad de que el medio elegido de pago y la cuota legal haya proporción o correspondencia. Para los hijos naturales, en cambio, dispone el Código que la conmutación tiene por base una «justa regulación».

Sin embargo, la doctrina es unánime en el sentido de considerar necesario que el cónyuge viudo intervenga en las operaciones que ejecuten la decisión favorable a la conmutación, lo mismo que la jurisprudencia (vid. s. de 28-6-62), y ello tanto en el caso de que se admita que la elección del medio de pago sea potestativa de los legitimados, como derivada de un acuerdo con el cónyuge. No podría ser de otro modo, so pena de exponer a éste a una expropiación. La autoridad judicial será la llamada a dirimir la falta de acuerdo entre los sujetos activos y pasivos de la conmutación.

Suelen plantearse los autores problemas derivados de la necesidad de esa equivalencia. Si tuviéramos que señalar, en síntesis, los motivos fundamentales de discusión, diríamos: a) Se duda, en el supuesto de conmutación por renta vitalicia, acerca de la necesidad de capitalizar el usufructo asignando la renta conforme al capital, o bien únicamente se ha de tener en cuenta el rendimiento normal de los bienes sobre los que aquél recae. b) Igualmente en cuestiones sobre si la entrega del capital en efectivo supone, imprescindiblemente, la entrega del usufructo capitalizado. c) Y por último, si la conmutación mediante la entrega de los productos de determinados bienes ha de tener como base de comparación el rendimiento nor-

(44) *La conmutación...* cit., pág. 276.

(45) SANTORO, *Saggi...* cit., pág. 723.—Con anterioridad, vid. Circo, *Succesione...* cit., pág. 127-128.

mal de los bienes gravados por el usufructo, o exige también la capitalización (46).

Sin embargo, estimamos estas discusiones ociosas, y ello por un doble motivo:

1) La necesidad de que el cónyuge viudo concorra a la práctica de las operaciones para la efectividad de la conmutación salvaguarda de un modo completo la teórica lesión que puede sufrir en sus intereses, aceptando una forma o módulo que más convenga a las partes.

2) El recurso a la autoridad judicial sirve también de eficaz correctivo. Corresponde a la misma decidir la forma de conmutación que estime más justa y equitativa (s. de 28-6-62). La ponderación de las circunstancias del caso hace innecesario los criterios doctrinales que puedan sustentarse *a priori*. La sentencia de 5 de noviembre de 1913 declaró que «la apreciación del justo importe del usufructo viudal es una cuestión de hecho, sometida a la facultad discrecional del juzgador y no recurrible en casación». No admitió el Tribunal Supremo en la misma el recurso de casación que se formulaba porque el juez no había valorado el usufructo de acuerdo con el Reglamento de Impuestos de Derechos Reales, «porque las calificaciones fiscales no tienen trascendencia civil».

CONMUTACION MEDIANTE LA ENTREGA DE UN CAPITAL EN EFECTIVO

El artículo 839 enumera, entre los medios de conmutación de la cuota legal, la entrega de un *capital en efectivo*. ¿Qué significado tiene esta expresión legal? ¿Se refiere a numerario?

El problema se planteó en el supuesto de hecho litigioso que conoció el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962. Se solicitaba del Juzgador de Instancia la nulidad de unas particiones realizadas por el defensor judicial de un menor y la madre de éste, entre otras razones que no hacen al caso, por estimar que se habían adjudicado bienes inmuebles para el pago de la cuota al amparo del artículo 839. Admitida la demanda, se declaró la ineficacia de las operaciones particionales, considerando que el artículo en cuestión regulaba una forma excepcional de pago, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva, debiendo entenderse la expresión «capital en efectivo» como sinónima de «en moneda corriente», interpretación que corrobora el Decreto de 19 de octubre de 1868, al hablar en su artículo 1.º de que «la unidad monetaria será la peseta, moneda *efectiva* equivalente a 100 céntimos». Confirmada la sentencia por la Audiencia, se interpone recurso de casación, articulando el primer motivo al amparo del número 1.º del

(46) Para una exposición detenida de esta problemática en la doctrina italiana y francesa, vid. MEZQUITA, *La conmutación...* cit., pág. 288 y ss.

artículo 1.062 de la L. E. C., consistiendo la infracción en la interpretación errónea del artículo 839 del Código civil.

Rechazaba el recurrente que la entrega de capital en efectivo se refiera únicamente a dinero. En el lenguaje ordinario se habla de dinero «en efectivo» como distinto de dinero «en cuenta», de «moneda efectiva» y de «efectivo metálico», para indicar que no se trata de cualquier dinero, sino de moneda tangible y concreta y no meramente representada por créditos o derechos dirigidos a obtener prestaciones dinerarias. Por otra parte, el Código civil no utiliza la palabra «efectivo» como sinónimo de dinero. Cuando así lo hace, utiliza, como es lógico, evitando así toda oscuridad, esta misma expresión (vid. art. 269, núm. 6; 346; 886; 1.170; 1.372; 1.770). Insistía el recurrente en que si la naturaleza del usufructo legal era meramente alimenticia (tesis del juzgador de instancia), carecería en absoluto de sentido limitar las posibilidades de adjudicación a un capital en dinero, «ya que podría darse el caso, y esto será lo más frecuente, que no exista el numerario preciso entre los bienes de la herencia... ¿Habría entonces que renunciar a esta fórmula admitida e impuesta por la ley...? ¿O habría de buscarse la fórmula de la adjudicación de otra clase de bienes, que pudieran ser realizados y de esta forma cubrir la cantidad de dinero precisa para el pago de un capital al cónyuge?»

Sin embargo, el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación, estimando que el artículo 839, cuando preceptúa la asignación de un «capital en efectivo», alude a numerario.

Señala el Tribunal Supremo que «el sentido lexicológico de la expresión «capital en efectivo» no tiene otro alcance que el que la sentencia recurrida le atribuye»; «el artículo 838, único que se aduce como infringido, sólo permite las tres formas de pago que indica..., pero no incluye la que el recurso propugna de la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles, sólo posible entre herederos mayores de edad, conforme al artículo 1.058 del Código, o a lo sumo, en el caso extraordinario... de que todos o en su mayor parte los bienes relictos fueran improductivos».

No resiste una crítica sería tan incongruente doctrina. Por una parte, se afirma que el artículo 838 no permite la adjudicación de bienes inmuebles en pago del usufructo viudal. Por otra, se exceptiona el supuesto de bienes improductivos sobre los que aquél va a recaer. Pero no se ve la relación que guarda esto último con la adjudicación de inmuebles. La improductividad será una circunstancia que autorice al cónyuge viudo para pedir la conmutación, de acuerdo con el 839. Si este precepto no admite más que la entrega de numerario, como sinónima de capital en efectivo, es obvio que la conmutación a la que tiene derecho el cónyuge, según la sentencia de 20 de diciembre de 1911, ha de tener por objeto cualquiera de las tres modalidades del 839. No basta, pues, el simple hecho de que los bienes improductivos para admitir una forma de conmuta-

ción que el legislador (según el criterio de la sentencia de 1962) rechaza.

Cualquiera que fuese la interpretación que se sostenga de la expresión «capital en efectivo», parece que no debe excluirse la posibilidad de adjudicación de bienes inmuebles o muebles para conmutar la cuota legal. Sería algo avalado por el propio Código civil. En efecto, al regular la conmutación de la cuota legal de los hijos naturales reconocidos, permite que se entregue a los mismos «dinero u otros bienes de la herencia». ¿Por qué, entonces, en un supuesto de conmutación de la cuota legal, que significa una excepción a la intangibilidad de la legítima, análogo en su esencia al del 840, no se pueden adjudicar bienes de la herencia? Por otra parte, y si según la sentencia de 20 de diciembre de 1911, la conmutación del usufructo legal obedece a la necesidad de que el cónyuge conserve la posición económica que en el matrimonio tuvo, parece que en una época amenazada por el fantasma de la inflación resulta más acorde con aquella finalidad la entrega al cónyuge de bienes no expuestos a una desvalorización lenta y progresiva.

El artículo 839 se aparta de su modelo italiano al no exigir el requisito de que se trate de «capitales hereditarios» (art. 819 del Código de 1865). Cabe preguntar entonces si supone ello que el legislador permite que el numerario no pertenezca a la herencia, o, en otras palabras, si el cónyuge podrá rechazar una conmutación que se le impone por los legitimados mediante la entrega de dinero, cuando éste no figure en el activo de la herencia.

La cuestión ha de ser resuelta de modo negativo. En realidad, no aparece ningún obstáculo para impedir que los legitimados opten por la conmutación mediante la entrega de una suma de dinero, aunque éste no exista en la herencia. Ello se deduce de los siguientes argumentos:

a) El artículo 840, en su párrafo segundo. El Código civil, al tratar de la conmutación de la cuota de los hijos naturales, dice: «Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, *en dinero* o en otros bienes de la herencia, a justa regulación». Si la finalidad del precepto parece ser la de evitar las desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y naturales con motivo de la proindivisión de los bienes, es lógico que aun no existiendo metálico en la herencia pueda efectuarse la conmutación. «De no darse ese significado al precepto —dice Vallet (47)— el problema que se quiso resolver sólo podría solucionarse conforme al fin perseguido cuando hubiese metálico en la herencia. Lo que supondría una limitación de ese remedio, que lo haría ineficaz en la mayoría de los casos».

b) El párrafo segundo del artículo 1.056. Permite el Código civil una conmutación de la legítima de los hijos. En lugar de recibirla, como tienen derecho según el sistema legitimario español,

(47) *Apuntes...* cit., pág. 32, nota 102.

en bienes de la herencia (*pars bonorum*), el testador impone el pago en metálico: «El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos». Uno de los problemas que la doctrina ha estudiado en esta materia consiste precisamente en determinar si la conmutación impuesta por el testador ha de tener por base, para su efectividad, el supuesto de hecho de que en la herencia exista metálico para el pago de las legítimas. La doctrina estima que no dándose esta circunstancia, la conmutación puede producirse. «Es general el criterio de que ello no es preciso —dice Puig Brutau (48)—, pues de lo contrario, esto es, si tuviese que ser siempre dinero procedente del patrimonio hereditario, incluso sería superfluo el segundo párrafo del artículo 1.056».

En contra de la tesis expuesta pudiera alegarse que si no existe metálico en la herencia, la conmutación habría de realizarse mediante la asignación de una renta vitalicia o de los productos de determinados bienes. Ello, a lo más, serviría para invalidar el recurso al artículo 1.056, párrafo 2.º, dado que en él no hay otra forma de conmutación más que la entrega en metálico. Pero nos quedaría el supuesto del artículo 840, párrafo segundo, en el que existe la posibilidad de conmutar por dinero u otros bienes de la herencia. Sin embargo, el hecho de carecer ésta de metálico no hace imperativa la entrega de bienes para conmutar, según se estima generalmente.

CONMUTACION DEL USUFRUCTO LEGAL POR LOS PRODUCTOS DE DETERMINADOS BIENES

El artículo 839, siguiendo el artículo 819 del Código italiano de 1865, menciona entre los medios solutorios la asignación al cónyuge de «los productos de determinados bienes». Eludiendo, sin embargo, nuestro legislador toda referencia al carácter *hereditario* de tales bienes, se separa del susodicho artículo 819, el cual indicaba que se darían al cónyuge los frutos o productos «de bienes inmuebles o capitales hereditarios».

La doctrina se ha planteado la cuestión del significado que ha de atribuirse a la expresión legal. Parece, a primera vista, que no hay diferencia entre el usufructo y el derecho del cónyuge a los productos de determinados bienes. El usufructuario hace suyos los frutos de la cosa. Cicu cree que la expresión ha de ser entendida como «asignación de los bienes sobre los que recaerá el usufructo, por ello, como determinación concreta de la cuota de usufructo (de ahí que los bienes o capitales han de ser hereditarios), con la sola diferencia frente al caso de división verdadera y propia, que la determinación de los bienes... se deja a la elección de los descen-

(48) *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3.º, Barcelona, 1964, pág. 527.

dientes legítimos (en nuestro caso herederos)» (49). En la misma línea, Santoro-Passarelli dice que no basta la cesión o delegación de frutos civiles, sino que asegurar al cónyuge viudo, es necesaria la constitución de usufructo (50). En igual sentido D'Avanzo (51).

Pero no estimamos satisfactorias tales opiniones, porque pugnan abiertamente con la finalidad del precepto. Si se trata de evitar precisamente el gravamen usufructuario, a costa de la intangibilidad cualitativa de la legítima del cónyuge, carece de sentido que el legislador enumere como solutorio la constitución de ese derecho real. Ninguna justificación tendría entonces que los herederos, si se acepta que es potestativo de ellos la elección del medio de pago, señalasen los bienes que serían afectados por el gravamen real, prescindiendo de las reglas generales de la partición.

Se impone, pues, buscar una interpretación que armonice con la *ratio* del artículo 839. Una idea útil la suministra Manresa, al afirmar que «los bienes determinados que debiera disfrutar el viudo pueden quedar en poder de los herederos con la obligación de satisfacer a aquél sus productos» (52). Es decir, que el viudo no tiene posesión de los mismos como el usufructuario, ni los usa, sino que tiene derecho a exigir únicamente sus productos. Con razón pensaba Charrín que los herederos, respecto a esos bienes, debían llevar una cuenta especial de administración (53).

La amplitud del Código al señalar «los productos de determinados bienes» permite estimar que ni tienen forzosamente que ser frutos naturales. Cabe la cesión de rentas, cánones, etc.

Sin embargo, la teoría que ve en la expresión «productos de determinados bienes» la facultad de los herederos de asignar al cónyuge determinados bienes para que los usufructúe, si pugna con una interpretación finalista del artículo 839, no carece de cierta razón en el aspecto práctico. Busca así la manera de librar al cónyuge de los peligros que cierra la cesión de frutos permaneciendo la titularidad de los bienes en manos de los legitimados para conmutar. Es evidente que la cesión de frutos no impide la enajenación de los bienes de donde éstos emanan, y, en consecuencia, la burla de los derechos sucesorios del cónyuge. Ello nos lleva a afirmar que la elección de este medio solutorio tiene que ir acompañada de las garantías suficientes, fundamentándonos en las razones que a continuación exponremos para matener la necesidad de asegurar la renta vitalicia cuando a través de este medio se actúe la conmutación.

Mezquita, pese a negar que estemos en presencia de un usufructo, y decir que todas las ventajas del uso, de la plena propiedad de la

(49) *Successione...* cit., pág. 126.

(50) *Saggi...* cit., pág. 719.

(51) *Delle successioni*, tomo II, Firenze, 1941, pág. 470.

(52) *Comentarios...* cit., pág. 484.

(53) Sobre interpretación del artículo 838 del Código Civil; *Boletín de la Revista General Leg. y Jur.*, 1892, tomo 92, págs. 466 y ss., cit. por MEZQUITA, *La conmutación...*, pág. 308.

cosa matriz quedan para los herederos titulares de la facultad conmutativa, eliminando la vecindad del cónyuge usufructuario, agrega: «Por lo que se refiere a las garantías, creemos que no las necesita, por entender que, aunque no sea un usufructo, sí es un derecho real, que a sí propio se asegura, pudiendo reclamarse el abono de los productos de cualquier tercero adquirente. Esta modalidad solutoria no se diferencia de la renta sólo en la natural variabilidad de los productos y en su periodicidad menos rigurosamente fija, a modo de censo o carga real vitalicia... Se sobreentiende la sujeción o carga real de los bienes determinados: a nuestro juicio, incluso se induce, *a sensu contrario*, del párrafo 2.º del artículo 838 (839); ya que si *mientras esto no se realice* quedan afectos *todos los bienes de la herencia*, realizada por este medio la conmutación quedarán afectos, no todos, *pero sí los determinados bienes cuyos productos sean asignados como pago*» (54).

No parece, a nuestro juicio, que la expresión legal indique necesariamente que el cónyuge sea titular de un derecho distinto del usufructo, de carácter real además. De ser así quedaría desdibujado, impreciso en sus contornos, y, con seguridad, de muy difícil acceso al Registro. Lo mismo podría ser un censo vitalicio (55), que una anticresis (a pesar de que ésta se refiere a inmuebles y el artículo 839 no hace ninguna distinción en cuanto a los bienes), etcétera. Con razón estimaba Scaveola que «no encaja exactamente esta prestación en ninguno de los tipos jurídicos clasificados en el Código» (56).

Por otra parte, excede evidentemente de la finalidad del párrafo 2.º la interpretación de Mezquita, prolongando su efecto más allá de la conmutación, garantizando siempre su efectividad. Además, en otra ocasión él mismo lo reconoce al afirmar: «Y no cabe entender que el usufructo genérico a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 838 se mantenga durante todo el curso de la renta (vitalicia), hasta su extinción, como garantía. Tal interpretación sería absurda e ignorante de los legítimos derechos de terceros, generando además una situación económica y jurídica en la propiedad infinitamente más grave que la que se quiere evitar con la conmutación» (56 bis).

CONMUTACION MEDIANTE RENTA VITALICIA

El artículo 839 sigue también en esto al Código italiano de 1865, pero con la fundamental y básica diferencia de que mientras el artículo 819 del mismo habla del «aseguramiento de una renta vitalicia», nuestro legislador no menciona como necesario el asegu-

(54) *La conmutación...* cit., pág. 308.

(55) Vid. sobre esta figura, VALLET, *Estudio sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, págs. 105 y ss.

(56) *Código...* pág. 731.

(56 bis) *La conmutación...*, pág. 303.

ramiento. «Y sin embargo —dice con razón Mezquita (57)—, el fundamento de tales garantías resalta al pensar que, mediante la conmutación, un derecho real como el usufructo se sustituye por un derecho crediticio como es la renta vitalicia, cuya efectividad depende de la solvencia del o de los deudores. De aquí que la doctrina italiana, francesa y belga, con práctica unanimidad, consideren que la constitución de garantías bastantes es verdadera *conditio iuris* de esta conmutación; que el cónyuge debe intervenir en la calificación de su suficiencia, ya que no puede exigir las de una clase determinada, como incluso algunos han pretendido aisladamente, y que el consentimiento de dicho cónyuge reviste en este punto toda la trascendencia negocial o cuasi-negocial de que carece en la decisión de la conmutación en sí misma. Es más: como dicen Baudry-Lacantinerie y Whal, esta decisión judicial nunca podrá resolver que no son necesarias garantías ningunas, ya que su existencia la da por presupuesta expresamente la Ley, sin excepción».

No obstante, si bien esta doctrina no es aplicable a nuestro Derecho, cabe que se produzcan estos efectos indirectamente. En efecto, si entendemos que la elección del medio de pago entre los fijados en el artículo 839 es producto de un acuerdo entre los legitimados y el cónyuge, y que sólo a falta de acuerdo la autoridad judicial decide la forma de pago que estime «más justa y equitativa» (s. de 28-6-62), cuando el cónyuge pida garantías de la renta vitalicia y no quieran los herederos dárselas, el desacuerdo no podrá ser dirimido imponiendo al cónyuge la renta vitalicia no garantizada, porque no sería «justo ni equitativo». Si, por el contrario, es producto de la voluntad unilateral de los herederos, éstos no podrán imponer al cónyuge la conmutación por renta vitalicia no garantizada, acogiéndose al carácter taxativo del artículo 839, que no lo autoriza expresamente. El amplio margen de discrecionalidad que la doctrina y jurisprudencia conceden a la autoridad judicial evita aquella imposición. Además, de poco serviría rodear a la conmutación de todas garantías para eliminar el peligro de los perjuicios al cónyuge viudo, concediéndole derecho a intervenir en las operaciones necesarias para determinar la equivalencia con su usufructo, si posteriormente queda burlado en sus derechos al no satisfacerle el obligado la pensión. Por último, y aunque este argumento nos sirve tanto para el caso de que se acepte la concurrencia del viudo en la elección del medio de pago como si es unilateral de los herederos, también es común el siguiente: Si la sentencia de 20 de diciembre de 1911, precisamente para que el viudo no pierda la posición económica que tenía en el matrimonio, autoriza al Juez para imponer la conmutación cuando el usufructo vaya a recaer sobre bienes improductivos, a fin de que la finalidad del mismo no desaparezca, sería paradójico que se consintiera en una conmutación por renta vitalicia, que el no estar garantizada haría ilusorio el derecho del cónyuge, con posterioridad, quizá.

(57) *La conmutación...*, pág. 303.

Problema completamente distinto es el relativo a un desacuerdo respecto a las formas concretas de garantía. Entonces la autoridad judicial sería la llamada a decidir sobre «la más justa y equitativa».

Por lo que respecta a las normas por las que se regirá esta renta vitalicia, una vez constituida la doctrina aplica las generales del contrato de renta vitalicia, con las debidas matizaciones —se advierte siempre— en razón de la naturaleza de la figura que surge. Parece que, ante todo, habrá que estar a lo convenido por las partes.

Especial atención merece el artículo 1.085. Scaevola dice que se aplica «en la parte de que el no pago de la pensión vencida de derecho a reclamarla judicialmente y a solicitar el aseguramiento de las futuras» (58). Mezquita entiende, con razón, que «si para la renta vitalicia contractual se admite siempre que el pensionista pueda exigir el aseguramiento de las anualidades futuras, estableciéndose por ende una garantía legal, aunque no se concrete en forma de hipoteca, la anomalía reclama sobreentender en nuestro caso la misma facultad del viudo pensionista, ya que para ella existe no ya igual, sino superior fundamento e idéntica situación jurídica final» (59).

Pero la cuestión no se centra sólo en las exigencias de garantía de la renta por el viudo con anterioridad al impago (es decir, como garantía de la conmutación), sino en la posible eficacia de la cláusula resolutoria expresa de la renta, que el Tribunal Supremo ha reconocido como válida (60), cuando así se ha convenido y se produce el evento que la dota de eficacia. La posición negativa en torno a la eficacia de la cláusula se asienta, o puede asentarse, sobre las siguientes consideraciones:

a) Como la conmutación es un acto de partición, y la rescisión de ésta no puede seguirse más que en los casos previstos por la ley expresamente, el único camino a seguir es el de exigir el pago de la renta mediante las garantías que haya obtenido (61).

b) Si, según la sentencia de 28 de marzo de 1924, una vez practicada la partición definitiva no puede procederse a la conmutación, porque la adjudicación de los bienes en usufructo no tendría carácter permanente, a *sensu contrario* tampoco cabe revivir el usufructo legal que desapareció al conmutarse. Entonces lo que no tendría carácter definitivo sería lo adjudicado a los herederos conmutantes.

c) Si como dice Scaevola (62) «en el caso del artículo 838 (839), no hay transferencia de bienes y sí sólo obligación de satisfacer una pensión; en esto se iguala al acto jurídico del artículo 1.080 y se diferencia en lo de la transferencia», pudiera pensarse que siendo la cláusula resolutoria medio dirigido a la recuperación de los bienes muebles o inmuebles entregados al deudor de la renta, y no exis-

(58) Código..., pág. 731.

(59) La conmutación..., págs. 305-6.

(60) Ss. de 13-V-1959; 14-X-1960.

(61) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions*, tomo I, París, 1905, pág. 488.

(62) Código..., pág. 730.

tiendo ninguna transferencia en la asignación de la renta vitalicia al amparo del 839, no cabe la citada cláusula.

Sin embargo, un análisis detenido de estos argumentos nos convencen de su debilidad para negar la posibilidad de pactar la resolución de la conmutación ante la falta de pago de las pensiones.

En efecto, aun aceptando que la conmutación sea propiamente un acto particional, los argumentos a) y b) tienen el inconveniente de dar un valor absoluto y radical al artículo 1.068 del Código civil. Tenemos un supuesto en el que se hace una adjudicación a un coheredero que tiene obligación de abonar su legítima en metálico a los demás: el párrafo segundo del artículo 1.056. Preguntándose Cámara por la acción del coheredero no satisfecho dice: «La eficacia propia de toda participación testamentaria, en virtud de la cual el adjudicatario de los bienes herenciales resulta «prima facie» adquirente de los mismos (cfr. art. 1.068 del Código civil), no se opone a que su titularidad quede, hasta que el pago se realice, pendiente de resolución, parcialmente al menos. Como tampoco la adquisición de la propiedad de bienes específicos legados impide que, por obra de la acción de reducción, el legatario pierda en todo o en parte la propiedad adquirida» (63). No vemos razón para no aceptar tal doctrina en nuestro caso, y tanto más, cuanto que la resolución se impone expresamente.

Por último, queda por observar el argumento derivado de la falta de transferencia al deudor de la renta. Si bien es cierto que en un sentido estricto el viudo no *transfiere* a cambio de una pensión, no lo es menos que los herederos gozan de un beneficio como consecuencia de la desaparición del gravamen que ha sido conmutado. No parece justo que siga ese beneficio sin el pago de la renta fijada como medio de aquella conmutación.

Ahora bien, el usufructo legal no podrá volver a recaer sobre los bienes que componían la porción de herencia gravada con él, sino solamente en el caso de que los sujetos legitimados para la conmutación, y que la efectuaron, los tengan en su poder o en la medida en que todavía se conserven en su patrimonio, salvo los efectos en cuanto a tercero de la constancia registral de la cláusula resolutoria expresa, que afecta a su titularidad plena sobre los mismos.

Interesa señalar, por último, la admisión de la eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus* para revalorizar las rentas vitalicias que nacen de la conmutación del usufructo viudal. El Tribunal Supremo lo acepta en la sentencia de 23 de noviembre de 1962.

EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTICULO 839

Determina que: «mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge». Párrafo que procede igualmente del Có-

(63) *El pago...*, pág. 877.

digo italiano de 1865 (art. 819), que señalaba más concisamente que el cónyuge conservaba su derecho de usufructo sobre todos los bienes hereditarios.

Ha sido enorme la discusión en la doctrina en torno a la interpretación del precepto legal, tanto en la italiana como en la española. En un principio, se buscó el camino de las garantías reales para proteger al cónyuge viudo, con trascendencia en la Ley Hipotecaria. En la reforma de 1909 se concedió al cónyuge viudo derecho a exigir anotación preventiva. Dice la sentencia de 16 de noviembre de 1929 declaró que el cónyuge viudo era un heredero forzoso «con todos los derechos y deberes de tal por lo que representan créditos activos o pasivos del capital hereditario. Y esto se deduce de todo el articulado referente a esta materia. Pero muy especialmente del artículo 838 (839), que tanto quiso favorecer los derechos del cónyuge viudo que creó una hipoteca general, y como estaba en contradicción con nuestro sistema hipotecario, se convirtió en una anotación preventiva del artículo 42 de la vigente Ley Hipotecaria». Afortunadamente ha desaparecido del actual artículo 42 la anotación preventiva del cónyuge viudo por innecesaria. Sus derechos se encuentran perfectamente salvaguardados con la legitimación activa que se le reconoce en el juicio de testamentaria, con sus derechos a pedir e intervenir en la partición, y sobre todo, con la nueva concepción imperante sobre el párrafo 2.º del artículo 839. En él se ve que el cónyuge hasta la partición, o en su caso, hasta la conmutación, tiene un usufructo que recae indefinidamente sobre los bienes de la herencia. Poco importa que tales bienes pasen a poder de tercero. Este los adquirirá necesariamente con la carga del usufructo.

El párrafo 2.º dice que «mientras esto no se realice». Hay que entender que se refiere a la asignación del medio solutorio. No entra en juego la garantía, según hemos visto en páginas anteriores, mientras dure la obligación de pago de la renta o de la entrega de productos determinados, o mientras no se satisfaga el capital en efectivo. No hay que olvidar que la intervención del cónyuge, o de la autoridad judicial en su caso, en la conmutación, hará que se asegure ésta con propias y específicas garantías acordadas. Sin embargo, y por lo que respecta al pago del capital en efectivo, teniendo en cuenta la relación entre conmutación y partición, se puede sostener que la adjudicación de los bienes que deben ser gravados con el usufructo a los herederos depende del pago de ese usufructo.

La Plusvalía potencial en la transformación de la tierra

FAUSTO NAVARRO AZPEITIA
Notario

I - II*

I. Para justificar que el tema enunciado tiene cabida en el Derecho Agrario, debo situarme ante esta interesante materia de investigación y base de múltiples estudios, en los que las opiniones no andan muy acordes acerca de la naturaleza y del contenido de este derecho, cuya doctrina peculiar y específica no está en proporción con su extensión y volumen prácticos.

Siempre que una rama del Derecho extiende su sombra sobre espacios jurídicos diversos, sin reparar en sus convencionales fronteras doctrinales; en sí son, clara o dudosamente, públicos o privados; en sí tienen, o no, conexión con las economías particulares o con las oficiales, existe motivo de averiguación y de discusión para saber si constituye disciplina definida, con esencia propia y autonomía conceptual, o si es colección de teorías, doctrinas y normas procedentes de distintos campos jurídicos, ordenadas sistemáticamente para hacer combinada aplicación a determinadas zonas, mixtas o complejas, de la riqueza o de la actividad.

Mucho es lo que se ha escrito y se escribirá sobre ello, y puede elegirse al azar; así, copio del Prof. Enrico BASSANELLI, de Bolonia, conocido agrarista, en su colaboración al Novísimo Digesto Italiano, voz "Diritto Agrario", que dice, dentro de su atractivo estudio: "Derecho autónomo no es el que regula un grupo de relaciones, más o menos numerosas, sino el derecho de todas las relaciones que se refieren a un cierto aspecto de la vida social, cualquiera sea su naturaleza.

Hasta hoy, ni la doctrina ni la jurisprudencia han enunciado claramente ninguno de los verdaderos principios generales, que, elevando a sistema el complejo de las normas, pueden por sí solos, atribuir integridad y organicidad a la disciplina agraria.

El Derecho Agrario, aunque ampliamente penetrado por normas

(*) Este trabajo precedido por dos breves preámbulos no jurídicos (por lo que no se insertan aquí), fue la primera conferencia del cursillo dedicado a "La colonización interior", con motivo del 25.º Aniversario del Instituto Nacional de Colonización, organizado en Zaragoza por la "Asociación Aragonesa de Derecho Agrario", que ha autorizado esta publicación, con el agrado merecido por esta Revista. Se leyó el 20 de marzo de este año.

de derecho público, aparece aún, prevalentemente, como un sector del Derecho Privado.”

He citado esta opinión porque expresa un estado muy general de pensamiento entre los juristas; pero yo no voy a calificar la disciplina jurídico-agraria; pues, si de su naturaleza doctrinal o legislativa puede dudarse, no puede ser dudoso ni desconocido el hecho, o el conjunto de hechos, que determinan su realidad; ya que todos tenemos la convicción de que estos derechos son especiales por su objeto o por el área y el modo de su aplicación; y de que existen, vigorosos y acuciantes, cuando una realidad social en urgente evolución, les sirve de base o de motor, y les impone un ritmo acelerado, a tono con el paso de marcha de su época.

Este es el caso del Derecho Agrario; su esencia puede ser debatida y su contenido discriminado en el terreno de los principios y de los conceptos; pero su realidad y su vivacidad no pueden ser ignoradas ni desatendidas sin grave riesgo económico y social; aspectos sobre los que tienen que ordenar, velar e inspirar, la tutela y la acción jurídica.

Personalmente, considero al derecho agrario como complejo y especial en su contenido y universal en su alcance, ya que todos los aspectos de la vida familiar y social pasan por el campo un día u otro, o un día y otro. Por lo vario y múltiple de sus aplicaciones, participa de público y privado, material y formal, espiritual y económico, personal y social, voluntario e imperativo; y por la viva, permanente y creciente utilidad de sus problemas, atrae, en España, un numeroso grupo de calificados agraristas, con predominio y empuje juveniles, que van enriqueciendo, brillante y eficazmente, nuestra literatura jurídica, especializada y varia, al mismo tiempo.

Como aficionado con deseo de aprender, aprecio y admiro en todo su valor el trabajo de los juristas que, en labor de análisis, tratan de catalogar todas las facetas de la actividad del Derecho Agrario; y de los que, en labor de síntesis, procuran encajar y acomodar toda su materia dentro de unos límites, aunque sean muy dilatados; estos objetivos, por ahora inaprehensibles, me llevan a evocar los talentos que dedicó el ilustre polígrafo don Gaspar Melchor de JOVELLANOS, en su conocido y famoso “Informe sobre la Ley Agraria”, a razonar el derecho de los propietarios rurales a cercar sus propiedades, como afirmación de señorío, señal de exclusión, medida de seguridad y estímulo de producción. Al cabo de los años, el cambio de las ideas, la evolución y valoración de los productos y el avance mecánico de los medios de cultivo, tan poderosamente influyentes en la economía de la producción, han llegado a hacernos ver que, en muchos casos, el intensivo cercamiento puede dificultar la ganadería, la mecanización y los aprovechamientos secundarios, elementos de mayor productividad en el tiempo y en el espacio; así como a convencernos de que el verdadero señorío es la personalidad; el verdadero excluyente, la volun-

tad, y el más eficaz aseguramiento y el mayor estímulo, la posesión activa.

En suma, lo verdaderamente esencial es dar al campo y al conocimiento de sus necesidades y problemas toda su importancia jurídica; seguir la guía, experimentada y segura, de los principios del Derecho Civil, siempre coordinables con necesidades de todo orden y susceptibles de aceptar y adoptar formas y aplicaciones nuevas o modernizadas adaptables a todos los casos; y considerar que, a veces, puede ser difícil o contraproducente “poner puertas al campo”, en su sentido propio y figurado.

II. La idea de esta disertación, antigua en mí, tal vez no tiene la importancia que le atribuyo, ni cuantitativa ni cualitativamente. Se polariza en un punto de la legislación relativa a la colonización de grandes zonas, como núcleo alrededor del cual fueron cristalizando las consideraciones que voy a exponer; a la manera que, alrededor de un minúsculo cuerpo duro, se va formando lentamente, en la ostra, una perla, o, en el ojo, una catarata; fenómenos parejos porque núcleo y secreción obran con igual mecánica, aunque produzcan, como muchos otros avatares, tan diferentes consecuencias.

En la aludida Ley de 26 de diciembre de 1939, sobre colonización de grandes zonas, al señalar en su base 23 las normas de fijación pericial del precio de expropiación de las fincas, comprendidas en un proyecto de colonización, establece los puntos básicos de tasación que han venido manteniéndose hasta ahora. Y añade: “Pero no se estimarán las plusvalías que puedan producirse por el proyecto de colonización, o por otras obras, efectuadas con el concurso económico del Estado.”

He aquí definido y matizado el tema, que he llamado, ajustándome casi literalmente a los términos de la Ley, “la plusvalía potencial en la transformación de la tierra”, pues tal es la expresión y el significado de las palabras empleadas por el texto legal.

El concepto gramatical de la locución plusvalía, está recogido por el Diccionario de la Real Academia Española como equivalente a “mayor valía”, que define como: “Acrecentamiento de valor que, por circunstancias externas, recibe una cosa, independientemente de cualquier mejora hecha en ella.”

Como dice la parte de texto legal antes leída, no se estimarán las plusvalías que puedan producirse, por una de las dos causas siguientes: a) *Por el proyecto general de Colonización.* b) *Por otras obras efectuadas con el concurso económico del Estado.*

A estas plusvalías posibles se ha aplicado el calificativo “potencial” definido por la Academia como “lo que tiene o encierra en sí, potencia”, aclarando su valor lingüístico el siguiente ejemplo: “Las cosas muy calientes tienen fuego *potencial.*”

Así, pues, en este caso, el adjetivo *potencial*, aplicable a las plus-

valías producidas por los planes de transformación de la tierra, es correcto y apropiado.

La tierra destinada a ser objeto de fundamental transformación, rústica o urbana, incluida ya para ello, en un plan oficialmente aprobado y publicado, está muy caliente de promesas ciertas y grávida de próximas realidades; lleva en sí misma fuego *potencial*, que es incremento de valor, encendido por el augurio de una riqueza importante, estudiada y prevista.

Este incremento económico es tan real y de tan evidente contenido valuable y cotizabile, que todas las legislaciones lo recogen y regulan de un modo positivo, reconociéndolo en beneficio del propietario, a quien el erario grava por razón del mismo, considerándolo base impositiva.

Nuestra legislación colonizadora reconoce su existencia real, pero no admite que el propietario tenga participación en él; y, en consecuencia, lo aparta inicial y previamente de cualquier beneficio que pudiera proporcionarle.

Sobre la justicia y la necesidad de este apartamiento, vamos a reflexionar, partiendo de la base de que esa plusvalía potencial tiene tres partes perfectamente diferenciadas: la inmediata, que podríamos llamar también pura o propia, porque se produce sin intervención ni arte del propietario y sin mediación de mejora alguna; la mediata o menos propia, que es la producida por mejora, y la remota, consecuencia de la puesta en producción de la tierra mejorada.

La inmediata, en este caso, surge y nace por el solo hecho de la publicación y general conocimiento del plan.

La mediata tiene su origen por la realización de las obras previstas en el mismo. Ante estas dos partes de la plusvalía potencial, no siempre se ha reaccionado de igual modo. La primera es normalmente atribuida al propietario, e incluida en las valoraciones de expropiación; la segunda, en cambio, exige normalmente un pago del propietario para tener derecho a su beneficio: sea del coste proporcional de las obras, de contribuciones especiales por mejoras, de arbitrios sobre el incremento valorado, etc.

No hallo fundamento jurídico a la exclusión del propietario en el beneficio de la plusvalía inmediata; puedo estar equivocado, o puede estar fundada esta exclusión en consideraciones prácticas para la expedibilidad de la empresa colonizadora y en razones económicas de conveniencia general; y, por estos motivos, considerar la medida de beneficioso efecto común, compensadora de los perjuicios que acaso se produzcan a los propietarios individualmente; pues para las modernas concepciones de la función social de la propiedad, los intereses particulares deben ceder ante los generales.

La negación de la plusvalía potencial tiene ya muchos años de aplicación y la Ley de 21 de abril de 1949 no sólo conservó el sistema, sino que lo ordenó de modo más impersonal y automático, y así sub-

siste; y la Ley de Expropiación forzosa de 1954 también lo recoge para casos de planes oficiales, aunque de distinta manera.

No obstante la situación de hecho afirmada y reiterada, sigo creyendo que la consideración del problema puede ser de utilidad, incluso desde el punto de vista de los intereses del Estado. A tratar de razonar esta posición personal se dirigen, un poco revueltas y batidas en coctelera, las ideas y las argumentaciones que van a seguir.

III. Ante las transformaciones planificadas de la tierra, su propietario se enfrenta:

En primer lugar, con una esperanza de mejora económica, por el solo hecho de advenir sobre sus tierras una calificación de superior categoría a la que disfrutaban; y, en segundo lugar, con la necesidad (si ha de participar en la nueva apreciación económica y en la esperada productividad) de contribuir a la transformación con dinero, esfuerzo o ambas cosas, o de ceder el paso a la reforma, desprendiéndose para ello de sus tierras, mediante una equitativa indemnización.

En el caso de transformación urbana, ésta puede producirse por el avance, lento pero constante, de las áreas habitadas; supuesto en el cual el propietario de las tierras próximas puede: esperar, pasivamente, la solicitud de compradores para lotes de su terreno, que al ser parcelado cambia su calidad, y en su precio obtiene ya el vendedor no solamente la plusvalía potencial inmediata, sino parte de la mediata, que la anticipa el comprador a cuenta de la mayor que él espera conseguir. O provocar y acelerar la transformación y cambio de condición de sus tierras, por medio de obras de parcelación, construcciones, trazados de calles, apertura de caminos, aportación de agua o de electricidad, u otros trabajos urbanísticos; caso en el cual percibirá la plusvalía potencial inmediata y la mediata.

Pero en el supuesto de que alguna organización estatal o municipal expropiase los terrenos antes de urbanizarlos, para llevar a cabo en ellos sus trabajos de parcelación, ordenación, vialidad, instalación de servicios y demás necesarios, el propietario se beneficia, normalmente, de la plusvalía potencial inmediata, puesto que, al fijar los precios de expropiación en procedimientos directos, de valoración contradictoria o de resolución arbitral por organismos mixtos, es tenida en cuenta la situación del terreno en la zona de transformación; por ello, la plusvalía así obtenida es reconocida como accesión para el propietario y es base impositiva fiscal, de modo distinto según las circunstancias, pero siempre a cargo del mismo.

Cuando la transformación de la tierra trae causa de mejoramiento agrícola, por aumento de su productividad, especialmente por creación de nuevos regadíos, también el propietario se encara con tres semejantes posiciones: la primera, cuando las posibilidades de mejora son paulatinas, la transformación obra de empresa particular y voluntaria, y el propietario vende a quien quiere asumir la transformación; la segunda, si la explotación proyectada puede acelerarse por

organizaciones privadas, económicas y técnicas, y la tercera, cuando la transformación se lleva a cabo por organismos estatales, mediante colonización planificada de zonas extensas. En la primera, el propietario se beneficia de la plusvalía potencial inmediatamente; en la segunda, si sostiene la organización transformante o participa directamente en ella, se beneficia de la inmediata y de la mediata, y en la tercera no podrá beneficiarse ni de una ni de otra, porque previa y especialmente se le excluye y aparta de ambas.

¿Puede hallarse un medio equitativo para eludir esta total exclusión y este previo apartamiento del propietario con relación a los planes colonizadores, sin que se perturbe ni dificulte su expedita realización?

Bueno fuera, a fin de evitar la anómala situación que produce la diferencia entre el propietario de terrenos expropiables y el de terrenos contiguos, cercanos o en la zona de influencia de los caminos, embalses, canales y demás obras necesarias, pero fuera de la zona estrictamente colonizable. Para todos éstos, el beneficio de la plusvalía potencial es íntegro y sin tope, ya que no tiene que ser objeto de expropiación ni de intervención.

También lo es para los beneficiarios agrícolas o industriales de tierras ya ordenadas y dispuestas por el plan, que les son cedidas en condiciones económicas de estímulo, en plena propiedad y, una vez este precio haya sido pagado, en libre disposición.

El propietario de secanos, yermos y eriales, supuesto muy frecuente, los viene teniendo, desde largo tiempo, a veces generaciones, en bastantes casos por imposibilidad de vender, en la mejor de las hipótesis, sin pérdida; y muchas veces, con gastos, cuidados y preocupaciones. Cuando un día sabe que aquellas tierras pueden ser regadas y transformadas, le parece vislumbrar un rayo de esperanza y de mejora; pero aprende, al mismo tiempo, que las puertas de esa tierra de promisión no se abrirán para él, si no se halla en condiciones de obtener una reserva de cultivo directo, dentro de los límites impuestos para ello.

Este criterio es duro y, a medida que ha ido pasando el tiempo, ha evolucionado en sentido de más rigor.

a) La Ley de 1932, para la ejecución de planes de grandes regadíos, ofrecía a los propietarios la ocasión de beneficiarse íntegramente de las plusvalías potenciales, si llevaran a cabo por sí mismos o por medio de los Sindicatos de riegos, las obras necesarias; y, si decidieran no hacerlo así, ordenaba ocupar las tierras y que ejecutara las obras el Estado con cargo a los créditos correspondientes, después de lo cual, su artículo 5.º disponía: "Terminadas las obras de puesta en riego de cada finca, la Administración, sin desocupar las tierras, requerirá al propietario respectivo para que, en el plazo de un mes, opte por hacer suyas las obras o por ceder la finca al Estado, con la indemnización que proceda, en cada caso."

Sigue el artículo definiendo los conceptos e importes de plusvalía

y de costas, y reconociendo el valor de la plusvalía mediata como garantía, según puede advertirse. Dice así:

“En el primer caso, la indemnización debida por el propietario consistirá en el aumento de valor o plusvalía que las obras hayan producido, en la justa estimación de la finca. El coste de las obras en la cuantía declarada por la Administración, será pagado por el propietario, simultáneamente al ejercicio de la opción. El resto hasta completar el importe total de la plusvalía se fijará en tasación pericial contradictoria y el propietario pagará su importe, tan pronto como dicha tasación sea aprobada.”

“Se aplazará en seis meses el pago del coste de las obras a los propietarios dueños de extensión menor de diez hectáreas que así lo soliciten.”

“La finca responderá preferentemente del pago al Estado con el incremento de valor de la misma que se obtenga con las obras.” “Las disposiciones complementarias regularán los trámites para la determinación del valor correspondiente a la finca antes del comienzo de las obras, que deberá hacerse con citación de los titulares de los derechos reales inscritos.”

En esta solución, el propietario optante debía abonar al Estado la plusvalía mediata, o sea la producida por las obras; y se beneficiaba de la remota, al recibir sus tierras mejoradas y aptas para una más intensa y remuneradora producción. De la plusvalía inmediata, pudo acaso beneficiarse al hacer la tasación para expropiar, pues debía comprender el valor... antes del comienzo de las obras, con lo cual parece darse a entender que debería hacerse teniendo en cuenta el producido por su inclusión en el plan, si la interpretación fuese literal.

b) En la Ley de 26 de diciembre de 1939, sobre colonización de grandes zonas, como en la de 1932 antes citada, se daba la oportunidad de intervenir directamente en la colonización y sus beneficios a los propietarios y colonos, por medio de Sociedades de Colonización; y, subsidiaria o derivativamente, por Asociaciones de Sustitución (bases 4.^a a la 15.^a).

Según la base 23, se mantenía el anterior sistema de valoración finca por finca, por peritos, uno por parte, razonando su parecer cada uno, pero ambos en el mismo documento. Los elementos que habían de tenerse en cuenta para la tasación se fijaron así:

El valor con que las fincas aparezcan catastradas.

Las rentas que hayan producido en los últimos cinco años de explotación normal.

El valor actual en venta de fincas análogas, por su clase y situación, en el mismo término o comarca.

Y añadía las palabras que se han citado como inspiradoras del título de esta disertación, a saber:

“Pero no se estimarán las plusvalías que puedan producirse por el proyecto general de colonización, o por otras obras efectuadas con el concurso económico del Estado...”

Aquí aparece otra vez confuso el sentido de estas limitaciones: las producidas por el proyecto, ¿eran las originadas por el simple conocimiento del plan, o solamente las que se produjeran mediante su realización? ¿A qué obras se refiere al mencionar las plusvalías que se produzcan por *otras obras* (naturalmente distintas del plan general) efectuadas con el concurso económico del Estado?

En cuanto a la primera duda, no creo que pueda ser deducido argumento desfavorable al propietario, al declararse no abonables las mejoras que los dueños hicieron en las fincas, después de ser la zona declarada de interés nacional. Más bien parece lo contrario, pues excluir lo voluntariamente realizado con fines que pudieran ser de indebido lucro, parece admitir la inclusión de lo producido sin intervención del propietario, sujeto al juego normal de la Ley civil.

c) En la Ley de 27 de abril de 1946, sobre expropiación de fincas rústicas, previa declaración de interés social, al proyectarse por fines de carácter social urgente y permanente, pero no de transformación mejorativa de tierras, no se presenta, en principio, emergencia de plusvalía potencial; pero de un modo indirecto se aborda la cuestión en el artículo II, al regularse la expropiación, en caso excepcional, de fincas transformables de secano en regadío merced a una gran obra hidráulica, disponiendo que para su tasación: “se tendrá en cuenta el valor real del inmueble según el estado de las obras de transformación realizadas por el propietario, *sin que a este fin se tome en consideración más plusvalía que la aplicable a la parte de finca que realmente haya sido transformada*”.

Aquí parece reconocerse al propietario toda la plusvalía potencial inmediata (valor real del inmueble, según el estado de las obras de transformación), y la mediata, en proporción a la parte de finca transformada, según claramente se expresa. La valoración es contradictoria, finca por finca, con procedimiento bien detallado (en forma específica para el caso concreto), y en el momento de la expropiación; no en forma previa y genérica, de modo uniforme y preceptivo.

IV. Este último sistema fué introducido por la Ley de 21 de abril de 1949, sobre “colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables”, que tiene un carácter notablemente superior a las otras anteriores, en cuanto a la urgencia de la colonización, a la superior imposición coactiva sobre los intereses particulares, a fin de acelerar los procesos de colonización “... conducente a la profunda transformación de los terrenos para que reviertan en beneficio *no sólo indirecto* de la comunidad... y para conseguirlo, coadyuvando a la movilización de la riqueza, a la vez que *evitando se sustraigan totalmente las plusvalías derivadas de aquellas obras*, a las finalidades de carácter público...”.

“A los *propietarios cultivadores* directos que lo soliciten no se les expropiarán sus tierras sitas en la zona regable, *hasta el límite*

de superficie que, con arreglo al plan, pueda serles atribuida; superficie que será fijada en atención:

- a la cabida de las fincas;
- a los sistemas de llevanza de las tierras;
- y, en todo caso, será primordialmente tenida en cuenta la necesidad de instalalar al mayor número posible de colonos, armonizando la consecución de este objetivo:
- con los legítimos intereses de la propiedad privada;
- y con el logro del máximo rendimiento de la producción agrícola de la zona."

A los propietarios arrendadores que lo soliciten, podrán serles adjudicadas unidades de explotación de tipo medio (no más de 18 hectáreas) para su cultivo directo, si lo permitiesen las disponibilidades de las tierras en exceso, de las que nada digo aquí por que serán objeto de la próxima conferencia en este cursillo.

Las adjudicaciones de estas tierras se harán por este orden:

Primero, a los arrendatarios y aparceros de tierras incluidas en la zona.

Luego, a los de otras comarcas.

Y, después, a los propietarios arrendadores antes aludidos, si el Instituto aun tuviere tierras para ello.

Encerradas dentro de estos límites, las posibilidades ofrecidas a los propietarios de la zona regable a quienes se hubieren expropiado sus tierras, para participar en la plusvalía potencial mediata, se ve que son bien escasas. En cuanto a la plusvalía potencial inmediata no se hallan enteramente descartadas.

El cambio de sistema valorativo introducido en esta Ley es importante; pues queda abandonado el sistema anterior de valoración específica, actual y contradictoria y se adopta el ahora vigente, que es genérico, previo, susceptible de excepcional actualización, sin intervención directa de los propietarios que han de ser expropiados. Una vez hechas las valoraciones por los peritos, el Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura y con audiencia del de Obras Públicas, las aprobará por Decreto irrecorrrible.

Estas valoraciones serán "precios mínimos y máximos en secano, aplicables a los terrenos de la zona, correspondientes a cada una de las clases de tierra que existan en la misma".

Para su fijación habrán de tenerse en cuenta el valor catastrado, las rentas de los cinco últimos años y "el valor en venta, en el momento de la tasación, de las fincas análogas, por su clase, que están situadas en la misma comarca, pero fuera de la zona regable, o de la extensión de las obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado".

La excepcional actualización de las valoraciones previas, la dispone la Ley, para "cuando, con posterioridad a la fecha del plan, se operase en la contratación de fincas rústicas una profunda alteración de precios, basada en causas económicas de manifiesta realidad, ex-

trañas a la influencia que en el valor de las tierras pudiera ejercer la perspectiva de su colonización en un futuro inmediato". Y debe acordarla el Consejo de Ministros, previas las solicitudes y trámites que la Ley indica.

La clara delimitación del territorio de cuyo valor en venta se excluye en los justiprecios la plusvalía potencial; el deseo de que la sustracción de las plusvalías a las finalidades públicas no sea total; y la posible revisión por alteraciones económicas generales, dan cierta esperanza lejana al propietario de beneficiarse con la plusvalía inmediata, dentro del ámbito de las valoraciones reguladas.

El beneficio total de la plusvalía potencial lo tendrán solamente los propietarios de superficies enclavadas en la zona regable, transformadas por ellos mismos, cuyo cultivo haya alcanzado la intensidad prevista en el plan; y sus tierras quedarán sujetas a las normas generales que regulan la propiedad inmueble, sin más excepción que ciertas limitaciones en su fraccionamiento para caso de transmisión.

d) Por fin, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, establece en su art. 36, como norma general, que se tenga en cuenta el valor real de los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, "*sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que den lugar a la expropiación, y las previsibles para el futuro*".

He aquí otra expresión de la misma tendencia eliminante de la plusvalía potencial, si bien la determinación de ser, o no, *consecuencia directa* del plano o proyecto, da lugar a diferentes criterios de apreciación, con distintos alcances valorativos.

Después de extremar su rigor excluyente de plusvalía potencial especialmente de la mediata, la Ley, en su artículo 97, remite las expropiaciones por causa de colonización y de fincas mejorables a su legislación especial, incluso en lo relativo a medios y bases de valoración y a los recursos, quedando esta Ley general, como supletoria.

Para la tasación de fincas rústicas en caso de expropiaciones ordinarias, el artículo 39 determina que el valor se fijará por la media aritmética entre la cantidad resultante de capitalizar al interés legal la renta líquida de rústica, aumentada en un cinco o un diez por ciento, según sea la catastrada o amillarada, y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o comarcal.

Pero en el artículo 43, preceptúa que "no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración, podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan, no resultare, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación... El Jurado Provincial también podrá hacer aplicación de este artículo en los mismos supuestos". Con ello queda discrecional-

mente admitida la valoración, a favor del propietario, de la plusvalía potencial, especialmente la inmediata.

V. Hemos visto que, hasta aquí, todas las disposiciones legales admiten la existencia real y la verdadera importancia de las plusvalías potenciales en la transformación de la propiedad rústica; y el reconocimiento es claro, expreso y eficaz, tanto si se la admite con el fin de negarla o combatirla, cuanto en el supuesto de considerarla positivamente, como entidad valuable y base de imposición fiscal.

La Jurisprudencia en dos Sentencias de 1953, alude a ella para ordenar su inclusión en las valoraciones que se fijan al expropiar; la de 27 de abril dice que habrá de apreciarse *no sólo el valor intrínseco* de la finca, sino, en ocasiones, por razón de circunstancias, *su valor relativo*, al que debe alcanzar la indemnización...*incluso al lucro cesante*. Y la de 8 de mayo declara que debe tenerse en cuenta la situación privilegiada que ocupa la finca en relación con varios medios de comunicación y la relativa proximidad al casco urbano, esto es, todo lo que, *siendo causa de plusvalía cotizable*, debe ser tenido en cuenta al valorarla para su expropiación.

La prueba negativa que ofrece el repetido propósito de eludir en las valoraciones la plusvalía potencial, es la mejor demostración de su existencia, de su natural accesoriidad a la propiedad expropiable y de su contenido económico; puesto que, de no reunir tales cualidades, nunca hubiera dado lugar a tal reiteración legislativa.

Y el uso de palabras siempre distintas para fijar el instante de su nacimiento y lograr su entera captación, demuestran su naturaleza inmaterial y la dificultad de eludir su presencia y consecuencias.

Es cierto que pueden hallarse argumentos contra el valor de la negación repetida como prueba positiva, aunque lógicamente dos negaciones equivalgan a una afirmación, y aunque solamente las consecuencias de hechos reales pueden ser objeto de negación o de exclusión expresa. En Aragón, existía una institución consuetudinaria, el llamado "Consortio familiar tácito" de la antigua comunidad de Calatayud y otras comarcas aragonesas, que, en un caso de litigio acerca del mismo, fue probado concluyentemente con la abundancia secular de escrituras destinadas a evitar su nacimiento, otorgadas por los que decidían compartir un domicilio, que pudieron ser aportadas a los autos. Tal sería el caso de las plusvalías potenciales, si en las expresiones legales no estuviera claro su reconocimiento.

Ahora, en nuestra más reciente legislación de Hacienda (Ley General Tributaria, 230/63 de 28 de diciembre último), se reconoce de un modo expreso su valor económico y su destino natural en el artículo 26, donde se dice:

Art. 26.—... b) Contribuciones especiales son aquellos tributos cuyo hecho imponible consista en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un *aumento de valor* de sus bienes, como consecuen-

cia de la realización de obras públicas, o del establecimiento o ampliación de servicios públicos".

Resulta bien claro en este precepto legal que el natural destinatario y normal beneficiario del aumento de valor que experimentan los bienes es su dueño, aun sin su conocimiento ni su acción, incluso cuando tal incremento de valor sea consecuencia, precisamente, de la realización de obras públicas. Solamente así puede concebirse que, sobre la base de éste aumento de valor, sea gravado el propietario y afectada su finca, por contribuciones especiales impuestas en favor del erario público.

Claro está que, para ser gravado con una prestación fiscal el propietario, es preciso que *obtenga* el beneficio, base y razón de la imposición; por ello, si al iniciarse la obra pública o el mejoramiento del servicio que ha de originar el aumento de valor predial, se le priva anticipadamente de su adquisición, no lo obtendrá, no se beneficiará de él y no tributará en su razón.

Larga sería la discusión acerca de si éste apartamiento previo, la negación del derecho antes de ser originado, la privación anticipada de las plusvalías que en la finca pueden producirse, son ya una expropiación en sí mismos; pero no es este lugar de tratar el asunto, cuya solución dependerá de lo que la plusvalía potencial sea, en definitiva.

VI. Tratemos, pues, de averiguar su naturaleza jurídica y a quién corresponde su propiedad o su beneficio.

a) Decía COGLIOLO en su Doctrina General del Derecho Civil, que si para el Derecho Romano podía tener interés la distinción entre el derecho de propiedad ("res corporalis"), y otros derechos ("res incorporalis"), ya no lo tiene para nosotros, por cuanto la propiedad es un derecho como los demás, y, por lo mismo, una "res incorporalis", en el sentido filosófico; y que, para que los derechos puedan considerarse como cosas incorporales en el sentido técnico de la palabra, precisa que sean objeto posible de otro derecho

Desde este punto de vista, si la plusvalía potencial debe ser objeto de valoración y puede ser materia de apropiación o expropiación, así como base de imposición fiscal, es evidentemente un derecho objeto de otro derecho y puede ser técnicamente considerado como cosa incorporal.

Por otra parte, el hecho que la produce es siempre ajeno a la iniciativa y a la voluntad del propietario; de aquí la diferencia entre la plusvalía y la mejora, y la distinta previsión de que son objeto ambas cosas en las normas de expropiación.

La plusvalía potencial se produce por hecho ajeno al propietario, y de carácter público; al propietario se le impone, y, al determinarla el Estado o el poder público determinante, le dice: tus tierras van a ser objeto de esta transformación y te guste o no te guste, mis disposiciones les van a producir un aumento de valor; pero, este aumento, o te lo niego, no teniéndolo en cuenta al expropiarte, o te lo dejo, re-

servándome el cobrarte mi participación; pero tanto en un caso como en otro, las mejoras que hagas sin mi permiso en esas tierras, después de conocer su nuevo destino, no te las reconozco, porque voluntariamente las realizas a sabiendas de que no han de prevalecer.

Es un hecho cierto que en el momento en que los planes de transformación de la tierra son conocidos y aprobados, se produce un evento determinante de una plusvalía potencial en todos los terrenos a los que directamente afecta la reforma y a los que, sin estar directamente incluidos en ella, se verán beneficiados por el nuevo nivel de vida, la nueva afluencia de trabajo; el incremento de producción y las nuevas perspectivas económicas que la obra pública ha de producir, incluso por causas recreativas o de turismo.

Si como carga, en bien del interés público, el propietario de tierras comprendidas en el plan no puede ni debe eludir el destino de su propiedad, ajeno a su voluntad y a su propósito, ¿es equitativo privarle de la contrapartida que puede suponer esa plusvalía en potencia, negándole toda participación en ella?

b) A mi modo de ver, como antes se ha dicho, tal plusvalía es un derecho o una cosa inmateral; pero su encuadramiento dentro de un tipo jurídico de los conocidos y estudiados, ofrece dificultades.

1. Si se piensa incluirla entre los *derechos futuros*, hay que pensar en que éstos deben tener su origen y fundamento en hechos actuales ciertos que, para perfeccionarse, necesitan el concurso de un elemento constitutivo aún sin iniciar o sin conocer, el cual debe advenir en tiempo o en circunstancias previamente fijadas y consentidas. Es evidente que en este concepto no encaja la plusvalía potencial, puesto que su nacimiento es simultáneo e inseparable del hecho actual que la produce y este hecho es ajeno y muchas veces independiente y superior a la voluntad del propietario. Cuando se llega a conocer el elemento determinante de la plusvalía, esta se halla ya producida, es objeto de cotización y está unida a la cosa para el tráfico jurídico, a no ser que el Estado no permita al propietario su obtención, o su realización por separado.

2. Por las mismas razones parece no ser incluible en los llamados derechos *eventuales* que suponen: o un derecho que se va realizando por fases o eventos, de incierta producción; o un derecho ya previsto y configurado, cuya perfección está pendiente de hechos que pueden, o no, suceder o de voluntades que pueden, o no, manifestarse. En estos derechos, como en los *condicionales*, el elemento jurídico más caracterizante, es la retroactividad que actúa para dar efectos pretéritos a hechos venideros, en virtud de su previsión y de su anticipada aplicación, con previo y expreso consentimiento para ello.

3. No es la plusvalía potencial una *esperanza*, en su sentido jurídico; puesto que ésta, según él, consiste en algo que debe producirse en época conocida, pero con resultado aleatorio. Si escogemos como ejemplos prácticos las compras de cosechas en curso de producción, o de crías animales ya concebidas, u otras operaciones de naturaleza se-

mejante, veremos que es característica común a todas el tener como objeto una cosa determinada, específica o genérica, cuya producción está iniciada; que es cierto el cuando y aleatorio el cuanto. Circunstancias que no se dan en la plusvalía potencial.

4. Tampoco es una *expectativa* de derecho, sino un derecho que nace ya formado. Las expectativas presuponen una situación jurídica personal y patrimonial perfectamente constituida y consolidada, dependiendo sus consecuencias o atribuciones futuras de que se realice un hecho concreto, antes o después de un día o de un evento determinado.

5. Si se considerase como una *situación jurídica interina*, no parece fácil hallarle semejanza con los tipos principales de ella que enumera don Federico DE CASTRO en su "Derecho Civil de España"; no es una titularidad temporal *limitada*, constituida por derechos subjetivos aplazados, ya que la titularidad del propietario es definitiva e ilimitada y su derecho subjetivo es actual, aun cuando pueda llegársele a privar de ejercitarlo o de beneficiarse con él.

No es una situación jurídica de *pendencia* o de protección interina de un derecho subjetivo en favor de sujeto transitoriamente indeterminado, porque la plusvalía, en sí, no está desprotegida en momento alguno de su vida y es conocido el sujeto de ella desde la aparición del derecho.

No es una situación jurídica *carente de firmeza, ni por debilidad de título* que, aun perfecto, pueda ser vencido por otro de signo superior; *ni por vicio constitutivo*, susceptible de impugnación, aunque sea también subsanable, por confirmación, ratificación o convalidación; *ni por litigio*, aunque de él pueda salir reconocido o justificado.

c) Así, pues, habida cuenta de que la plusvalía nace perfecta y sin título dudoso y que no puede surgir plusvalía, independientemente de la tierra sobre la cual se produzca, hemos de considerarla de uno de estos dos modos:

1. Como *fruto civil extraordinario*; concepto forzado porque no es separable de la finca ni disponible independientemente de la misma, ya que sólo se puede privar de ella legalmente al propietario al mismo tiempo que deja de serlo por expropiación estatal; y esto no es disponer de la plusvalía separada de la finca, sino inescindiblemente de ella.

2. Como *accesión inmaterial*, concepto al que más parece ajustarse, estando superada la concepción clásica o romana del derecho de propiedad circunscrito a cosas materiales; considerando ahora la idea de propiedad como equivalente a la de tenencia ilimitada de cosas o derechos, según dice BRUGI; admitiendo que pueden ser objeto de la relación dominical las fuerzas y energías naturales, los bienes inmateriales y las simples posibilidades con estimación económica; y aceptando como naturaleza jurídica de la accesión la de ser una *facultad o extensión del dominio*, al menos para los casos de

accesión discreta, en la que la plusvalía parece claramente comprendida.

BARASSI define la accesión diciendo que "es uno de los caracteres de la propiedad, la posibilidad de recibir un incremento o una disminución de la cosa que constituye su objeto, sin que esta alteración modifique (salvo en su aspecto puramente económico) el derecho de propiedad".

CASTÁN, en virtud del artículo 352 del Código civil, dice que puede ser definida "como el derecho por virtud del cual el propietario de una cosa hace suyo todo lo que ésta produce o se le une o incorpora natural o artificialmente".

Según DE DIEGO, es "el derecho que compete al dueño de una cosa sobre lo que ésta produzca y a ella se le incorpore o una, más o menos inmediatamente, en calidad de accesorio y de un modo inseparable".

d) En todas estas definiciones cabe comprender perfectamente el derecho a la plusvalía territorial. Pero si no fuera por la idea de accesión, la plusvalía correspondería a la finca por la idea más amplia, incluida en la última definición dada, de *accesoriedad*; ya que es evidentemente un atributo que no puede tener nacimiento ni existencia independiente de la finca principal, y como derecho subjetivo sólo puede ser ejercitado por el propietario de ésta, a quien, solamente y de modo expreso, hay que privarle del mismo.

e) Por fin, si ninguna de éstas concepciones pareciera satisfactoria, habríamos de parafrasear la tesis de ТРОН, el cual dice que el *ius disponendi* está fuera del dominio, como la fuerza para lanzar una piedra lejos de nosotros es extrínseca a la misma piedra. Así, podría decirse que el *ius accedendi* o *ius integrandi* es inherente a la cosa con respecto a todo cuanto cae dentro de la órbita de atracción jurídica de la misma, como el planeta Tierra atrae, por la fuerza de la gravedad, a todo cuanto cae dentro de su zona atmosférica. Una vez verificada la atracción y producida la integración corporal o económica, el propietario ejercita el *ius disponendi* sobre todo el conjunto físico, jurídico y económico del bien dominado por él, como integrado en su personal capacidad de obrar a título de dueño. Si la facultad de disponer está en nosotros y no en la cosa, la facultad de integrarse por accesión material, económica o jurídica está en la cosa y no en nosotros.

No parece necesario argumentar más de lo ya hecho, con textos positivos civiles, administrativos y fiscales, y con teorías jurídicas, para llegar al convencimiento de que la plusvalía potencial es atributo innato de la propiedad y perteneciente a su propietario.

VII. Pero nada impide admitir que, por iguales causas a las que permiten expropiar la propiedad y los derechos de toda clase, esta plusvalía, que nace inseparable de la cosa, pueda ser también expropiada gratuitamente, al mismo tiempo que se expropia, por justo precio, la

tierra en la cual está injerta; aunque no sea tan claro ver ni apreciar cómo pueden simultanearse, fácilmente y sin exposición a error de valoración o a lesión involuntaria de intereses, ambas expropiaciones; ni cómo puede trazarse de modo justo, o al menos equitativo, la línea divisoria entre la finca sin plusvalía potencial y la finca con ella.

Juegan aquí, en formas diferentes, según los casos, un mismo hecho (la actividad general o especial de la administración estatal o municipal) y un mismo valor (el incremento estimativo de la tierra por actividades ajenas a su propietario); pero no existe una misma norma, sino una diversidad de normas, según el origen de la plusvalía y según los bienes en que se produce; tratándose de armonizar ambas circunstancias al hacer la aplicación normativa al caso concreto.

Hecho, valor y norma parece que deben actuar siempre en forma coherente y armónica; y como tales juegan en la teoría tridimensional del Derecho, de que es autor el jusfilósofo brasileño Dr. Miguel REALE, que ha traído una importante innovación a la Filosofía del Derecho, renovadora de su estudio desde su elevación metafísica hasta su manifestación pragmático-empírica. La teoría se llama tridimensional porque, según ella y en palabras de RECASÉNS SICHES: "hecho, valor y norma son las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica. El *hecho*, que tiene lugar en el espacio y en el tiempo, realiza un *valor* gracias a la mediación de la *norma*. En todas las modalidades, de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como norma".

"En el plano científico, empírico o positivo... cualquier *norma* envuelve una referencia necesaria a una situación de *hecho* y a un orden de *valores*."

"Desde el punto de vista de la jurisprudencia o ciencia jurídica, el Derecho debe ser visto como *norma*, siempre y cuando se considere la norma como una unidad integrante y dialéctica de *hechos* y *valores*."

Lo dicho se refiere al elevado nivel de la ciencia jusfilosófica; pero puede aplicarse, a ras de tierra, a los hechos materiales, a los valores económicos y a las normas positivas, que deben formar un conjunto ordenado dentro de unos mismos principios, para tratar de llevar en semejantes supuestos de hecho, provocadores de una misma clase de valor, a equivalentes efectos normativos.

Pero en nuestro caso no parece ser así. Sea en el terreno rústico, sea en el urbano, en el momento de producirse las plusvalías, ya queda establecida una diferencia radical entre ellas, según el modo y el proceso de su manifestación.

Si aparecen en forma visible y paulatina (crecimiento de poblaciones, extensión o implantación de industrias, realización de obras públicas de carácter general sin aplicación a empresa localizada y concreta), las plusvalías son total e indiscutiblemente beneficiadas por

los propietarios de las tierras, y serán objeto y base de tributación en forma de contribuciones especiales, arbitrios municipales, aportaciones para obras, etc.

Si nacen en forma y momento simultáneos para un determinado territorio a causa de una planificación oficial y pública, quedan, desde su origen, excluidas económicamente del patrimonio del propietario; pues, aunque inevitablemente están unidas a la propiedad, se le aparta de su disfrute, impidiéndole participar en los incrementos de valor predial, al expropiarse sus tierras.

Ahora bien, no todos los propietarios son iguales ante la plusvalía, pues hay gradaciones en su tratamiento.

Si las fincas no son expropiadas, sus propietarios podrán contribuir directamente a la transformación y se beneficiarán de la plusvalía enteramente.

Si son cultivadores de sus tierras y éstas les son expropiadas, pero luego les son asignadas unidades de cultivo para su explotación directa, podrán beneficiarse de la plusvalía mediata.

Pero si no se han hallado en ninguna de esas circunstancias y no pueden obtener un lote de cultivo, a cargo de las tierras en exceso, resultarán las suyas las únicas fincas que se expropian por el estricto precio de puro secano, aunque sean la base de la transformación y el foco de producción de un fundamental incremento de riqueza, trascendente más allá de sus límites.

Pues, como ya antes se ha recalcado, las tierras de los contornos y aquellas otras diseminadas por la zona amplia de influencia de la colonización, obtendrán natural y justamente toda su plusvalía potencial, ya que el beneficio del aumento de valor originado por las grandes obras públicas, alcanza, por los más varios caminos y motivos, a un extenso territorio, al que no llegan la expropiación ni la intervención. Pero, por paradoja, ninguna plusvalía puede, legalmente, alcanzar a los terrenos comprendidos, precisamente, dentro de la zona transformable.

VIII.—La solución que puede hallarse para remediar un estado de cosas que, a mi modesto modo de ver —tal vez por infundado prejuicio mío, o por mi equivocado enfoque de la cuestión—, da lugar a situaciones poco equitativas, sólo resultaría satisfactoria si remediara estas posibilidades:

Llevarse a cabo sin perturbar la rapidez de la colonización ni la integridad de los resultados.

Realizarse sin aumentar la inversión de capital en el plan, o mejor, disminuyéndola.

No sustraer las plusvalías al beneficio general, obteniéndolas el propietario sin daño de ningún otro interés.

a) Creo que una solución de estas características podría conseguirse haciendo aplicación, moderna y adecuada, de la concepción jurídica del dominio dividido; porque sólo si el propietario de tierras

comprendidas en la zona transformable continúa siéndolo, podrá participar de manera natural en su plusvalía; y solamente llegando el colono a ser dueño de sus tierras, tendrá verdadero interés y estímulo en su mejora y en el incremento de su producción, aspirando a completar su total dominio en un plazo mayor o menor.

Las figuras del dominio útil y del dominio directo, pueden rendir eficaz y provechoso servicio en esta empresa; y, al decir esto, no pienso en el tradicional censo enfiteútico, que ha logrado tan mala prensa no a causa de su naturaleza, sino de su anquilosamiento arcaico y de su perennidad, que han hecho olvidar su importante misión originaria colocándolo, legalmente, en situación de liquidación por descrédito; sino que pienso en formas modernas de aplicación y adaptación a las nuevas necesidades, del juego fecundo de la división del dominio.

b) Lo curioso es que si el censo se tiene por anticuado y está poco menos que proscrito, las formas que pudiéramos llamar imitación del censo o invitación al censo, son cada día más frecuentes. A través de los arrendamientos llamados especiales, que al conceder ventajas y privilegios al arrendatario, especialmente la prórroga forzosa de plazo y la congelación de rentas en su beneficio, unidas a los derechos de tanteo, retracto y acceso a la propiedad, en términos impuestos al propietario, van acercando el arrendamiento al censo, y, en ocasiones, sobrepasándolo en sus consecuencias; como ya ha sido muchas veces puesto de relieve por numerosos juristas, especialmente por NOGUERA GUZMÁN en su conferencia *De la Enfiteusis a la Enfiteusis*, pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona; y BALLARÍN en "La Agricultura Española y sus aspectos jurídicos", propone como solución de acceso a la propiedad rústica, una regulación de arrendamiento con carácter enfiteútico.

En la legislación colonizadora hay una aplicación de esa imitación del censo en los arrendamientos forzosos que regulan las disposiciones legales de 30 de diciembre de 1941 y 13 de enero de 1942, a favor del I. N. C. Estos arrendamientos se imponían por Orden publicada en el "B. O. E." sin acto formal alguno. Tenían un plazo inicial de seis años, rescindibles antes convencionalmente por el Instituto y prorrogables por éste de un modo automático e indefinido. Podía explotar discrecionalmente las tierras arrendadas, sin posible oposición del propietario, al que pagaba una renta, no libremente pactada, sino tasada con arreglo a normas preestablecidas; y, al devolverle la finca por no considerar conveniente continuar el arriendo, tenía el dómimo que pagar ineludiblemente las mejoras hechas.

c) Bien se ve que la imitación del dominio dividido no ha dejado de estar en vigencia y lo está; y que, por tanto, las aplicaciones francas y verdaderas de dominio dividido, con su nombre, su naturaleza y sus propios efectos, son perfectamente posibles y pueden ser convenientes y útiles.

Además, hoy, el dominio dividido vuelve por sus fueros. En la moderna legislación de montes, lo mismo que en la moderna legisla-

ción inmobiliaria, la separación de suelo y vuelo, es regulada y practicada con buenos resultados. La Ley del Suelo aplica en diferentes casos el Derecho de superficie, que el Reglamento hipotecario, en vista de su utilización, acogió en su última reforma. Y otras manifestaciones podrían citarse, no menos importantes ni eficaces.

Pero la imitación de la enfiteusis será siempre un híbrido parcial y desproporcionado, aun cuando intencionalmente no se haya querido así; porque, al atribuir a uno de los términos de una actuación contractual ventajas y privilegios propios de diferente tipo de contrato sin dar al otro término las naturales compensaciones, el equilibrio de derechos e intereses queda roto y se producen estados anómalos y, a veces, descomedidos, que, en definitiva, se vuelven contra el contrato y contra los contratantes a los que se quiso favorecer, a causa de que pierde su armonía y firmeza naturales, sin adquirir, por modo artificial, el juego y prestigio de lo que pretende ser y no es, produciendo situaciones prácticas frecuentemente enojosas, a veces insostenibles, que trascienden perniciosamente al medio social.

d) Si hemos de llegar a una situación de contrato en que las dos partes hayan de tener derechos dominicales, afrontemos y utilicemos propia y legítimamente las características del dominio dividido, sin temor a desnaturalizar el derecho de propiedad, pues por muy reducido que se deje el ejercicio de sus facultades, es el que más afirma la personalidad y la libertad humanas, y el que puede comprender todas las previsiones futuras y las utilidades presentes y pasadas.

León XIII, en la "Rerum Novarum", dijo que "el hombre abarca por su inteligencia una infinidad de objetos, y, a las cosas presentes añade y sujeta las cosas futuras". "Tiene derecho a escoger las cosas que estime más aptas, no sólo para proveer el presente, sino el porvenir."

De aquí que solamente la propiedad de las cosas, y de los derechos presentes o venideros que la misma propiedad lleve consigo, puedan satisfacer y dar seguridad a la conducta humana.

La propiedad ha intentado ser definida, sin lograrlo hasta ahora y seguirá acaso siempre en la misma situación, porque todas las definiciones, por completas que parezcan, dejan fuera aspectos importantes y caracterizadores. Dice VALLET DE GOYRISOLO en su *Panorama del Derecho Civil*, que "tal vez las definiciones que jurídicamente parecen más correctas son las que consideran la propiedad como *el núcleo centripeto y elástico* de la titularidad de una persona sobre una cosa. Es decir, aquel núcleo que *in abstracto* abarca todas las posibilidades del hombre sobre la cosa, pero que, en concreto, puede estar más o menos despojado de ellas".

Por mi parte, he llegado a pensar que las características distintivas de la propiedad son: ser el único derecho con señorío recíproco, del dueño sobre la cosa, sometida a su poder de uso, goce y disposición, y de la cosa sobre el dueño, vinculado a su titularidad, de la que no puede liberarse por mera derelicción o simple renuncia. Y el único

que no puede desaparecer mientras no desaparezca la cosa que es su objeto; y, a la vez, puede atomizarse en múltiples fases y partículas, permaneciendo íntegro en todas ellas; como cuerpo que no puede ser enteramente destruido, pues deja siempre un residuo insoluble, que lleva en sí toda la esencia, la vitalidad y el poder de autorrefacción propios del cuerpo entero del cual procede. Y que acaso la propiedad no sea definible como derecho, porque es madre y fuente de derechos a la manera que, en la Mitología Griega, Mnemosina, diosa de la Memoria, no es una musa más, sino la Madre de las nueve Musas.

Por eso, el dominio aun dividido, no deja de serlo con todas sus facultades y con todas sus consecuencias; y si el dominio directo supone la propiedad del suelo (capital de explotación agrícola), y el dominio útil supone el goce y posesión física del mismo (base de producción), los titulares de ambos dominios forman los elementos subjetivos de la empresa agrícola y sobre la base de esta realidad se ha de proceder con claridad y justicia. FLÓREZ DE QUIJONES, a quien es imposible dejar de conocer y de citar en cualquier trabajo sobre materia jurídico-agraria, da mucha luz al binomio tierra-empresa, en su conferencia "El poder de disposición y el colonato", dada en Barcelona y publicada en 1956.

IX. Trataré de concretar mi pensamiento en fórmulas prácticas, si acierto a expresarme con claridad. .

En el caso de ocupación de tierras colonizables, lo mismo que se da un plazo a los propietarios cultivadores para optar por la expropiación o por la conservación de esas tierras en cultivo directo, en la parte mayor posible; e igual que a los propietarios arrendadores de sus tierras se les permite aspirar a una unidad de explotación, dentro de las posibilidades legales; se les podría ofrecer a unos y otros la oportunidad de ceder para la empresa colonizadora el dominio útil de sus tierras expropiables, reservándose el dominio directo; siendo la última solución optable el cobro en dinero efectivo del precio de sus fincas, sin posibilidad, por su renuncia tácita, de otra plusvalía que la resultante de fijarlo en el valor real que, como secano, tuvieran antes de comenzar las obras de colonización.

a) Consistiría el derecho del dómimo directo en cobrar por el aprovechamiento de su finca una renta o pensión fija o variable, pero siempre en especie, del dueño útil, pagadera desde el momento en que comience la producción de sus tierras. Los dueños útiles pagarían el precio de adjudicación de sus tierras de cultivo y de sus anejos desdoblado en dos partes: la primera, equivalente al valor de las obras, aperos e instalaciones, al Estado, en efectivo y en diez años; la segunda, equivalente a la amortización de las tierras, después de pagar la primera, en otro plazo máximo de diez años, debiendo hacer los pagos de plazos de amortización, igual que los de las pensiones, en especie trigo u otra que al efecto se pacte.

Como una vez pagada por los colonos la parte del Estado, adque-

ren el derecho de propiedad civil normal para sus tierras, si dentro del plazo de amortización del censo las enajenaren onerosamente, el dueño directo tendría el derecho de tanteo y el de retracto en su caso, e igual lo tendría en todo tiempo el dueño útil para idéntico supuesto de enajenación del dominio directo. Uno y otro, si no ejercitasen el tanteo o el retracto, tendrían derecho a percibir el dos por ciento del precio de enajenación, como renuncia y aprobación; pero sin que esta percepción tuviese influencia de ninguna clase en la cantidad de precio de amortización del dominio directo, que el dueño útil podría anticipar por anualidades enteras.

La división del dominio duraría, como máximo, veinte años; si al cumplirse no estuviera totalmente hecha la amortización, ambas partes podrían convenir una prórroga hasta diez años más, mediante los pactos que libremente acordasen; y, si no hubiere acuerdo de prórroga o venciese la concedida sin haberse cumplido la amortización, la división del dominio caducará automáticamente y de pleno derecho: bien transformándose en copropiedad ordinaria al cincuenta por ciento para cada condómino, mediante las compensaciones que fueren equitativas; o bien, consolidándose en poder del dueño útil, mediante afección en garantía real, de la finca, a favor del dueño directo, para el cobro de sus créditos y de las indemnizaciones por incumplimiento que procediesen; todo ello según las disposiciones legales.

b) Por este sistema, el Estado evitaría expropiar muchas tierras, con ahorro de capital de establecimiento; permitiría participar de una manera natural en la plusvalía al propietario, con ventaja para los colonos a los que se ofrecería mayor plazo para la amortización; y no dependerían económicamente del Estado ni unos ni otros.

El sistema imaginado exigiría una regulación no difícil, pero sí cuidadosa; tal vez, a primera vista, pueda parecer complicado; pero considerado sin prejuicios, se le pueden hallar, además de las dichas, otras ventajas.

No retrasa la ocupación de las tierras ni entorpece la ejecución de las obras; no es obstáculo para la formación de unidades de cultivo, ya que el terreno de éstas puede pertenecer a uno o más dominos directos, obligatoriamente unidos en una sola representación.

Por otra parte, la adquisición de todas las tierras para redistribuirlas, tampoco es necesaria; pues podrían serlo al modo de las reparcelaciones urbanas que, con la permanencia en poder de propietarios particulares, funcionan de modo normal; y, en caso preciso, podría aplicarse el sistema de sustitución por parcelas de reemplazo, que en la Concentración Parcelaria ha demostrado ser eficaz.

c) La solución indicada no va en contra de las aspiraciones de renovación contractual que se piden para la agricultura. SÁNCHEZ DE LA TORRE ("La necesidad de nuevas formas de contratación en la Economía Agraria". *Revista Internacional de Sociología*, diciembre 1962) dice:

“Los modelos existentes, en base de *propiedad individual* de tipo romano, de *arrendamiento* que llegó a ser abusivo y ha sido incluso desfigurado por las condiciones que han tenido que ser introducidas para evitar abusos del mundo propietario, de *enfiteusis* cuyas modalidades han sido riquísimas y fecundas, pero que no son aplicables sino a pequeñas y rígidas explotaciones tradicionales, no están en condiciones de subvenir, por sí mismas, a las necesidades que resultan de planteamientos económicos y sociales, distintos de los antiguos.”

El sistema propuesto innova modelos contractuales, pero siempre dentro de los principios civiles básicos, que no cambian, a fin de mantener, con forma y aplicaciones nuevas, ese equilibrio ponderado de intereses y derechos entre las partes y esa correlación proporcionada entre prestación y contraprestación, que las nuevas fórmulas no deben traspasar ni alterar, sin serio peligro de fracaso para el sistema, y, lo que es más grave, de pérdida de la fe en el Derecho.

d) Para ello hay que distinguir perfectamente entre la propiedad de la tierra y su explotación económica y comercial. Ha pasado mucho tiempo creyéndose que sin la unión de ambos factores en una sola mano, era imposible una política agraria ágil y eficaz.

Alberto BALLARÍN, en su prólogo a la biografía de Costa por Martín Retortillo, dice: “Hoy, como ayer, como siempre, la solución de los problemas agrarios se esconde en la combinación acertada del individualismo con el colectivismo. Costa encabeza éste con la célula municipal, principalmente; mientras hoy tomamos como unidad operatoria la realidad institucional de la Empresa; pero la esencia de su institución vale todavía”.

Es, en efecto, así; pero a medida que cambian los medios económicos de cultivo y las industrias de transformación de productos acuden a pie de explotación, se pone de relieve que lo verdaderamente importante no es una concentración territorial que, a veces, sirve para acelerar el cambio de destino agrícola por el industrial o el urbanístico; sino la unidad de explotación y de mercantilización que permita el íntegro aprovechamiento del esfuerzo humano y de la fecundidad terrestre; pues si el suelo pertenece a uno o a muchos, solamente influye, a posteriori de la producción, en el reparto de sus remanentes líquidos.

En este momento, Egipto, que se prepara ante su magna transformación por los riegos derivados de la presa de Asuan, viene estudiando la cuestión desde todos los puntos de vista, en sus varios aspectos; y, en el que ahora nos ocupa, he aquí lo que dice en su Revista Oficial “El Escriba” edición en español, publicada en El Cairo, número de octubre último, artículo titulado “La Cooperación Agrícola en la R. A. U.”.

“Se temía que la explotación de los minifundios fuera incompatible con los medios y métodos modernos; la división entrañaba grandes dificultades, tanto materiales como teóricas, para hacer prevalecer la maquinaria agrícola y los métodos productivos”.

“La constitución de Sociedades, Cooperativas... permite a los *fellahin* beneficiarse de la producción en gran escala, no siendo poseedores más que de una pequeña parcela, ya que, integrando todos esos pequeños trozos, es posible adoptar los medios técnicos más modernos”.

“El Ministerio de Asuntos Sociales preparó un proyecto de financiamiento agrícola cuyo fin era facilitar las relaciones de los agricultores con las Cooperativas Agrícolas. Este proyecto preveía la concesión de créditos y la prestación de otros servicios a pequeños cultivadores, a base de sus bienes efectivos y con garantía de las cosechas”.

Véase como no es preciso desposeer a los propietarios de su dominio de pequeños fundos, sino agrupar éstos para su explotación conjunta. Por eso, si a este mantenimiento de propiedades se agrega la aplicación del dominio dividido, resultará que, sin perturbar la explotación colectiva, disfrutarán muchas más personas de los beneficios directos e indirectos de la transformación de la tierra, es decir, de la plusvalía potencial, con una inversión mucho menor de capital oficial de establecimiento.

c) Esta concepción de la compatibilidad del dominio minifundista con la explotación colectivista, va ganando terreno sobre otras, cuya utilidad y grandes beneficios prestados son enormes y evidentes, pero que van siendo sobrepasadas por la velocidad de los acontecimientos. Así, el preámbulo del D. de 2 de enero último, sobre “Ordenación Rural”, dice, entre otras cosas: “El tránsito para determinadas zonas, de una economía de subsistencia a una economía de mercado, que exige producir a precios competitivos, impone cada vez con más fuerza la necesidad de ir a una economía de grupos, con el fin de buscar en la mayor dimensión de las explotaciones y en la creación de servicios cooperativos, entre otras medidas, una más alta rentabilidad de los capitales y de las Empresas”.

Clara está la necesidad de mayor extensión en las explotaciones, sin alusión alguna a que éstas formen una sola propiedad territorial, en mano de una persona física o jurídica; como es paladina la distinción entre la rentabilidad de los capitales, el primero la tierra, y de las empresas que los hacen producir.

Es evidente que la mayor dimensión, en grado creciente, de las explotaciones, no permitirá ir rectificando una y otra vez cifras superficiales de concentraciones de tierras y de unidades de cultivo anteriores; habrán de arbitrarse soluciones para llegar a la unidad de gran explotación mediante agrupación de tierras y de explotaciones que se unan para ejercitar un derecho de utilización conjunta, sin menzuga de su situación de propiedad separada. Cuando se piense en ello y se quieran salvaguardar el derecho, la personalidad, el estímulo y el interés de propietarios y colonos, por una parte, y de los últimos y la unidad explotadora por otra, habrá de acudir a soluciones de dominio útil y directo, en forma moderna, situándolos en igual plano dando recíprocos derechos a uno y otro y previendo de un modo cierto

la consolidación del dominio pleno, después de una prudente separación temporal, en la que haya cumplido su función.

Mi llamada de atención puede conducir a que, examinada mi propuesta, se descarte como inviable, lo que ya sería un resultado de utilidad esclarecedora. Pero tengo confianza en que pueda abrir nuevos caminos, útiles y equitativos, conducentes a permitir un ponderado equilibrio de derechos y una justa proporcionalidad de intereses entre propietarios antiguos y nuevos, cultivadores y empresas, Estado y particulares; llegando a fórmulas facilitantes para colonización, con menos inversión inicial y con participación final en la nueva riqueza para el mayor número posible de personas; todo lo cual se traduciría en mayor provecho público y en mayor bienestar nacional.

Cordialmente así lo deseo y con ello mi tarea ha terminado. Perdonad sus muchas faltas.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

IN MEMORIAM:

PROFESOR D. JUAN OSSORIO MORALES

El Profesor D. Juan Ossorio Morales, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada, ha muerto en esta ciudad el día 11 del pasado mes de julio, después de sufrir con ejemplar resignación y espíritu cristiano una larga y penosa enfermedad. La noticia, no por esperada menos dolorosa, no puede dejar de conmover a todos los que le conocimos y quisimos.

No hacía mucho tiempo que fui a visitarlo, y tuve entonces la seguridad de que pronto Dios se lo llevaría. Manolo, me dijo, esta es la última vez que nos vemos en este mundo, y dándome un estrecho abrazo de despedida, le brotaron las lágrimas. Lloramos juntos. El, no por temor, que desde hacía tiempo estaba cierto de que su fin se acercaba, y había acatado serena y valientemente la voluntad del Señor, sino por el afecto que todo ser de su exquisita y fina sensibilidad pone en el último y supremo adiós a quienes deja. Yo, porque entonces se agolparon en mi mente los recuerdos y el afecto de tantos años de convivencia, y por la congoja que se experimenta ante la proximidad de la pérdida de quienes han sido las más excelsas cosas que para alguien se puede ser aquí: padre o maestro.

Es un tópico decir que el Profesor Ossorio deja un enorme vacío. Pero así es; y no nos atemorice el tópico, porque al fin y al cabo con tópicos es con lo que se dicen las grandes verdades. Vacío en la cátedra, vacío en el foro, vacío en la vida cotidiana de quienes le frecuentaban y podían paladear su ingenio agudo y su hombría de bien, vacío en la ciudad, en la que sucesivamente lo fue todo, desde Decano de su Facultad de Derecho, a Presidente de su Caja general de Ahorros y Monte de Piedad, Presidente de su Club de Fútbol y Alcalde de su Ayuntamiento; y todo lo fue porque le llevaron a serlo, que él nunca lo buscó, pues de quererlo hubiera sido cualquier cosa que se propusiera, que talento y preparación le sobraban. Con razón, otro ilustre profesor granadino, D. Nicolás Pérez Serrano, le había dedicado —recuerdo haberlo leído alguna vez en su biblioteca— uno de sus libros, diciendo: «A Juan Ossorio, hombre de cátedra, hombre de foro y hombre de pro».

Había nacido Ossorio en Manila, el año 1901, y estudió en España e Inglaterra, consiguiendo el número uno en las brillantes oposiciones a cátedras de Derecho civil celebradas el año 1935, oposiciones que dieron acceso a aquella también a los profesores Bonet y Batlle. Tres nombres prestigiosísimos de nuestra Universidad y de nuestro Derecho. Desempeñó primero su función docente en Murcia, y luego, el año 1940, pasó a Granada, donde hasta su fallecimiento explicó y ejerció el Derecho civil.

Desde el punto de vista de éste, que es desde el que queremos contemplar aquí su personalidad, no se sabe qué fue más admirable en él, si el maestro o

el abogado. En ambos aspectos, que supo fundir como nadie, brilló por su rigor, su claridad, su profundidad y su buen sentido.

Deja Ossorio una importante aportación al Derecho civil, en conferencias, comentarios a jurisprudencia, artículos y libros. Señalaré sólo, por orden cronológico, los más importantes: *Los enfermos mentales ante la legislación civil* (1931), *La doctrina de la consideration en el Derecho contractual inglés* (1932), *Las servidumbres personales* (1936), *La pluralidad de tutores* (1939), *El legado de parte alicuota* (1939), *Estudios de Derecho privado* (1942), *La familia en el nuevo Derecho italiano* (1942), *El salario justo y el régimen de subsidios familiares* (1944), *Modernas directrices de la contratación* (1944), *Los principios generales del Derecho*, traducción y apéndice al conocido libro de Del Vecchio (1948), *Derecho y literatura* (1949), *Crisis de la dogmática del contrato* (1952), *Las legislaciones especiales de arrendamientos* (1952), *La lesión en el contrato de compraventa* (1954), *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)* (1956), *Manual de Sucesión testada* (1957), y *El Derecho y la vida* (1960). Por último, fue colaborador de casi todas las principales revistas y publicaciones periódicas españolas de su especialidad, como la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la de *Derecho Privado* (de cuyo Consejo de Redacción formó parte durante más de veinte años), los *Anales de la Academia Matritense del Notariado* y este ANUARIO.

Con todo, sería incompleto medir a Ossorio Morales exclusivamente por su extraordinaria competencia universitaria y profesional. El era mucho más que solo eso. Era un hombre cultivado en todos los aspectos de su personalidad, era un conversador inigualable, un inteligente observador, un amigo insustituible, un hombre bueno, ponderado, afable y sencillo. Era de aquellas personas cuya falta, no por pura fórmula se dice que se siente, sino que de verdad se siente profunda y apesadumbradamente. Era un maestro cuya última magnífica lección ha sido la de saber sufrir y morir con la resignación y la humildad de un íntegro caballero cristiano.

Hoy nos queda su obra y su imborrable recuerdo. Su cuerpo reposa en la querida e incomparable tierra granadina. El «agua oculta que flora» acaricia su sueño. Su alma está con Dios. ¡Que Este quiera darnos una vida tan fecunda y una muerte tan ejemplar!

MANUEL ALBALADEJO

*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Barcelona.*

II El libro visto por su autor

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia* (vol. I: «El matrimonio y su economía»). Barcelona. Librería Bosch, 1963.

El Director de este *Anuario*, mi querido amigo y colega profesor DE CASTRO, me pide que escriba una nota acerca de mi último libro. Yo no sé si corresponde ésta a sus deseos. Ciertamente no, si lo que quiere es una crítica: es, me parece, imposible, al acabar de escribirla, una crítica real, por el propio autor, de una obra honesta. Sin duda, un autor avisado, si adrede ha escrito con precipitación o con prematuro «yavalismo» (con el «ya vale», que dicho antes de tiempo es vicio, y en su sazón virtud), puede señalar enseguida defectos en su obra: un ulterior y más atento estudio le permitirá criticar tesis, descubrir lagunas y rectificar construcciones endeblés. Por mi parte, confieso que he dedicado a la obra el tiempo que he creído preciso. Es claro que, empleando más, hubiera podido hacer obra mejor. Pero lo es también que lo mejor es enemigo de lo bueno, y lo bueno enemigo de lo aceptable. Puesto a escribir, el autor ha de calibrar sus fuerzas y marcarse un nivel, objetivamente suficiente y subjetivamente proporcionado a ellas. Y ese es el primer problema que he tenido que resolver frente al «Tratado de Derecho civil» que, en colaboración, estoy escribiendo. No he pretendido, al escribir, alcanzar la bondad absoluta (dentro de mis propias y limitadas posibilidades), sino obtener, habida cuenta de todas las circunstancias, el mejor resultado posible.

Trato de expresarlo con números. Supongamos que la calidad máxima que puedo alcanzar en mi libro es de cien. Pues bien: si para alcanzar un índice de calidad de noventa son precisas diez horas, para lograr uno de noventa y nueve necesitaré cien, y para conseguir el de cien me harán falta mil horas. Quiero decir que se llega a un momento en el cual el incremento de la bondad del libro es lo bastante pequeño, y el incremento del dispendio de tiempo lo suficientemente grande, como para que no sea razonable proseguir. El perfectismo, es tan vicioso como el «yavalismo».

He escrito, así, con la idea de que, Dios ayudando, me queden años de vida para redactar los tomos (no pocos) con que debo contribuir a esta obra: para la labor de corrección y perfeccionamiento del propio libro, si ha lugar a ulteriores ediciones, y para otros trabajos, de muy diversa índole, que tengo en proyecto. He tratado de alcanzar, dentro de mis fuerzas, un honrado nivel. He escrito, de todo lo que sabía, todo lo que me ha parecido preciso para un Tratado extenso: de hecho, de las que he visto, no he dejado demasiadas cosas importantes en el tintero. En estas condiciones, creo que sólo esa labor de ulterior perfeccionamiento, cada vez más costosa y menos fructífera, me permitiría ahora, fresca aún la tinta, realizar una verdadera crítica de mi obra. Sin ella, nadie encontrará raro que yo esté conforme todavía con casi todo cuanto he dicho en el libro y con la manera

de hacerlo, pues de lo contrario no lo hubiera escrito. Mal puede, entonces, ser esta nota una crítica propiamente dicha: sí intenta ser una explicación sucinta de cómo he escrito y de algunos puntos que me parecen más interesantes en mi trabajo.

El libro, como digo, forma parte de un proyectado Tratado general de Derecho civil. La extensión de éste puede calcularse entre quince y veinte volúmenes. Constituye, en el pensamiento del profesor ALBALADEJO y en el mío, un tratado de tipo medio, es decir, que sin llegar a ser una serie de monografías, excede notoriamente, en su orientación y contenido, el ámbito del Tratado elemental. Nuestra idea es una exposición de Derecho civil centrada en la abundante problemática de la regulación legal, que pretendemos integrar y sistematizar; dirigida a penetrar en los artículos del Código (cuyas evidentes imperfecciones no les impiden ser, de ordinario, la base del razonamiento jurídico), extrayendo de ellos toda su virtualidad normativa, y en la que encuentre una consideración amplia y una ordenación adecuada el entero contenido de cada instituto: idea cuya realización exige un tratamiento en profundidad superior a la de los —por lo demás excelentes, y desde luego, no superficiales— que, en Francia, se suelen denominar «Tratado elemental».

El estilo de mi libro, según creo, si bien un tanto duro y a veces en exceso técnico, es directo y conciso; si se compara la extensión del volumen con el número de cuestiones en él tratadas, creo que puede considerársele como una obra *relativamente* breve, o, lo que es lo mismo, como una obra bastante densa. Tal, al menos, ha sido mi intento. No emplear más palabras de las precisas; no decir más de lo necesario. Y, a la vez, emplear todo el espacio requerido para que la idea aparezca suficientemente nítida; iluminarla desde diversos ángulos si así conviene para valorar sus detalles; no omitir cualquier extremo cuya noticia pueda ser útil. Con todo ello, conseguir el máximo «coeficiente de información» compatible con un mínimo de claridad.

He procurado decir cada cosa en un solo lugar, sin referencias excesivas ni reiteraciones. Ello me ha obligado a estudiar con bastante detenimiento el sistema que había de dar a la obra, a fin de no tratar diversas veces una misma materia. Y, consecuente con esas orientaciones, he evitado la enumeración de opiniones coincidentes y la de definiciones de distintos autores (no me parece demasiado útil ésto para el curioso lector, pues, si no conoce la materia, un exceso de definiciones al ingreso de ella, acaso le confunda; y si la conoce, lo que más le interesa son las conclusiones concretas en que tales definiciones se traducen).

Con este *modus operandi*, ya imaginará el lector, y así es, que mis libros, en su primera redacción (el «monstruo»), tiene una extensión enormemente mayor que en la última. Se dice que para hacer una estatua perfecta basta con tomar un bloque de la materia elegida y quitarle lo que sobra. Por mi parte, una vez hecha la primera redacción, inicio despiadadamente la caza de repeticiones, y frases y palabras inútiles, hasta conseguir esa sequedad en el estilo que, con razón o sin ella (todo es discutible), me ha gustado siempre en los libros alemanes de Derecho civil, en los que he tenido buena ocasión de aprenderla por haber traducido alguno de ellos.

Quizá le parezca al lector que me entretengo con exceso en estos detalles nimios de redacción. Creo que no son nimios. Los que llama nuestro GRACIAN (cuya lectura debiera exigirse, como una especie de reválida, a todo el que se propone escribir sobre Derecho, y aún simplemente escribir) el «cambioso follaje del ornato» es, en un libro jurídico serio, una especie de fraude. Entiéndaseme: no pretendo excluir el retruécano hábil que descubre el sofisma; el ejemplo que sirve de contrafigura a una idea demasiado abstracta; ni aún la facecia (esa en la que es maestro mi admirado amigo, silente tanto tiempo ha, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO) que enseña riendo. Así cuando, a propósito de los hijos puestos en condición, el símil de «las cabras puestas en condición» nos abre de golpe perspectivas insospechadas. El chiste, entonces, es una forma superlativa de la brevedad. Lo que censuro es, no ya la retórica, la declamación y el epifonema, hoy prácticamente desaparecidos, sino lo que podríamos llamar la «exposición gárrula»: esa que entretiene al lector más de la cuenta, y se pasea cómodamente sobre la superficie de unos datos conocidos, sin arriesgarse a descender a niveles más oscuros, y en los que, desde luego, con crecidos esfuerzo y fatiga, la luz descubre más.

En tema de Tratados, mi ideal no es el libro que sirve de pista por donde patina la atención del lector, sino el que toma a éste de la mano, y lo descende a los infiernos. Si queremos seguir la comparación, digamos también que ha de anunciarles, a la entrada, que abandone toda esperanza: toda esperanza de llegar a dominar una materia cuyo conocimiento, conforme va siendo mayor, hace surgir un número correspondientemente mayor de problemas no resueltos.

Un libro así sólo puede escribirse en una situación de cierta angustia; de cierta agonía (ya se entiende el sentido de estas palabras), que el lector atento captará, y hará suyas, y hará fructificar en sí. Yo creo que la pasión del autor puede comunicarse al lector, a virtud de una especie de simpatía: no porque el libro se dedique a describir aquélla, sino porque con aquélla ha sido escrito. Y es en estos casos cuando el lector, aunque acaso tarde algo más en hacer suyo lo que lee, puede incorporarlo más profundamente al acervo de sus conocimientos: por eso que hay, en lo escrito, de sentimiento. Para hacer conocer, importa hacer sentir.

Pero insensiblemente he ido discurriendo desde la forma del escribir jurídico a la ética y talante del escritor. La autocrítica que me piden se está convirtiendo en una especie de confesión y de manifiesto. En este segundo aspecto, evidentemente muy controvertible. Estará pensando el lector que «ya vale». Yo, también. Volvamos al libro de mis pecados.

* * *

Forma parte de un sedicente Tratado *teórico-práctico*. Con este rótulo y programa, era preciso elegir una determinada fórmula de sus componentes. Es éste un punto que me ha preocupado a lo largo de toda la obra. Había que decidir la parte que en el libro se concedería a la dogmática abstracta, a la Historia, al Derecho extranjero (comparado o no), y a las cuestiones metajurídicas que plantean —antes o después de su regulación— los institutos contemplados por la ley.

En cuanto a estos últimos elementos, he optado por la máxima parquedad. El Derecho extranjero puede, en alguna ocasión, aún expuesto en cuanto tal, informar sobre posibles reformas del propio o suministrar nuevos puntos de vista para contemplarlo. Pero, por lo común, la información sobre legislación extranjera es más propia del tratamiento monográfico. Para el civilista, y sobre todo para el que escribe un tratado de Derecho civil, la utilidad del Derecho extranjero no consiste en exponerlo, sino en aprovecharlo: en tomar de él los problemas y a veces las soluciones, para trasladarlos, en tanto en cuanto sea posible, a la exposición de materias de nuestro Derecho positivo. Se trata, entonces, de un Derecho ajeno estudiado en función del propio. Al lector, no se le suministran todos los datos de la legislación vernácula de un autor extranjero cuya opinión se cita, sino sólo, comprobada por el autor la semejanza de legislaciones y la consiguiente (relativa) aplicabilidad de la opinión a nuestro Derecho, ideas inmediatamente válidas para la interpretación del Código civil y leyes adyacentes. Toda la labor previa hasta llegar a este punto, no aparece ni debe aparecer reflejada en la obra.

Relativamente a los datos metajurídicos, considero más importante la sociología que la filosofía de cada instituto: ésta, forma una ciencia aparte, sin demasiada conexión con la interpretación de las normas positivas; aquélla, en cambio, arroja luz abundante sobre el *factum* que el Derecho va a ordenar (pero no dominar totalmente), y del cual habrá de deducirse muchas veces el significado concreto de la norma. Por eso, me preocupa más la consistencia sociológica de la familia que las numerosas hipótesis sobre el fundamento del derecho a la herencia: aquélla, habrá de colaborar con la ley para extraer la regla aplicable al caso concreto; en cambio, desde el momento en que la ley impone la herencia, a la vez permite al civilista desentenderse de todos aquellos problemas axiológicos que no graviten directamente sobre la hermenéutica legal, y que deben quedar para especialistas de otra rama. Sólo cuando una institución se halla predeterminada por verdaderas reglas de Derecho natural (que no parecen abundar), han de aplicarse éstas.

No voy a ocultar mi declarada simpatía por el dato histórico, que tiene, a mi entender, una doble función. De una parte, del mismo modo que la sociología, son importantes las líneas fundamentales de la evolución de los más importantes institutos para que el lector pueda «ambientarse» en ellos: incluso, a veces, datos remotos pueden tener cierto valor interpretativo. Pero, además, la historia genéticamente vinculada a un determinado precepto del Derecho positivo, tiene trascendencia muy especial para su interpretación. Más todavía en un Código, como el español, que por imperativo de la Ley de bases, había que respetar en gran parte el *statu quo* anterior.

En la interpretación del Código civil, también por esta misma razón, es elemento imprescindible el proyecto de 1851. He escrito este libro, como otros anteriores, teniéndolo siempre al alcance de la mano. Gracias a él, he podido llegar a algunos resultados interesantes y que considero nuevos. Manejo siempre la edición de GARCÍA GOYENA, cuyos comentarios son clave indispensable en muchos casos para interpretarlo.

También, en cierto modo, pueden considerarse como antecedentes his-

tóricos el Código de Napoleón y el Código italiano de 1865. Con ellos y con la doctrina en torno a ellos nacida, se logra muchas veces «hacer consciente lo inconsciente» de nuestro legislador. Cuando se limitó a copiar preceptos, la interpretación no puede prescindir del sentido de los modelos, y de ahí la importancia de la doctrina (sobre todo francesa), anterior a 1888, y aún de la ulterior.

Finalmente, las leyes generales anteriores al Código (en este caso, sobre todo, la de matrimonio civil), han sido, para mí, un valioso elemento de interpretación. Por desgracia, no he podido utilizar todavía los proyectos inmediatamente antecedentes a nuestro primer cuerpo legal: sí he tenido muy en cuenta las modificaciones de la segunda redacción del Código en relación con la primera.

He procurado reducir las construcciones dogmáticas a justos límites, y poniéndolas habitualmente en relación con sus repercusiones sobre la problemática legal. Es difícil alcanzar exactamente esos «justos límites» que, a mi modo de ver, se hallan en la necesidad de que las construcciones teóricas se fundamenten en datos positivos y tengan eficacia práctica o, al menos, un destacado valor para la formación del sistema. Cuando no ocurre así, la teoría se transforma en un juego preciosista que hace perder el tiempo al autor y al lector: mucho más si las teorías se toman de autores extranjeros sin ponerlas en relación con su circunstancia, como ocurre con los pandectistas: se exponen sus opiniones, pero sin advertir que han sido elaboradas sobre la base de textos del Derecho romano común, y por tanto, que su validez para el Derecho positivo español es cuestionable.

No obstante, a veces me ha parecido necesario dar cuenta de las teorías divergentes en torno a la «naturaleza» de un instituto (cosa que he hecho con la mayor sobriedad posible), por presumir que un considerable número de lectores desea esta información (acaso para contestar a un programa de oposiciones) o por creer que, en el caso, las tesis contrapuestas iluminan con luces distintas el objeto estudiado, y que la aceptación de una ha de justificarse con la negación de las otras.

La obra se halla dedicada fundamentalmente al tratamiento del Derecho positivo: al planteamiento, en torno a los pertinentes artículos del Código civil, de la problemática que encierran, y a la solución de sus lagunas. He procurado recoger toda la jurisprudencia que puede tener algún interés, incluso, en cuanto posible, de Audiencias territoriales. Cito las decisiones importantes poniéndolas en relación con el supuesto de hecho a que responden: creo que es la única manera de hacer valer realmente la jurisprudencia. Remito a los conocidos trabajos de PUIG BRUTAU sobre el tema, que todo jurista ha de suscribir sin reservas. La máxima jurisprudencial, destacada de su circunstancia, se presta fácilmente al engaño.

La ecuación apuntada al principio de esta nota entre la posible perfección de la obra y el tiempo razonable para escribirla, me ha llevado a consultar los libros y trabajos que me han parecido más importantes, dejando a un lado a los que, verosimilmente, poco de nuevo podían enseñar. Es materialmente imposible ver todo lo que se ha escrito sobre cualquier asunto, en una ciencia que lleva más de dos mil quinientos años de vida. La mole bibliográfica es cada día más imponente. El autor se ve forzado a elegir lo que le parece mejor, y despreocuparse de los demás. Es lo que he

intentado hacer. Evito, incluso, la cita de autores que han quedado como clásicos, si otros, posteriores, me parecen más cualificados, o los anteriores a aquéllos más representativos.

Donde ya no me parecería lícito regatear el tiempo es en la solución de un problema importante. Planteado, no puede dejarse a medias el camino emprendido; cueste lo que cueste, hay que llegar tan lejos como sea preciso. En un caso así, nunca he dado de mano hasta haber completado mi discurso con la solución (afortunada o desafortunada, pero adoptada maduramente), de todas las dificultades que, a veces sucesivamente, se me ofrecían. Al lado de esto, hay puntos en los cuales no he llegado a formar una opinión segura: materias que, una vez reunidos todos los datos a mi alcance, me han parecido y me siguen pareciendo discutibles, y en las cuales no puedo hacer sino dejar constancia de esa perplejidad, y presentar los principales argumentos en favor de las diversas posiciones defendibles.

En definitiva, mi preocupación, al escribir este libro, ha sido la clarificación y sistematización de los artículos correspondientes del Código civil y leyes complementarias. He intentado dejar cierta constancia de ello adoptando, dentro de la forma sistemática que el libro tiene, un cierto aspecto exegético. Los artículos, escritos en forma destacada (y no repetidos ya en la exposición, salvo raras excepciones), van comentados a continuación, y en ese comentario he tratado de obtener de cada precepto todo el mensaje que lleva ínsito.

Acaso debiera explicar también aquí el método de interpretación que sigo, pero ello me obligaría a prolongar con exceso esta nota. Baste decir que trato de respetar, en principio, el texto legal; que atribuyo gran importancia a su historia mediata e inmediata, como índice de la voluntad del legislador; que, para mi, «legislador» no es simplemente el que vota la ley; que trato de configurar esa «voluntad» en su verdadera entidad, es decir, como una serie de intelecciones y voliciones que van desde los primeros antecedentes a los últimos trabajos prelegislativos y, naturalmente, al significado del texto; que, con todo, esa abstracta «voluntad» de tan diversos componentes, no es para mi una meta, sino un hito, a partir del cual hay que poner la norma en relación con la situación económica y social de cada momento; que tanto como la norma en sí, vale el sistema, en el cual debe insertarse el precepto concreto en la forma más racional posible; y que en la formación de ese sistema y, sobre todo, en la integración de sus lagunas, hago intervenir también, como índice de esa hipotética «voluntad del legislador», la contemplación de los intereses que con la norma se quisieron proteger. Por lo demás, el respeto al texto legal no es, para mi, fetichismo: hay partes del Código que están hechas con mayor reposo y consciencia y que resultan más respetables; las hay que han sido hechas precipitadamente, y en las cuales parece como si el legislador no supiera lo que dice. Todo esto ha de tenerse en cuenta, como también el hecho de que el legislador español del XIX (es decir, el miembro de una comisión legislativa), muchas veces un buen práctico, era un hombre muy atareado que trabajaba ocasionalmente, sin retribución, y casi siempre a ratos perdidos, en una ocupación distinta de la suya habitual; que, por lo regular, tenía una formación científica deficientísima; que, muchas veces, ignoraba idiomas extranjeros; y que asistía a una sesión de la Comisión correspondiente

y faltaba a dos. No era un profesional en el arte de legislar —por desgracia, no existe la especialización de redactor de leyes, como si el hacerlo estuviera al alcance de cualquier jurista que brille en el Foro o la Política— y acaso ni un mediano aficionado. Y el hecho de que, por lo común, escribiera en un buen castellano preceptos breves y generales, no impidió que cometiera graves errores, los cuales, una vez conocidos, no deben elevarse al rango de ley. Todo ello obliga a un difícil equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesaria racionalidad de la norma. Las normas, a veces, no son racionales, pero siempre *tienen que ser* racionales. El intérprete, entonces, ha de tener la sensatez que faltó en el precipitado y un tanto frívolo legislador. Tarea difícil en la cual, necesariamente, he debido cometer muchos fallos.

* * *

El sistema de mi libro —según digo— ha sido largamente meditado. No voy a transcribir el índice completo, pero sí creo conveniente dar cuenta de los epígrafes generales, que son como sigue:

I. *Familia y Derecho de familia*. Principios generales.—Pasado y presente de la familia.—Caracteres del Derecho de familia.—Derechos y potestades familiares.

II. *El matrimonio en general*. Conceptos fundamentales. Historia.—El sistema matrimonial español.—Los esponsales.

III. *El contrato matrimonial*. Formación del matrimonio canónico.—Requisitos y formalidades civiles del matrimonio canónico.—Formación del matrimonio civil.—Conclusión del matrimonio canónico.—Especialidades de la forma normal y formas especiales en el matrimonio canónico.—Conclusión del matrimonio civil.—Prueba del matrimonio.

IV. *El vínculo matrimonial*. Invalidez e ilicitud del matrimonio.—Los conceptos de eficacia e ineficacia.—El matrimonio putativo.—Efectos civiles de la nulidad del matrimonio.—Separación de los cónyuges.—La disolución del matrimonio.

V. *Efectos del matrimonio*. Las relaciones personales entre los cónyuges.—La capacidad patrimonial de la mujer casada y la autoridad marital.—Actos que no puede realizar sin licencia la mujer casada.—La potestad marital.—La licencia y la falta de licencia.—Los contratos entre cónyuges, en general.—En particular, las donaciones entre cónyuges.

VI. *Organización económica de la sociedad conyugal*. Conceptos generales. Historia y Derecho comparado.—Caracteres del régimen matrimonial en el Código civil.—La contribución a las cargas del matrimonio.—Publicidad del régimen matrimonial.

VII. *Los capítulos matrimoniales*. Concepto y caracteres.—Requisitos de los capítulos.—Contenido de los capítulos.—Novación.—Ineficacia.

VIII. *Donaciones «propter nuptias» y dote*. Las donaciones por razón de matrimonio.—La dote: concepto y clases.—Naturaleza de la constitución de dote.—Régimen de la constitución de dote.—La constitución obligatoria de dote.—La constitución de dote y los terceros. Dote confesada.—Régimen de la dote estimada.—Régimen de la dote inestimada.—La dote mobiliaria.—Restitución de la dote.

IX. *Las masas patrimoniales, en general*. Los patrimonios privativos y

su dinámica.—El equilibrio entre patrimonios: la subrogación real.—Derechos de preempción.—Acciones de sociedades.—Reglas particulares para el patrimonio general de la mujer (bienes parafernales).—Los parafernales entregados.—Prueba de la pertenencia de los bienes.—Los bienes de los cónyuges y el Registro de la Propiedad.

X. *La sociedad legal de gananciales*. El concepto.—Naturaleza y estructura de la sociedad de gananciales.—Los bienes comunes, en general.—Frutos y rentas.—Los bienes privativos.—Las deudas de los cónyuges.—Administración y disposición de los bienes gananciales.—Protección de la mujer contra los actos ilegales, arriesgados o fraudulentos del marido.—Disolución de la comunidad de gananciales.—Indivisión que sigue a la disolución de la comunidad.—El pasivo ganancial, tras la disolución de la sociedad.—La renuncia a los gananciales.—Las operaciones de liquidación, en general.—Las relaciones entre masas a la liquidación del consorcio.—Práctica de la liquidación y división.—División de varias comunidades de gananciales.

XI. *Otros regímenes económicos del matrimonio*. Regímenes de comunidad y equivalentes.—El régimen de separación absoluta.—El régimen dotal.

XII. *Situaciones anormales en el matrimonio*. La llamada «separación judicial» de los artículos 1.432 a 1.440 C. c.—Administración y enajenación de los bienes del matrimonio en circunstancias anormales.

* * *

Finalmente, voy a señalar algunos puntos del libro que acaso representen cierta novedad o brinden alguna enseñanza útil, o acerca de los cuales deseo dar alguna explicación.

Parágrafo 4.º Hay un intento personal de clasificar los derechos y potestades familiares, cuyos conceptos he estudiado con alguna atención. Advertido, en particular, cómo la potestad, igual que el derecho real representa el poder inmediato sobre la cosa, supone todavía hoy el poder directo sobre la persona.

Parágrafos 5 a 19. La redacción de estos párrafos, que se anuncia en colaboración con mi entrañable amigo el profesor SANCIO REBULLIDA, obedece a un proceso que nos interesa relatar. En el curso de 1947 a 1948 edité en multicopista unas explicaciones de cátedra muy extensas sobre el matrimonio y parte del régimen matrimonial. Creo que, para aquellas fechas, tenían cierta originalidad: aparte exposiciones históricas amplias, trataban con detenimiento e ideas propias, entre otros, problemas como el régimen y naturaleza de los esponsales, la inscripción del matrimonio canónico y validez del no inscrito, y los temas de ineficacia e invalidez del matrimonio.

Al pedir a SANCIO, hace más de un par de años, su colaboración en el libro, le entregué los viejos apuntes. Cuantitativamente, la parte de ellos que ha pasado al libro es pequeña: el trabajo que, un año después, me entregó mi colaborador, extraordinariamente extenso (habíamos convenido que era preferible que pecara por carta de más) y documentado, era realmente de nueva planta. Pero en ese trabajo me había dejado SANCIO, con esa modestia tan suya, la corrección y ordenación definitivas. En ellas reduje, no sé si a las dos terceras partes o a la mitad, la extensión de lo escrito que me dio, no porque no fuera todo de gran valor, sino porque excedía de los

límites impuestos por la naturaleza del Tratado. Al hacer yo la redacción definitiva, introduje modificaciones considerables en el estilo y reordené el material, pero sólo en raras ocasiones me serví de fuentes distintas del propio trabajo entregado. El autor me había autorizado para hacer cuantos cambios deseara, pero hubiera resultado fuera de tono alterar la labor de un compañero cuya competencia no considero, en caso alguno, inferior a la mía, y mucho menos en estas cuestiones de su especialidad. Sólo cuando, en raras ocasiones, su opinión me pareció provisional y chocaba con otra mía que encontraba yo difícilmente discutible, alteré su dictamen. Mayores fueron, como digo, las modificaciones de estilo, para adaptar lo escrito al tono general de la obra: en particular, para no perder ideas valiosas, pero expuestas con mucho detalle, condensé partes extensas del trabajo entregado. Añadí algunas ideas personales, por ejemplo, en tema de matrimonio canónico ante sólo testigos, y en materia de prueba de matrimonio. Finalmente, rehice, con particular intensidad, los dos primeros párrafos del capítulo IV, relativo al vínculo matrimonial, a fin de separar de modo tajante las cuestiones de invalidez del matrimonio, gobernadas, para el canónico y el civil, respectivamente, por los textos del *Codex* y del Código, de las de eficacia e ineficacia que, según vengo profesando desde que escribí mis apuntes, dependen fundamentalmente de la ley civil: sobre todo, de los artículos 51 y 69 del Código. En los párrafos 17 y 18, escritos más de prisa por imperativo del plazo marcado, hice también ciertas adiciones.

En conjunto, pues, los párrafos 5 a 19 de la obra son notoriamente más propios de SANCHO que míos, si bien soy igualmente responsable de cuanto en ellos se dice, pues mi labor ulterior supone, en general, que suscribo sus afirmaciones, o, cuando menos, que las encuentro muy defendibles: en otro caso, no hubiera podido, moralmente, proceder a su publicación, sin antes discutir con el autor los puntos de vista contrapuestos.

No es lo mismo señalar los pasajes que me parecen importantes en mi propia obra, y los que así estimo en otra ajena. No creo que entre en los límites del encargo recibido esto segundo. No puedo por menos de señalar, sin embargo, la tersa y segura exposición del sistema matrimonial español del párrafo 6.º; el notable enfoque de la transcripción supletoria y tardía en el undécimo; y la originalidad en el planteamiento de los párrafos 15 y siguientes, en los que, superando mis ideas, el profesor SANCHO ha hecho una perfecta crítica del concepto de «inexistencia» del matrimonio (que yo, erróneamente, había aceptado antes); ha planteado la distinción cuatrimembre de los matrimonios según su validez y eficacia, y la diversificación de los casos a que puede referirse el artículo 51 del Código, y, en particular, ha señalado el concepto de *matrimonio válido ineficaz*. Constituyen, asimismo, pequeñas monografías de gran valor, el párrafo dedicado a los esponsales (I) y las páginas que tratan del matrimonio putativo, éstas sobre las ideas del profesor JORDANO.

Parágrafo 21. Aporto una interpretación de los artículos 59 y siguientes del Código, sobre la base de los antecedentes históricos y, en particular, de

(1) Consta de los siguientes epígrafes: Concepto e historia.—El Código civil y el *Codex iuris canonici*.—Naturaleza jurídica.—Contenido.—Requisitos del negocio.—La ruptura inmotivada.

la mutación verificada por la Sección de lo civil de la Comisión de Codificación, una vez publicada ya parte de la primera edición de aquel cuerpo legal, en el sistema económico matrimonial previsto en ella, al introducirse los bienes parafernales y concederse así a la mujer la administración de su patrimonio general, contra la regulación originaria que establecía la administración por el marido. Este cambio, producido un mes después de aprobada la publicación de la primera edición del Código, condiciona la interpretación de todos los preceptos de índole patrimonial relativos al matrimonio, y también de los que configuran la capacidad de la esposa. Con ayuda de esa clave he llegado, aquí y en otros lugares, a resultados un tanto distintos de los ordinariamente aceptados.

Parágrafo 23. Ideas personales en tema de la potestad marital y de prescripción de los actos de la mujer sin licencia del marido (interpretación del art. 1.301 C. c.).

Parágrafo 24. He reunido en él las consideraciones, que en otras obras andan dispersas, sobre el problema general de la contratación entre cónyuges, y análisis de los contratos más frecuentes; en el parágrafo siguiente, como continuación de éste estudio las donaciones entre cónyuges (también las indirectas).

Parágrafo 26. Intento aquilatar el concepto de «régimen matrimonial», con alguna novedad sobre lo que se había dicho hasta ahora, y trato luego de su evolución histórica. Hago notar la relatividad de los índices habituales de clasificación de los sistemas económico-matrimoniales.

Parágrafo 28. La cuestión de la contribución a las cargas del matrimonio se hallaba, entre nosotros, inabordable, y valía la pena estudiarla, primero *in genere*, y luego para cada régimen. Plantéo el problema de la contribución con los capitales de los cónyuges cuando no basten sus ingresos ordinarios, y el del cálculo y forma de la contribución.

Parágrafo 29. Tema nuevo: la publicidad del régimen matrimonial, tras la profunda modificación introducida por la Ley y el Reglamento del Registro civil.

Parágrafos 30 y siguientes. Reordenación y estudio amplio de una materia preterida por la doctrina: los capítulos matrimoniales, que distingo de la estipulación capitular. Extenso estudio de la novación de capítulos (2) y su ineficacia (3).

Parágrafos 36 y siguientes. La dote. Sistematización que centra el estudio primero en la constitución de dote, para pasar al régimen de la dote estimada (simple crédito dotal, y no patrimonio), y al de la inestimada (patrimonio total, con relación al cual, y sólo a él, se puede hablar de propiedad, usufructo, administración y disposición).

Parágrafos 45 y siguientes. Acentuando una dirección que inició mi llorado amigo MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, abstraigo de los preceptos del Código

(2) Con los siguientes epígrafes: Concepto.—Distinciones.—Inmutabilidad y donaciones capitulares.—En particular, la interdependencia entre estipulaciones y liberalidades y el artículo 1.319.—Concurrencia a la novación.—Forma.—Límites de la inmutabilidad.—Publicidad de la novación.—Simulación de aportaciones e interdependencia.

(3) Con esta distribución de materias: Caducidad: duración del efecto vinculante antes de la boda.—La ineficacia.—La invalidez: los supuestos de falta o vicio del consentimiento.—La acción de nulidad.—Efectos, en general.—Confirmación de capítulos anulables.

civil una teoría general de las masas patrimoniales, previa al estudio de los singulares regímenes económicos del matrimonio. Me parece importante que el civilista se acostumbre a pensar en la economía del matrimonio, no como un conjunto de cosas y deudas, sino como la coexistencia de una serie de patrimonios a los que cosas y deudas se hallan adscritas. Tales patrimonios se comunican entre sí, dando lugar a relaciones internas de obligación, cuya naturaleza ha de estudiarse dentro de esta teoría general, junto con la *vis atractiva* del patrimonio común bajo el régimen de gananciales; la prohibición (relativa) de constituirse los cónyuges bienes propios a costa del patrimonio común; los problemas de la subrogación real; la naturaleza de las adquisiciones en virtud de retracto (en particular, cuestiones planteadas por las ampliaciones de capital de sociedades anónimas), etc. En esta teoría general entran también los bienes parafernales, que no son un patrimonio separado existente bajo determinado régimen, sino, sencillamente, el patrimonio general de la mujer, sometido en algunos puntos, y sea cual sea el régimen matrimonial, a reglas especiales (arts. 1.381-91 C. c.), y en todo lo demás a las mismas que gobiernan el patrimonio del marido.

Parágrafo 50. Al tratar de la prueba de la pertenencia privativa de los bienes por reconocimiento del perjudicado, pongo el acento sobre el artículo 1.344 del Código, como límite de la eficacia de la confesión, por un cónyuge, de ser privativos del otro ciertos bienes. Estudio el tema a la luz de los artículos 1.407, 1.334, y 1.232-2.º, a los que suele atribuirse un significado que no tienen.

Parágrafo 57. En tema de deudas de los cónyuges he introducido la distinción, corriente entre los civilistas extranjeros, entre pasivo provisional u obligación por la deuda y pasivo definitivo o contribución a la deuda, sacando las consecuencias que esta definición entraña (4).

Parágrafos 61 y siguientes. La liquidación de la comunidad conyugal tiene un enfoque distinto del usual hasta ahora. Los autores de obras sistemáticas habían prestado al asunto poca atención, acaso pensando que lo fundamental de él pertenecía al tratado de la partición de herencia. Los comentaristas le dedicaban más espacio, pero trabajando sobre una parte del Código muy imperfecta y llena de lagunas. Yo he intentado condensar en cincuenta y cinco páginas la doctrina que me ha parecido más importante: la extensión es grande frente a la que hasta aquí se venía destinando al tema, pero pequeña si se compara con la que le conceden las obras francesas. Punto de partida ha sido la concepción de la indivisión postmatrimonial como una nueva comunidad, también de tipo universal, pero semejante a la hereditaria. Es de esta nueva comunidad de donde hay que partir, tanto para estudiar el período precedente a la partición como para enfocar correctamente las operaciones liquidatorias, que se realizan sobre

(4) Índice de este parágrafo: Deuda y responsabilidad.—Sistema del C. c. Responsabilidad *erga omnes e inter partes*.—Orientación general del art. 1.408.—Las deudas comunes del marido, constante matrimonio.—El art. 1.413 y el embargo de inmuebles gananciales.—Deudas comunes de la mujer.—Las restantes deudas de los cónyuges.—Aplicabilidad general del artículo 1.410 C. c.—En particular, las deudas antematrimoniales.—En particular, la responsabilidad extracontractual.—Los derechos del cónyuge no deudor, y el art. 1.410.—Deudas de juego.—Preferencia entre acreedores.—El problema de la contribución.—En particular, gastos ocasionados por los hijos.

el supuesto de unas masas patrimoniales cuyo contenido se ha de delimitar, y cuyas relaciones de deuda, nacidas constante matrimonio o disuelto éste, hay que liquidar. El Código aborda la cuestión de modo equívoco e incompleto: los artículos 1.421 a 1.423 parecen estar escritos como si, a la disolución de la sociedad de gananciales, se constituyera una sola masa con la totalidad de los bienes privativos y comunes de los cónyuges y lo debido por ellos al consorcio, de la cual, una vez inventariada, se extraerían primero los bienes de la mujer, pagándose los créditos que tiene la comunidad y el marido, de modo que reciba su capital íntegro. Luego, se pagarían las deudas con los bienes restantes, y finalmente, se reintegraría el capital del marido, reembolsándole de todo cuanto aportó a la sociedad. Mas no es así. Los patrimonios conyugales se conservan individualizados, y la liquidación consiste en saldar las relaciones entre ellos y las del patrimonio común con terceros. Desde otro punto de vista, el Código no considera como ganancia el exceso de valor del patrimonio final de cada cónyuge sobre el inicial, sino los bienes concretos que restan en la masa común a la disolución del consorcio, después de pagadas las deudas y cobrados los créditos internos y contra terceros. Partiendo de estas dos claves, el tratamiento había de separarse de las obras anteriores, aun cuando no puede decirse que el sistema sea original: es clara su inspiración francesa (5). La originalidad puede estar en la interpretación de los textos españoles.

Al final de la obra, procuro que quede muy clara la distinción entre el régimen matrimonial de separación absoluta (sea de origen convencional

(5) He aquí el índice de toda esta materia:

Indivisión que sigue a la disolución de comunidad. Concepto, naturaleza y fuentes.—Iniciación.—Transmisión de activo y pasivo.—La cuota.—Naturaleza y caracteres.—Efectos de la enajenación de la cuota de gananciales.—La cuota y el Registro de la propiedad.—Activo de la comunidad.—Administración de la comunidad.—Deudas y responsabilidades del consorcio postmatrimonial.—Enajenación de bienes comunes.—Disposición de bienes privativos.—Alimentos a los partícipes.

El pasivo ganancial, tras la disolución de la sociedad. Planteamiento del problema.—No hay transmisión de las deudas al cesar el régimen legal.—En particular, la posición de la mujer.—Derechos de los acreedores, antes y después de la liquidación.—El embargo de bienes comunes.—La enajenación de bienes comunes y los acreedores.

La renuncia a los gananciales. Génesis y regulación legal.—La renuncia no se refiere al régimen.—Imposibilidad de extinguir la sociedad mediante la renuncia.—Diferencias entre la renuncia del marido y de la mujer.—Reglas de la renuncia comunes a ambos cónyuges.—Consecuencias generales de la renuncia.—En particular, el acrecimiento.

Las operaciones de liquidación, en general. Sentido de las operaciones de liquidación.—Enumeración.—Fuentes legales.—Los sujetos en las operaciones de liquidación.—Procedimiento.—Gastos.—Fijación de los datos previos, inventario.—La idea del C. c. sobre la liquidación. Inconvenientes de la interpretación dominante de los arts. 1.421 a 1.423 C. c.—El inventario sólo comprende los bienes comunes.—Significado de los arts. 1.421 a 1.423 C. c.—Formación y contenido del inventario.

Las relaciones entre masas a la liquidación del consorcio. Concepto: remisión.—Reintegros a la masa consorcial.—Reembolsos debidos por la masa común a los cónyuges.—Deudas de un cónyuge frente al otro.—Importe de reintegros y reembolsos.—El reintegro de los muebles perdidos o deteriorados. Hipótesis.—La doctrina.—Interpretación del artículo 1.425 C. c.

Práctica de la liquidación y división. Formación del plan.—La compensación en las relaciones entre masas.—Los bienes privativos y la liquidación.—Práctica de los reintegros y reembolsos.—La predestrucción del artículo 1.420 C. c.—El crédito del art. 1.427 C. c.—División.

División de varias comunidades de gananciales. Apreciación teórica.—La regulación del C. c.

o legal) (6), y la llamada «separación judicial» de los artículos 1.432 a 1.440, simple *modus vivendi* y no régimen matrimonial, cuyas relaciones con el régimen de separación son, en el mejor de los casos, más bien remotas.

Creo sinceramente que la cantidad de cosas nuevas que hay en este libro es superior a la habitual en una nueva obra general, donde la originalidad tiene un lugar mucho más reducido que en la monografía. Seguramente, de ellas, muchas serán superadas después, pero en pocas, espero, se volverá, cuando las hubiera, a las antiguas posiciones. De momento, mi libro puede parecer a algunos ultraconservadores un tanto «herético»: mi aspiración, que no sé si cumplirá, pues ignoro si tiene méritos aparentes para ello (de los reales, desconfío todavía más), es que devenga una obra clásica.

No me parece obstáculo para eso el que sea una obra un tanto distinta de las anteriores. Al contrario: era preciso que fuera distinta. Así ocurre siempre: el progreso es un paso sobre lo anterior, hacia algo nuevo. Yo no pretendía escribir una obra diferente, si bien no me pareció mal que lo fuera. Incluso, siendo semejante a las anteriores, ¿hubiera valido la pena escribir?

(6) Los epígrafes del párrafo 69 son éstos: El régimen de separación absoluta: concepto. Fuentes de originación.—Fuentes de regulación.—Naturaleza.—La separación. Prueba de la propiedad de los bienes.—La *collaboratio* y el régimen de separación.—La comunidad doméstica y la integridad de los patrimonios separados.—Administración de los bienes y responsabilidad por las deudas.—Liquidación del régimen.

III. DICTAMENES

Dictamen sobre impugnación y resolución de contratos.

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: *Antecedentes.—Consulta.—Dictamen:* I. *Impugnación del contrato de enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.»:* 1. El defecto de legitimación del gerente de la sociedad para disponer del establecimiento mercantil; 2. Tratamiento jurídico de la falta de legitimación; 3. La prescripción de la acción tendente a la declaración de ineficacia del acto dispositivo desprovisto de legitimación y la usucapión del establecimiento mercantil; 4. La subsistencia de la sociedad, pese a la enajenación del establecimiento; 5. El escollo derivado de la doctrina de los actos propios y de la ratificación tácita; 6. La doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica», aplicada al caso, y manera de soslayarla; 7. El principio *venire contra factum* y la publicidad material positiva del Registro mercantil; 8. Ejercicio de la acción de impugnación del contrato de venta del establecimiento; 9. Abuso de representación y contrato consigo mismo del socio administrador por lo que se refiere a la novación de arrendamiento del local de negocio; 10. Consecuencias de la declaración de invalidez o ineficacia instada a nombre de la sociedad.—II. *Resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio por obras inconsentidas que modifican la configuración del local:* 1. Alcance de la autorización concedida para transformar y mejorar las instalaciones existentes; 2. Calificación de las obras realizadas en el local como implicadoras de modificación o alteración de la configuración de dicho local; 3. Incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la acción de resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio por obras inconsentidas con la acción de impugnación del contrato de enajenación del establecimiento mercantil por falta de legitimación en el disponente.—Valor de la renuncia al derecho de reducción de rentas.—III. *Conclusiones.*

ANTECEDENTES

I. Tras diversas vicisitudes que no son del caso, «Almacenes G., S. L.» pasó a estar integrada por dos socios, don J. G. y su hijo mayor don L. G., teniendo el primero un 60 % de las participaciones sociales y el segundo un 40 %.

Don J. G. ostentaba la gerencia de la sociedad y era apoderado de su hijo mayor, con amplias facultades de administración y enajenación de toda clase de bienes del mismo, desde que éste se trasladó a residir en el extranjero.

2. El 12 de mayo de 1955, mediante documento privado, don J. G., en su calidad de socio administrador de la sociedad citada, y don F. R. acuerdan:

«Don F. R., en nombre propio adquiere a don J. G., en representación de «Almacenes G., S. L.», el negocio que tiene establecido en el inmueble de las calles X. y Z., de V., del que es propietario don J. G., en las siguientes condiciones:

Instalaciones y mobiliario: representado por toda clase de estanterías, mostradores, escaparates, muebles, sillas, etc., con exclusión del ascensor en funcionamiento por ser un anejo del edificio, en la cantidad de pesetas..., que abonará en el acto de la escritura o en un plazo de seis meses con un interés del 6 %, quedando también incluido en este concepto de instalaciones *todas las lunas*, instalación eléctrica en general, etc., y quedando autorizado el comprador para efectuar cuantas transformaciones crea convenientes en mejoramiento de las instalaciones existentes. (Sigue el inventario de las mercancías y lo referente a la suerte de los empleados y de los créditos pendientes, todo ello irrelevante para este dictamen.)

Alquiler del edificio: Don J. G. cede, mediante el oportuno contrato que se extenderá con fecha primero de junio, el arriendo de todo el inmueble a don F. R., en la renta mensual de pesetas..., que hará efectivas en el domicilio del arrendador del uno al seis de cada mes, haciendo constar el arrendatario que renuncia su derecho a la revisión de la renta. Igualmente se hace constar que cualquier aumento de contribución repercutible será por cuenta del señor R., siempre y cuando se refiera a renta superior a la pactada».

· Antes figuraba como arrendataria del edificio «Almacenes G., S. L.».

3. Días después, el 31 de mayo de igual año, también mediante documento privado, las mismas partes —actuando el señor G. por su propio y personal derecho— acuerdan:

«El señor G. cede en arriendo al señor R. el edificio número 5 de la calle de X. y número 8 de la calle Z., de V., inmueble de su propiedad, en la cantidad de pesetas..., pagaderas del uno al seis de cada mes vencido.

Como garantía de este alquiler, el señor R. entrega al señor G. la cantidad de pesetas..., importe de dos mensualidades.

Este documento será anulado al extenderse el impreso de la Cámara de la Propiedad, en el que se hará constar los extremos contenidos en este acuerdo».

4. Con la misma fecha 31 de mayo de 1955 hay otro documento privado en el que intervienen don J. G. representando a la entidad «Almacenes G., S. L.», de la que era socio administrador, y don F. R., por su propio derecho. Dice así, por lo que a este dictamen interesa:

«Y dispuestos a formalizar por escrito los acuerdos que ya tienen concertados en relación con los géneros e instalaciones de aquella sociedad, lo llevan a efecto con arreglo a las siguientes estipulaciones:

Primera.—Don J. G., en nombre de la entidad que representa, vende a don F. R. todos los géneros y mercancías actualmente existentes en «Almacenes G., S. L.» por el precio de pesetas...

Segunda.—«Almacenes G., S. L.» transfiere a favor de don F. R. las facturas de clientes pendientes de cobro, que figuran en la relación adjunta,

facultándole en consecuencia para que proceda al cobro de las mismas en su exclusivo provecho».

Las estipulaciones tercera y cuarta se refieren a los abonos de las cuentas acreedoras pendientes y a los plazos que se conceden al señor R. para el pago del saldo o diferencia resultante a favor de «Almacenes G., S. L.».

La estipulación quinta reza así: «Almacenes G., S. L.» vende asimismo a don F. R. la instalación y mobiliario existentes en el número 5 de la calle X. y número 8 de la calle Z., de esta ciudad, representado por toda clase de estanterías, mostradores, escaparates, *lunas interiores*, sillas, mesas, máquinas de escribir, máquinas registradoras, archivadoras, caja de caudales, instalación eléctrica, etc., excluyéndose el ascensor en funcionamiento, por ser un anexo del inmueble. El precio de las instalaciones y mobiliario comprendido en la venta será el de pesetas..., que el comprador satisfará a «Almacenes G., S. L.» en el plazo de seis meses a contar de esta fecha, con el devengo del interés del 6 % anual hasta el momento del pago total».

Después de la estipulación sexta, referente a los empleados, dice así la séptima: «Todas las cargas y gravámenes, sueldos, impuestos, deudas y demás no especificado anteriormente con relación al negocio que hasta ahora se vino explotando en el edificio número 5 de la calle X. y número 8 de la calle Z., de esta ciudad, por «Almacenes G., S. L.» y se encuentren pendientes de pago en el día de hoy, así como los gastos e impuestos de todo orden que se originen por la disolución y liquidación de la sociedad, serán de cargo exclusivo de la misma».

5. Don F. R., posesionado de los locales mencionados, procede a introducir en ellos determinadas reformas, tales como: rebajar hasta el suelo el asolerado de piedra de la entrada por la calle X.; hacer un amplio vestíbulo público de acceso, sin cierres, que reduce considerablemente la antigua extensión cerrada de la planta baja; ampliar la extensión del entresuelo hasta la fachada de las misma calle, mediante la construcción de una repisa de cemento armado que afecta a las dos columnas frontales del edificio; suprimir las *lunas exteriores* del entresuelo; construir para oficinas un entrepiso o altillo entre la planta baja y el entresuelo, desde la escalera hasta los escaparates que dan a la calle Z., suprimiendo para ello parte de la barandilla de dicha escalera; construir una entreplanta de madera en el sótano, apoyada en vigas de idéntico material que penetran en la pared y están sujetas con cemento, etc.

6. Transcurridos cuatro años, falleció don J. G., dejando como herederos testamentarios a su esposa y cinco hijos. Es de notar que los llamados a la herencia de dicho causante coinciden con los actuales socios de «Almacenes G., S. L.», sociedad aún no extinguida formalmente.

CONSULTA

En síntesis se nos pide nuestra opinión acerca de las posibilidades que hay de impugnar o resolver los contratos documentados privadamente el 12 y 31 de mayo de 1955.

DICTAMEN

I

IMPUGNACION DEL CONTRATO DE ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL DE «ALMACENES G., S. L.»

I.—Como punto de partida, conviene dejar sentado que el objeto del negocio jurídico recogido en los documentos privados de 12 y 31 de mayo de 1955 es, propiamente, un «establecimiento mercantil» (sobre el concepto de éste vid. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, pp. 29 y ss.).

¿Estaba realmente legitimado don J. G., como socio administrador o gerente de «Almacenes G., S. L.», para realizar en favor de don F. R. el acto de disposición que llevó a cabo del establecimiento mercantil de dicha sociedad, incluida su base física (local de negocio)?

Fundamental a efectos de determinar el alcance de la legitimación de don J. G., como gerente de la sociedad, es el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

«La administración de la sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, quienes la representarán en *todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma*, obligándola con sus actos y contratos».

Conviene señalar que la representación «para todos los asuntos relativos al giro o tráfico» de la sociedad, con la que se recoge la doctrina del apoderamiento típico ilimitable frente a tercero, establecida por nuestras leyes de sociedades (anónimas y limitadas), para la representación orgánica de los administradores, debe ser entendida como haciendo referencia únicamente a todos los actos que sean necesarios para asegurar el normal desarrollo de la empresa (en cuanto actividad), que constituya el objeto de la sociedad. El gerente, pues, está legitimado para realizar todos los actos que exige el giro o tráfico normal de la sociedad; pero nunca estará legitimado *per se* para enajenar el establecimiento o empresa (en cuanto organización) propiedad de aquélla. Esa facultad dispositiva no entra, en modo alguno, dentro del ámbito legal del apoderamiento típico del administrador o gerente de una sociedad limitada, por cuanto constituye un acto que va más allá de lo que es necesario para el normal desarrollo de la misma. No se trata de «una operación frecuente y necesaria en quien está al frente de un negocio o empresa» (sentencia de 27 de diciembre de 1943, referente a un supuesto de delegación de la facultad para aceptar letras, realizado por el gerente de una sociedad anónima; el T. S. reconoció la validez del acto con base, fundamentalmente, en la frase entrecomillada).

Así, pues, configurado legalmente el poder del administrador o gerente de una sociedad limitada bajo la idea de la representación «para todos los asuntos relativos al giro o tráfico» de la sociedad, se nos aparece el acto dispositivo realizado por don J. G. como un acto desprovisto de legitimación. Nótese que «Almacenes G., S. L.» no confirió a su gerente facultades disposi-

tivas que desbordasen el contenido del apoderamiento legal típico. Al margen de éste, el único apoderamiento que había era el otorgado individualmente por don L. G., quien facultó a su padre para «enajenar toda clase de bienes» (suyos, naturalmente; pero no los de la sociedad).

La enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.» exigía para ser eficaz un previo acuerdo social adoptado por mayoría constituida necesariamente en Junta general, Junta que ni siquiera llegó a ser convocada, por lo que ya carece de interés discurrir acerca de la procedencia de aplicar también el artículo 17 de la Ley, referente al *quorum* de socios (mayoría de ellos) y de capital (2/3) necesario para la válida constitución de la Junta que ha de adoptar ciertos acuerdos sociales de carácter extraordinario, entre los cuales no figura ciertamente el de la enajenación del establecimiento mercantil. Entendemos que al venderse éste no hay necesariamente y *de iure* reducción del capital social; ni modificación de la escritura social por lo que se refiere al objeto de la sociedad, que continúa invariado como *posibilidad* específica («compraventa de tejidos, confecciones y similares») o genérica («toda clase de negocios de lícito comercio que de plena conformidad acuerden los socios»), o al domicilio de la sociedad, que continúa teniendo su *sede jurídica* en la ciudad de V., siendo indiferente cuáles sean los locales (*base física*) que dentro de dicha ciudad ocupe la sociedad (puede ser desahuciada de uno concreto, y conservar su «domicilio legal»); ni, finalmente, disolución de la sociedad, aunque en la mente de los autores del documento de 31 de mayo de 1955 estuviera la ulterior disolución y liquidación de la sociedad, pues aquella sólo procedía conforme a lo dispuesto en los estatutos sociales y en el artículo 30 de la Ley de Sociedades Limitadas. Ninguna de las causas estatutarias y legales de disolución operó: ni siquiera las del número 2.º del artículo 30 de la Ley, toda vez que la disolución por conclusión de la empresa (en cuanto actividad) que constituya el objeto social no pudo darse, porque los estatutos, al determinar el objeto social, utilizaron —como es usual— una fórmula amplia que permite a la sociedad dedicarse a diversas actividades; y la disolución por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social tampoco se dio por no encontrarnos en ninguno de los casos en que por motivos externos o internos sea posible *manifiestamente* la realización de los fines sociales. No hay que confundir la paralización definitiva de la vida de la sociedad por razones externas (obstáculos naturales, impedimentos de carácter técnico, etc.), o internas (disenciones o diferencias entre los socios que paraliquen totalmente la actividad de los órganos sociales), con el simple cese de las operaciones sociales, que puede ser temporal. En nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el mero cese de las operaciones sociales no implica la disolución de la sociedad. En contra de la solución propugnada por la jurisprudencia práctica francesa, nuestro Tribunal Supremo admite que la ulterior paralización por cierto tiempo de la explotación del negocio (empresa como actividad económica), no desvirtúa el concepto de industria (sentencia de 30 de enero de 1956, confirmatoria de las de 16 de marzo de 1948, 12 de julio de 1952, 14 de febrero de 1954 y 11 de abril de 1955, recaídas todas ellas a propósito del arrendamiento de industria o negocio).

Pero aunque no sea de aplicar el artículo 17 de la Ley, lo cierto es

que en todo caso falta el acuerdo mayoritario acerca de la enajenación del establecimiento mercantil, adoptado —conforme al art. 14 de la Ley— en Junta general. Esta ni se celebró, ni se llegó siquiera a convocar. Pudo convocarse y celebrarse válidamente, aún en ausencia del socio don L. G., votando a favor del acuerdo don J. G., que representaba por sí mismo más de la mitad del capital social, pero dicha mayoría tenía que formarse necesariamente en Junta general, convocada y celebrada en legal forma. Obsérvese que no estimándose aplicable el artículo 17 de la Ley, si bien en todo caso hacía falta la convocatoria y celebración de la Junta general, no era menester que don J. G. contase con la representación de su hijo don L. conferida por escrito y *con carácter especial* para la Junta (art. 16, párrafo 3.º, de la Ley de Sociedades Limitadas), ya que el primero, por sí sólo, podía constituir la mayoría, conforme al párrafo último del artículo 14 de la Ley. Pero del artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas, y de los principios generales aplicables a toda sociedad, se desprende que, para que la decisión de la mayoría sea vinculante, es necesario que el acuerdo sea adoptado en Junta general.

Lo curioso del caso objeto de nuestro dictamen es que don J. G. estaba perfectamente legitimado (con legitimación directa, como titular de sus participaciones sociales, y con legitimación indirecta, como apoderado voluntario de su hijo, facultado para enajenar toda clase de bienes, incluidas —claro está—, las cuotas o partes sociales de don L. G.), a efectos de vender todas las participaciones sociales de «Almacenes G., S. L.» al señor R., habiéndose podido conseguir de este modo el mismo resultado económico perseguido (enajenación de la empresa mercantil —en cuanto organización— y traspaso del local de negocio), que de otra manera no era viable. Pues mediante la concentración por compraventa de todas las participaciones sociales en manos de don F. R., éste hubiera devenido prácticamente dueño de la empresa o industria y arrendatario del local de negocio, como socio único de la sociedad, sin que ello implicara su disolución (cfr. resolución de la D. G. R. N. de 11 de abril de 1945, apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con los arts. 150 de la propia Ley y 30 de la de 17 de julio de 1953, sentencias del T. S. de 3 de octubre y 19 de noviembre de 1955 y resolución de la D. G. R. N. de 22 de noviembre de 1957) (vid. también nuestro estudio «La sociedad de un solo socio», en *Revista de Derecho mercantil*, enero-marzo 1964, págs. 7 y sigs.). Pero lo cierto es que no se hizo así, incidiéndose en un claro defecto de legitimación.

Como consecuencia de lo que llevamos dicho, resulta que el acto dispositivo realizado por don J. G. es un acto desprovisto de legitimación (legitimación indirecta o del representante). En virtud de la representación, un sujeto (representante) está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o de una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado). El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. Los efectos que el negocio celebrado por el representante despliega en la esfera jurídica del interesado tienen su raíz en el poder de representación. Cuando este poder falta, quien obra como tal repre-

sentante sin poderes, o excediendo los límites de éstos, no obliga al tercero interesado, aunque es responsable hacia la otra parte del daño que ésta sufra por haber confiado *sin culpa* en la validez del contrato (LADARIA, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 65-66).

2.—Si la existencia de un poder suficiente es lo que determina la legitimación del representante, se comprende que será ineficaz por falta de legitimación el acto llevado a cabo por quien se arroga un poder inexistente (artículo 1.259 del C. c.) o por el representante que excede los límites de su poder (arts. 1.714, 1.725 y 1.727 del C. c.). Cuando el representante excede en su actuación los límites del poder concedido (exceso y violación de poder), el acto es ineficaz y no vincula al representado (arts. 1.714 y 1.725), salvo que lo ratifique (art. 1.727, párrafo 2.º, del C. c.). En la representación orgánica de los administradores, tanto de sociedades anónimas como de responsabilidad limitada, existe exceso o violación de poder cuando el representante obra fuera del poder típicamente configurado por la ley (arts. 11 de la Ley de Sociedades Limitadas y 76-77 de la Ley de Sociedades Anónimas), o más allá de las facultades que se les atribuyan por los estatutos sociales, además de las que les concede la ley (cfr. arts. 120, núm. 8, y 102, letra *h*, del Reglamento mercantil). Los preceptos antes citados del Código civil (arts. 1.259, 1.714, 1.725 y 1.727), son aplicables como Derecho supletorio (arts. 16 del Código civil y 2.º y 50 del C. de c.).

La compraventa realizada en nombre del titular de la cosa vendida será eficaz cuando el vendedor obre en representación de aquél mediante poder representativo *ex lege* o *ex voluntate*, e ineficaz —por falta de legitimación— en caso contrario (art. 1.259 del C. c.).

En algunos ordenamientos se habla de «nulidad» del acto desprovisto de legitimación indirecta (cfr. arts. 1.259 del C. c. español y 1.398 del C. c. italiano de 1942), pero la jurisprudencia y la doctrina (vid. LADARIA, *op. cit.*, página 74, nota 46, y p. 76, nota 57), han señalado la impropiedad terminológica: se trata de hipótesis de simple *ineficacia*, derivada de la falta de legitimación. El acto realizado en nombre de otro sin ostentar la representación de éste, o violando los límites del poder conferido, es ineficaz por falta de legitimación, salvo que el acto sea ratificado por el interesado (arts. 1.259, párrafo 2.º, y 1.727, párrafo 2.º, del C. c.). Antes de la ratificación el acto es ineficaz por falta de legitimación; no nulo, como afirma el artículo 1.259 del Código civil.

El T. S. ha rectificado la dicción legal señalando que antes de la ratificación el acto es equiparable, en principio, a un negocio inexistente que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer *a posteriori*, cual es el consentimiento del principal o representado, de suerte que, frente a éste, el negocio es como si no existiera, en tanto no se ratifique; y que la posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él, no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio ineficaz para aquél (sentencias del T. S. de 14 de diciembre

de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945 y 25 de junio de 1946 y resolución de la D. G. R. N. de 3 de marzo de 1953).

La ratificación aparece, pues, como un medio de subsanación de la ineficacia derivada de haber sido realizado un acto jurídico por quien carecía del necesario poder u obraba excediendo los límites del que legal o voluntariamente le había sido conferido (cfr. sentencia de 14 de diciembre de 1940). Pero en nuestro caso no hubo ratificación, ni expresa ni tácita, por cuanto que, según parece, la sociedad interesada no se aprovechó de los actos celebrados por don J. G. sin poder o excediéndose de sus facultades (cfr. sentencias del T. S. de 8 de julio de 1903, 13 de marzo de 1913, 17 de junio de 1920 y 6 de abril de 1934), no pudiéndose deducir así la ratificación tácita a través de actos concluyentes de carácter inequívoco (cfr. sentencia del T. S. de 25 de junio de 1946).

3.—Si el acto dispositivo realizado por don J. G. es jurídicamente ineficaz respecto de «Almacenes G., S. L.», es evidente que no alcanza la prescripción extintiva cuatrienal a la acción correspondiente, que no es la de nulidad (*rectius*: anulabilidad) (cfr. art. 1.301 del C. c.). Como acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción, prescribirá a los quince años (arg. art. 1.964 del C. c.).

Ahora bien, pudiera ocurrir que el señor R. haya ganado por menos término el dominio del establecimiento mercantil enajenado sin legitimación: precisamente la usucapión o prescripción adquisitiva, lo que subsana es el defecto de legitimación en el *tradens*. Mas, por de pronto, aún considerando el establecimiento mercantil como cosa mueble (arg. arts. 19 y ss. de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954), no pudo operar la llamada prescripción adquisitiva instantánea prevista por el artículo 85 del Código de comercio, que únicamente se refiere a las mercaderías adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público. Tampoco pudo operar el artículo 464 del Código civil en su interpretación germanista, rechazada expresamente por el T. S. (sentencias de 31 de diciembre de 1910, 13 de enero de 1926, 19 de junio de 1945, 26 de junio de 1946 y 14 de noviembre de 1950, entre otras), porque en todo caso faltaría la buena fe, ya que la presunción general de ésta (art. 434 del C. c.), cedería ante el juego de la llamada publicidad material del Registro mercantil en su aspecto positivo (eficacia ofensiva de la inscripción o en perjuicio de tercero) (arts. 24, *a contrario sensu*, 26, 29, *a contrario sensu*, y 30 del C. de c. y art. 2.º del nuevo Reglamento del Registro mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956, que generaliza, elevándolas a principio general, las citadas normas del C. de c.). En su virtud, se presupone que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia: luego el señor R. no podía ignorar el defecto de legitimación que torna ineficaz la enajenación del establecimiento mercantil (cfr. artículo 433, en relación con el 1.950, del C. c.). Por la misma razón (ausencia de buena fe), tampoco pudo operar la usucapión ordinaria de los bienes muebles durante el plazo de tres años fijado por el párrafo 1.º del artículo 1.955 del C. c.. No queda, pues, más que la posibilidad de una usucapión extraordinaria (*sin buena fe*) por la posesión no interrumpida de seis años, conforme al párrafo 2.º del último artículo citado. Existe, por tanto, la posibilidad de accionar antes de que transcurra ese plazo.

4.—Naturalmente, accionar en nombre de «Almacenes G., S. L.» solicitando la declaración de ineficacia del negocio jurídico dispositivo del establecimiento mercantil de dicha sociedad, incluida su base física (local de negocio), implica la subsistencia de tal razón social como persona jurídica dotada de personalidad independiente de la de sus socios. Por ello, conviene alejar cuidadosamente toda idea de que la Compañía deviniera una mera apariencia o adoleciera de un completo vacío a consecuencia de los contratos entre don J. G. y don F. R. Significaría una contradicción accionar en nombre de la sociedad y dar a ésta por prácticamente extinguida o disuelta.

La subsistencia de la sociedad —que hay que mantener a toda costa si se quiere obtener el éxito—, es cabalmente la que permite superar el escollo derivado de la doctrina de los actos propios y de la ratificación tácita.

5.—Con toda seguridad de aduerso se invocará el principio *venire contra factum proprium non valet*, consagrado por reiterada jurisprudencia del T. S.

Mediante la aceptación de la herencia, los actos del causante resultan actos propios de los herederos (sentencias de 12 de febrero de 1909, 26 de junio de 1916, etc.). A nadie le es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante (sentencias de 8 de mayo de 1901 y 17 de junio de 1902). Y según la sentencia del T. S. de 4 de julio de 1896, el sucesor, si bien en general debe respetar los actos de su causante, puede impugnarlos si éste también hubiera podido hacerlo. Ahora bien, los herederos de don J. G. están vinculados por los actos propios de éste, quien *por sí* indudablemente no podía impugnarlos.

Otra cosa ocurre respecto de la sociedad en cuanto persona jurídica con personalidad independiente de la de sus socios. Y como dice la sentencia del T. S. de 16 de diciembre de 1867, nadie está obligado a responder de actos ajenos, obrados por persona de quien no trae causa.

Los contratos entre don J. G. y don F. R. vinculan, pues, a los herederos del primero en virtud de la doctrina de los actos propios, pero no a la sociedad. Esta, por tanto, podría accionar solicitando la declaración de ineficacia de los contratos que tuvieron por objeto la enajenación a don F. R. del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.».

6.—Mas conviene tener en cuenta un posible obstáculo, ciertamente grave, aunque acaso superable. Nos referimos a la doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica», que cada vez se abre paso más firme en nuestro Derecho, a raíz de la traducción al español de una importante obra de ROLF SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción del alemán y comentarios de Derecho español por JOSÉ PUIG BRUTAU, con prólogo de ANTONIO POLO, Barcelona, 1958) (cfr. la nota crítica de VALLET DE GOYTISOLO, a propósito de la traducción del libro de SERICK, en *Anuario de Derecho civil*, 1958, pp. 1173 y ss., y el anterior estudio de CASTRO, *¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1950, pp. 93 y ss., publicado también parcialmente en el *Anuario de Derecho civil*, 1949, pp. 1397 y ss., bajo el título *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*).

Según dicha doctrina, si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el re-

sultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental del Derecho de sociedades que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una norma, de quebrantar ciertas obligaciones o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

La «penetración a través de la persona jurídica» se impone cuando ésta es utilizada para sustraerse a determinadas obligaciones, y precisamente en tal forma que se deja que una persona jurídica «dominada» realice el acto a cuya omisión se está obligado. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica puede consistir en que alguien al recurrir posteriormente a la forma jurídica social, se coloque en contradicción con su anterior conducta (o con la de su causante *mortis causa*, puesto que los actos propios de éste devienen actos propios para sus herederos).

Cuando el juez, aplicando la doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica», desplaza la forma de ésta por haberse abusado de la misma, la consecuencia jurídica que en general se produce, es la de la frustración de la finalidad ilegítima perseguida. En nuestro caso, el juez ignoraría la personalidad de la sociedad, «penetrando» hasta el substrato real de la misma y descubriendo que tras la forma social se oculta una comunidad hereditaria vinculada por los actos propios de su causante, comunidad que coincide totalmente con los actuales socios de «Almacenes G., S. L.».

Así, pues, si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma o principio que se deba aplicar presuponga que la diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva. Pero, con todo, no será posible desatender la forma de la persona jurídica cuando la identidad de las personas que concurren sólo es parcial (SERICK, op. cit., pp. 241 y ss., *passim*).

Estimamos muy peligrosa, en nuestro caso, la doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica», máxime habida cuenta de que el T. S. español, aunque inconscientemente, ya la ha aplicado en algún supuesto, como en los contemplados por las sentencias de 26 de enero de 1952 y 22 de junio de 1956, entre otros. Nótese que la doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica» no sólo es peligrosa de cara a la pura aplicación del aforismo *venire contra factum proprium non valet*, sino también de cara al posible juego de la ratificación tácita del negocio dispositivo realizado sin legitimación, dada la identificación total que en principio existe entre los miembros de la sociedad y los herederos del administrador o gerente que se excedió de sus poderes: no es lícito al representado o mandante impugnar la eficacia de las obligaciones contraídas en su nombre si las aprobó o ratificó tácitamente aprovechándose del precio de la venta realizada por el representante o mandatario (sentencia del T. S. de 17 de junio de 1920, con referencia concreta a la de 13 de marzo de 1913) (vid., además, las ya citadas sentencias de 8 de julio de 1903 y 6 de abril de 1934).

La única manera de soslayar la aplicación de tal doctrina a nuestro caso sería la de romper la coincidencia total entre herederos de don J. G. y socios de «Almacenes G., S. L.», mediante la repudiación de la herencia de su padre

por parte de don L. G., cosa que es factible siempre y cuando éste no haya aceptado ya la herencia expresa o tácitamente (*gestio pro herede*). A este último respecto conviene advertir que no supone aceptación tácita la firma de una solicitud relativa al pago de los impuestos sucesorios (sentencia del T. S. de 22 de junio de 1923).

7.—Otra manera de evitar el escollo de la doctrina de los actos propios, aún contando con la coincidencia total entre herederos de don J. G. y socios de «Almacenes G., S. L.», es la de estimar con PUIG BRUTAU (*Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios, Barcelona, 1951, pp. 111 y ss.*), que estando la doctrina en cuestión situada dentro del cuadro general de situaciones jurídicas cuya firmeza descansa en la protección concedida a la confianza en la apariencia, no cabe invocar el principio *venire contra factum proprium non valet* cuando dicha confianza en la apariencia no es merecedora de protección, es decir, cuando la apariencia provocada por los actos propios está claramente contradicha por la publicidad material del Registro mercantil en su aspecto positivo (eficacia ofensiva de la inscripción o en perjuicio de tercero), ya que se presupone que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia (art. 2.º del nuevo Reglamento del Registro mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956 y arts. 24, *a contrario sensu*, 26, 29, *a contrario sensu* y 30 del C. de c.).

Por lo demás, para la aplicación del principio que veda ir contra los actos propios, es indispensable que los actos realizados sean jurídicamente eficaces (sentencia del T. S. de 21 de enero de 1922); no pudiendo hablarse de contradicción de actos propios cuando los primeramente realizados no son jurídicamente eficaces (sentencia del T. S. de 21 de junio de 1945). Pero ya vimos cómo los actos llevados a cabo por don J. G. son *ineficaces*.

8.—Resumiendo todo lo dicho, entendemos que «Almacenes G., S. L.», aún en vida, puede impugnar, solicitando su declaración de invalidez o ineficacia en juicio declarativo ordinario, el contrato de enajenación del establecimiento mercantil de dicha sociedad, incluida su base física (local de negocio), realizado por el socio administrador o gerente don J. G. sin legitimación para ello, al haber excedido en su actuación los límites del poder concedido por la ley y los estatutos sociales. Para asegurar más el éxito de la acción cabría que don L. G. repudiase la herencia de su padre.

Tal acción deberá ejercitarse antes de que transcurra el plazo de los seis años fijado legalmente para la usucapión extraordinaria de los bienes muebles. Y como quiera que en el contrato de arrendamiento documentado el 31 de mayo de 1955 interviene en concepto de propietario don J. G. por su propio y personal derecho, acaso convenga demandar, además de a don F. R., a los herederos del señor G. (es decir, a quienes son partes en dicho contrato, originariamente o por sucesión *mortis causa*, conforme al artículo 1.257, párrafo 1.º, del C. c.), con el fin de evitar la posible excepción de litis consorcio pasivo necesario.

9.—A nuestro modo de ver, en la enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.» se incluyó indudablemente la base física (local de negocio) de dicho establecimiento, cual resulta del documento de 12 de mayo de 1955. Pero el traspaso (materialmente hablando) del

local de negocio se llevó a cabo jurídicamente por la vía de una novación extintiva del primer arrendamiento otorgado en favor de «Almacenes G., Sociedad Limitada» por don J. G., como propietario del edificio: el primitivo arrendamiento quedó extinguido por el nuevo que lo sustituyó —otorgado a favor de don F. R. con fecha 31 de mayo de 1955—, ya que el antiguo y el nuevo arrendamiento son de todo punto incompatibles (art. 1.204 del C. c.). Es aquí únicamente, en esta novación extintiva del primitivo arrendamiento, donde a nuestro juicio hubo una clara autocontratación por parte de don J. G., quien para extinguir mediante novación el inicial contrato de arrendamiento concedido a «Almacenes G., S. L.» actuó al mismo tiempo como representante de esta sociedad (con exceso y violación de poder) y por su propio y personal derecho (como dueño).

En general, existe abuso de representación cuando hay conflicto de intereses entre representante y representado, o sea, cuando el primero, en lugar de perseguir los intereses del segundo, persigue, mediante la estipulación del contrato, intereses propios o de otra persona distinta del representado sin la anuencia de éste. Un claro supuesto de abuso de representación en cuanto a sus consecuencias, puede darse en el contrato consigo mismo, en el que nace el negocio por la actuación de una sola persona en dos conceptos diversos. Según el artículo 1.395 del Código civil italiano de 1942 es válido el contrato consigo mismo cuando el representado haya autorizado específicamente su conclusión y cuando, en defecto de dicha autorización, el contenido del contrato esté determinado de tal modo que se excluya la posibilidad del conflicto de intereses entre representante y representado. En los demás supuestos, el contrato consigo mismo es anulable. En el Derecho español falta una reglamentación general de esta figura, pero contienen prohibiciones concretas los artículos 165, 236, núm. 2.º, 275 números 3.º y 4.º, y 1.459 del Código civil y 267 del Código de comercio. Los actos celebrados contraviniendo estas prohibiciones son nulos. Las sentencias del T. S. de 6 de marzo de 1909 y 24 de marzo de 1930 niegan la posibilidad del autocontrato basándose en la inexistencia de dos voluntades distintas necesarias para el consentimiento (art. 1.261, núm. 1.º, del C. c.), pero, más acertadamente, las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930, 23 de enero y 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944 y 9 de febrero de 1946, afirman la nulidad del contrato consigo mismo sólo cuando exista conflicto de intereses entre representante y representado, fundando esta doctrina en los preceptos legales citados.

Dado el evidente conflicto de intereses entre representante y representado que en nuestro caso existía, no cabe duda de que en los contratos impugnados concurre una causa más de invalidez.

10.—Antes de acabar este capítulo de nuestro dictamen, es oportuno que tratemos de las consecuencias de la declaración de invalidez o ineficacia que, en su caso, sea instada en nombre de «Almacenes G., S. L.».

Declarados inválidos o ineficaces los contratos documentados privadamente el 12 y 31 de mayo de 1955, «Almacenes G., S. L.» —una vez rota la apariencia jurídica derivada de esos títulos más o menos firmes que de adversos se ostentan (cfr. sentencias del T. S. de 25 de enero de 1945 y 2

de enero de 1946, entre otras)---, está en grado de reivindicar, frente al señor R., el establecimiento mercantil indebidamente enajenado (vid. FERREIR. *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, año 89, 1957, núm. 3086), acción que es ejercitable en el mismo proceso, con todos los efectos que le son propios, teniendo en cuenta la condición del poseedor, que ---como hemos visto--- es de mala fe (arts. 348, párrafo 2.º, 356, 453, párrafo 1.º, 455 y 457 del C. c.). Ahora bien, como quiera que el derecho emanado del arrendamiento no constituye ---según la opinión más fundada--- un derecho real (arg. art. 1.554, núm. 3.º, del C. c.), la reintegración posesoria por lo que se refiere al goce pacífico del local de negocio inicialmente arrendado a «Almacenes G., S. L.» tiene que conseguirse mediatamente (cfr. art. 1.560; *a contrario sensu*, del C. c.), a través del arrendador-propietario (cfr. artículo 116, en relación con el art. 115 de la L. A. U., y sentencia del T. S. de 21 de octubre de 1959), para lo cual habrá que demandar a los herederos de don J. G.

Por otro lado, una vez declarados inválidos o ineficaces los citados contratos, es obvio que, en ulterior proceso, el señor R. podría reclamar, frente a los herederos del señor G., la restitución del precio pagado por la compraventa del establecimiento mercantil (arg. art. 1.303 del C. c.), así como el abono de los gastos necesarios hechos en el edificio (arts. 453 y 455, ap. 1, *in fine*, del C. c.), pues de otra manera se daría lugar a un enriquecimiento injusto o sin causa (cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, y sentencias del T. S. de 23 de diciembre de 1942, 12 de enero de 1943 y 10 de marzo de 1958, entre otras muchísimas). Respecto de los gastos útiles hechos en el edificio, entendemos que sólo asistiría al señor R. el *ius tollendi*, esto es, el derecho de llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que el edificio no sufra deterioro (arg. art. 455, ap. 2, del C. c., pues el régimen de los gastos útiles no puede ser de peor condición que el de los gastos de puro lujo o mero recreo).

Parece que no alcanzará a don J. G., y hoy a sus herederos (cfr. art. 1.257, párrafo 1.º, del C. c.), responsabilidad personal alguna hacia el señor R. por razón de los daños y perjuicios sufridos por éste a consecuencia de la declaración de ineficacia, puesto que ni el señor G. se obligó a ello expresamente, ni traspasó los límites del mandato «sin darle (al señor R.) conocimiento suficiente de sus poderes» (art. 1.725 del C. c.): en virtud del apoderamiento legal típico (art. 11 de la Ley de Sociedades Limitadas) y de lo dispuesto en el artículo 2.º del nuevo Reglamento del Registro mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956 y en los artículos 24, *a contrario sensu*, 26, 29, *a contrario sensu*, y 30 del Código de comercio, o sea, de la llamada publicidad material del Registro mercantil en su aspecto positivo (eficacia ofensiva de la inscripción o en perjuicio de tercero), es como si el administrador o gerente de la sociedad, cuyos poderes figuraban debidamente inscritos en el Registro, hubiera dado a la parte con quien contrató conocimiento suficiente de aquéllos. Con otras palabras, quien obra en nombre de otro excediendo los límites de los poderes conferidos, no es personalmente responsable hacia la otra parte contratante del daño que ésta sufra

por haber confiado *negligentemente* o *con culpa* en la validez del contrato: bastaba con observar la diligencia media exigible en el mundo de los negocios para, previa consulta del Registro mercantil (que es público), cerciorarse del exceso o violación de poder.

II

RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO POR OBRAS INCONSENTIDAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL

I.—Independientemente de la impugnación del contrato de enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.», con base en lo expuesto en el capítulo I de este dictamen, cabría instar, aun dándolo como válido, la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, al amparo de la causa 7.^a del artículo 114 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (causa 5.^a del art. 149 de la anterior L. A. U.), por haber llevado a cabo el arrendatario, sin el consentimiento del arrendador, obras que modifican la configuración del local de negocio.

La autorización «para efectuar cuantas transformaciones crea convenientes (el señor R.) en mejoramiento de las *instalaciones existentes*» no comprende, ciertamente, el permiso o consentimiento previo del arrendador para llevar a cabo obras que de alguna manera impliquen modificación o alteración de la configuración del local de negocio o afecten al mismo edificio arrendado. La referida autorización, ceñida exclusivamente a las instalaciones objeto del contrato de 12 de mayo de 1955, se explica por haberse enajenado tales instalaciones: el arrendatario podía legítimamente transformarlas como comprador de las mismas. Por ello, en el segundo y definitivo documento de 31 de mayo de 1955, se suprimió tal autorización, sin duda alguna por considerarla superflua y prestarse a torcidas interpretaciones.

Aunque se estimara que el segundo contrato contenido en el documento de 31 de mayo de 1955 no novó extintivamente al primitivo convenio recogido en el documento del 12 del mismo mes y año, puesto que según la jurisprudencia del T. S. interpretativa del artículo 1.204 del Código civil (cfr., por ejemplo, las sentencias de 30 de diciembre de 1935 y 29 de abril de 1947), la novación extintiva no debe ser apreciada en casos dudosos, en los cuales se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación (lo que equivale a establecer una presunción *iuris tantum* a favor de la novación impropia o meramente modificativa), sin embargo, la autorización establecida en el primer documento no cabría extenderla en buena hermenéutica (art. 1.281 y ss. del C. c.), más allá de lo que figura incluido en el capítulo «instalación y mobiliario» del mismo (con las salvedades resultantes del segundo documento), fuera del cual quedarían en todo caso los elementos estructurales del edificio y las lunas exteriores o paramentos frontales, compuestos, casi en su totalidad, por un armazón de grandes vidrieras.

Pues bien. las obras hechas en el local de negocio por el arrendatario

trascienden la autorización aludida, aún dándola por subsistente (cosa que es muy dudosa, ya que parece que en el ánimo de las partes estuvo el realizar una verdadera y propia *novatio contractus*, cual se deduce del encabezamiento del segundo documento de 31 de mayo de 1955).

En efecto, las obras reseñadas en los antecedentes exceden con mucho la autorización al comprador de la «instalación y mobiliario» para efectuar cuantas transformaciones creyera convenientes en mejora de las instalaciones existentes.

2.—Las obras realizadas en el local de negocio por el señor R., teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en nuestro caso, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particulares características, indudablemente implican modificación o alteración de la configuración de dicho local (cfr. sentencias del T. S. de 17 de diciembre de 1951, 6 de diciembre de 1952, 30 de noviembre de 1953, 25 de septiembre de 1954, 30 de enero de 1956, 5 y 24 de octubre de 1957, 28 de abril, 19 de noviembre y 27 de diciembre de 1958, 20 de febrero, 25 de marzo y 3 de junio de 1959, entre otras muchas).

La acción de resolución del contrato de arrendamiento por obras in consentidas que modifican la configuración del local de negocio es perfectamente viable dentro de los quince años siguientes a su realización (art. 1.964 del C. c.), sin que entre tanto el mero conocimiento de los hechos y la subsiguiente abstención, inactividad o silencio del arrendador, impliquen consentimiento tácito de las obras realizadas, para apreciar el cual es preciso se deduzca de hechos concluyentes e inequívocos (cfr. sentencias del T. S. de 30 de noviembre de 1953 y 5 de octubre de 1957).

3.—Conviene advertir que el ejercicio de esta acción por parte de los herederos de don J. G. es incompatible con el ejercicio de la acción de impugnación a que nos hemos referido en el capítulo anterior, pues aunque ambas acciones (la de impugnación y la de resolución), articulándolas como principal y subsidiaria, no se excluyen mutuamente ni son contrarias entre sí, y pueden acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que varios (sociedad y herederos de don J. G.) tengan contra uno (don F. R.), siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir (arts. 154, núm. 1.º, 156 y arg. art. 162 de la L. E. C.), sin embargo, con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 120 y ss., y 151, *a contrario sensu*), la acción de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por obras in consentidas debe ventilarse y decidirse en juicio especial (cfr. art. 154, núm. 3.º, de la L. E. C.), sin que quepa alegar en contra una pretendida «complejidad» que determine la procedencia del juicio declarativo ordinario, dado que tal complejidad no afecta a la acción de resolución del contrato de arrendamiento, sino a la de impugnación del contrato de enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., Sociedad Limitada».

Y si bien parte de la doctrina científica (MORÓN, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957, pp. 102-103), entiende que el juicio declarativo ordinario es utilizable cuando, aunque exista algún tipo especial para el caso, la parte no desea acudir a éste sino a aquél, o sea, cuando el demandante prefiera la vía ordinaria a la especial (vid. también la sentencia

del T. S. de 2 de febrero de 1928), la más moderna jurisprudencia del T. S. sostiene lo contrario, basándose en que las normas reguladoras de los procesos especiales propios de la legislación arrendaticia, rústica y urbana, son de inexcusable observancia por tratarse de normas de *ius cogens* basadas en el orden público y en razones de política social (vid., por ejemplo, las sentencias de 14 de mayo de 1946, 17 de marzo de 1948 y 8 de julio de 1954, entre otras muchas).

Por consiguiente, entendemos que no cabe acumular el ejercicio simultáneo de las dos acciones de impugnación y de resolución en el mismo juicio declarativo ordinario, debiéndose pedir la resolución del contrato de arrendamiento por obras in consentidas en el correspondiente juicio especial previsto por la L. A. U. (art. 123 en relación con el 122, núm. 1.º, 126, 131 y 135 y ss.); de lo contrario, cabría que de abverso se opusiera la excepción de incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento (art. 533, número 1, de la L. E. C.).

Puestos en el trance de elegir entre las dos acciones y sus respectivos procedimientos, nos inclináramos a optar por la acción de resolución del contrato de arrendamiento por obras in consentidas, ejercitadas en el juicio especial de la L. A. U. También cabría accionar primero, en juicio declarativo ordinario solicitando «Almacenes G., S. L.» la declaración de invalidez o ineficacia del contrato de enajenación del establecimiento mercantil recogido en los documentos de 12 y 31 de mayo de 1955, y en caso de que fracasara dicha pretensión, accionar más tarde los herederos de don J. G., antes de transcurrir los quince años desde que fueron realizadas las obras, pidiendo la resolución del contrato de arrendamiento.

Con relación a la renuncia por parte del arrendatario de su derecho a la reducción de la renta, hemos de observar que, según la sentencia del T. S. de 20 de junio de 1959, dicho derecho (establecido en el artículo 103 de la vigente L. A. U. y en el art. 133 de la anterior Ley), es irrenunciable por afectar al Erario público (vid. las anteriores sentencias del mismo Tribunal de 16 de febrero de 1952, 26 de mayo de 1956 y 21 de mayo y 14 de junio de 1957); y que, conforme a la sentencia del T. S. de 29 de abril de 1959, el plazo de prescripción de la acción para reducir la renta a la declarada a la Hacienda es de 15 años, doctrina que aunque dictada con arreglo a la Ley derogada, es perfectamente aplicable al artículo 103 de la vigente (cfr. arts. 106, párrafo 2.º, de la L. A. U. y 1.964 del C. c.), en el cual lo que aparece substancialmente modificado es el plazo de disfrute de la reducción de la renta, que antes era indefinido.

Así, pues, cabe la posibilidad de que el señor R., al verse amenazado de litigio, haga uso del derecho a la reducción de renta establecido en el artículo 103 de la vigente L. A. U., con todas sus molestas consecuencias tanto civiles como fiscales. Es algo con lo que hay que contar en caso de ir al pleito.

III

CONCLUSIONES

Primera.—«Almacenes G., S. L.», aún en vida, puede impugnar, solicitando su declaración de invalidez o ineficacia en juicio declarativo ordinario, el contrato de enajenación del establecimiento mercantil de dicha sociedad, incluida su base física (local de negocio), realizado por el socio administrador o gerente don J. G. sin legitimación para ello, al haber excedido en su actuación los límites del poder concedido por la ley y los estatutos sociales, y contratando consigo mismo, al novar extintivamente el primitivo arrendamiento otorgado en favor de «Almacenes G., S. L.», sustituyéndolo por uno nuevo a favor de D. F. R., según la vía jurídica elegida para el traspaso (materialmente hablando) del local.

Pero estimamos en nuestro caso muy peligrosa la moderna doctrina de la «penetración a través de la persona jurídica» (posibilidad de desatender o desplazar la forma de la persona jurídica, poniendo al descubierto el substrato real que tras la misma se esconde), de cara a la aplicación del principio que veda ir contra los actos propios y al posible juego de la ratificación tácita del negocio dispositivo realizado sin legitimación, dada la identificación total que en principio existe entre los miembros de la sociedad y los herederos del administrador o gerente que se excedió de sus poderes.

Para asegurar más el éxito de la acción cabría que don L. G. repudiase la herencia de su padre.

Tal acción deberá ejercitarse antes de transcurrir el plazo de los seis años fijado legalmente para la usucapión extraordinaria (sin buena fe) de los bienes muebles.

Convendrá demandar, además de a don F. R., a los herederos del señor G., con el fin de evitar la posible excepción de litis consorcio pasivo necesario por razón del contrato de arrendamiento documentado el 31 de mayo de 1955, y de conseguir mediatamente, a través del arrendador-propietario, la reintegración posesoria por lo que se refiere al goce pacífico del local de negocio inicialmente arrendado a «Almacenes G., S. L.».

Declarados inválidos o ineficaces los contratos documentados privadamente el 12 y 31 de mayo de 1955, «Almacenes G., S. L.» —una vez rota la apariencia jurídica derivada de esos títulos más o menos firmes que de adverso se ostentan— están en grado de reivindicar, frente al señor R., el establecimiento mercantil indebidamente enajenado, acción que es ejercitable en el mismo proceso, con todos los efectos que le son propios, teniendo en cuenta la condición del poseedor, que es de mala fe por razón de la publicidad material positiva o en perjuicio de tercero, del Registro mercantil.

Por otro lado, una vez declarados inválidos o ineficaces los citados contratos, el señor R. podría en ulterior proceso reclamar, frente a los herederos del señor G., la restitución del precio pagado por la compraventa del establecimiento mercantil, así como el abono de los gastos necesarios hechos en el edificio. El señor R. tendría el derecho de llevarse los objetos en que los gastos útiles hechos en el edificio se hayan invertido, siempre que el edificio no sufra deterioro.

Parece que no alcanzará a don J. G., y hoy a sus herederos, responsabilidad personal alguna hacia el señor R. por razón de los daños y perjuicios sufridos por éste a consecuencia de la declaración de ineficacia.

Segunda.—Con independencia de la impugnación del contrato de enajenación del establecimiento mercantil de «Almacenes G., S. L.», cabría instar, aun dándolo como válido, la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por haber llevado a cabo el arrendatario, sin el consentimiento del arrendador, obras que modifican la configuración del local.

La autorización concedida al señor R. no comprende ciertamente el permiso o consentimiento previo del arrendador para llevar a cabo obras que

de alguna manera impliquen modificación o alteración del local de negocio o afecten al mismo edificio arrendado. La referida autorización se cifó exclusivamente a las instalaciones objeto del contrato de 12 de mayo de 1955, al parecer novado extintivamente por el de 31 de mayo del mismo año. Pero aunque no fuera así, la autorización establecida en el primer documento no cabe extenderla en buena hermenéutica más allá de lo que figura incluido en el capítulo «instalación y mobiliario» del mismo (con las salvedades resultantes del segundo documento).

Las obras hechas en el local de negocio por el arrendatario trascienden la autorización aludida, aun dándola por subsistente. Por otra parte, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en nuestro caso, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particulares características, indudablemente las obras realizadas implican modificación o alteración de la configuración de dicho local.

La acción de resolución del contrato de arrendamiento por obras inconsistentes que modifican la configuración del local de negocio es viable dentro de los quince años siguientes a su realización, sin que entre tanto el mero conocimiento de los hechos y la subsiguiente actitud pasiva del arrendador, impliquen consentimiento tácito de las obras llevadas a cabo.

El ejercicio de esa acción por parte de los herederos de don J. G. es incompatible con el ejercicio de la acción de impugnación a que en la conclusión primera nos hemos referido.

No cabe acumular el ejercicio simultáneo de ambas acciones en el mismo juicio declarativo ordinario, debiéndose pedir la resolución del contrato de arrendamiento por obras inconsistentes en el correspondiente juicio especial previsto por la L. A. U.

Puestos en el trance de elegir, nos inclináramos a optar por la acción de resolución del contrato de arrendamiento por obras inconsistentes, ejercitada en dicho juicio especial. También cabría accionar sucesivamente a través de los respectivos procedimientos (juicio declarativo ordinario y juicio especial), en caso de que, por el peligro apuntado en la conclusión primera, fracasara el juicio declarativo ordinario.

Tercera.—Cabe la posibilidad de que el señor R., al verse amenazado de litigio, haga uso del derecho a la reducción de renta, con todas sus molestas consecuencias tanto civiles como fiscales, toda vez que, según la más reciente jurisprudencia, dicho derecho es irrenunciable por afectar al Erario público.

Por ello, y porque las dos posibilidades de impugnación y de resolución son siempre —como casi todas las cuestiones litigiosas— discutibles, aconsejamos vivamente una transacción extrajudicial o arreglo amistoso que evite el pleito, componiendo lo más equitativamente posible los intereses contrapuestos de las partes.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.

JUAN B. JORDANO BAREA,
*Catedrático de Derecho civil en
la Universidad de Sevilla.*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANUARIO DE DERECHO ARAGONES: «Estudios de Derecho aragones».
Consejo Superior de Investigaciones Científicas, tomo XI, Zaragoza, 1961-1962.

Constituye el presente volumen el exponente de uno de los aspectos en que se concretó el merecidísimo homenaje al excelentísimo señor don Miguel Sancho Izquierdo, con motivo de su jubilación de la Cátedra y representado por trabajos monográficos que no pudieron tener cabida en el tomo X de la misma publicación, contribuyendo a tal fin relevantes personalidades del mundo del Derecho. Su contenido ofrece los siguientes trabajos.

LORENTE SANZ, José: «Proyección de las Instituciones forales en el Derecho de arrendamientos».

En ajustado y original estudio, trata de demostrar su autor la influencia de las Instituciones forales en la reforma e innovación del Derecho Común y la proyección de aquellas Instituciones en la aplicación de las normas vigentes del Ordenamiento general, limitando su trabajo a las esferas de los arrendamientos rústicos y urbanos. Así la unicidad de heredero tan característica de los Derechos forales pirenaicos, tiene su expresión en los artículos 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942 y 58 y 59 del texto Novísimo de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Analiza a continuación los supuestos de capacidad para contratar los arrendamientos rústicos en conexión con los artículos 13, 63 y 72 del Apéndice foral, la duración de aquéllos en relación con las normas de viudedad foral, las interferencias del derecho de acceso a la propiedad por la institución del retracto gentilicio y la extinción del contrato por fallecimiento del arrendatario, que revela incompatibilidad con el Derecho Foral.

El núcleo del artículo está destinado a poner de relieve la fricción existente entre el Derecho común y foral, en orden a la sucesión hereditaria en los contratos de locales de negocio;; comenta ampliamente la interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tan combatida, y exponiendo, como premisas necesarias, que la viudedad foral no es institución de derecho sucesorio, sino de derecho de familia, que el arrendamiento de un local de negocio había de encajarse en la masa de la sociedad conyugal y que en Aragón es regla general que la comunidad conyugal no se divida por muerte de uno de los cónyuges, subsistiendo y continuando bajo la administración del cónyuge viudo, en la viudedad legal, y sin que tampoco sea ello necesario en la viudedad universal: es de opinión que por el fallecimiento del cónyuge viudo no se produce sucesión alguna, pues lo que acontece es que en la mitad correspondiente al cónyuge viudo se producirá una sucesión primaria

a favor de sus herederos, que tratándose de hijos serán los mismos herederos del cónyuge premuerto, y en cuanto a la otra mitad, la adquisición de la administración por los herederos en caso de viudedad legal con sociedad conyugal continuada, o de la consolidación del pleno dominio al extinguirse el usufructo, en el supuesto de viudedad universal, no deben ser estimados como sucesión hereditaria de persona distinta del cónyuge que primeramente falleció.

GARCIA DE HARO, Ramón: «El vigente sistema de arbitrajes de Derecho privado».

Se trata de un breve extracto de la tesis doctoral presentada y defendida por el autor en la Facultad de Derecho de Barcelona; comienza su exposición estableciendo que para una rigurosa explicación de la figura jurídica del arbitraje, es necesario distinguir, el juicio arbitral, los negocios de sujeción al arbitraje y el contrato con los árbitros.

Analiza la naturaleza eminentemente procesal del arbitraje, que corrobora con diversas citas legales, pasando a continuación al examen de la naturaleza del compromiso, que resuelve a favor de la tesis substantiva, en la que incluye asimismo al contrato preliminar y las relaciones entre las partes y los árbitros, extrayendo de su postura jurídica una serie de consecuencias prácticas que expone muy prolijamente.

Trata a seguido del contrato de compromiso y respecto de la capacidad para otorgarlo, entiende que las normas especiales del Código civil han sido derogadas por la Ley creadora de la Institución, quedando vigentes aquellas que se refieren al poder de representación, por no pertenecer al ámbito de su regulación, parando también su atención sobre la forma, contenido y vicisitudes del contrato.

Califica al contrato preliminar o cláusula compromisaria, como autónomo, con efectos propios y distintos de los del compromiso, carácter que no tiene en la mayoría de las legislaciones extranjeras. Termina su trabajo con el examen de la dación y recepción del arbitraje, sosteniendo la tesis de que las relaciones entre los árbitros y las partes se ajustan al contenido y nacen como efecto de un contrato de mandato, cuyas normas deben ser tenidas en cuenta como derecho supletorio.

MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis: «El Código civil y la sucesión contractual».

En sucinta exposición explica el autor el por qué de la inadmisibilidad en el Derecho civil patrio del instituto de la sucesión contractual, que no es otro que las dos columnas esenciales del sistema de la sucesión voluntaria son la revocabilidad de la voluntad y que esta voluntad se manifieste necesariamente en el testamento. Ello no obstante, el autor cita como aspectos legislativos en los que la norma positiva admite más o menos limitadamente la sucesión contractual, los artículos 177, 825 a 827, 831, 1.036,

1.056, 1.057, 1.315 y 1.331, del Código civil, referentes respectivamente a la institución de heredero del adoptado, las promesas de mejorar y no mejorar, el pacto de distribución de la herencia por el cónyuge superviviente, la colocación de bienes entre herederos forzosos, la partición inter-vivos, tanto del testador como de personas extrañas, las capitulaciones matrimoniales, al extenderse a bienes presentes y futuros, y la donación en los mismos capítulos matrimoniales.

Trata por último de las donaciones por causa de muerte, de las que hace un detallado estudio de su naturaleza, para terminar su trabajo defendiendo la tesis de que la prohibición del pacto sucesorio por no ser de dogma, sino de Ley, no cierra necesariamente la posibilidad de una rectificación de conceptos.

HERNANDEZ-CANUT Y ESCRIBA: «La destrucción de testamentos ante otras disposiciones testamentarias en Cataluña».

La primera parte de este interesante trabajo está dedicada por su autor a hacer una glosa certera de las disposiciones legislativas que se dictaron como consecuencia de la guerra civil española ante el cúmulo de destrucciones y mutilaciones de disposiciones testamentarias que el conflicto acarreó, inspiradas en el principio de que los elementos formales del testamento tienen la misma importancia esencial que la voluntad del testador.

Realiza a continuación la exégesis de diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictadas para el caso de concurrencia de varios testamentos otorgados por el mismo causante y que tienden a afirmar que el testamento posterior revoca al anterior y que destruido aquél lo que procede es la apertura de la sucesión intestada, si bien que precedida de un juicio declarativo destinado a acreditar la destrucción o desaparición de los testamentos.

Estudia a continuación la situación en el Derecho catalán, en el que coexisten con el testamento, codicilos y memorias testamentarias, más dada la naturaleza y ámbito de tales expresiones sucesorias, que analiza muy atinadamente, llega a la misma conclusión, la de que desaparecido o destruido el testamento, nada empuja a la apertura de la sucesión abintestato. Termina su estudio presentando el supuesto de la existencia de un heredamiento, --institución llamada a conservar la unidad de la casa-- y que posteriormente se otorguen uno o más testamentos, y afirma que dada la especialísima relevancia de tales heredamientos, exponente de un derecho autóctono, su carácter preferente y el rango que ocupan en el derecho de sucesiones de Cataluña, la destrucción o desaparición del testamento o testamento, no afectará en nada a que la sucesión se defiera con arreglo a lo dispuesto en el heredamiento pactado en capitulaciones matrimoniales, citando en apoyo de su tesis el artículo 66 de la Compilación, cuando previene que el testamento posterior al heredamiento sólo será eficaz en la medida que permita la reserva para testar o los bienes expresamente excluidos del heredamiento.

RIERA AIXA, Luis: «Contribución de la práctica notarial a la formación de la norma jurídica».

Nada mejor que seguir al propio autor, que en el preámbulo de su docto trabajo, galardonado con el premio Falguera en 1957, proporciona una clara síntesis de su estudio.

Está dividido en seis partes: Trata, separadamente, en la primera, de unas consideraciones de tipo general, a las que siguen otras sobre la función notarial especialmente orientada a la cooperación en la realización práctica del derecho, haciendo consideraciones sobre las distintas escuelas que en diferentes direcciones se disputan la primacía en el trabajo de investigación encaminado a encontrar el verdadero Derecho, todo ello enfocado desde el punto de vista notarial; en otro capítulo verifica el estudio de la posición del Notario ante la norma y el supuesto de hecho, cerrando la primera parte del estudio con unas reflexiones sobre la norma jurídica, examinando las diferentes clases de leyes a través del juego de su aplicación notarial.

La segunda parte se destina a las consideraciones sobre la aplicación de la Ley, los problemas generales que plantea y el de su interpretación como base necesaria para conseguir su correcta aplicación.

Es materia de la tercera parte la creación y la corrección del Derecho, analizando el valor normativo de las resoluciones de la Dirección General de los Registros; también estudia en este gran apartado la analogía jurídica, los principios generales, las normas de equidad y el derecho natural, sin olvidar la gran repercusión de los «standards» jurídicos y el gran valor del Derecho científico; también los usos, sus numerosas variedades y la práctica en sus facetas innumerables, constituyen núcleo fundamental de la citada parte tercera.

La cuarta parte está dedicada a considerar la importancia del negocio jurídico como instrumento manejado por el Notario para crear el derecho, realizando consideraciones de gran transcendencia en orden a si el negocio jurídico puede ser fuente de Derecho.

La quinta parte del estudio se refiere al III Congreso Internacional del Notariado Latino en el año 1954, examinando las diferentes comunicaciones que se presentaron en relación con la contribución notarial a la formación del Derecho.

Finaliza el estudio con un rápido examen de algunas realizaciones consiguadas en el Derecho Positivo Español por la práctica notarial, y pone de relieve como en algunos preámbulos y exposiciones de motivos de leyes y reglamentos se ha hecho expresa alusión a la práctica notarial, afirmando como en varias ocasiones el legislador ha traducido en preceptos concretos algunas actuaciones notariales que por su reiteración han sido merecedoras de su conversión en reglas de Derecho.

FONT RIUS, J. M.: «Ramón de Penyafort. Influencia del santo en la sociedad de su tiempo».

La figura excelsa y de talla excepcional de tan Santo sabio, juriconsulto y moralista, es tratada en un breve opúsculo que pretende una síntesis enjundiosa de la obra realizada por San Raimundo de Peñafort y sobre todo de las directrices que marcó para la sociedad de entonces.

Divide la vida del Santo en cuatro etapas: la primera se extiende hasta su ingreso en la Orden dominicana, sus estudios en Bolonia, la Cátedra en la Universidad de dicha Capital y la publicación de la «Summa Iuris»; la segunda etapa representada por sus estudios en Barcelona sobre Teología moral, que culminaron en la «Summa de penitencia», conectada con problemas de índole jurídica y su elección como asesor y penitenciario del Legado Pontificio, el Cardenal Sabinense.

La tercera etapa es situada por el autor entre los años 45 y 55 de la vida del Santo y la califica como la de mayor brillantez y actividad. Al lado del Papa Gregorio IX, realiza una extraordinaria labor de consultas, dictámenes, y recopilación de un Cuerpo sistemático de las Fuentes del Derecho de la Iglesia, el Código de las Decretales. Enfermo, se retira nuevamente al Convento de los Dominicos en Barcelona, pero se ve forzado a aceptar el cargo de Maestro General de la Orden, que le representa nuevas responsabilidades e innumerables viajes, interviniendo activamente en la redacción de las Nuevas Constituciones de la Orden.

Con la renuncia al Generalato de la Orden Dominicana y su nueva instalación en Barcelona, donde vive unos treinta y cinco años antes de su muerte, en el Convento de Santa Catalina, empieza la última etapa de tan ejemplar vida y a la que corresponde precisamente la influencia que tuvo en la sociedad barcelonesa y catalana. En obligada síntesis cita el autor la intervención directa del Santo en asuntos familiares y personales del Rey Jaime I; su participación en la Asamblea que deliberó sobre la acuñación de la moneda «barcelonesa de terno»; su mediación en las luchas de la nobleza, solucionando innumerables conflictos, de los que cita varios ejemplos; su actuación canónica y conciliadora en asuntos eclesiásticos; la creación de una obra titulada «Modus iuste negotiandi, in gratia mercatorum», destinada a establecer criterios de justicia en las actividades mercantiles; su intervención personalísima en las restituciones a gentes del campo ordenadas por señores jurisdiccionales; expansiones misionales, y en fin toda una gama de saludable influencia social y humana, llevando a cabo, según frase del Cardenal Gomá, el gran ideal de poner la santidad al servicio de la justicia.

EDO QUINTANA, Antonio: «Un manuscrito incompleto de los Fueros de Aragón en el protocolo notarial de Tarazona».

Contiene este interesante artículo el texto de una copia manuscrita, probablemente por el Notario Juan Ruiz de Veratón, de los Fueros de Aragón, que se encuentran en el Protocolo de los años 1431 y 1432. El manuscrito está en el tercer cuaderno de los siete que integran el volumen; la letra, ya

se ha dicho, es la misma del Notario Ruiz de Veratón, aunque más apretada y con mayor cuidado escrita; la tinta es más negra que la del resto de los escritos y está muy bien conservada; se trata de una copia parcial que no contiene más que el proemio del Libro de los Fueros, el Índice de rúbricas de sus ocho libros y siete primeros capítulos y parte del octavo del libro primero.

El autor lo transcribe indicando en letra cursiva las abreviaturas resueltas y letras suplidas.

SANZ JARQUE, Juan José: «Fines económico-sociales de la Concentración Parcelaria».

Con datos estadísticos pone de relieve el autor la situación del campo español asociado por regla general a un grave problema minifundista, más agudizado quizá que en el norte de España, en los Reinos de León y Castilla, que impide la evolución, el progreso y la transformación de la agricultura nacional; a la desaparición de este parcelamiento, causa de innumerables males, tiende la concentración parcelaria, que se está realizando en 1.612 pueblos, correspondientes a 144 Partidos judiciales de 31 provincias y que afecta a 2.404.354 hectáreas, para que la tierra pueda ser elemento de producción, de estabilidad, de progreso y de desarrollo.

Estudia los trámites a seguir y los agrupa en las fases de: iniciación, bases, proyecto y terminación de la concentración.

Las finalidades de la obra son a juicio del autor de tres categorías; las de orden agronómico, las de aspecto jurídico —aumentando las inversiones, la capitalización y fomentando la seguridad general— y el de carácter social, contribuyendo a la elevación del nivel de vida de las zonas concentradas.

Dedica la última parte de tan interesante trabajo a exponer lo que se logra con la concentración parcelaria, es decir, su efectividad, para lo que lleva a cabo una detallada exposición de las realizaciones en el campo agronómico —citando ejemplos prácticos conseguidos en diversas provincias españolas y el aumento sensible de la producción en la ganadería—, en el social, no sólo cumplido en forma específica, sino por qué han motivado mejoras que no son sólo agrícolas, como la creación de escuelas, instalaciones de teléfono, luz eléctrica, lavaderos, traida de aguas, etc.

Para fin de su estudio presenta un amplio cuadro de la efectividad jurídica de la concentración parcelaria que, dice, ha venido a cambiar la fisonomía notarial y registral en muchos municipios, al implantar la titulación pública y la inscripción registral.

LUNA SERRANO, Agustín: «Las modernas tendencias legislativas en la organización de la agricultura española».

Comienza el trabajo poniendo de relieve cómo por la fuerza de la realidad el Derecho agrario ha ido indiscutiblemente y de manera paulatina desgajándose del tronco del Derecho civil para formar un Derecho independiente;

el alumbramiento del Derecho agrario produce necesariamente una revisión de conceptos dada la trascendencia política y social de los problemas a que ha de atender.

Reconoce el autor que en la actualidad el Derecho agrario está formado por normas fragmentarias, debiendo tenderse a una sistematización de su contenido. Cita como leyes de condición agraria, las de arrendamientos rústicos, colonización interior, distribución de la propiedad de grandes zonas, laboreo forzoso, concentración parcelaria, crédito agrario, permuta forzosa de fincas rústicas, fincas mejorables, montes, patrimonios familiares, unidades tipo de aprovechamiento, seguros sociales del labrador, etc.

Afirma que la finalidad del Derecho agrario debe ser fundamentalmente el aumento de la producción agrícola, la organización de la propiedad de la tierra mediante la formación de fincas susceptibles de cultivo satisfactorio y la distribución de la propiedad de la tierra cultivable a los trabajadores manuales del campo, mediante la creación de explotaciones agrícolas de carácter familiar, realizando un detallado estudio de las leyes españolas en relación con las finalidades mencionadas.

Termina con unas consideraciones metodológicas en las que expresa cómo la propiedad de la tierra es el elemento más decisivo en el que debe cimentarse el Derecho agrario, sobreponiéndose al de empresa, pues sólo se cumplirán los fines de justicia social cuando sólo los cultivadores tengan acceso a la sociedad agraria, que califica de institución cardinal. Solicita la pronta iniciación de un plan ordenador del derecho agrario poniéndolo al servicio de una planificación económica que represente un régimen jurídico estable y eficaz al que no pueden poner obstáculos tradicionales principios civiles, que deben posponerse a la nueva regulación de tan vital sector del Derecho.

Cierran el volumen, una crónica de jurisprudencia, a cargo de José Lorente Sanz, una relación de actividades del Consejo en el bienio 1959-60 y una reseña de libros y revistas del mayor interés, brevemente glosadas.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

CAPTANT, Henri: «*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*»; 4^{me} édition entièrement refondue par *L. Julliot de la Morandière et A. Weil*, Dalloz-Sirey, Paris 1964, 809 págs.

A los diez años de su anterior edición aparece una nueva, enteramente refundida. En la exposición de las sentencias se sigue ahora el plan de estudios de la Licenciatura en Derecho de 1954, lo que ha obligado a distribuir la materia en cuatro partes: la primera con dos libros relativos a la Introducción, Personas físicas y familia; la segunda con otros dos referentes a la Propiedad y sus desmembraciones, y a la Parte general de las obligaciones; la tercera, comprensiva de tres libros que tratan, respectivamente, de los principales contratos, de la Publicidad Inmobiliaria, y de los Privilegios e Hipotecas; y la cuarta y última parte con otros tres libros que versan sobre los Regímenes matrimoniales, Sucesiones y Donaciones.

Obra clásica, muy útil para el jurista francés, no deja de presentar interés para el estudioso extranjero pues ofrece a la mano el texto completo de buen número de sentencias que por su importancia citan todos los Manuales. En la presente edición se ha acrecido éste, ya que de 240 ha pasado a 273; ello sin perjuicio de otras variaciones, pues el correr de los tiempos ha obligado a sacrificar algunas, y ha aconsejado la inserción de otras que, o bien resuelven cuestiones nuevas, o han supuesto un cambio de rumbo en la jurisprudencia.

El buen trabajo de Capitant ha sido dignamente continuado por Julliot de la Morandière y Weil; cada sentencia contiene una muy completa referencia bibliográfica y un extracto de la doctrina, a lo que sigue el texto íntegro con los resultandos y considerandos, y unas observaciones, muy valiosas y orientadoras, puestas al día.

En resumen, una pequeña obra maestra que los continuadores de Capitant han sabido mantener en la mejor línea de los *Arrêtistes* galos.

Gabriel GARCÍA CANTERO.

CHICO ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, José Francisco: «Apuntes de Derecho» inmobiliario registrab. Madrid, 1963 y 1964. Dos tomos.

En el campo del Derecho hipotecario se iba haciendo necesaria una sistematización y condensación de toda la doctrina aparecida a partir de la publicación de la Ley hipotecaria de 1944-46. La reforma transcendental que esta Ley supuso, así como el Reglamento hipotecario de 1947, que complementa dicha Ley y la ulterior reforma sufrida por éste en 1959, dieron materia bastante a la doctrina para una infinidad de trabajos técnicos que han ido examinando todos los puntos claves de esta legislación. Si a ello se añade la prolífica sucesión de leyes especiales que, directa o indirectamente, se refieren a la legislación hipotecaria (Leyes de Concentración Parcelaria, Ley del Suelo, del Patrimonio Familiar, de Explotaciones Familiares, de Permutas Forzosas, Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, Legislación de la Vivienda, Legislación de Montes, Ley de Expropiación Forzosa, Ley de Adquisiciones por extranjeros, Ley de Propiedad Horizontal, etc.), es evidente la necesidad de que, el interesado en materia hipotecaria, tuviera a su alcance una obra de consulta rápida y con la sistemática adecuada para que en pocas horas de trabajo estuviese al día en materia tan importante y, al mismo tiempo, de tanta trascendencia para la efectividad de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, y aun de los muebles cuando de Hipoteca mobiliaria se trate.

Pues bien, estos dos compañeros que figuran como autores de la obra que comentamos, han sabido plasmar en los dos volúmenes de la obra el material de trabajo suficiente para colmar la necesidad sentida. Aunque la obra está dirigida con auténtica ofrenda al opositor y se ajusta al vigente programa de ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, es también cierto que por su contenido, su acertada sistemática y su claridad de exposición, sirve como material indiscutible de consulta para todos

aquellos que manejan y tienen conexión constante con esta importante rama del Derecho Privado, cuya importancia va tomando caracteres superiores a cualquier otra con vida semejante o análoga.

Entrando en el examen de la obra vemos las tres partes en que se divide y que responden a las mismas en que se escinde el programa de Registros. La parte primera está destinada a una serie de conceptos preliminares y básicos para comprender la institución registral. Se examina el Registro, sus caracteres y fines, así como su historia. Eje básico de esta institución es la publicidad y su evolución, así como la sufrida por nuestra legislación hasta nuestros días. Previo al examen de los distintos sistemas registrables, se estudia con detenimiento el problema del Catastro y el Registro de la Propiedad. La parte fundamental y de mayor trascendencia está destinada al examen de cada uno de los principios hipotecarios que rigen el sistema español. Los autores parten de la base —ya apuntada por LACRUZ BERDEJO— de distinguir entre lo que se inscribe y lo que se publica y una vez solucionado este problema, abordan con valentía la doble proyección de exactitud e integridad del Registro tanto en relación con el principio de fe pública Registral, como en el principio de legitimación, pilares básicos de todo nuestro ordenamiento hipotecario y consecuencias decisivas del superior principio de publicidad. Al lado del desarrollo de los principios y de la figura del tercero, estudian el elemento objetivo de la registración: la finca y sus variedades. La titularidad, el documento inscribible, el derecho real inscribible y las circunstancias de toda inscripción, son enfocadas y expuestas en relación con los principios estudiados. Cierra esta parte de la obra el problema de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, los conceptos de inmatriculación y primera inscripción, así como los distintos medios inmatriculadores existentes.

La segunda parte está dedicada a las inscripciones en particular, la materia de anotaciones preventivas, notas marginales y cancelaciones. Se recogen las novedades en materia de arrendamientos (concretamente el acceso registral del derecho de retorno), los derechos de superficie y el derecho a levantar o profundizar, así como la legislación sobre foros, subforos y cesos. Puede destacarse el acierto con el que se trata la materia de las inscripciones en virtud de ejecuciones fiscales, la concentración parcelaria, la inscripción de montes, minas y la feliz exposición de las adquisiciones realizadas por la mujer casada. Valientemente se abordan los problemas del derecho hereditario en relación con el Registro y no sólo dentro del Derecho común, sino en el Derecho foral. Destaca el examen que los autores hacen de la posibilidad o no del acceso registral del contrato sucesorio del hijo adoptivo. En materia de anotaciones preventivas pueden apuntarse, como directrices seguidas, la referencia actual a toda la serie de anotaciones existentes, la interrogante que se pone al carácter constitutivo de la anotación de embargo y la solución negativa dada a la anotación preventiva por imposibilidad del Registrador en apoyo del artículo 205 de la Ley. La materia de notas marginales y cancelaciones, tiene la sistematización conveniente para salvar una casística casi inevitable.

En la tercera parte se estudia todo lo referente a la hipoteca, no sólo inmobiliaria, sino la mobiliaria y la legal. La exposición de esta parte cubre

su ciclo con los procedimientos de ejecución y las causas y formas de extinción de la hipoteca. La obra termina con la parte orgánica recogiendo las últimas novedades legislativas que afectan a la misma, entre las cuales se destaca la Orden de 3 de febrero de 1964, que reforma ciertos artículos del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Urge elogiar la fácil exposición de las materias destinadas a la expedición de certificaciones y al estudio sistemático del Arancel que fija los honorarios a percibir.

La obra lleva un Apéndice sobre los puntos que el programa dedica a la materia del Registro Mercantil. Al final de cada volumen aparecen más de doscientos autores y obras consultadas, lo cual pone de manifiesto el impresionante trabajo de síntesis que los autores han tenido que hacer para poder reunir —sin mengua en la claridad— las distintas opiniones doctrinales que cada autor sustenta.

La enorme facilitación que para el estudioso supone la presente obra, la hacen acreedora de una crítica favorable y elogiosa.

ANTONIO DE LEYVA Y ANDÍA

GARCIA BAÑON, Amador: «El beneficio de separación». Un vol. de 196 páginas. Madrid, Ediciones Rialp, 1962.

El autor ha tenido el buen criterio de elegir, para este libro que, según creo, constituye su tesis doctoral, y que escribió fundamentalmente durante su estancia en el Instituto Jurídico Español de Roma, un tema casi inédito en nuestra literatura civilística, y que precisaba con urgencia de tratamiento monográfico. Es uno de esos temas que carecen de base legislativa explícita: ningún artículo del Código, ni de otro texto legal, habla expresamente de él. Empero el instituto se halla introducido en el Derecho civil europeo y los que de él derivan por una larga tradición, enraizada en el Derecho romano. Y, por otra parte, tiene un fundamento de justicia evidente. Por ambas razones, era preciso investigar su posible entronque en los textos legales españoles.

Algo de eso había hecho yo mismo, en forma brevísima, en mis notas al *Derecho de Sucesiones*, de Binder. Pero aquellas ideas, expuestas a modo de telegrama, precisaban de mucho mayor desarrollo. No se lo dio la literatura posterior, que, o continuó en el mismo tono de brevedad, o siguió rutas diferentes (y, a lo que creo, poco fructíferas), o centró la investigación en el Derecho comparado. El libro que comento es, así, el único intento serio de llegar a una construcción sistemática y exhaustiva, para nuestro Derecho, de la antigua *separatio honorum*.

Argumento duro y difícil el de esta obra, por la falta de precedentes sobre los cuales avanzar. Ni lo que yo había escrito, ni lo que después ha salido a la luz (el trabajo más extenso sobre Derecho español, elude lo principal del tema), podían suministrar un punto de partida amplio y cómodo. García Bañón ha tenido que crear su propia base, y trabajar sobre ella, consiguiendo salir airoso de su difícil intento, con una monografía muy lograda.

El punto de partida del autor es del todo correcto. La *separatio bonorum* —explica— ha pasado a las legislaciones civiles modernas, como un imperativo de justicia: cualquier sistema que admita la aceptación pura y simple de la herencia, con la consiguiente confusión de patrimonios y la responsabilidad de los bienes hereditarios por las deudas del heredero, ha de proteger a los acreedores del causante, e incluso a los de la herencia, frente a esos otros acreedores, los del heredero, que al hacer efectivos sus créditos contra los bienes hereditarios podrían lucrarse injustamente a costa de personas cuyo derecho sobre los bienes relictos es, con toda evidencia, preferente. Por ende el beneficio de separación **tiene que existir** en el Derecho español; necesariamente hemos de encontrarlo en él, aún cuando no veamos **prima facie** una institución designada con tal nombre, ni unos preceptos que recojan directamente su contenido. Pleno de esta convicción, el autor encuentra en nuestras leyes institutos que pueden servir para atender a las necesidades cubiertas en otros países por el **beneficium separationis**: no en el Código civil, pero sí en la Ley de Enjuiciamiento civil, y en la Ley y el Reglamento Hipotecarios. A este fin examina atentamente dichos preceptos, ayudado de las ideas que extrae de otros ordenamientos (fundamentalmente los Códigos francés e italiano) y de la doctrina formada en torno a ellos, llegando a formular una serie de reglas que, tomadas o inducidas de nuestros textos legales, llegan a diseñar la fugitiva figura para el ordenamiento español.

Motivo fundamental del libro es la idea, acertada en mi opinión (y que yo no había recogido suficientemente en mis notas a Binder), de la existencia de dos formas de separación: la separación de patrimonios (el de la herencia y el del heredero), y la separación de bienes. La primera, resultado de la facultad concedida al acreedor hereditario y ciertos legatarios, de acudir al juicio de abintestato o testamentaria, y la segunda, posible a través de la anotación preventiva de créditos y legados.

Generalizando el contenido de determinados preceptos legales, considera el autor que son presupuestos de la separación, en primer lugar el riesgo de confusión patrimonial (pues no habiéndolo, falta el interés que legitima al actor para pedirla); además, la falta de pago o garantía suficiente, por cuanto existiendo garantía los textos legales niegan el acceso a las diversas medidas que pueden considerarse separatorias; también, la solicitud dentro del plazo legal, examinando a este efecto cuál es ese plazo para la separación de patrimonios (el de prescripción ordinaria) y para la separación de bienes (en particular, previsto en la Ley Hipotecaria); finalmente, la prueba de la existencia del título: el acreedor ha de justificar cumplidamente su crédito.

Se fija luego en el problema de quienes sean los titulares del derecho a la separación: sobre todo, los acreedores del causante, y, en menor medida los legatarios, haciendo interesantes consideraciones sobre algunos tipos de créditos sucesorios (legado de bienes inmuebles determinados del testador; legado parciario, y créditos sometidos a término o condición).

Objeto sobre el que puede caer la separación es el activo hereditario. Entiende el autor, con acierto, que los bienes colacionables no pueden ser objeto de la separación, por no ingresar en el activo de la herencia a estos efectos. Tampoco las que llama «bajas generales de la herencia», entre las cuales, principalmente, los bienes procedentes de la sociedad conyugal. Aca-

so esta terminología de «bajas generales de la herencia» se preste al equívoco, pues tales bienes no forman parte del caudal relicto en sentido propio. Finalmente, las que denomina «bajas especiales de la herencia», materia compleja, en la cual sería preciso un análisis muy profundo, ya que en ocasiones tales «bajas» pueden responder ante los acreedores hereditarios.

Examina luego los efectos de la separación dividiéndolos en externos e internos. Externos, cual la preferencia de los separacionistas frente a los acreedores del heredero y a los terceros adquirentes de bienes hereditarios; o la preferencia del legatario real sobre la cosa legada, e incluso su acción reivindicatoria. A esta parte del trabajo pertenece también el estudio de los diversos supuestos de anotación preventiva del legatario. Los efectos internos se resuelven en la preferencia de los acreedores separacionistas frente a los no separacionistas, en el supuesto de la separación de bienes (no en la de patrimonios); la de los acreedores del causante frente a los legatarios; la de los legatarios separacionistas entre sí, y la de los acreedores separacionistas entre sí (que se rige por las normas ordinarias de prelación).

El beneficio de separación no interfiere la responsabilidad personal del heredero que acepta pura y simplemente frente a los acreedores de la herencia: la separación, para éstos, es un beneficio, pero nunca un perjuicio, conservando frente al heredero la posibilidad, si la tenían, de hacer efectivos los créditos hereditarios sobre sus bienes personales.

Termina el libro mostrando las analogías y diferencias del beneficio de separación con otras modalidades jurídicas: la oposición a la partición, el beneficio de inventario, la acción pauliana, la adjudicación de bienes con garantía real, etc.

Las implicaciones del tema en multitud de parcelas del Derecho de sucesiones y el hipotecario, hacen su tratamiento difícil. El autor ha sabido triunfar sobre tantos obstáculos, demostrando sus conocimientos de estas materias. Con notable discreción, ha sabido aprovechar el tratamiento del tema por la doctrina francesa e italiana, sin caer en un mimetismo excesivo, y, por tanto, sin intentar introducir, por sistema en nuestro ordenamiento, las soluciones y las construcciones de autores foráneos. Personalmente, no estoy de acuerdo con todo lo que dice, pero reconozco que todas las soluciones que mantiene son perfectamente sostenibles. Acaso, para mi gusto, son excesivamente sucintos el tratamiento del legado parciario y el de la anotación preventiva del derecho hereditario. Y quizá hubiera podido entretenerse asimismo en el problema de si existe en nuestro Derecho una prelación genérica del acreedor del causante frente al acreedor del heredero; prelación que, entonces, se haría efectiva mediante una tercería de mejor derecho, equivalente a la separación de bienes. Pero esto son cuestiones de criterio, en las cuales cada uno puede mantener el suyo. La obra, tal como está, es del mayor interés, y constituye una valiosa aportación a nuestro Derecho sucesorio.

José Luis LACRUZ BERDEJO

Catedrático de Derecho Civil

JAREÑO DARANAS, Mario: «Manual de medidas provisionales relacionadas con los procesos matrimoniales e hijos de familia». Barcelona, Ediciones Nauta, 1963; 153 págs.

La Ley de 24 de abril de 1958 modificó el título IV de la primera parte del libro III de la Ley de enjuiciamiento civil, sustituyendo además su denominación, «De los depósitos de personas», por la de «Medidas provisionales en relación con las personas», desarrollando la nueva regulación de la materia a través de dos secciones en las que se exponen las «medidas provisionales en relación con la mujer casada» (que se proponga intentar o haya intentado demanda de nulidad de matrimonio, de separación de su marido o querrela por amancebamiento, o contra la cual el marido haya intentado tales demandas o querrela) y las «medidas provisionales en relación con los hijos de familia» (hijos de familia, en los casos del art. 321 Código civil, e hijos e hijas en el supuesto de ser tratados con excesiva dureza por sus padres, o reciban órdenes, consejos o ejemplos corruptores). La obra reseñada nos ofrece una guía práctica para la redacción de los escritos judiciales referentes a las medidas provisionales que cabe adoptar en los casos antes mencionados.

Se trata de un formulario, con cerca de un centenar de modelos, dirigidos no sólo a las partes del proceso, sino también al Tribunal (escritos, documentos, demandas, notificaciones, autos, providencias...), y que desarrollan en todos sus extremos y pormenores los procesos estudiados. El autor, abogado en ejercicio, no se limita, sin embargo, a presentarnos este conjunto bien elaborado de modelos, sino que los integra en un estudio doctrinal, aunque orientado a la práctica de los Tribunales.

Así, en el primer apartado de la obra, se expone el sentido y los efectos indirectos que pueden derivarse de una separación convenida por los mismos cónyuges. En el segundo apartado, se transcriben los preceptos del Código civil, modificados también por otra Ley de la misma fecha, y que tienen relación estrecha con las normas procesales que van a estudiarse. Finalmente, en el tercero y último apartado —el principal y más extenso de la obra, del cual los dos primeros son propiamente preparatorios— se exponen los artículos de la Ley de enjuiciamiento civil, acompañados de un breve comentario, en el que se utiliza ampliamente la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, y se insertan los modelos de escritos a que ya nos hemos referido.

El libro, de acuerdo con la finalidad perseguida, constituye un útil instrumento para la práctica profesional.

JUSTO J. GÓMEZ YSABEL.

LELOUP, Jean Marie; LINOSSIER, Lucien; LOMBOIS, Claude; NORMAND, Jacques; PIEDELEUVRE, Alain; PONTAVICE, Emmanuel du; RIEG, Alfred; SORTAIS, Jean Pierre; VERDOT, René; WILLMANN, Raymond: «L'immuable urbain à usage d'habitation». Etudes de Droit Privé sous la direction et avec un Préface de Jean Carbonnier. Paris 1963, 497 págs.

El presente volumen recoge una decena de estudios presentados a las pruebas para obtener la Agregación que, como se sabe, obligan a los candidatos a realizar un trabajo sobre un tema prefijado. Así, en torno al tema «El inmueble urbano destinado a vivienda», se agrupan los trabajos en tres partes: la materialidad del inmueble (bajo cuyo epígrafe se trata de la construcción del inmueble urbano, las reparaciones y la demolición del inmueble urbano, y las servidumbres y el urbanismo), las formas de utilización del inmueble (la copropiedad por apartamentos, usufructo y arrendamiento, el arrendamiento urbano de vivienda, la ocupación por cualquier otro título), y las operaciones jurídicas que pueden tener por objeto un inmueble (la promesa de venta realizada en documento privado, la venta, y el inmueble destinado a habitación en el derecho patrimonial de la familia).

Esta obra no constituye un estudio sistemático, sino un conjunto de puntos de vista sobre lo que se ha denominado «derecho nuevo sobre la casa y la vivienda»; de valor desigual, ofrecen el aliciente de su actualidad y de recoger el impacto de la legislación urbanística y administrativa en el Derecho privado.

Singularmente valioso es el Prefacio del Profesor Carbonnier, en donde hace unas agudas consideraciones acerca de los beneficios que se derivarían de otorgar personalidad jurídica a la vivienda: «Debe permitirse a los juristas —dice— hablar de ella como de una persona, ya que los poetas lo hicieron antes que ellos. Si en nuestros días no estuviera de moda insistir más bien en los abusos de la personalidad jurídica, se advertiría probablemente que el reconocimiento de un interés del inmueble, distinto del interés del propietario, así como del arrendatario o de los ocupantes del inmueble, podría proporcionar la clave de más de un problema.» En el «habitat-fondation» la serie de sucesivas generaciones vendría a constituir el soporte humano del ser moral, mientras que en el «habitat-communauté» lo formaría la colectividad de los habitantes ya que aquí el inmueble viene a ser una especie de circunscripción territorial. Estos dos tipos de vivienda deben originar dos tipos de regulación, y quizá uno de los defectos de la actual legislación arrendaticia sea el de someter a ambos al mismo régimen uniforme. Luego plantea el «droit au logement» como un derecho natural de todo ser humano, con una argumentación no exenta de fino humorismo.

Como buena parte de los temas que se plantean en este conjunto de trabajos tienen su paralelo en nuestro Derecho, su lectura no deja de ofrecer interés para el jurista español.

PASTOR RIDRUEJO, Félix: «La revocación del testamento», Ediciones Nauta, Barcelona 1964. Una obra de 350 págs.

Constituye esta obra la primera aportación del notario y doctor Pastor Ridruejo a la civilística española.

En el capítulo I sobre «Problemas introductorios (págs. 11 a 48), se ocupa, en primer término, del fundamento de la revocabilidad que para el autor —tras rechazar diversos criterios como el de la voluntad del testador, la gratuidad del acto, su unilateralidad, la ausencia de perjuicio para tercero— es preciso buscarlo en el concepto mismo de testamento, como última voluntad del causante. El testamento es revocable por imperio de la Ley; a los ojos de ésta es un acto supremo de soberanía no de «autodespojo». El testamento para ser posible ha de ser anticipado y para que siendo anticipado no constituya un «autodespojo» ha de ser forzosamente revocable.

Dentro del mismo capítulo aborda el tema de la naturaleza jurídica, condensable en dos preguntas: la revocación, ¿es a su vez revocable?, ¿constituye un acto «inter vivos» o «mortis causa»? Pastor, separando ambas cuestiones cree que la revocación es un acto «mortis causa»; pero además, desvinculando también el problema de la revocabilidad de la revocación y el del mecanismo de reviviscencia del testamento revocado, opina en favor de la revocabilidad de la revocación, pues el nuevo testamento sea o no «per relationem», es precisamente una revocación tácita de la anterior revocación.

El capítulo II (págs. 49 a 58), lleva por título: «Elementos personales de la revocación», y se halla dividido en cuatro apartados: carácter personalísimo de la revocación, capacidad para revocar, intención testatoria y vicios del negocio revocatorio.

El capítulo III (págs. 59 a 80), se destina al estudio del «Objeto de la revocación», analizando en él la irrevocabilidad del reconocimiento testamentario de la filiación natural, otros supuestos de disposiciones irrevocables (específicamente el problema del reconocimiento de deuda), y los efectos interpretativos del testamento revocado.

El capítulo IV (págs. 81 a 122), trata de la «solemnidad de la revocación. Tras examinar el principio de formalidad de la revocación y sus posibles excepciones, pasa al tema relativo a si la revocación es posible por testamento de forma inferior, concluyendo que por ser necesario plantearse la cuestión de la prelación temporal y no la de una posible y discutible prelación formal —desmentida en los arts. 738 y 739 C. c.— no ofrece duda su posibilidad.

En cuanto a la revocación por testamento en que no se han cumplido las solemnidades complementarias, o afecto de caducidad, cree que si hay caducidad e incumplimiento de solemnidades, el testamento perece a todos los efectos, incluso los revocatorios. Pero si hay incumplimiento de solemnidades, y no existe caducidad, la cuestión es muy distinta. El que estas solemnidades no se hayan cumplido, no quiere decir que no se puedan cumplir, y en tanto que no se cumplen y que los Tribunales no declaran la imposibilidad del cumplimiento, hay que considerar el testamento como válido, sin que quepa declararlo nulo o caducado, pues a ello se opone el artículo 743.

Trata luego del testamento revocado por institución contractual y de la perfección interna del testamento revocatorio analizando el artículo 740, a través del cual ve dos afirmaciones: Primera, la independencia del llamamiento positivo y de la cláusula revocatoria. Segunda, configuración de la revocación tácita como verdadera y silenciosa revocación, auténtica disposición escrita en tinta simpática, y no simple consecuencia objetiva, por causas de incompatibilidad, de la existencia de un nuevo testamento.

Esta consideración del precepto abre el camino para su integración. La norma tiene carácter dispositivo. Se basa en la interpretación de la voluntad del testador. Si éste ha concebido la cláusula derogativa como ligada a la suerte de los llamamientos dispositivos, el artículo 740 no tiene aplicación. Y, por otro lado, no sólo la incapacidad del heredero o legatario, o la renuncia de aquél o de éstos, sino cualquier otra causa de ineficacia que no afecte, en principio, a la voluntad revocatoria, permite la subsistencia de ésta.

El capítulo V (págs. 123 a 161): «Posterioridad y subsistencia del testamento revocatorio», comprende dos apartados: La posterioridad: el testamento de fecha u hora dudosa y la subsistencia del testamento revocatorio.

En el primer punto (dudas acerca de la posterioridad de dos testamentos), entiende que las disposiciones comunes subsisten, puesto que se hallan confirmadas por cualquiera de ambos testamentos que consideremos posterior. Y en cuanto a las disposiciones divergentes, pero que no ofrecen incompatibilidad, también se salvan. Por lo que respecta a las disposiciones incompatibles, no hacen nacer un problema de revocación, sino de incertidumbre del llamado. Si esta incertidumbre no puede resolverse, tales cláusulas serán ineficaces, como se desprende de los artículos 750 y 773 del C. c.

El segundo punto se subdivide en otros dos: revocación por testamento destruido o desaparecido y revocación por testamento revocado. Es este uno de los aspectos clave del trabajo.

Un fragmento del Digesto sirvió de plataforma para admitir la reviviscencia del testamento revocado. Aquel que admitía como voluntad testamentaria válida de una persona, «si codicillis... eodem testamento se mori velle declaraverit». Nuestro Código en una dirección similar, establece expresamente, frente al silencio de unos cuerpos legales, y frente al sistema de otros de admitir el renacimiento automático del primitivo testamento por la revocación del segundo que con el mismo era incompatible, que: «El testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero». La reviviscencia del testamento revocado implica el otorgamiento de un nuevo testamento, que puede ser de los llamados «per relationem», admitidos por el Código en el artículo 672 a otro propósito, y que encuentra en el artículo 739, § 2.º una de sus figuras. El rango temporal del testamento revocado es el de la declaración de reviviscencia y prevalece, no sólo frente al que lo derogó, sino frente a cualquier otro, posterior al mismo, pero anterior a la manifestación vivificante, sin que quepan en nuestro Derecho las dudas surgidas en otras legislaciones.

La revocación real por sí sola no basta para vivificar un testamento an-

terior. Así lo ha dicho la Dirección de los Registros en resolución de 1 de junio de 1943, confirmada por otra de 30 de marzo de 1944.

Los capítulos restantes de la obra tratan de las diversas formas de revocación.

El VI (págs. 163 a 187), se titula: «Revocación expresa», y dentro de él el punto más interesante es, a mi juicio, el relativo al testamento puramente revocatorio. En el Código, la cuestión no está específicamente resuelta; no se exige institución de herederos (art. 764), pero sí disposición de bienes (artículo 667). ¿Cabe la revocación pura? La doctrina española entiende que sí. Las razones son: 1) Toda revocación implica una disposición de bienes indirecta. 2) El Código no exige para la revocación, sino la forma testamentaria, y no el hallarse recogida dentro de un verdadero y propio testamento material. 3) Así se desprende del más profundo sentido del artículo 740 del C. c.

Dentro del mismo capítulo se ocupa también del problema de la revocación expresa contenida en el acta de otorgamiento de un testamento cerrado, nulo en cuanto tal.

El capítulo VII (págs. 189 a 229), se destina a examinar «la revocación tácita». Tras exponer su alcance y su configuración en el Derecho histórico, Pastor nos lleva a la interpretación racional del artículo 739, que según la Dirección General de los Registros y del Notariado no debe entenderse con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de las disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, y siempre ha de armonizarse con el artículo 675, referente a la interpretación del testamento.

El autor sigue esta postura, apoyado en los argumentos siguientes: 1.º) El artículo 739 no responde a la tradición romana, sino que la contradice. 2.º) Tiene un carácter dispositivo, es decir, se apoya en la voluntad del testador, como se desprende del artículo 740, y de la posible conservación de testamentos anteriores admitida por el primer párrafo del 739. 3.º) El tenor del artículo, no se opone a que la declaración conservadora, tenga carácter tácito. Así, mientras que, para la declaración de reviviscencia, exige el mismo artículo que se declare «expresamente ser su voluntad que valga el primero», para la conservación del testamento anterior no es preciso «declarar expresamente», sino «expresar su voluntad», que no es lo mismo. «Expresamente», empleado como adverbio, equivale a mucho más que «expresar», empleado como verbo.

El capítulo VIII (págs. 231 a 304), el más extenso de la obra, se refiere a «la revocación real».

Tras analizar los antecedentes históricos y el Derecho comparado, los fundamentos del artículo 742 y la naturaleza jurídica de esta revocación, centra el estudio en el carácter presuntivo del artículo en cuestión. Estas presunciones a juicio de Félix Pastor son:

1.ª) Presunción de imputación o «autoría». Ofrece una cara opuesta: la presunción de «no autoría».

2.ª) Presunción de pureza del acto.

3.ª) Presunción de equivalencia de rotura y revocación o de significado revocatorio de la rotura.

4.ª) Presunción de autenticidad del testamento, que admite otra contraria y paralela a la presunción de la inautenticidad.

La primera de ellas se apoya como hecho básico en que el testamento aparezca en el domicilio del testador con los desperfectos tipificados en la Ley. Es presunción «*iuris tantum*». Faltando el hecho base, admite no obstante el Código la prueba de la autría. La presunción contraria de no autría, aparece conectada al hecho base de encontrarse el testamento en poder de otra persona. Admitiendo prueba en contra.

Entre las dos presunciones contrarias existe un «terreno de nadie»: 1) El testamento que aparece en el domicilio del testador, pero en poder de un tercero, como por ejemplo, el testamento de la mujer que aparece en la caja fuerte del marido. 2) El testamento que aparece fuera del domicilio del testador, pero en su poder, v. gr., en una caja fuerte de alquiler. En el primer caso cree que la presunción pertinente es que el vicio procede de un tercero. En el segundo, la presunción no opera en ningún sentido. En la práctica el resultado es idéntico en ambos casos: ha de probarse la autría de la rotura.

Este punto se complementa estudiando el carácter personalísimo de la revocación real examinando, cuando actuó un tercero, los dos elementos integrantes: la voluntad de romper y revocar y la realización del desperfecto o rotura.

La segunda presunción es también «*iuris tantum*»: posibilidad de probar «haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia». La voluntad y conocimiento del testador se exigen y presumen a juicio de Pastor —siguiendo a Albaladejo y contra Navarro Amandi y la dicción literal del Código—, cumulativa y no alternativamente.

A continuación expone las cuestiones planteables en torno a los desperfectos que implican revocación e inmediatamente pasa a ocuparse de la presunción del significado revocatorio del desperfecto y su carácter «*iuris tantum*», según el autor, frente a la tesis de Albaladejo que la califica como «*iuris et de iure*». El artículo 1251 C. c. nos parece argumento definitivo.

La cuarta de las presunciones se refiere a la autenticidad e inautenticidad del testamento.

El conflicto planteado por la aparición de un testamento que sufre cualquiera de los desperfectos típicos, no es sólo el de la posible exteriorización de una voluntad revocatoria, sino también el de las dudas que la autenticidad del mismo puede originar.

Estas últimas las resuelve el artículo 742 por la misma vía de las presunciones en sus párrafos 2.º y 3.º. También a juicio del autor cabe la prueba en contra.

El capítulo IX y último (págs. 305 a 341), de la obra engloba en sí las cuestiones relativas a la «aplicación de la revocación real a otras formas testamentarias distintas del testamento cerrado». Está dividido en cuatro apartados; revocación real del testamento ológrafo y del abierto; efectos de la revocación real y consideración crítica del artículo 742.

José Luis Lacruz ha escrito un estupendo prólogo modelo de precisa concisión y agilidad, presentando al autor y a la obra.

Antes de firmar, un elogio y una censura sobre la impresión del libro.

El formato, papel, tipos y caja son un acierto, quizá se usan demasiado las negritas y desde luego es un rotundo desacierto no llevar las notas a pie de página. Colocadas al final de cada capítulo obligan al lector a ir dando constantes saltos irritantes o a prescindir de ellas en perjuicio, o del mínimo de comodidad habitual y exigible, o de la información completa. Es un defecto que se podía haber subsanado sin gran esfuerzo. El tono moderno, grato e incluso elegante con que se halla estampada la obra compensa tal defecto.

Mariano ALONSO Y LAMBÁN.

PERE RALUY, José: «Derecho del Registro civil». Edit. Aguilar. Madrid, 1962-1963; dos volúmenes con un total de LV + 1173 págs.

José Peré Raluy, juez municipal de Barcelona, autor de numerosos estudios sobre diversos aspectos del Registro civil (1), y que fue vocal de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Ley y Reglamento del Registro civil, nos ofrece en estos dos amplios volúmenes de apretado texto una autorizada exposición de esta institución, tan íntimamente vinculada a la persona, en cuanto que constituye «el instrumento material para que conste públicamente la versión oficial sobre la existencia, el estado y la condición civil de cada persona» (2).

A la antigua regulación de la materia, constituida por la provisional Ley de 1870, y la amplia serie de normas complementarias de la misma, que, ya desde este simple punto de vista, hacía «desear que se simplificase la legislación del Registro civil, reduciendo a unidad el cúmulo de textos dispersos» (3), han sucedido la ordenación representada por la Ley de 8 de junio de 1957, y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958 que, en conjunto, «no sólo supone —nos dice Peré Raluy (pág. 75)— un inmenso avance respecto a la legislación española precedente, sino que constituye el sistema registral más perfecto elaborado hasta el presente sobre la materia, resistiendo ventajosamente el cotejo con ordenamientos como el portugués, italiano, suizo, etc., que poseen una legislación relativamente cuidada y que han rebasado la embrionaria fase propia del Registro francés.» Lo que no significa que la nueva ordenación carezca de defectos, que Peré Raluy critica con ánimo constructivo.

La utilidad de la obra reseñada viene, pues, dada por la necesidad de contar con una exégesis de la nueva legislación vigente; pero, al mismo

(1) En este mismo Anuario, su interesante trabajo sobre *La filiación y el Registro civil* (A. D. C., IX-3.º, 1956; págs. 861 a 884).

(2) DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952; pág. 562. Definición recogida casi literalmente en la Exposición de Motivos, párrafo II, de la Ley del Registro civil.

(3) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., Madrid, 1949; páginas 543 y siguiente.

tiempo que se satisface esta finalidad, el autor alcanza un objetivo que llena una necesidad también sentida hasta ahora, cual es la de disponer de una elaboración sistemática del Registro civil que superase el ámbito del puro comentario a las normas legales, en que se mueven las obras dedicadas al tema, a pesar de la prolongada vigencia que alcanzó la Ley derogada (4). Peré Raluy nos da un verdadero tratado del Registro del estado civil en el que, si alguna objeción puede hacerse, en lo que afecta a su planteamiento, es su acaso excesiva extensión, en virtud del tratamiento directo e intenso de las cuestiones jurídicas materiales del Registro; por más que esta circunstancia no constituye propiamente defecto, sino exceso, y, en todo caso, tal método no deja de estar apoyado en razones muy estimables que el autor expone (5).

Partiendo de una introducción (en la que se estudian materias básicas, como estado civil, Registro civil y sus fuentes, hechos inscribibles y principios registrales), se analizan las cuestiones referentes a la organización, asientos, inscripción de nacimiento, nombre, nacionalidad y vecindad civil, matrimonio, defunción, tutelas y representaciones legales, modificación del Registro, expedientes registrales, publicidad del Registro y, finalmente, cuestiones varias, tales como el régimen económico del Registro civil, Derecho transitorio, liquidación de las incidencias registrales de la Zona roja y el Registro civil de las Provincias africanas. Incluye el autor un amplio extracto de las resoluciones más recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y una completa serie de modelos y formularios, para acabar con una extensa indicación bibliográfica y un cuidadísimo índice alfabético de materias y de artículos de la Ley y Reglamento del Registro civil citados.

Peré Raluy ha realizado su trabajo con soltura y perfecto dominio de los textos legales y de la doctrina, de la que, con gran independencia de criterio, se separa frecuentemente. Destacan igualmente, al lado de la exégesis realizada, las abundantes referencias y datos históricos, así como sus frecuentes e interesantes juicios de carácter sociológico.

JUSTO J. GÓMEZ YSABEL.

VOLUMEN CONMEMORATIVO DEL DÉCIMO ANIVERSARIO DEL CONCORDATO ESPAÑOL DE 1953. Volúmen III de la Revista «Jus Canonium», Pamplona 1963, 677 páginas.

La trascendencia jurídico-civil del Concordato de 1953 al que este Anuario dedicó un número extraordinario, y la importante reforma llevada a cabo en nuestro Código por la ley de 24 de abril de 1953, parece aconsejar dar cuenta del contenido del presente volumen conmemorativo de los diez años del Concordato. Como se advierte en la presentación, no se ha pre-

(4) Lo que ya había sido advertido por ESCALERA (S. y M.): *El Registro del estado civil. Legislación, jurisprudencia y comentarios*, Madrid, 1959, al decir (pág. 33) que no existe ningún tratado sobre la materia.

(5) V. págs. 49 y siguiente.

tendido ofrecer «una visión de conjunto de todos los problemas concordatarios españoles», sino estudiar en profundidad algunos de ellos; por otra parte, no todos los aquí tratados interesan por igual a los lectores habituales del Anuario.

Alberto de la Hera se ocupa de «La autonomía didáctica y científica del Derecho concordatario», tratando de clarificar la posición de esta rama del Derecho público eclesiástico que el autor incluye dentro del Derecho Internacional en su consideración científica, ya que niega la autonomía del Derecho Concordatario positivo.

Federico Suárez trata, en un extenso trabajo, de la «Génesis del Concordato de 1851», en el que sigue paso a paso sus complejísimas negociaciones hasta llegar al texto definitivo. Es una buena aportación a la historia concordataria española.

El estudio que interesa más directamente a los civilistas es de Fuenmayor, y se titula «El matrimonio y el Concordato español», en parte conocido ya por haber sido su Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en 1963. Está fuera de lugar destacar aquí la personalidad científica del autor, así como la parte importante que ha tenido en la Ley de 1958 como miembro de la Comisión General de Codificación. De aquí el valor de la apreciación general con que concluye su trabajo: «Al acomodar nuestro Derecho matrimonial al Concordato de 1953, el Estado ha cumplido con fidelidad sus compromisos, e incluso con creces, en aquellas materias que no estaban condicionadas por circunstancias reales de la vida social; y puede decirse también que la reforma representa un paso importante en la tarea de revisar la secularización operada en España por la Ley de 1879». El estudio se inicia con una consideración del matrimonio ante el Derecho Canónico, seguido de los problemas planteados por la secularización de la institución matrimonial tanto para la Iglesia como para el Estado católico, para abordarse a continuación la regulación del matrimonio en el Concordato de 1953. La parte fundamental del trabajador de Fuenmayor se dedica a la adaptación de nuestro Derecho interno al Concordato operada por diversas disposiciones legales entre las que destaca la ley de 24 de abril de 1958; en este punto debe afirmarse que ningún aspecto ha quedado fuera de su consideración, ya sea civil, registral o penal, con especial atención a las causas matrimoniales; en cada caso el autor expone lo que el texto concordado exige y lo que el legislador interno concede. Naturalmente, no procede aquí hacer una exposición detallada; basta decir que representa una visión sistemática de los aspectos civiles y canónicos de la reforma de 1958. Problemas como los del sistema matrimonial instaurado por el nuevo artículo 43, doble matrimonio, forma del matrimonio de los españoles en el extranjero, que siguen debatiéndose por la doctrina, encuentran aquí una respuesta muy razonada, y las soluciones del autor —aunque se discrepe de ellas— no pueden dejar de ser tenidas en cuenta.

El tema del trabajo de Antonio Pérez Hernández, «Exenciones tributarias en el Concordato de 1953», aún de indudable interés práctico, cae fuera de la habitual problemática de este Anuario.

En cambio, el estudio del privilegio del fuero, el llamado de inviolabilidad,

el tratamiento jurisdiccional de las personas y cosas eclesiásticas, las causas matrimoniales y los problemas de ejecución procesal, que aparecen tratados por Carmelo de Diego Lora bajo el título. «Ambito de las jurisdicciones eclesiástica y civil en el Concordato español de 1953», ofrecen un subido interés jurídico-procesal y teórico-práctico.

En resumen, un excelente número monográfico sobre aspectos parciales del Concordato de 1953, del que acertadamente se han eliminado los «estudios de circunstancias».

Gabriel GARCÍA CANTERO

REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER
y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

D'ALESSANDRO, Floriano: *Il realismo giuridico americano. A proposito di un libro recente*, RDC, año LXXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª Parte; páginas 45-51.

Con motivo de la reciente aparición en Italia del libro de Giovanni TARRELLO *Il realismo giuridico americano* (Milán, 1962) hace el autor una exposición de los postulados metodológicos de esta escuela jurídica, seguidos de unas consideraciones críticas sobre los mismos.

El realismo jurídico americano es fruto de las condiciones ambientales en que tiene lugar en los Estados Unidos la aplicación del Derecho, entre las cuales destaca la dificultad que allí supone con frecuencia el funcionamiento de la regla *stare decisis*, debido a la masa ingente de precedentes y al hecho de que a la jurisdicción federal se une la existencia de más de cincuenta jurisdicciones estatales. Es, por otra parte, el realismo americano una consecuencia o aspecto del pensamiento americano que, bajo la bandera de «lucha contra el formalismo», se conecta con la tradición empírica anglosajona, ligada a las corrientes más significativas de la mentalidad jurídica inglesa. Sometiendo a crítica rigurosa los postulados de la doctrina tradicional, elaborada sobre la rígida observancia del «precedente», parte del principio de que *general propositions do not decide cases* y estima que el juez debe elaborar su decisión no sobre la base de la «consecuencialidad» respecto a las directrices preconstituidas valoradas como vinculantes, sino sobre la base de su aptitud o idoneidad para producir consecuencias que el juez, como intérprete del ambiente, estima socialmente útiles y deseables. La doctrina tradicional, basada en el principio de la legalidad (de la ley o del precedente), presenta, según los «realistas», una triple quiebra en su método de argumentación: a) La arbitrariedad domina la elección del precedente. b) Es arbitraria la inducción que permite extraer del precedente la «norma» aplicable al caso concreto. c) Finalmente, es arbitraria la deducción de una conclusión normativa de la conjunción de una norma general y una hipótesis de hecho (silogismo judicial). Se estima que el esquema silogístico es ilusorio porque es un mito la certeza y objetividad de la norma (premisa mayor) y un mito también la certeza y objetividad del hecho (premisa menor) y, además, el mecanismo efectivo de la decisión procede de las consecuencias a las premisas, y no al revés.

No puede desconocerse la situación de crisis de los postulados de la doctrina tradicional y del principio de la legalidad, si bien tampoco puede olvidarse que la escuela realista, al tomar como base de su argumentación

«casos marginales», no ofrece unas orientaciones que puedan admitirse sin reparo y con el significado general que pretenden.

GRISOLI, Angelo: *Das Problem der Rechtsvergleichung in Italien*, ACP, tomo 162, núm. 1-2, enero 1963; págs. 142-170.

Visión de conjunto de la evolución, significado y valor de la Ciencia del Derecho comparado en Italia, que, dejando aparte las investigaciones de CARUSI sobre el Derecho de los pueblos del Mediterráneo oriental, comienza realmente con la jurisprudencia etnológica de MAZARELLA que acentúa en el fenómeno «Derecho» los factores de la vida social y de la evolución histórica de los pueblos. Los escritos de AMARI (1857) ofrecen los fundamentos teóricos de una metodología que luego habría de ser aplicada con fines prácticos. Considera el autor que la introducción al Derecho comparado ha sido enfocada desde tres puntos de vista: a) Al modo de los Manuales americanos, elaborados sobre la técnica del «case-book». b) Con la pretensión de ofrecer una presentación de los fines y metas del Derecho comparado, a la vez que una síntesis de los elementos característicos de los más significativos sistemas jurídicos. c) Trazando las líneas fundamentales de uno de los grandes sistemas jurídicos (el anglosajón, el soviético, el musulmán). Se alude a la repercusión en Italia de cada una de las tendencias expuestas.

En Italia merecen consideración especial las investigaciones específicamente dedicadas al estudio del Derecho anglosajón y sobre todo norteamericano, siendo de advertir que el fenómeno de que la mayor parte de la doctrina que en Italia se califica de comparatista se dedica en realidad, como presupuesto del método comparativo, al estudio del Derecho extranjero como tal o de algunas de sus instituciones. No puede tampoco dejarse de citar la corriente sociológico-naturalista, encabezada por ROTONDI, y que aspira a la creación de una ciencia universal del Derecho comparado, basada en una valoración naturalista de los fenómenos jurídicos y en un método inductivo, con lo cual postula una revisión de las formas tradicionales de aplicación de la Ciencia jurídica y rechaza en parte la dogmática tradicional. Significado y fines del Instituto de Derecho comercial, industrial y del trabajo, de Milán. Importancia de los trabajos de ASCARELLI y GORLA, como representantes de las orientaciones más recientes. Propuestas del autor acerca de la forma de utilización del método comparativo: facilitar el mejor conocimiento y comprensión del Derecho extranjero; complementar la formación profesional del estudioso, al mismo nivel, por lo menos, que los estudios históricos; señalar y delimitar las diferencias existentes en torno a fuentes de creación del Derecho y métodos de aplicación de las leyes.

BRUN, André: *Die gegenwärtige Entwicklung des französischen Arbeitsrechts*, ACP, tomo 162, núm. 1-2, enero 1963; págs. 128-141.

Significado y desarrollo actual del Derecho del Trabajo en Francia, en comparación con Alemania. Los aspectos concretos de esa rama jurídica son en Francia los mismos que en el Derecho alemán. En la técnica de uno y

otro sistema se aprecian, es cierto, fundamentales diferencias; pero las metas y los fines son los mismos. Ambos Derechos partes de un «cuadro vital» común, en el que sin duda descansa su orientación paralela: la consecución y realización de una mejor y más efectiva justicia social.

Las metas del Derecho del trabajo en Francia plasman en la seguridad en el trabajo, en la seguridad del salario, en la seguridad del puesto de trabajo, y, fundamentalmente, en la necesaria reforma de las estructuras de la empresa. Reafirmando insistentemente su autonomía científica y jurídica como rama independiente del Derecho, el Derecho del trabajo se desenvuelve con arreglo a una metodología propia en la que destacan como aspectos fundamentales la dimisión del monopolio de reglamentación jurídica estatal, las variaciones en la configuración del contrato de trabajo en particular y, finalmente, la valoración de los factores y experiencias de carácter psicológico y sociológico.

2. Derecho de la persona

HEINRICH, Dieter: *Die unbewusste Irreführung*, ACP, tomo 162, núm. 1-2, enero 1963; págs. 88-104.

La impugnación de la declaración de voluntad a causa de error o como consecuencia de engaño doloso, supuestos respectivamente recogidos en los párrafos 119 y 123 del BGB, presentan la fundamental diferencia de que mientras la impugnación por error descansa normalmente en una circunstancia imputable al propio declarante, la impugnación por dolo se basa en la conducta de la otra parte. Surge la duda de si las hipótesis de impugnación constituyen un sistema cerrado en el BGB (que no permite otros casos) o si, por el contrario, la reglamentación presenta lagunas. El autor se enfrenta con el supuesto de la llamada en la doctrina alemana «provocación no intencionada del error»; es decir, la hipótesis en que la conducta, meramente culposa y no dolosa, de una de las partes provoca en la otra el error. Después de referirse al criterio del Derecho inglés (*innocent misrepresentation*) y del austríaco (no surge obligación) se estudia el problema en el Derecho alemán. Desde luego, la «provocación no intencionada del error» (*unbewusste Irreführung*) no permite la impugnación por dolo del § 123 del BGB. La parte inducida a error como consecuencia de la conducta no dolosa de la otra, en base a las conclusiones doctrinales y a la solución de determinados supuestos por la jurisprudencia, dispone de cuatro posibilidades: a) impugnar por error basándose en el § 119 del BGB; b) oponer al cumplimiento que se le reclame la excepción de dolo; c) invocar la desaparición de la base del negocio; d) exigir indemnización de daños por «culpa» en la conclusión del negocio. De las posibilidades indicadas, la que cuenta con un menor fundamento jurídico es la primera: la parte inducida a error declara lo que ha querido declarar, aunque su declaración haya sido motivada por una información inexacta de la otra parte. El error así surgido, sin embargo, considerado cronológicamente, incide aun en el estadio de la formación de la voluntad y no cae por ello bajo el § 119. Consideración de las otras tres posibilidades.

Significación del problema estudiado en materia de compraventa (§§ 459, II, 463, 2.º): la cosa no tiene las cualidades afirmadas en el contrato, mediando simplemente no una afirmación dolosa, sino una provocación culpable de error en el adquirente.

RODOTA, Stefano: *Discussioni e polemiche sul diritto soggettivo nella Germania Orientale*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª parte; páginas 51-56.

En los países de régimen comunista los juristas van sustituyendo la noción «derecho subjetivo» por la de «relación jurídica» como punto de partida en todas las consideraciones acerca de las situaciones jurídicas subjetivas. La crítica de la noción burguesa del derecho subjetivo aranca de explícitas formulaciones del propio Marx, de las cuales las elaboraciones sucesivas no son más que meras ampliaciones. Partiendo de que el derecho subjetivo constituye simplemente un instrumento para aislar al individuo del entretreído de las relaciones sociales, la relación jurídica, entendida al modo socialista, encaja plenamente al individuo en la sociedad, debiendo ser considerada como el instrumento que coloca a dicho individuo en conexión con el complejo de todos los demás sujetos y de las organizaciones estatales y sociales, no pudiendo encontrarse en ella una naturaleza jurídica que la diversifique ontológicamente de las relaciones sociales.

Haciendo una dura crítica del concepto del derecho subjetivo al modo occidental (?), la construcción de conjunto más importante sobre la relación jurídica en el Derecho civil socialista se debe a POSCH (*Das Rechtsverhältnis im Zivilrecht*, en *Staat und Recht*, X, 1961, 15-35), puesto que afronta el problema de la relación jurídica en todas sus implicaciones. Postula una relación jurídica básica o fundamental constituida por la organización jurídica socialista, de la que emanan las singulares relaciones jurídicas. Entre los sistemas capitalistas y socialistas se aprecia, según la construcción que se comenta, una diferencia fundamental: mientras que en los primeros se tiende únicamente a una continua composición de conflictos, partiéndose de su continua repetición, en una estructura social que no cambia, en los segundos, por el contrario, se busca la superación de los conflictos mismos con un desenvolvimiento que investiga también sus causas, haciendo así desaparecer la posibilidad de que vuelvan a repetirse. Positivismo de las concepciones antedichas. Consecuencias a que conducirían. Crítica.

4. Obligaciones y contratos

FABIANI, Mario: *In tema di responsabilità per violazione di segreti industriali*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 2.ª parte; págs. 39-45.

Estima la sentencia de casación italiana de 6 de julio de 1962 que el derecho del titular de un proceso industrial no patentado a conservar el secreto acerca del mismo, queda únicamente tutelado en relación a aquellas categorías de sujetos (art. 623 del Código penal, art. 2.105 del Código civil),

a los cuales el legislador ha estimado oportuno inhibir la comunicación o la divulgación de noticias y datos relativos al ejercicio de empresas industriales o comerciales. Se trataba, en el caso concreto, de una hipótesis de revelación por parte de un tercero de ciertos secretos industriales referentes a procesos de fabricación. Por no estar el tercero en relación con quien utiliza el secreto de fabricación de que se trata, su conducta reveladora o divulgadora del mismo no puede constituir por sí un acto ilícito que dé lugar al resarcimiento de daños. Ello porque la divulgación de secretos, fuera de las hipótesis legislativamente previstas, no incide en la esfera de un derecho subjetivo ajeno; ya que falta una tutela general y absoluta de los secretos industriales, no cabe en el caso entender existente una responsabilidad aquiliana. Es la tesis de la sentencia, que no se comparte por el autor. Siguiendo doctrina reciente se estima que la función del artículo 2.043 del Código civil no es sólo fijar la norma de responsabilidad del daño producido por la violación de un interés protegido por una norma específica, sino sobre todo restringir la esfera de lo jurídicamente indiferente y normalmente lícito.

KAHN, Philippe: *L'apport en société du bail rural*, RTC, año 15, núm. 4, octubre-diciembre 1962: págs. 567-572.

Uno de los hechos fundamentales que modelan el naciente Derecho agrario es la circunstancia de que el campesino adquiere cada vez más un espíritu comunitario para la explotación de sus tierras o de las que, en situación distinta de la propiedad, cultiva. El agricultor ha descubierto el interés que para él puede tener el asociarse con otros explotadores o con quienes aporten capital o trabajo a las explotaciones. Las circunstancias en que hoy se desenvuelve la agricultura originan el espíritu de asociación y cooperación en el ámbito agrario. Una de las formas de dar efectividad a esa necesidad de asociación es la constitución de sociedades entre los agricultores, mediante aportaciones recíprocas a las mismas. Cuando se trata de un propietario de una explotación, aporta su derecho de propiedad y no surge problema alguno. En cambio, cuando es simple arrendatario la reglamentación de los arrendamientos rurales (Ordenanza de 17 de octubre de 1945, art. 832 del Code rural) no permite aportar el arrendamiento a una sociedad de explotación, puesto que al estar prohibidos el subarriendo y la cesión se ha entendido que también lo está la aportación a una sociedad.

De manera elocuente, las necesidades prácticas han demostrado lo inconveniente y perturbador de esta posición. Por ello, al margen de la ley, van surgiendo asociaciones de agricultores arrendatarios, cuya existencia no cabe desconocer. Para obviar el inconveniente de la prohibición de aportación del arrendamiento como titularidad, se ha ideado la aportación del simple derecho de goce que el arrendamiento confiere. Actualmente una Ley de 5 de agosto de 1960 atenúa algo la prohibición implícita en el artículo 832 del Code rural, al añadir a éste un párrafo, en el que si bien, como principio, se sanciona la prohibición de aportar el arrendamiento a una sociedad de explotación agrícola o a una agrupación de propietarios o explotadores, se permite hacerlo con el consentimiento del arrendador y sin perjuicio de su facultad de *reprise*. Hay, pues, según esto, dos formas de aportación del

arrendamiento a una sociedad: a) aportación de titularidad con las condiciones indicadas; b) aportación de simple goce, como figura ideada por la práctica con el fin de escapar de la prohibición a que se hizo referencia. Estudio de la configuración y problemas que cada una de ellas entraña.

MARTON, Geza: *Versuch eines einheitlichen Systems der Zivilrechtlichen Haftung*, ACP, tomo 162, núm. 1-2, enero 1963; págs. 1-87.

El autor, en otro tiempo profesor de la Universidad de Budapest, dedicó intensamente sus investigaciones al problema de la responsabilidad civil, publicando en 1938 su primera elaboración de conjunto de la materia bajo el título *Les fondamentes de la responsabilité civile*. Reelabora posteriormente el trabajo con las aportaciones de los veinte años siguientes. Fruto de esa reelaboración doctrinal es el presente y extenso estudio, que, por la muerte de su autor, no pudo ser terminado. Constituye una crítica a fondo del sistema de la responsabilidad basada en la culpa, y la propuesta de un sistema distinto que configure y estructure la responsabilidad civil al margen de esa circunstancia.

Escuetamente formulado, el sistema de la responsabilidad en la culpa plasma en el siguiente postulado: cada uno responde de su culpa y sólo responde de su culpa. En general, se atribuye un origen romano al sistema de la responsabilidad subjetiva por culpa. Las generalizaciones bizantinas y las profundas elaboraciones doctrinales de la pandectística, influidas por las concepciones del Derecho canónico, son las que han construido, como principio básico, todo el sistema de la responsabilidad sobre la circunstancia de la culpa. En realidad, el principio indicado tiene, a juicio del autor, un origen romano muy discutible. La comprensión de la reglamentación romana de la responsabilidad requiere tener en cuenta: el primitivo sistema de la responsabilidad por el resultado; el sistema aplicable a los contratos que caen bajo el ámbito de la *bona fides*; el sistema de la responsabilidad por custodia, que, sin las deformaciones doctrinales posteriores, entrañaba un régimen de estricta responsabilidad objetiva, desvirtuado y encubierto con las presunciones de culpa. Sea ello lo que fuere, lo cierto es que, con el carácter de norma y directriz fundamental, el sistema de la responsabilidad subjetiva *ex culpa* se sanciona en las codificaciones del siglo XIX y, no obstante las crecientes excepciones al mismo impuestas por las circunstancias, se mantiene aun en la actualidad (cfr. por ejemplo, § 823 del BGB). Teniendo en cuenta las exigencias y formas en que se desenvuelve la vida moderna, ¿hasta qué punto está justificado hoy el principio de la responsabilidad por culpa? Tres inconvenientes prácticos le son imputables: a) El principio de la culpa es demasiado angosto y estricto para poder servir de base a todo el sistema de la responsabilidad. b) El momento de la culpa, aun en aquellos casos en que es aplicable, constituye un indicio, por incierto, viciado y defectuoso. c) Aunque poco tenido en cuenta, es un defecto importante de la teoría de la culpa el no tomar en consideración la determinación de quien soporta el riesgo en los daños por caso fortuito, aun radicando en ello la clave del problema. Las primeras fisuras que experimenta el sistema de la

culpa arrancan de la doctrina iusnaturalista (TOMASIO, HEINECIO) para los supuestos de daños causados por menores o enfermos mentales; se reafirman con el sistema de la responsabilidad objetiva de la Ley prusiana de ferrocarriles de 1838 y la Ley alemana de 1871, que hace extensivo a ciertas empresas dicho sistema; finalmente se fundamentan en las doctrinas del penalista BINDING. Después de una breve indicación de las fundamentaciones pretendidas para la responsabilidad sin culpa (riesgo, prevención, interés predominante, equidad), se indican sus repercusiones en la Legislación europea (Proyectos húngaros, Derecho soviético, Derecho francés, Volksgesetzbuch alemán, etc.). Las doctrinas que tratan de fundamentar la responsabilidad objetiva adolecen de dos vicios de enfoque: a) el considerar la responsabilidad en cuestión como una responsabilidad excepcional al lado de la normal; que sigue siendo la responsabilidad por culpa; b) falta de síntesis y empeño de justificar todos los casos de responsabilidad objetiva en base a un mismo principio. Alusión a los intentos de construcción unitaria de todo el sistema de responsabilidad (con culpa y objetiva): VENEZIAN, SJÖGREN, MAUCZKA, MÜLLER-ERZBACH, ESSER, WILBURG y STOLL.

La segunda parte del trabajo de MARTON está dedicada a esbozar un sistema propio de responsabilidad civil, en el cual todo el ámbito de las normas que disciplinan la indemnización de daños se estructuran como unidad y configurando dentro de tal unidad todos aquellos supuestos en los cuales se trata de la indemnización del daño causado en un patrimonio ajeno. Todo caso de obligación de soportar, en virtud de la ley, total o parcialmente, el daño causado a otro se llama «responsabilidad», sin consideración a la circunstancia de cuál sea el motivo de que deriva ese deber de soportar el daño. Las causas o motivos de la responsabilidad se agrupan en tres categorías: a) Responsabilidad *ex contractu*, que tiene lugar en aquellas hipótesis en que contractualmente se asume una responsabilidad (un deber de indemnización), ya surja dicha responsabilidad como objeto principal del contrato (seguro, pena convencional, fianza, etc.), ya surja como una consecuencia legal del contrato celebrado (mandato, depósito, etc.). b) Responsabilidad *ex delicto*, que abarca todos los casos de responsabilidad surgida de cualquier lesión de derechos, la cual, por sí misma y en cuanto tal, lleva aparejada la carga de la reposición o restablecimiento del estado anterior a la lesión. Llama el autor a estos casos *obligaciones de sanción*. c) Responsabilidad *ex variis causarum figuris*, que se refiere a aquellos supuestos en que alguien, en conexión con el daño sufrido por otro, resulta enriquecido (condiciones, gestión, echa-zón, etc.). Considera el autor que se trata de casos de nivelación o distribución equitativa del daño, llamándolos *obligaciones de no sanción*. Dejando fuera la primera categoría, se estudian a continuación las otras dos: obligaciones de sanción y obligaciones de no sanción, con especial atención a las primeras. En ellas, como motivos de la responsabilidad, se consideran el principio del interés y el principio de la prevención, así como las causas de delimitación de la responsabilidad. Referencia a las obligaciones de no sanción. Valoración de conjunto del sistema en sus ventajas prácticas y en su justificación teórica.

NICOLO, Rosario: *In tema di utilizzazione a proprio rischio e mediante corrispettivo di impianti industriali*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 2.ª parte; págs. 46-52.

Problema de calificación de una hipótesis de hecho negocial en la cual uno de los contratantes, habiendo construido una instalación destinada a la producción de energía eléctrica, confía la gestión de la misma al otro contratante, el cual la asume a propio riesgo y en el cuadro de su propia organización empresarial con todas las cargas de la gestión, obligándose al propio tiempo, aparte del pago del canon correspondiente, a suministrar al propietario de la instalación una cierta cantidad de energía eléctrica, aun proveniente de fuente diversa. Ante el supuesto descrito, se plantea la cuestión de determinar si la puesta a disposición de las instalaciones para la producción, que tenía su contraprestación, entre otras cosas, en el pago de un canon determinado en función de la cantidad de energía producida (con un mínimo garantizado), debe calificarse como una venta de energía eléctrica (considerada como cosa futura) o más bien como un contrato que implica únicamente la atribución de un derecho de goce de las instalaciones.

Aunque sin resolver de forma decidida el problema de la calificación, la sentencia casada entendió que el esquema negocial indicado no era incompatible con las normas sobre venta de cosa futura. La Corte de Casación italiana, en sentencia de 26 de enero de 1963, con una, a juicio del autor, más penetrante apreciación, declara lo siguiente: 1) Contenido esencial del contrato de compraventa es la atribución al comprador de un bien que se encuentra en el patrimonio del vendedor o que es adquirido para su patrimonio en el momento que tenga existencia. 2) No puede, por tanto, calificarse como venta un contrato con el cual el propietario de una instalación industrial confía la gestión productiva de la misma a otra persona que asume sobre sí los riesgos de la producción, dado que, en tal hipótesis, los bienes producidos se adquieren a título originario por el comprador.

5. Derecho de familia

CARON, Pier G.: *In tema di efficacia civile della dispensa del matrimonio rato e non consumato*, RDMSP, año V, núm. 2, abril-junio 1963; páginas 329-340.

Una cuestión ardientemente discutida en la doctrina italiana, en la materia de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil en la regulación del matrimonio, es la determinación de si los efectos civiles del pronunciamiento canónico de dispensa *super matrimonio rato et non consumato* corren *ex tunc* desde la celebración del matrimonio o *ex nunc* desde el momento del pronunciamiento. La Corte de Casación comenzó sosteniendo la primera tesis; pero después, de acuerdo con la doctrina prevalente, cambió su orientación y acogió la tesis de la eficacia *ex nunc*, basándose en el argumento de la completa recepción de la institución canónica de la dispensa *super rato*, operada en virtud de los Acuerdos de Letrán. Recientemente la

sentencia del Tribunal de Ivrea de 9 de enero de 1963, ha mantenido esta última orientación, afirmando que la dispensa del matrimonio rato y no consumado, prevista y regulada por el Derecho canónico, adquiere eficacia desde el momento de su pronunciamiento, de donde deriva la consecuencia de que hasta entonces el matrimonio debe reputarse válido a todos los efectos (en la sentencia se planteaba una cuestión de alimentos). Se critica la tesis de la eficacia *ex nunc* de la dispensa, por el autor.

CORTESE, Maura: *La dichiarazione non equivoca di cui all'art. 269, n. 2, cod. civ.*, RDMSP, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 308-312.

Entre las hipótesis en virtud de las cuales la paternidad natural puede ser declarada judicialmente, el artículo 269, número 2, del Código civil italiano prevé el caso de que dicha paternidad indirectamente resulte «de no equívoca declaración escrita de aquél al cual se atribuye la paternidad». La expresión declaración «no equívoca» ha venido a sustituir la dicción de 1865, en la que se hablaba de «declaración expresa»; circunstancia que aclara bien la intención del legislador de atenuar la rigidez de la enunciación primitiva. Bajo la nueva fórmula subsiste la duda, en torno a la naturaleza jurídica de la declaración, de si reviste el carácter de negocio jurídico o si por el contrario debe considerarse como una declaración de ciencia verdadera y propia. Siguiendo el criterio que parece dominante en la doctrina, la sentencia de casación de 1 de febrero de 1963 ha entendido que en materia de declaración judicial de paternidad la «no equívoca declaración escrita» a que se refiere el número 2 del artículo 269 del Código civil, es una declaración de ciencia y no de voluntad y constituye no un negocio jurídico de reconocimiento, sino más bien una fuente legal de prueba. Se comenta elogiosamente la sentencia, puesto que parece ya de manera clara demostrado en doctrina y jurisprudencia que ninguno de los elementos requeridos para la existencia del negocio jurídico se dan en la declaración a que se refiere el artículo 269, número 2: voluntariedad de una intención ante todo. Como ya se ha afirmado, a los fines de la declaración judicial de la paternidad puede ser suficiente una declaración incidental del presunto padre.

FERRI, Luigi: *Presupposti civilistici del reato di alterazione di stato*, RDMSP, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 207-212.

El artículo 231 del Código civil italiano, siguiendo el criterio del artículo 159 del Código derogado, determina textualmente que «el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio». Tradicionalmente se entendió el precepto en el sentido de que establecía, no una presunción, sino una afirmación *ex lege* de la legitimidad del hijo. Se llegaba por tanto a la congruencia, pero absurda, consecuencia de que la mujer casada que tenía la sinceridad de declarar que el hijo no era del marido, cometía delito de alteración de estado. Siguiendo las directrices insistentemente trazadas por CICU, la tesis indicada ha sido rectificadas en el sentido de ver en el precepto una mera presunción de legitimidad, con lo cual, lógicamente, no cabe reputar

delito de alteración de estado la declaración de la madre a que se hizo referencia. Presupuesto del delito sería la circunstancia de que, en efecto, el nacido tuviera la condición legal de hijo legítimo. Carácter prejudicial de la distinción entre estado y título de estado.

MALBERTI, Claudio: *Matrimonio e Famiglia nel pensiero di Bertrand Russell*, RDMSF, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 257-273.

Ante la imposibilidad de encajar satisfactoriamente en el formalismo normativo la realidad matrimonial en sus varias y complejas manifestaciones, en la base de las soluciones que Russell aconseja en torno a los problemas matrimoniales existe la convicción de que dichos problemas, en la mayor medida posible, deben dejarse en su solución a la sola decisión de los cónyuges interesados. El Estado (el Derecho) únicamente debe intervenir cuando su intervención sea exigida por un interés social, como, por ejemplo, la situación de los hijos en caso de divorcio. Estando sólo en juego el interés de los cónyuges, su autonomía individual debe ser completa.

La opinión de Russell en torno al matrimonio, más que de revolucionaria, es calificada por el autor de no dogmática, razón por la cual su pensamiento ha sido tildado de «inconveniente», al no encajar bien en las ideas corrientes. La tolerancia bien entendida es el signo que para Russell debe presidir toda la relación matrimonial; tolerancia que no supone libertinaje ni licencia, y circunscrita siempre a la honestidad y a la lealtad recíproca de los cónyuges. Los aspectos a los que, en materia de relaciones familiares, se circunscriben fundamentalmente las ideas de Russell son el adulterio, el divorcio, la emancipación de la mujer y, por último, la iniciativa del Estado en la educación de los hijos. La institución del matrimonio debiera reformarse en el sentido de convertirse en una misión de corresponsabilidad económica y educativa hacia la prole, de respeto y asistencia recíproca entre los cónyuges, pero en ningún caso limitar o reprimir su libertad erótica. Ello no sólo porque se debiera reconocer en la libertad amorosa uno de los derechos inalienables de la persona humana (como la libertad de culto o de palabra, la libertad de deseo o la libertad de escoger el lugar y tipo de trabajo), sino también por una valoración realista de los daños graves que, para el equilibrio psíquico individual, la armonía social y la misma serenidad de la familia, derivan de la constante frustración y represión de los impulsos eróticos de sus miembros. Consideraciones críticas en torno a la orientación de inhibicionismo jurídico propugnada por Russell.

MANCINI, Tommaso: *Considerazioni in tema di indissolubilità del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano*, RDMSF, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 213-231.

El problema de la admisibilidad de la introducción del divorcio vincular en el ordenamiento jurídico italiano, en relación con las normas contenidas en la Constitución de la República, es una de las cuestiones más debatidas del Derecho de Familia en Italia. El artículo 29 de la Constitución determina que «la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural

fundada en el matrimonio», añadiendo después que «el matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar». No ve el autor en la norma constitucional transcrita obstáculo alguno en contra de la introducción en Italia del divorcio como causa de disolución del matrimonio. La norma en cuestión no representa en modo alguno una adhesión a los principios de la tradición católica, para la cual la indisolubilidad es característica peculiar de la institución matrimonial. El artículo 29 de la Constitución representa, por el contrario, el reconocimiento del concepto de familia tal como se entiende en el momento histórico en que la norma está destinada a operar, ya que no cabe estimar que actualmente se considera en Italia la indisolubilidad del matrimonio como elemento esencial al mismo (entendida la cuestión independientemente de todo factor religioso). Los estratos más evolucionados de la población estiman necesaria y conveniente la introducción del divorcio; los menos evolucionados parecen en fase de «clarificación», en el sentido de que una nítida separación entre su conciencia religiosa y su conciencia laica no tarde en verificarse. Estima el autor, en suma, que es necesaria la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio civil, en cuanto que ni la naturaleza misma del matrimonio, ni el concepto de sociedad natural acogido en la Constitución, ni la posición de la familia en el seno del Estado, ni, finalmente, una concreta disposición legislativa, impiden la introducción del mismo.

PECORELLA, Gaetano: *Riflesioni in tema di pubblico scandalo nel delitto d'incesto*, RDMS, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 232-256.

Significado de las condiciones objetivas de punibilidad en general y en relación al elemento escándalo público en el delito de incesto. Cualquiera que sea el objeto jurídico específico que se quiera atribuir a la norma que sanciona el incesto, el escándalo público no es catalogable entre las condiciones de punibilidad. Puesto que constituye un factor de la hipótesis fáctica de incesto indudablemente lesivo de ciertos intereses sociales, es conceptualmente reducible a elemento del delito. Resulta pues justificada la afirmación, por lo demás no nueva en la doctrina, de que el evento del delito de incesto es el escándalo público que deriva del modo de comportarse los sujetos activos.

FORZIO, Mario: *Se la procura ad nubendum sia parte dell'azione costitutiva del delitto di bigamia ai sensi dell' art. 6 del c. p.*, RDMS, año V, número 2, abril-junio 1963; págs. 291-301.

Determina el artículo 6 del Código penal italiano que el delito se considera cometido en el territorio del Estado cuando la acción o la omisión que lo constituyen ha tenido lugar allí (en dicho territorio) en todo o en parte o cuando allí se ha verificado el evento que es consecuencia de la acción o de la omisión. Teniendo en cuenta que la acción o la omisión que constituye el delito a que se refiere la norma indicada es la conducta descrita en el modelo legal de un precepto penal, se trata de establecer si la «procura ad nubendum» expedida y entregada en Italia a los procuradores se integra o no en el concepto de acción constitutiva del delito de bigamia —aunque no sea

más que como parte de la misma— cuando el segundo matrimonio ha sido celebrado en el extranjero. La Corte de Apelación de Milán, en sentencia de 20 de marzo de 1962, ha entendido que la «procura» y su entrega no constituyen parte de la conducta sancionada como bigamia en el artículo 556 del Código penal. El autor comenta la sentencia considerando como indudablemente exacta la tesis que sostiene, basada esencialmente en que la acción típica del delito de bigamia comienza y se realiza en el momento en que la expresión de voluntades y las pertinentes declaraciones confluyen en la unidad compleja del negocio matrimonial.

TORRENTE, Andrea: *L'obbligazione alimentare e le sue sanzioni civili nel Diritto italiano*, RDMSP, año V, núm. 2, abril-junio 1963; págs. 191-206.

Se trata de la ponencia presentada por el autor con ocasión de las «Terceras Jornadas Jurídicas Franco-Italianas» celebradas en París y en Aix en Provence del 16 al 20 de mayo de 1961. Aunque relacionada íntimamente con las relaciones familiares, la obligación de alimentos se destaca de ellas con perfiles propios por el contenido económico que la distingue y que, más que las relaciones familiares propiamente tales, se presta a un intento de disciplina jurídica uniforme; preguntándose así mismo los juristas si en la actualidad, en un mundo socializado de forma creciente y en el que la asistencia social ocupa rango primordial, tendrá la obligación alimenticia la importancia que tuvo en épocas en que la asistencia pública era prácticamente inexistente. Para responder a la cuestión indicada se realiza un somero examen de la legislación y de la jurisprudencia francesa en materia de alimentos, indicando después los rasgos que caracterizan la obligación alimenticia y la dan una significación especial frente a las demás obligaciones.

Teniendo la obligación de alimentos su fundamento en las necesidades de solidaridad y unidad familiar, la ley estructura al lado de la solidaridad pública la de carácter privado en el ámbito de la familia, no pudiendo ésta ser sustituida por aquella en tanto no cambien las bases mismas de nuestra civilización. Es esta razón esencial, y no la oportunidad para el Estado de economizar la asistencia que prodiga a los indigentes, la que explica las sanciones penales y civiles previstas por la ley para los casos de incumplimiento de la obligación de alimentos. Somera referencia a sus sanciones civiles en la legislación italiana. El deber de manutención es el más importante y el que merece una mayor protección, mientras que las otras obligaciones alimenticias pueden ser asumidas por las formas de asistencia y previsión social que tanto prodiga la sociedad moderna.

6. Derecho de sucesiones

GAA, Lothar: *Die Vererbung von Unterlassungspflichten*, ACP, tomo 161, número 5, septiembre 1962; págs. 433-455.

El problema de la heredabilidad o no heredabilidad de los deberes negativos o de no hacer, no ha sido hasta ahora objeto de un tratamiento fun-

damental en la doctrina ni tampoco en la jurisprudencia. El presente estudio representa un intento de encontrar una solución al problema, partiendo de sus mismos fundamentos. La jurisprudencia alemana, sin ofrecer una motivación decisiva, ha reconocido en dos ocasiones la heredabilidad de los deberes negativos, así como de las pretensiones de omisión. La doctrina, con la excepción de BOEHMER (que no hace distinción), defiende la heredabilidad en el caso de que, en cualquier forma, el deber negativo esté vinculado a un objeto (negocio, finca, etc.). La niega, en cambio, cuando dicho deber represente pura y simplemente una limitación de la libertad personal.

Examinadas las dos ideas básicas en torno a la esencia del fenómeno de la «heredación» (Vererbung), estima el autor que dicho fenómeno entraña una realidad que es *menos* que una continuación de la persona del causante en el heredero; pero que es *más* que una simple asunción del patrimonio en el sentido del § 419 del BGB, en la que las deudas pasan al heredero como una simple carga de dicho patrimonio. La esencia de la «heredación» estriba en una subrogación del heredero en la, en lo fundamental, total posición jurídica del causante como titular de derechos y deberes. Consecuentemente, la transmisión de deberes tan sólo puede fundarse en el hecho de que la sucesión hereditaria lleva implícita una fuerza transmisiva de las obligaciones, con la limitación de que deben reputarse «no heredables» aquellos deberes que incidan en derechos que correspondían al heredero antes de la apertura de la sucesión. Semejante principio debe reputarse también válido tratándose de deberes de omisión, ya que tanto éstos como los deberes positivos caen bajo el concepto genérico prestación y no parece que la ley haya querido un tratamiento contrapuesto para unos y otros. La sumisión de los deberes negativos a la heredabilidad se considera una consecuencia del postulado de la sucesión universal. No obstante la opinión dominante en la doctrina, no reputa el autor acertada la tesis que estima decisiva la consideración del objeto afectado por el deber negativo a efectos de decidir su heredabilidad o no heredabilidad. La configuración de la heredabilidad del deber negativo sólo puede fundarse en la fuerza transmisiva de las obligaciones implícita a la sucesión hereditaria. Dentro del epígrafe genérico «ámbito de la heredabilidad de los deberes de omisión», se toman en cuenta dos cuestiones: la colisión con deberes propios y las posibilidades de constituir por testamento los deberes negativos a través de las figuras del modo o del legado. Configuración diversa en uno y otro caso.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

ASQUINI, Alberto: *L'impresa dominante*, RDC, año LXXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª parte; págs. 3-14.

El esquema en torno al significado de la «empresa dominante» ha venido a convertirse, bajo la influencia del pensamiento jurídico alemán, en la clave del sistema comunitario europeo en la materia relativa a la prohibición de

acuerdos limitativos de la competencia. En el indicado esquema se inspiran la Ley alemana contra las limitaciones de la competencia de 27 de julio de 1957 y la reciente Ley belga de 27 de mayo de 1960 sobre protección contra el abuso de la posición económica. El proyecto ministerial italiano (proyecto Colombo) de 1960, referente a la disciplina de la concurrencia en el mercado interno, al igual que las Leyes mencionadas, se inspira también en las directrices trazadas por el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Según esto, considera separadamente las dos hipótesis de hecho típicas de que se ocupa: a) acuerdos entre empresarios limitativos de la competencia; b) supuestos de posición dominante de la empresa.

Indicando las diferencias de reglamentación con la disciplina instaurada, con carácter comunitario, por el Tratado constitutivo, se examinan someramente los rasgos esenciales de la proyectada regulación italiana. Considera el proyecto como dominante la posición de las empresas que no están sujetas, aunque sea en virtud de uniones, pactos o acuerdos, a una eficiente competencia en el mercado interno. Aspectos diversos de la formulación anterior: referencia al mercado interno, empresas excluidas, significado de la «eficiente» concurrencia y del abuso de la posición dominante, conductas prohibidas.

FOSCHINI, Marcello: *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e l'interpretazione dell'art. 85 del Trattato della C.E.E.*, RDC, año LXI, número 1-2, enero-febrero 1963, 2.^a parte; págs. 1-19.

Doblemente interesante para el estudio de las cuestiones surgidas como consecuencia del funcionamiento del Mercado Común Europeo, es la sentencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de abril de 1962. En ella se contemplan aspectos sustantivos y procesales. Nulidad o no de los acuerdos prohibidos por el artículo 85 del Tratado de Roma y competencia o incompetencia de la propia Corte. El Tribunal de Apelación de La Haya, en un litigio entre una sociedad holandesa y otra alemana, reclama de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas el pronunciamiento prejudicial en torno a la cuestión de si la prohibición de exportar impuesta por la sociedad alemana es nula en el sentido del artículo 85, 2.º, en cuanto que se refiere a la exportación en los Países Bajos. Soluciones conformes con el artículo 177 del Tratado.

SÜLLNER, Alfred: *Betriebsverfassungsrechtliche Fragen im Lichte der Rechtsprechung zum Personalvertretungsgesetz*, ACP, tomo 161, núm. 5, septiembre 1962; págs. 408-433.

Sin pretensiones de agotar la materia y tratando en todo momento de no olvidar ni romper la relación interna existente con los problemas relativos al Derecho constitucional de la empresa, se ocupa el presente estudio de algunas cuestiones que plantea o resuelve la jurisprudencia alemana recaída sobre la Ley Federal de 5 de agosto de 1955 sobre representación personal. En concreto son examinados estos puntos: elegibilidad de los miembros de la directiva, capacidad de obrar del consejo de empresa o del consejo de

personal en materia de impugnaciones de la elección y en el tiempo entre dicha elección y la entrada en funciones, impugnación de las elecciones llevadas a cabo en la sesión constituyente, exclusión del consejo de empresa y del consejo de personal, satisfacción de costas, el trabajo en común basado en la plena confianza, y, finalmente, la participación en los asuntos sociales.

THIBIERGE: *Travaux du 60 Congrès des Notaires de France*, RTC, año 15, número 4, octubre-diciembre 1962; págs. 585-631.

El LX Congreso de Notarios de Francia, celebrado en Estrasburgo del 28 al 30 de mayo de 1962, ha estado dedicado al *fonds de commerce*. En el curso de sus trabajos los ponentes se han referido a la noción tradicional del fondo del comercio, tal como la práctica lo ha venido entendiendo desde el siglo XIX: conjunto de elementos del activo mobiliario afectados por un comerciante a su actividad. Semejante concepción, sin embargo, no es la que ofrece el Derecho positivo. El análisis de los textos revela, a través de las disposiciones relativas a las convenciones o actos jurídicos cuyo objeto es el fondo de comercio, una concepción del mismo mucho más compleja. Igual ocurre en el Proyecto de reforma elaborado por la Comisión de Reforma del Código de Comercio. Examinándose, en la primera parte del estudio, la dificultad de delimitación del concepto, se entiende que la causa de esta situación radica en el afán del legislador y de los Tribunales de aplicar el estatuto propio del fondo de comercio a las operaciones que las partes han limitado a ciertos elementos del mismo. Explicación de los motivos por los cuales la calificación *fonds de commerce* debería, de *lege ferenda*, quedar reservada al conjunto de elementos del fondo, considerado como un todo organizado. Así mismo sería preferible extender las principales reglas del estatuto, tomadas aisladamente, a operaciones limitadas a ciertos elementos del fondo, antes que calificar de fondo de comercio a dichos elementos para aplicar en bloque a las convenciones de que forman objeto la totalidad del estatuto. Hasta aquí el contenido de la primera parte del trabajo. En la segunda se hacen unas consideraciones de carácter general, relativas a ciertos elementos del fondo de comercio: clientela, inmuebles afectos a la explotación, y elementos nuevos.

VITALE, Paolo: *Attività intermediaria nella circolazione del bene «denaro»*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 2.ª parte; págs. 56-76.

El famoso y discutido «caso Giuffrè» continúa en Italia atrayendo la atención de la doctrina, en comentario y consideración de las sentencias que vienen cayendo sobre el mismo. Sentencias del Tribunal de Bolonia de 8 de abril de 1959 (declarando la quiebra) y de 10 de marzo de 1961 (rechazando la oposición), Sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 12 de junio de 1962, confirmando en parte y rectificando en parte la posición del Tribunal.

He aquí un resumen de la cuestión: «El Giuffrè», después de un primer momento en el que prestó una genérica obra de asistencia a algunas entidades religiosas, pasó, a través de unas fases sucesivas de evolución, a desarrollar

una actividad sistemática dirigida: a) por una parte a la obtención de obligaciones voluntarias, así como, cada vez de forma más importante, sumas de dinero con obligación de restitución y pago de elevados intereses; b) por otra parte dar (sin obligación de restituir) el dinero a las entidades indicadas con el fin de reparación o construcción de edificios. Parece también que por algunas de estas construcciones se interesó directamente «il Giuffrè», con manifestaciones características propias de un «appaltatore», sin pretender contraprestación de las entidades religiosas. Tanto el Tribunal como la Corte de Apelación entienden que el «curioso personaje Giuffrè» puede ser calificado de empresario, siendo pues procedente su declaración de quiebra. El Tribunal encuadra su actividad en el número 4 del artículo 2.195 del Código civil (actividad bancaria); la Corte, en el número 2 de dicho precepto (actividad intermediaria en la circulación de bienes, en este caso dinero). Examen crítico de los tres aspectos indicados: cualidad de empresario del sujeto en cuestión, actividad bancaria, y actividad intermediaria en la circulación del dinero.

2. Comerciantes y sociedades

FERRI, Giuseppe: *Accomandatari e accomandanti nella società in accomandita per azioni*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª parte; páginas 15-32.

La individualización de la posición jurídica de los socios colectivos (*accomandatari* en la terminología italiana) en la sociedad y con respecto a los comanditarios (*accomandanti*), forma sin duda el problema central de la sociedad comanditaria por acciones. La concreción y solución de este problema constituye el presupuesto necesario de toda construcción jurídica de la institución y, al mismo tiempo, condiciona la aplicabilidad de las normas dictadas para la sociedad por acciones y señala los límites de compatibilidad de esta aplicación. Con motivo de la cuestión surgida en las «deliberaciones» relativas al aumento de capital de la Pirelli y Cía., la atención de la doctrina se centra de nuevo en el problema (Cfr. también sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 16 de febrero de 1961, en RDC, 1961, II, 158). Ante la sociedad comanditaria por acciones, la doctrina suele contentarse, bajo una u otra fórmula, en afirmar que se trata de una sociedad que, por la existencia de los socios colectivos, presenta un elemento diferencial respecto a la sociedad por acciones. Lo fundamental, y que queda sin resolver, es determinar cómo incide y repercute ese elemento diferencial en la estructura de la sociedad, a los efectos de configurar correctamente los distintos aspectos de la relación socios colectivos-socios comanditarios.

El problema de la relación entre uno y otro tipo de socios en la sociedad comanditaria por acciones en el Derecho italiano supone partir de estas ideas: a) A diferencia de lo que ocurría en el Código de comercio derogado, en el que la sociedad comanditaria por acciones era un subtipo de la comanditaria simple, en el Código civil se configura como una especie concreta de la sociedad por acciones. b) Por eso hay una remisión general a las normas

de esta última y no a las normas de la sociedad comanditaria simple. c) La posición diferencial de uno y otro tipo de socios en la sociedad comanditaria por acciones no sólo ha de resolverse, aparte de la responsabilidad respectiva, a base de las normas referentes al acto constitutivo y a los poderes de administración que corresponden a los socios colectivos. Aspectos concretos, previo examen de los criterios que inspiran la reglamentación genérica de la sociedad por acciones y de los que de manera específica contemplan las figuras concretas: sociedad por acciones como tal y sociedad comanditaria por acciones.

3. Cosas mercantiles

FERRI, Giuseppe: *Le azioni sono ormai titoli all'ordine?*, RDC, año LXI, número 1-2, enero-brerero 1963, 1.ª parte; págs. 56-59.

Tal vez sin proponérselo y sin darse cuenta de las consecuencias que entraña el sistema de la nominatividad de las acciones (que técnica y formalmente se mantiene) la Ley italiana de 29 de diciembre de 1962 (en vigor desde el 1.º de enero de 1963), por razones sobre todo de carácter fiscal convierte prácticamente en títulos a la orden las acciones de sociedades. Poco queda, por no decir nada, de la nominatividad cuando se determina: 1) Que la legitimación como socio se adquiere, con todos los derechos y poderes a ella inherentes, y prescindiendo de la inscripción en el libro de los socios, por efecto de la serie continua de endosos, como sucede en los títulos a la orden. 2) Que la legitimación como socio se pierde, aun permaneciendo la inscripción, por efecto del endoso de la acción a otro sujeto.

La inscripción en libro de los socios no es ya el efecto de un acto de voluntad del poseedor del título, sino que actúa y se desenvuelve sobre la base fundamental de un control por parte de la sociedad.

TOULEMON, André: *La situation paradoxale de l'or*, RTC, año 15, núm. 4, octubre diciembre 1962; págs. 533-566.

Se trata de una descripción de conjunto del problema de la moneda francesa con el patrón oro en todas sus vicisitudes; desde que el franco, en 1803, sustituyó a la libra como unidad monetaria, con un valor real de 290 miligramos de oro. Las devoluciones a partir de 1914, y la desconfianza en la moneda. El fenómeno de la «tesorización» del oro y el de su «desmonedización». La paradoja del empréstito Pinay, en el que el Estado garantiza el valor de lo recibido sobre la base de las piezas de oro de 20 francos, sin valor como monedas.

6. Derecho de quiebras

SATTA, Salvatore: *Tendenza liberali e illiberali nella interpretazione della legge fallimentare*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª parte; páginas 33-44.

El proceso de la quiebra es la *grand malade* de nuestra vida jurídica. Una extraña institución en la cual todo es incierto, comenzando por su misma naturaleza jurídica; una institución que debiera ser antes estudiada por sociólogos que por juristas, ya que éstos resuelven los problemas de la quiebra en abstracciones y categorías (ejecución forzosa, jurisdicción voluntaria, administración) prescindiendo con frecuencia de los reales intereses que unen y dividen a los varios sujetos intervinientes. El autor pretende destacar las tendencias que afloran en la interpretación y aplicación de la Ley italiana de quiebras, entendiendo que la mejor y más eficaz reforma de las leyes es la que hace, o puede hacer, una adecuada jurisprudencia al amparo de una doctrina sana.

En sus primeras consideraciones estima el *status* del quebrado como una idea absurda que, nacida en el ámbito del proceso penal y con cierta justificación en él (a efectos de resolver el problema de la procedibilidad o no por delito de bancarrota), no debiera haber sido tan fácilmente asimilada por los especialistas del Derecho de quiebras. Se ocupa después el estudio de la quiebra del socio «receduto», refiriéndose al problema de su inclusión en la quiebra cuando «il recesso» (disolución de la sociedad circunscrita al socio) no se ha puesto en conocimiento de terceros con medios idóneos. Necesidad de armonizar lo dispuesto en el artículo 2.290 del Código civil y de concentrar la atención en la permanencia de responsabilidad del socio saliente por las obligaciones sociales hasta el día en que la disolución se verifica. Carácter fundamental, a los efectos del problema, de la permanencia de la cualidad de socio. Inconvenientes de la exclusión del socio separado y de las acciones singulares contra él (criterio de la Casación). Finalmente se hacen unas consideraciones críticas en torno a lo dispuesto en el artículo 147, 2.º, de la Ley de quiebras sobre extensión de la quiebra al socio oculto. Carácter utópico de la norma.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción

SATTA, Salvatore: *Enrico Redenti*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 1.ª parte; págs. 60-61.

Redenti ha muerto en Bolonia el día 1 de enero de 1963. Su obra, como procesalista, estuvo siempre presidida por un vastísimo conocimiento y una enorme experiencia del Derecho civil. En contraste con las tendencias que se ha dado en llamar publicistas y privatistas, nunca olvidó Redenti el sentido de los profundos nexos entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal. Escueta indicación de sus escritos más significativos.

3. Procesos especiales

SARRA, Salvatore: *Sulla sospensione dell'esecuzione del lodo arbitrale*, RDC, año LXI, núm. 1-2, enero-febrero 1963, 2.ª parte; págs. 84-88.

Insistiendo en su punto de vista, ya reiteradamente expresado, la Corte de Apelación de Roma, en sentencia de 31 de octubre de 1962, ha declarado que el artículo 830 del Código de Procedimiento civil italiano tiene que ser puesto en correlación con el artículo 373 del mismo Código, con la consecuencia de que la suspensión de la ejecución del laudo arbitral puede ser concedida sólo cuando haya posibilidad de grave e irreparable daño para la parte ejecutada. Tomando por base la sentencia indicada, el autor considera de nuevo el problema, debatido ardientemente en el Derecho procesal italiano, de si el artículo 830 indicado debe intepretarse en sí mismo o en conexión con el artículo 373.

Sobre puntos de vista distintos de los hasta ahora tomados en consideración, se defiende la interpretación y aplicación del artículo 830 del Código de Procedimiento a base de razones de mera oportunidad y sin conexión con el otro precepto. Lo que sí es preciso es una prudente valoración de los motivos de impugnación en el plano de la justicia y de la equidad, sin comprometer la autoridad y prestigio de los jueces arbitrales que, en todo caso, debe ser salvaguardada.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'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 = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (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 Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svenski 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. *Procede anotar preventivamente un embargo sobre un inmueble de naturaleza ganancial cuando, decretado en causa criminal, se ha notificado a la mujer en la pieza de responsabilidad civil, la existencia del procedimiento y la medida cautelar acordada por el instructor.*

A) A diferencia de lo que sucede en el orden procesal civil, en que el embargo se produce por una «petitio» de la parte interesada, acordado en causa criminal, es generalmente obligada secuela de la conducta antijurídica del inculpado, tipificada como delito o falta y puesta de relieve en las actuaciones sumariales, porque es principio informador de la legislación penal el carácter personal de la responsabilidad, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del Código penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, y para la efectividad de esta responsabilidad civil se emplea la garantía que implica la anotación preventiva.

B) Los múltiples e íntimos lazos que unen a marido y mujer necesariamente han de reflejarse sobre los bienes comunes de la sociedad legal de gananciales, como se desprende de lo preceptuado en el artículo 1.410 del Código civil, que si bien exceptúa del cargo de la sociedad las multas y condenas que se impusieran a los cónyuges, termina por reconocer que cuando no existan bienes propios, podrán repetirse, contra dichos bienes una vez cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1.408 del mismo Cuerpo legal, y como en este expediente aparece que el embargo ha sido notificado a la mujer, cabe estimar cumplida la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, precepto que esencialmente regula el cumplimiento de las obligaciones contraídas con arreglo a las Leyes, por el marido. (Res. de 13 de abril de 1964.—«B. O.» del 5 de mayo).

2. *Es anotable en el registro un embargo acordado en juicio ejecutivo promovido contra ambos cónyuges sobre un bien inmueble de naturaleza presuntivamente ganancial, como consecuencia de obligación mercantil contraída por marido y mujer que suscriben una letra de cambio.*

A) La regla general sancionada en el artículo 1.412 del Código civil atribuye al marido la cualidad de administrador de la sociedad de gananciales con las facultades que se contienen en el artículo 1.413, sin perjuicio de que la mujer pueda en casos excepcionales obligar a dicha sociedad con el consentimiento de su esposo según establece el artículo 1.416 del Código civil: criterio que reitera también el artículo 10 del Código de comercio al dispo-

ner que a las resultas de la gestión mercantil quedarán obligados no sólo los bienes dotales y parafernales, sino también todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la sociedad conyugal.

B) En este caso se trata de una obligación contraída durante el matrimonio, que el marido por sí sólo podría haber asumido y que no obstante, al obligarse conjuntamente con su mujer, aprueba y consiente lo realizado por ella y, por tanto, incumplida la obligación, el acreedor para hacer efectivo su derecho puede ejercitar la acción ejecutiva, y así lo hizo al interponer la demanda en la que fue acordado el embargo, que es susceptible de anotación. (Res. 18 de abril de 1964.—«B. O.» del 12 de mayo).

3. El marido puede, sin consentimiento de la mujer, cancelar una hipoteca constituida sobre una finca de carácter presuntivamente ganancial cuando el deudor haya hecho efectiva la obligación vencida.

A) Sin discutir la naturaleza de acto de administración, que, según la doctrina civil corresponde al pago, es lo cierto que en múltiples ocasiones personas autorizadas para recibirlo no pueden eficazmente extinguir el derecho real de hipoteca que garantice la obligación, consecuencia que fue ya puesta de relieve en la Resolución de 7 de septiembre de 1924, por la distinta importancia que los ordenamientos jurídicos conceden a los actos por los que se constituyen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas obligatorias y aquellos otros que engendran disposiciones con efectos jurídicos reales.

B) La naturaleza del acto dispositivo de la cancelación de hipoteca ha sido declarado reiteradamente por Jurisprudencia de este Centro, por constituir un acto que implica una enajenación, un «jus disponendi», y por ello cabe afirmar que el derecho de cancelar corresponde a quien esté facultado para enajenar, y en este sentido preceptúa el artículo 179 del Reglamento Hipotecario que aunque se haya extinguido por el pago de un crédito, la inscripción hipotecaria sólo se cancelará por escritura pública en la que preste su consentimiento el acreedor o, en su defecto, en virtud de ejecutoria.

C) La reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.412, en el que expresamente se reconocen las facultades del marido como administrador de la sociedad legal de gananciales, por lo que si bien es innegable la facultad para aceptar el pago de una obligación vencida, no debe olvidarse que al haber quedado extinguida la obligación garantizada, en razón de la accesoriedad del derecho real de hipoteca, parece permisible, para facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral y para evitar perjuicios al propietario de la finca gravada, y siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario vigente, que el marido pueda consentir válidamente la cancelación, todo lo cual debería entenderse sin perjuicio de que el fedatario está obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento Notarial y, por tanto, ha de cuidar de que en el instrumento público se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la legislación aplicable. (Res. de 23 de mayo de 1964.—«B. O.» del 29 de junio).

4. *En el mismo sentido las resoluciones de 3 y 8 de junio de 1964. («Boletín Oficial» del 21 y 24 de julio.)*

5. *No es inscribible una escritura autorizada en trámite de ejecución de sentencia por la que se eleva a público un documento privado en que la titularidad de disposición de los comparecientes no coincide con la que aparece actualmente en el Registro.*

A) Por imperativo del principio de legalidad, fundamental en nuestro sistema, consagrado entre otros en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y 99 del Reglamento para su ejecución, el Registrador deberá desenvolver su función calificadora atendiendo no sólo a la capacidad de los otorgantes, legalidad de las formas extrínsecas del documento sometido a inscripción y validez de los actos dispositivos según el tenor del título, sino también a los asientos del Registro, porque la conjunción de todos estos elementos permitirá apreciar la procedencia del asiento solicitado y evitará ulteriores contiendas, y a la vez mantendrá la armonía entre los asientos y entre los derechos de los interesados, según proclama la Resolución de 14 de diciembre de 1953.

B) En el supuesto que motiva este recurso aparece que, con arreglo a la escritura autorizada por el Notario de Madrid Don Manuel Amorós Gozálbz de 25 de octubre de 1943, los compradores adquirieron la finca cuestionada en la proporción de un 73,69 por 100 uno de ellos y un 26,31 por 100 el otro, datos que resultan de la parte de precio que cada uno de los interesados satisfizo en relación con el total importe de la compra, y en esta proporción se inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que al aparecer en el documento privado elevado a público, como cuotas de ambos dueños, otras diferentes de las señaladas en el título anterior, se refleja una contradicción con los asientos registrales que es preciso rectificar, a fin de que se remueva el obstáculo que impide la inscripción.

C) El artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige que en las inscripciones de partes indivisas de una finca se precise la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan su indudable conocimiento, por lo que no se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra análoga, como ha ocurrido en el documento calificado, en donde las partes sólo hacen constar su participación en la total propiedad del inmueble, con relación a dinero y sin que coincida por cierto con la que se atribuye en el título de adquisición, lo que origina la contradicción antes señalada, y todo ello sin perjuicio del valor que al documento privado se le reconoce en los artículos 1.225 y siguientes del Código civil. (Res. de 5 de junio de 1964, «B. O.» del 22 de julio).

DERECHO CIVIL

Dada la influencia que la nacionalidad y vecindad pueden tener en la capacidad de la persona, los funcionarios interesados deben procurar la determinación concreta de las mismas sirviéndose de todos los medios a su alcance.—No requiere la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, las compras de inmuebles hechas por residentes en el extranjero

cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles; ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que, en este caso, las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador.

A) El primero de los defectos constituye una de las cuestiones más arduas que pueden presentarse, por la dificultad que supone siempre la prueba de la nacionalidad o vecindad, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o para poder basar en la inscripción del Registro civil estas circunstancias, por lo que habrá que acudir a todo medio de prueba, entre otros, las inscripciones de concesión de nacionalidad, la posesión de estado o presunciones como las establecidas en el artículo 68 de la Ley de 8 de junio de 1957, o la que deriva del posible expediente a que hace referencia el artículo 96 de la misma Ley, si bien en este caso concreto no será necesario acreditar la nacionalidad y vecindad de la mujer casada, si el marido es español, ya que, con arreglo a los artículos 21 y 15 del Código civil, el matrimonio producirá la adquisición por la mujer de la nacionalidad y vecindad civil del varón.

En consecuencia, y dada la influencia que la nacionalidad y vecindad puede tener en la capacidad de la persona, importancia puesta de relieve en el artículo 161 del Reglamento Notarial, los funcionarios interesados deben procurar la determinación concreta de las mismas, sirviéndose de todos los medios a su alcance, incluso de los asientos del propio Registro, si por otras operaciones anteriores pudiera deducirse el estado civil de los interesados.

En el presente caso, en el que es insuficiente para calificar la nacionalidad la aseveración hecha por el Notario francés acerca de la ciudadanía francesa de la vendedora en el acta que figura unida al expediente, y que puede ser debida, como subraya el federatario recurrente, a la propia legislación del país vecino, que establece que la mujer conserva su nacionalidad al contraer matrimonio, criterio contrario al sistema español, en donde adquiere la de su marido, por lo que si éste es español quedará inmediatamente determinada la de aquélla, circunstancias que no resultan con la debida claridad en la escritura calificada, pues si bien la cuestión parece quedar aclarada en el escrito de interposición del recurso, al no reflejarse en documento, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento hipotecario, no han podido tenerse en cuenta al hacer la calificación.

B) En cuanto al segundo defecto, el Decreto de 15 de julio de 1961, por el que declaró la convertibilidad de la peseta, desarrollado por la resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 19 del propio mes y año, ha alterado profundamente la materia debatida al establecer que no requiere autorización de dicho Instituto las compras de inmuebles hechas por residentes en el extranjero cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles, ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que en este caso las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador, siendo suficiente que la autorización sea sustituida por la declaración del Banco proveedor de los fondos, con la mención de haberse hecho el depósito y procedencia del dinero, y a mayor abundamiento la autorización presentada aprueba la operación para un caso más riguroso que el llevado a cabo en la escritura calificada. (Res. de 23 de junio de 1964.—«B. O.» del 27 de julio).

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS

A cargo de Juan J. BERNAL-QUIROS, Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GARCIA VILLAVERDE, Justo J. GOMEZ-YSABEL, José PERE RALUY, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La violación y la interpretación errónea constituyen causas de infracción no compaginables entre sí, del propio modo que la aplicación indebida es un concepto incompatible con el de interpretación errónea.*

OPINIONES DE LOS AUTORES: *No constituyen doctrina legal cuando la legislación del país no les da fuerza de ley.*

DOCTRINA LEGAL: *Para poder alegarse debe especificarse claramente, y acusarse formalmente su infracción con indicación precisa del concepto en que haya sido infringida. [S. 30 de abril de 1964; no ha lugar.]*

2. TÍTULO NOBILIARIO: CARÁCTER DE BIEN JURÍDICO ESPECIAL: *Las mercedes, distinciones o recompensas nobiliarias por su propia naturaleza no implican una propiedad ordinaria, sino que constituyen un bien jurídico cuya posesión, disfrute y transmisión se rige por normas especiales.*

POSESIÓN CIVILÍSIMA: *Las Ss. de 14 de marzo de 1960, 10 de abril y 20 de mayo de 1961 y 4 de junio de 1963 reconocen la vigencia de la posesión civilísima establecida en la Ley XLV de las de Toro, de la que se deduce que quien posee sin derecho preferente no puede prescribir en su favor, y que cuando las Reales Cartas de sucesión no se han otorgado en favor de quien ostenta aquél no tienen más virtualidad que la de una Cédula posesoria, con reserva de propiedad en favor de otra persona, disfrutando el título en precario.*

CARENCIA DE «IUS DISPONENDI»: *Los poseedores de los títulos sólo tienen derecho a su uso y disfrute, pero carecen de «ius disponendi», tanto en las relaciones inter vivos como mortis causa; se considera que el sucesor lo es del fundador y no del último tenedor.*

CESIÓN DE DERECHOS: SUPERVIVENCIA DE HIJO: *La cesión de un título nobiliario a título lucrativo sólo está parcialmente regulada en el art. 12 del*

Decreto de 27 de mayo de 1912, y en lo no previsto deberá acudir a la doctrina legal y a las disposiciones generales del Derecho civil que determinan la revocación de donaciones por supervivencia de hijos. [S. 21 de mayo de 1964; no ha lugar.]

Sentencia notable, no sólo por la singularidad del caso resuelto, sino por recogerse *in extenso* en el primer considerando la última evolución de la jurisprudencia del T. S. en materia de mejor derecho, posesión civilísima y ámbito posesorio de los títulos nobiliarios. (G. G. C.)

3. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Conforme a constante doctrina jurisprudencial es al Tribunal sentenciador —órgano «a quo»— a quien corresponde con plena soberanía la facultad de realizar la interpretación de los contratos, salvo que de manera evidente se patentice la equivocación del Juzgador.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La denuncia, en casación, del vicio de incongruencia, ha de hacerse invocando el art. 359 de la LEC. [S. 16 de abril de 1964; no ha lugar.]*

4. INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: DEMANDA FORMULADA EN NOMBRE PROPIO POR EL QUE LO CONCERTÓ COMO REPRESENTANTE: *Carece de acción quien reclama en su propio nombre y beneficio la indemnización por incumplimiento de un contrato de construcción de una máquina, que había celebrado como representante de una entidad. [S. 15 de abril de 1964; no ha lugar.]*

2. Derechos reales

1. PRUEBA TESTIFICAL: *La apreciación de la valoración de la prueba testifical pertenece, según el art. 659 de la LEC., al exclusivo y discrecional arbitrio de los Tribunales.*

LIMITACIÓN DEL DOMINIO: *Resulta perfectamente lícito y realizable el establecimiento, por parte del propietario, de una limitación, más o menos condicionada, de sus derechos dominicales, que son renunciables en favor de otra persona o de otro inmueble. [S. T. S. 13 de abril de 1964; no ha lugar.]*

2. VENTA DE VEHÍCULOS: DEFECTO DOCUMENTACIÓN: INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR POSESIÓN JURÍDICA: RESOLUCIÓN: *La obligación de entrega de la cosa vendida comprende la de las auxiliares o complementarias sin las cuales quedaría frustrada la finalidad de los contratos traslativos y sus efectos registrales. En las ventas de vehículos es necesario, para que se produzca la transferencia de su posesión jurídica, que la documentación de los mismos esté totalmente en regla, y al no estarlo por no haber sido legalmente importado el coche, procede la resolución del contrato. [S. 17 de abril de 1964; no ha lugar.]*

3. CONCESIONES MINERAS: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: EFICACIA: *La autorización del Ministerio de Industria para la transmisión por actos inter vivos de concesiones mineras es formalidad de carácter administrativo cuya omisión no invalida el contrato ni afecta a las obligaciones que nazcan de él entre particulares. La omisión de tal requisito le priva de eficacia ante la Administración.*

Cuando un contrato reúne sin vicio alguno los requisitos esenciales, artículo 1.261 C. C., la falta de autorización administrativa no producirá la nulidad del convenio, sino, en todo caso, la carencia de efectos

Si el otorgamiento de la autorización administrativa tiene lugar con posterioridad a la celebración del contrato, éste queda convalidado a partir de la fecha de tal celebración.

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: *Las cuentas en participación no crean persona jurídica nueva, sino solamente una relación contractual entre los interesados. Se diferencia de la sociedad en que en ésta los socios se obligan a poner en común algunos bienes o industria constitutivos del fondo social, de cuyas ganancias o pérdidas participan. En las cuentas, los cuenta-participes se interesan en la proporción que se convenga en un negocio ajeno que continúa perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las aportaciones que efectúen para dedicarlas al negocio. [S. 30 de abril de 1964; estimatoria.]*

4. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO DE LA MAYORÍA DE LOS COPROPIETARIOS: *No procede la resolución del arriendo si, ejercitada la acción por uno de los copropietarios en nombre de la comunidad, la mayoría de los condóminos se oponen en el proceso a la pretensión de resolución, afirmando haber consentido la realización de las obras por el arrendatario, sin que se oponga a ello la norma del Código civil que prohíbe a los comuneros la alteración de la cosa común sin consentimiento unánime por tratarse de precepto que se refiere a las relaciones entre los copropietarios y que queda al margen del procedimiento resolutorio.*

COMUNIDAD, ARRENDAMIENTO, RESOLUCIÓN: ACTO DE ADMINISTRACIÓN: *En materia de resolución de arrendamiento, negocio jurídico calificado unánimemente por la doctrina como acto de administración, rige el principio mayoritario del artículo 398 del C. c.*

LEGITIMACIÓN AD CAUSAM ACTIVA Y PASIVA: *Esta legitimación viene determinada por la facultad de hacer valer un derecho y obligación de soportar sus consecuencias. [S. 19 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

5. PRECARIO: *Una vez terminado el contrato de arrendamiento, quienes sin título alguno permanecen ocupando la finca tienen la cualidad de precaristas.*

CUESTIONES EXCLUIDAS DEL JUICIO DE DESAHUCIO: *Los juicios de desahucio no permiten discutir ni resolver en ellos cuestiones propias de los procesos declarativos, sobre todo cuando no fueron llamados todos los interesados en las mismas.*

SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *No hay simulación por el mero hecho de que a partir de la fecha del contrato, el hijo de la arrendataria ocupe el local litigioso explotando la industria en él instalada, satisfecho los recibos de alquiler, contribuciones y gastos, ya que el abono de los recibos no implica la titularidad arrendaticia al no estar extendidos a su nombre, ni las relaciones de parentesco afectan a la arrendadora, ni acreditan una divergencia entre la voluntad interna de ésta y la declarada en el contrato.*

INCONGRUENCIA: *Al basar la absolución en una cesión del contrato de arrendamiento, que no había sido alegada, se infringió el artículo 359 Lec. y el principio general de derecho ultra quod in iudicium deductum est, potestas iudicis excedere non potest. [S. 21 de noviembre de 1963; ha lugar.]*

La arrendataria había traspasado el negocio a la propietaria, pero el hijo de aquélla había continuado ocupándolo. En el juicio de desahucio interpuesto por la propietaria, el demandado pretende que el contrato de arrendamiento celebrado por su madre había sido simulado y que el verdadero arrendatario era él; se aducía como explicación de la simulación el propósito de eludir las eventuales consecuencias de dedicarse al contrabando. En primera instancia se da lugar al desahucio, pero la Audiencia revoca la sentencia y desestima la demanda por apreciar simulación, o una cesión de los derechos arrendaticios realizada por la titular en favor de su hijo; es de notar que la cesión no había sido alegada en el pleito. Justamente se estima el recurso de casación por incongruencia. En la 2.^a sentencia se confirma el fallo de primera instancia.

6. CARÁCTER FORMAL DEL CONTRATO DE "ESTABLIMENT" (Y DEL CENSO ENFITEÚTICO DEL DERECHO COMÚN): *El contrato de censo enfiteúutico, llamado establiment, en Cataluña, tanto con arreglo a su legislación privativa anterior a la Compilación de 21 de julio de 1960, como a ésta (art. 298), y al propio Código Civil (art. 1628), deberá constar en escritura pública, requerida con función constitutiva («ad substantiam»), por lo que el negocio desprovisto de ella es inexistente o nulo de pleno derecho.*

• **PRUEBA SUPLETORIA DEL CENSO:** *DEBE INCLUIR LA DE QUE EXISTIÓ LA ESCRITURA. Si bien la existencia de los censos puede justificarse por cualesquiera elementos de prueba, cuando no sea posible presentar al efecto la escritura de constitución, siendo condición esencial para su validez y eficacia la de que se hayan establecido en escritura pública, es manifiesto que la prueba supletoria de la existencia de un censo comprende la circunstancia de que se*

constituyó en la forma requerida por la Ley, pues de otra suerte se barrenaría el precepto legal referente a una condición esencial de su constitución.

CUESTIÓN NUEVA (PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LAS PRETENSIÓNES: *En el caso de autos el debate quedó planteado sobre la base de la existencia de un contrato de censo, como claramente descubre el pedimento de la demanda, por lo que sin cambiar totalmente el objeto del proceso no puede considerarse la existencia de un precontrato, a que se alude en el motivo segundo, por ser cuestión nueva, a la que no cabe aplicar el principio «iura novit curia».* [S. 21 de abril de 1964; estimatoria en parte.]

3. Derecho de obligaciones

1. OBLIGACIÓN MANCOMUNADA INDIVISIBLE: *Es mancomunada indivisible la obligación contraída por dos personas de pagar conjuntamente a otra cierta cantidad como indemnización; y, por tanto, tiene aplicación el artículo 1.139.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario es el de la obligación mancomunada indivisible conforme a lo dispuesto por el art. 1.139; de donde se infiere que es presupuesto procesal necesario de la acción el que se ejercite contra todos los codeudores.* [S. 12 de marzo de 1964; ha lugar.]

2. RESOLUCIÓN DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS POR INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO: *Si la sentencia de instancia estima probado el incumplimiento por el demandado de su obligación diaria de pago y que tal obligación de pago era de carácter esencial, sin que los recurrentes hayan desvirtuado en forma tales declaraciones, es adecuado el pronunciamiento resolutorio.*

ERROR DE HECHO EN EL RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO NO OBRANTE EN LOS AUTOS: *Si el recurrente estima que un documento es básico para evidenciar un error de hecho debe aportarlo a los autos, bien por copia fehaciente o por testimonio literal en el apuntamiento o en sus adiciones; aunque un documento refleje un hecho opuesto a los recogidos en la sentencia, si no consta en los autos ni en el apuntamiento ni en el rollo no puede servir de base a una casación por error de hecho.* [S. 30 de mayo de 1964; no ha lugar.]

NOTA: La mecánica del recurso de casación es increíblemente complicada; entre otras innumerables deficiencias se advierte la que supone el sistema de apuntamiento en lugar de imponer en todo caso la remisión íntegra de los autos al Tribunal Supremo para que la sentencia de casación se dicte siempre a la vista de la integridad de lo actuado. (S. P. R.)

3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CUMPLIMIENTO EXTRAJUDICIAL: *No puede ponerse en duda la facultad de cumplir voluntaria y extrajudicialmente la con-*

dena ejecutoria, pues la ejecución contenciosa es medida coactiva frente al rebelde o moroso. [S. 9 de abril de 1964; no ha lugar.]

4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Si bien la interpretación del contrato es función propia del Tribunal sentenciador, no hay obstáculo para que esta interpretación sea impugnada en casación, cuando incide en evidente error, violando o desconociendo determinadas normas jurídicas.*

Para lograr dicha interpretación, han de tenerse en cuenta los hechos que precedieron al contrato, así como cuantas circunstancias coetáneas y posteriores tiendan a revelar la verdadera intención de los contratantes.

FUNCIÓN DE LA PÓLIZA: *No cabe limitar la calificación del contrato a la póliza suscrita, sino que éste nace desde el momento en que existe el concurso de voluntades de los contratantes (sic). [S. 28 de abril de 1964; estimatoria.]*

5. DIVISIÓN DE UN NEGOCIO DE CIIATARRERÍA: *No procede cuando se prueba que no pertenece proindiviso a los presuntos conducteños, sino a un tercero propietario exclusivo.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Es necesario que el error de hecho se evidencie por documentos auténticos, entendiéndose por tales los que tienen legitimidad de origen, fehaciencia de contenido y expresión de un hecho o acto que pugnen con la apreciación probatoria que fijó el juzgador; las actuaciones judiciales de un proceso interdictal anterior no son documentos auténticos.*

ERROR DE DERECHO: *No puede ampararse bajo la cita del art. 1.253 del Código civil; las normas valorativas de la confesión sólo pueden acreditarlo en cuanto al resultado preciso de lo averado por ella, sin que haya necesidad de completarla mediante algún otro medio o conjetura.*

GESTOR OFICIOSO: COBRO DE LO INDEBIDO: POSESIÓN DE CRÉDITO: *La situación posesoria a que se refiere el art. 1.164 C. c. si bien libera al deudor de la obligación de pago, no exime al cobrador, gestor oficioso, de la entrega en su caso al verdadero titular de lo percibido.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Procede su devolución cuando no coinciden las sentencias de instancia. [S. 11 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

4. Arrendamiento de cosas

1. ARRENDAMIENTO CONJUNTO DE DOS INMUEBLES: *Siempre que dos inmuebles formen juntos una unidad arrendaticia indivisible, debe regirse todo el arrendamiento por un solo ordenamiento jurídico, que tiene que ser el que regula el elemento principal, en atención al principio jurídico de accesoriadad.*

CONCEPTO DE HABITABILIDAD: *El concepto de «habitabilidad» referido a la industria o al comercio, no es el mismo que el de las viviendas, ya que la doctrina del T. S. ha atenuado el rigorismo del concepto de habitabilidad cuando se trata de los primeros, proclamando que en estos casos basta que «reunan las condiciones de seguridad, higiene y protección contra los accidentes atmosféricos, indispensables para el cumplimiento de las finalidades a que el local sea destinado». Este concepto de «habitabile», en el sentido de «morar, vivir o residir» es un concepto jurídico que escapa a la eficacia de un dictamen pericial.*

CONFESIÓN: *La prueba de confesión judicial no tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico un valor decisivo, ya que su graduación como elemento de juicio, corresponde a los Tribunales de instancia, en uso de su facultad soberana en materia de apreciación de prueba; únicamente cuando media la petición de prestación del juramento decisorio, previsto y autorizado en el artículo 580 de la LEC, las declaraciones perjudiciales del confesante, vincularán jurídicamente el convencimiento del Juez, obligándole a tenerlas por verdaderas, es decir, con eficacia probatoria plena y tasada. [S. T. S. 13 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

2. CONSTRUCCIONES PROVISIONALES: CONCEPTO: *La jurisprudencia ha venido repitiendo que la relación que hace la LAU no agota las razones por las cuales una edificación ha de considerarse provisional, pues este concepto puede estar determinado por un conjunto de circunstancias que lo hacen inadecuado al lugar de su emplazamiento, en relación con las Ordenanzas municipales, la ley de Ordenación de Solares y, en resumen, el aprovechamiento del valor de relatividad del lugar en que está emplazada.*

ALMACENES: *El destino de almacén dado a la edificación no obsta a su calificación provisional, por tratarse de una edificación de una planta, inadaptada al lugar que ocupa y susceptible de ser transformado el solar en amplia construcción con varias viviendas. [S. 22 de febrero de 1964; desestimatoria.]*

Cfr. SS. 14 de abril de 1961 (A. D. C., XVI-1.º, 222-223) y 10 de marzo de 1962 (A. D. C., XV-3.º, 811-812), con las allí citadas y nota.

3. SOLARES: EXTINCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS: INDEMNIZACIÓN: *La Ley de 15 de mayo de 1945 sobre ordenación de solares establece en el art. 2.º que en caso de edificación por el propietario en el plazo de retención que se le concede, quedarán extinguidos, en cuanto hayan sido autorizadas las obras a realizar, los arrendamientos o demás derechos personales que por cualquier título puedan existir sobre el solar o construcción, mediante el solo pago, en su caso, de la indemnización determinada por la legislación de alquileres, como recoge el art. 47 de su Reglamento de 23 de mayo de 1947, habiendo venido a concretar el decreto de 5 de septiembre de 1952 cuáles sean las indemnizaciones en metálico a abonar a los arrendatarios de inmuebles que hayan de desalojar sus viviendas o locales de negocio*

como consecuencia de la aplicación de dichos artículos, disponiendo que serán las señaladas por el art. 103 LAU 1946, o sea, seis meses de alquiler para los arrendatarios de vivienda y un año para los de locales de negocio; y si bien deja a salvo las acciones judiciales de que puedan creerse asistidos sobre cualquier otra indemnización por los perjuicios que estimen se les irroga —acciones que deberán ejercitar por separado— es evidente que esta reserva de derechos, como toda reserva, ni los da ni los quita, estando subordinada a la existencia y procedencia de la reclamación.

EJERCICIO DE UN DERECHO: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: La arrendadora, al solicitar y obtener autorización para construir un bloque de viviendas en la finca arrendada, previamente incluida de oficio por el Ayuntamiento en el Registro de Solares, se limitó a usar de un derecho que, en aquel momento, hasta pudo ejercitar el arrendatario, como cualquier tercero, pues ya el inmueble se hallaba en la situación de venta forzosa definida por el art. 4.º de la Ley de Solares, y como esa defensa o uso de un propio derecho fue patentemente realizada de buena fe, en modo alguno puede originar responsabilidad derivada de dolo, culpa o negligencia.

INCLUSIÓN DE FINCA EN EL REGISTRO DE SOLARES: EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: CAUSA: El origen de la extinción del arrendamiento se encuentra en el acto unilateral de la Administración, al incluir la finca en el Registro de Solares. La actuación de la arrendadora, al obtener autorización para construir e instar el desalojo del arrendatario poniendo a su disposición, mediante la oportuna consignación, la indemnización correspondiente, es una simple consecuencia legal de aquel acto unilateral. [S. 2 de mayo de 1964; desestimatoria.]

NOTA: El arrendatario, instado al desalojo por el arrendador, pretendía tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios causados por la conducta del arrendador, que, a su juicio, era la causa determinante de la extinción del arrendamiento, al presentar el proyecto de construcción de viviendas en la finca inscrita en el Registro de Solares. El T. S. rechaza sus pretensiones, pero reconoce que en algún caso tales perjuicios pueden existir y ser apreciados. (J. G. Y.)

4. ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO CON ELEMENTOS O INSTALACIONES COMPLEMENTARIOS: El arriendo de un local de negocio y una vivienda accesoria al mismo, constitutivo de un solo vínculo jurídico, debe considerarse comprendido en el apartado 2.º del art 3 de la LAU.

REVISIÓN DE RENTA: No ejercitada dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la LAU de 1955, la acción revisoria de renta autorizada por la Disp. transitoria 13 de la LAU debe considerarse caducada dicha acción aunque durante tal plazo no hubiera expirado el plazo contractual. Si bien tras la caducidad de dicha acción pudo ejercitarse en su tiempo la acción revisoria quinquenal prevista en el artículo 104 de la LAU, dicha acción debió ejercitarse dentro de los tres meses siguientes al doce de mayo de 1961,

por lo que debe estimarse caducada la acción de revisión ejercitada en noviembre de dicho año. [S. de 16 de abril de 1964; ha lugar.]

NOTA: En esta Sentencia el Tribunal Supremo realiza declaraciones de gran novedad y trascendencia si llegan a integrar en su día doctrina legal, aunque desde luego susceptibles de provocar controversia. Aunque dada la enorme amplitud y vaguedad de la fórmula utilizada en el apartado 2.º del artículo 3 de la LAU pueda pensarse que el supuesto de hecho examinado en la sentencia encaja dentro de aquélla parece evidente, sobre todo, si se tienen en cuenta los antecedentes de la norma y la intensa diferenciación de régimen jurídico en cuanto a la renta que existe, entre el arriendo de local de negocio *stricto sensu* y el local de negocio del artículo 3-2.º, que el simple hecho de que se arrienden de modo conjunto un local de negocio y una vivienda aneja no puede asimilarse a los supuestos descritos en el artículo citado en los que se advierte claramente que la figura que se contempla es la de un objeto arrendaticio, situado a medio camino entre el local y la industria o empresa o la de un arriendo de cosa, con cláusulas atípicas como puede ser un arriendo *ad meliorandum*. En realidad, los arriendos de objeto heterogéneo han de calificarse en función del elemento dominante que, tratándose de vivienda y local de negocio, será, por lo general, este último.

Respecto al tema de la revisión es indudable la caducidad de la acción basada en la disposición transitoria 13, pero es mucho más discutible que la revisión quinquenal a que se refiere el artículo 104 de la LAU deba ejercitarse precisamente dentro del trimestre siguiente a cada uno de los quinquenios que se vayan sucediendo a partir de la vigencia de la LAU de 1955; cierto es que la redacción del artículo 106 de la LAU puede proporcionar un precario sustento a la doctrina de la sentencia, pero no lo es menos que hay que desechar interpretaciones que conduzcan al absurdo y ciertamente el establecimiento de una especie de alzamiento de veda revisoria tres meses durante cada quinquenio si no absurdo es un tanto peregrino. Lo que el legislador lógicamente ha debido querer es que transcurra cuando menos un quinquenio entre una revisión y otra, pero no la localización cronológica de las revisiones en la forma que se entiende en la sentencia. (J. P. R.)

5. RESOLUCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO: DERECHO INTERTEMPORAL: La disposición transitoria 1.ª de la LAU sienta un criterio de retroactividad atenuada; de modo que los efectos producidos por los contratos, cualesquiera que sea su fecha, con posterioridad a dicha Ley, habrán de regirse por sus preceptos, debiendo resolverse por las normas del derecho derogado, los efectos que dichos contratos hayan podido producir anteriormente; esta doctrina, aplicada al tema de la resolución del arrendamiento por extinción del derecho de usufructo del arrendador, determina que la ley aplicable sea la vigente al tiempo de la extinción del usufructo y no la correspondiente al tiempo del otorgamiento del contrato de arriendo por el usufructuario. [S. de 25 de abril de 1964; ha lugar.]

NOTA: La sentencia de la Audiencia Territorial había mantenido el criterio contrario y por aplicación del artículo 480 del C. c. declaró la resolución del arriendo. El Tribunal supremo entendiendo, acertadamente que la norma aplicable sería en todo caso el artículo 114, causa 12.ª de la LAU, examinó en función de Tribunal de instancia si concurrían o no los presupuestos de aplicación de dicha causa y estimando que no se había acreditado que las condiciones pactadas en el contrato fueran notoriamente gravosas para la propiedad dictó sentencia desestimatoria de la demanda,

confirmando la que, en su día, había dictado el Juzgado de Primera Instancia. (J. P. R.)

16. **COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: INCREMENTO DE LA RENTA: CAUSA DE RESOLUCIÓN:** *La acción resolutoria del art. 101 de la LAU, por negativa a pagar el incremento de la renta, es completamente ajena y distinta de la nacida de la falta de pago de las rentas voluntariamente aceptadas por el arrendatario, por lo que al no ser la general de falta de pago, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia, y no al Municipal.*

INCREMENTO DE LA RENTA: CAUSA DE RESOLUCIÓN: *Para que pueda ejercitarse la acción que se establece en el apartado 2.º del art. 101 de la LAU, se requiere que la notificación se haya hecho previamente, de la forma determinada por el precepto; la presentación del recibo incrementado, sin notificación anterior, y el pago de la renta sin incrementos, no pueden estimarse procedentes ni eficaces para suplir la notificación, pues sólo significan la tentativa del cobro, sin cumplir los requisitos fijados por la Ley.*

LOCALES DE NEGOCIO DE EDIFICIOS BONIFICABLES: *El art. 1.º de la LAU, en su apartado 3.º, establece que el arrendamiento de fincas urbanas, construidas al amparo de leyes especiales protectoras, se regirá por las normas particulares de éstas «y en lo no previsto en ellas por las de la presente Ley», y como respecto a los locales de negocio, construidos al amparo de esas leyes, no se regula ni tasa la renta, por no regulada en ellas, es la Ley de Arrendamientos la que la rige. [S. 9 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

7. **SELECCIÓN:** *Las normas de la LAU sobre selección han de supeditarse a la concurrencia, en el local o locales objeto de la denegación de prórroga, de circunstancias que los hagan aptos para satisfacer la necesidad que se trata de cubrir.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA RELATIVA A UNA PLANTA CON DOS VIVIENDAS: SELECCIÓN: *Si el propietario necesita para su familia la totalidad del espacio ocupado por dos viviendas del inmueble tiene derecho a denegar la prórroga del arriendo de dos viviendas en una misma planta para comunicarlas interiormente y formar una unidad de habitación apta para satisfacer las necesidades de la unidad familiar. Si en el inmueble existe una planta con un piso desocupado y otro destinado a vivienda, y otra planta con un piso-vivienda habitualmente deshabitado, y otro destinado a clínica odontológica que no sirve de hogar familiar, el propietario puede elegir estos dos últimos pisos y no debe ser compelido a escoger dos pisos situados en distinta planta, aunque se trate de uno deshabitado habitualmente y otro desocupado. [S. 13 de mayo de 1964; no ha lugar.]*

8. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: TIEMPO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA:** *El derecho de dueño para fundamentar la acción de desalojo no nace hasta que, por vencimiento del plazo de preaviso, el arrendatario no haya perdido su derecho de opción de desalojar lo que se le re-*

clama, con indemnización en su caso, o no hacerlo por estimarse asistido de derecho para continuar en el local; hasta entonces no está obligado a soportar la acción del propietario. [S. 27 de mayo de 1964; ha lugar.]

9. CIERRE DEL LOCAL: CONVERSIÓN DE ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO EN ALMACÉN: *El local de negocio se caracteriza por ser el lugar en que se establece el contacto entre empresa y público y se realizan las operaciones de tráfico comercial; por ello al no tener entrada el público y no efectuarse intercambio o venta de productos en el local destinado inicialmente a venta de bebidas, convertido luego en depósito de las que se expenden en otro lugar se ha producido el cierre del establecimiento, aunque el local no permanezca inerte e inactivo.* [S. 24 de febrero de 1964; no ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR CIERRE DEL LOCAL Y POR TRASPASO IRREGULAR: *Si la sentencia recurrida, aunque reconoce la realidad del cierre del local de negocio, afirma que dicho cierre está justificado, ello impide la aplicación de la causa resolutoria basada en el cierre del local, pero como el cierre fue superior a un año anterior a la fecha del traspaso, tal situación, al implicar el incumplimiento, por el arrendatario que traspasó el local, del primero de los requisitos exigidos por la LAU para la regularidad del traspaso, determina la resolución del arriendo con fundamento en la ilicitud del traspaso.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES: *Es defectuosa la formulación de un recurso sin expresar el concepto en que se estima cometida la infracción.* [S. 15 de abril de 1964; no ha lugar.]

11. SUBARRIENDO: RESOLUCIÓN POR CIERRE DURANTE MÁS DE SEIS MESES: CAUSA NO JUSTIFICANTE: *No es causa justificativa del cierre la enfermedad porque, al imposibilitar a quien la padece para abrir el local en lo sucesivo, se hace definitiva una situación contraria a la naturaleza del contrato de arrendamiento, que obliga al arrendatario, conforme determina el art. 1.555, 2.º C. c., a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, lo que no ocurre cuando la propia subarrendataria declara su propósito de mantener la situación de cierre por tiempo indefinido.*

RECONOCIMIENTO DE CARÁCTER DE ARRENDATARIO: ACTOS PROPIOS: *Estando reconocido por la demandada el carácter de arrendatario que ostenta el demandante, en el propio documento que preconstituye el contrato de subarriendo, no puede, al cabo de más de cinco años de vigencia, negarlo, pues ello iría en contra del conocido principio de los actos propios; sin que el hecho de que los recibos acreditativos del cobro de las rentas vayan firmados por persona que no es el arrendador justifique la desaparición de éste de la relación jurídica establecida.*

CONGRUENCIA: *El principio de congruencia no exige identificación literal entre el texto de las pretensiones y el dispositivo decisorio.* [S. 26 de junio de 1963; desestimatoria.]

NOTA: En la contestación a la demanda se alegaba que «en noviembre de 1954 le fue diagnosticada a la demandada una grave dolencia hepática que, desde entonces, le obliga a reposo absoluto, con prohibición de permanecer en pie, según resultaba del certificado médico acompañado; y, a partir de este momento, la demandada suspendió sus actividades *por tiempo indefinido*». En el motivo tercero del recurso se matiza más cuidadosamente lo expresado en la contestación a la demanda, y, en lugar de hablar de cierre indefinido, se alega la prolongada enfermedad de la recurrente que, por su naturaleza, le imponía la *suspensión, hasta su curación*, de todo género de actividad». Sin duda, la circunstancia de que el cierre databa ya de cerca de seis años atrás y que nada se diga ni pruebe por la demandada acerca de las posibilidades de próxima curación, lleva el T. S. a considerar que el cierre indefinido en este caso, es un cierre definitivo, porque, ciertamente, va en contra de lo pactado y en contra del interés social el mantener cerrado un local de negocio o una vivienda, con carácter definitivo. Pero, como el artículo 62, número 3.º L. A. U., no señala plazo máximo de duración del cierre (pues éste, si es inferior a seis meses carece de eficacia denegatoria de la prórroga, y para el que excede de este tiempo el requisito de justa causa enerva la denegación, cualquiera que sea, en principio, la duración del cierre, que puede tener, por consiguiente, un carácter no sólo prolongado, sino hasta indefinido (cfr. Decreto de 31 de octubre de 1958, «B. O.» 26 de noviembre), determinar la naturaleza del cierre es, en cada caso concreto, problema de hecho a valorar por los Tribunales. En el caso actual el T. S. entiende que la situación indefinida del cierre cuestionado es un cierre definitivo. Pero, por lo antes indicado, parece más acertado y más riguroso técnicamente (aunque su resultado sea el mismo) el planteamiento de la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1963 (cuya tesis sirvió de base al fallo del juzado en el caso de la sentencia que ahora comentamos), que afirma que la enfermedad no es justa causa para el cierre, porque, aunque impida atender personalmente el negocio, no obsta a que otra persona siga encargada, mientras dura la enfermedad de la arrendataria, de la actividad desarrollada en el mismo. Parece más riguroso este planteamiento, porque —aunque la duración del cierre no pueda por menos que tenerse muy en cuenta— se viene así a poner el acento en la *conducta* del arrendatario; la diligencia con que el arrendatario debe cumplir lo pactado (sancionada en el artículo 1.555, 2.º C. c.) no es completa si el arrendatario, escudándose en una situación en este sentido objetiva, independiente de su voluntad, no pone los posibles medios para mantener abierto el local arrendado; puede decirse entonces que no existe justa causa para el cierre, no sólo porque la enfermedad *no justifica* la pasividad de la arrendataria (que puede contrarrestar la repercusión de aquélla en el cierre, y no lo hace), sino también porque, consiguientemente, la enfermedad deja de ser *causa* (directa o inmediata) del cierre, al depender éste directamente de la conducta adoptada por el arrendatario.

En cualquier caso, no podrá afirmarse de un modo general y absoluto que la enfermedad no es justa causa a los efectos del artículo 62, número 3.º L. A. U.; sólo el conjunto de circunstancias concurrentes (personales, duración del cierre, etc.) nos podrá inclinar a una u otra solución. (Así, entre otras, V. S. 10 de diciembre de 1963 y S. 19 de junio de 1963; en ésta última, la enfermedad se había estimado como justa causa del cierre, pero el T. S. casó la sentencia, porque la enfermedad no había impedido al arrendatario atender a otro negocio).

Como ya se comprende, el caso resuelto en la actual sentencia afectaba a un subarriendo concertado (en 1943) con anterioridad a la entrada en vigor de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1940 y, por tanto, beneficiado con la prórroga forzosa (disp. trans. 4.ª, f, L. A. U. vigente).

Se observa, por otra parte, la alegación que la sentencia hace del artículo 1.555, número 2.º, C. c., cuya aplicación —hasta que la actual L. A. U. no

incluyó entre las causas de resolución (por denegación de prórroga) el no uso durante más de seis meses— fue rechazada por la jurisprudencia. (Cfr., a este respecto, CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, Madrid, 1957; págs. 338 y sigs.) (J. G. Y.)

12. INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *La introducción en el local arrendado de una persona individual o jurídica es suficiente para resolver el contrato de arrendamiento, porque la Ley, fuera de los casos en que expresamente se establece, no consiente que un inmueble arrendado por una persona sea ocupado por otra, llámese cesión, subarriendo o traspaso a tal ocupación.* [S. 18 de noviembre de 1963; desestimatoria.]

NOTA: Hechos probados: cambio de titularidad fiscal; ocupación por el tercero del local arrendado; no haberse realizado tal ocupación en concepto de dependiente o factor representativo, sino llevando la dirección del negocio; no haberse dedicado el tercero al comercio hasta la fecha del cambio en la contribución, y finalmente, falta de convivencia de los demandados. Entre tales hechos y la deducción de cesión, subarriendo o traspaso estima el T. S. que existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (J. G. Y.)

13. CONFIGURACIÓN: *Enjuiciar si unas obras modifican o no la configuración de un local es función reservada a los Tribunales.*

PRESUNCIÓN DE CONSENTIMIENTO: *Al no resultar precisada la fecha de realización de las obras, se da margen al supuesto de que fueran realizadas simultáneamente a otras que fueron objeto de desestimación en un procedimiento anterior de desahucio, y habiendo sido estas últimas autorizadas cabe igualmente que lo fueran las debatidas en el pleito, existiendo entre el hecho demostrado y la deducción que obtiene la Sala un enlace preciso y directo ajustado a las reglas del criterio humano.* [S. 10 de mayo de 1963; desestimatoria.]

NOTA: La Sentencia recurrida, que se confirma, había expresado que «ni la acomodación ni la conversión del respiradero de la cámara de aire en la actual ventana modifican en lo más mínimo la estructura y la resistencia del edificio». Entre las obras cuya fecha de realización no pudo precisarse se encontraba la eliminación de un techo o cielo raso, y a este respecto, constaba en el informe pericial «la suposición lógica de que dicho cielo raso fue eliminado en su totalidad en la misma fecha del emplazamiento del «altillo» —obra de las anteriormente realizadas con consentimiento—, porque la altura de éste con el cielo raso dificulta la permanencia en él de una persona en pie». Además, del dictamen pericial recoge el T. S. la convicción de la escasa importancia de las obras cuestionadas. (J. G. Y.)

14. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Modifica la configuración del local la construcción de una escalera empotrada en la pared por cinco huecos.* [S. T. S. de 18 de abril de 1964; no ha lugar.]

15. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Son obras que modifican la configuración de lo arrendado, la ampliación del sótano de la casa, el cambio de emplazamiento de un montacargas a la parte nueva de la ampliación del*

sótano, aumentando su recorrido y la construcción de una pared de quince centímetros de espesor. [S. 8 de abril de 1964; no ha lugar.]

16. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN INCONSENTIDA: *Trasladar de tabique, dentro de la misma habitación, una puerta de paso, resultando afectadas con el traslado de dicha puerta y el tabicado de donde estaba antes, tres habitaciones, constituye una alteración de la configuración del local arrendado.* [S. T. S. 4 de abril de 1964; no ha lugar.]

17. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONCEPTO CONTINGENTE: OBRAS REALIZADAS PARA DEFENSA DE LA POSESIÓN ARRENDATICIA: *El cambio de la configuración es algo contingente y circunstancial que no puede precisarse de una manera abstracta y con valor de principio general, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias que en cada caso concurren, para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus peculiares características, la alteración de la configuración ha llegado a producirse o no, con las obras realizadas.*

La construcción de un tabique de quince hileras de ladrillo y unos dos metros de anchura, reemplazando a una barricada de envases, colocada para impedir la entrada a los locales desde el patio y escalera común, con fines puramente defensivos de la posesión arrendaticia que no afecta a los locales arrendados, no puede considerarse comprendida en la causa 7.^a del artículo 114 de la LAU. [S. T. S. 26 de febrero de 1964; no ha lugar.]

18. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Al ser la configuración la resultante de la distribución de las distintas partes de la cosa arrendada, sólo cuando se altere en su forma o estructura la distribución de las distintas partes que la integran, variando su fisonomía, de modo esencial y sensible y no meramente accidental, podrá decirse que se ha modificado la configuración del local arrendado.* [S. T. S. 9 de mayo de 1964; no ha lugar.]

19. OBRAS CONSENTIDAS: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La inexistencia del consentimiento es imprescindible para que se produzca la causa de resolución 7.^o, del artículo 114 de la LAU. Ante el consentimiento del dueño, carecen de valor los problemas de la configuración y de los efectos sobre los materiales.*

PRUEBA TESTIFICAL: *El artículo 1.248 del C. c. es de carácter admonitivo y no preceptivo, y contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales en uso le da facultad que tanto este artículo, como el 659 de la LEC les confieren, no se da el recurso de casación.* [S. T. S. 25 de abril de 1964; no ha lugar.]

20. OBRAS INCONSENTIDAS: RENUNCIA IMPLÍCITA A LAS ACCIONES RESOLUTORIAS: *Si las obras realizadas por el arrendatario fueron conocidas por el arrendador, así como por su hijo, y no obstante suscribió éste, en nombre de su padre, un nuevo contrato, que entrañaba no sólo una novación modi-*

ficativa en lo referente a la cuantía de la renta, sino que también afectaba a la cosa arrendada, puesto que aunque era la misma no se encontraba en la fecha del segundo contrato en las mismas condiciones, ni tenía la misma configuración, no es contraria a la lógica la deducción de que al firmarse el segundo contrato, el arrendador propietario renunció implícitamente a las acciones resolutorias que tenía contra el arrendatario. [S. 18 de marzo de 1963; desestimatoria.]

NOTA: La anterior presunción se refuerza por el hecho de que hayan transcurrido ya más de nueve años, desde la fecha del segundo contrato hasta la interposición de la demanda, que, además, se interpone después de la muerte del arrendador; actitud pasiva del arrendador hasta su muerte que también tiene en cuenta el T. S. (J. G. Y.)

21. ACTIVIDADES INMORALES: PRUEBA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS: No cabe apoyar el recurso de injusticia notoria en unos oficios de la Jefatura Superior de Policía y Comandancia de la Guardia Civil que, aparte no tener el carácter de documentos, fueron tenidos en cuenta en la sentencia recurrida en la que, a través de una valoración conjunta de la prueba se desestimó la demanda resolutoria basada en supuestas actividades inmorales. No cabe desarticular la prueba para examinarla aisladamente en la parte que conviene al recurrente. [S. 7 de marzo de 1964; no ha lugar.]

NOTA: En el oficio de la Jefatura Superior de Policía se hacía constar que en el local objeto del litigio se alojaban mujeres de mal vivir con antecedentes de dedicarse a la prostitución que promovían escándalos, por los que se clausuró la pensión, y en el de la Comandancia de la Guardia Civil se decía que la pensión no gozaba de buena fama y que se había comprobado que se habían admitido parejas para realizar actos inmorales, dándose el caso de que algunos huéspedes, al observar tal tráfico, se habían marchado a otro lugar, y que no se había podido comprobar que se hubieran dado escándalos. Se siguió contra el demandado un proceso penal por corrupción de menores en el que fue procesado y luego absuelto.

22. DECLARACIÓN DE RUINA: Siendo firme la declaración de ruina hecha por la autoridad municipal, es preciso acceder a la resolución del contrato de arrendamiento, cualquiera que sea el grado de la ruina, y aunque sea incipiente solamente, puesto que la Ley no distingue y el Tribunal debe respetar la declaración de la autoridad municipal, sin poder cambiarla no desconocerla, aunque tenga atribuciones para interpretar los términos de tal declaración, cuando ésta no tenga la claridad y precisión que toda resolución debe tener.

NOVACIÓN DEL CONTRATO: Del hecho de que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y de que el arrendatario, en un acto de pleno reconocimiento de esa adjudicación, haya venido abonando un recibo de arrendamiento diferente para cada uno de los herederos, resulta evidente la nueva relación arrendaticia mutuamente aceptada, que afecta a la esencia y contenido del contrato originario, en cuanto que han quedado alterados y sustituida la persona del propietario arrendador, el objeto del contrato

y la cuantía de las rentas a satisfacer a cada uno de los nuevos propietarios, todo lo cual supone la extinción del primitivo contrato y su novación por otros diferentes con cada uno de los nuevos propietarios. [S. 17 de abril de 1963; desestimatoria.]

NOTA: Sobre la doctrina referente a la declaración de ruina, V., sin embargo, SS. 21 noviembre de 1960, 4 y 27 de febrero de 1963.

6. Sucesiones.

1. PROMOCIÓN DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA: LEGITIMACIÓN: *Las demandas (viuda e hija del testador) están plenamente legitimadas para promover en cualquier tiempo el juicio voluntario de testamentaria, conforme al artículo 1.038 L. e. c., y en el ejercicio del carácter de herederas legitimarias del causante, que les confiere el artículo 807 C. c.*

JUICIO DE TESTAMENTARIA: POSICIÓN DEL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR NOMBRADO POR EL TESTADOR: *El juicio de testamentaria no obstaculiza las facultades de los albaceas testamentarios, que tuvieron conocimiento de la promoción del juicio y cuyo sobreseimiento debieron instar, previa presentación de las operaciones particionales dentro del plazo con que contaban.*

ALBACEAZGO: INCUMPLIMIENTO: EXTINCIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO: *Al haber omitido los albaceas el cumplimiento de sus deberes y transcurrido con exceso el plazo del albaceazgo, no cabe oponer la existencia de la institución.*

ALBACEAZGO: PLAZO: INTERRUPCIÓN POR LITIGIOS: *El problema de si el plazo quedó o no cortado por la presentación del escrito promoviendo el juicio voluntario de testamentaria, no es de hecho sino de derecho, y no impugnabile, por tanto, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 L. e. c.*

JUICIOS DE TESTAMENTARIA: RESOLUCIONES Y ACUERDOS CONSENTIDOS: ACTOS PROPIOS: *Promovido, por parte legitimada para hacerlo, el juicio de testamentaria, y tramitado correctamente, con citación a las recurrentes (legatarias de parte alicuota), es en dicho proceso donde pudieron y debieron plantear los problemas que ahora promueven, sin que, al haber consentido (tácitamente) las resoluciones y acuerdos tomados en dicho juicio, puedan ahora ir válidamente contra sus propios actos.*

PARTICIÓN REALIZADA EN JUICIO DE TESTAMENTARIA: IMPUGNACIÓN: *No habiéndose acreditado en forma alguna la inexistencia de los bienes adjudicados, ni cuáles sean los indebidamente inventariados, ni las deudas que no han sido tenidas en cuenta, dejando siempre a salvo el derecho de los supuestos acreedores para exigir el pago de sus créditos, es evidente que no puede prosperar la impugnación de las operaciones particionales; siendo además problemas que debieron plantearse en el juicio universal de testamentaria, mediante los correspondientes incidentes. [S. 20 de febrero de 1964; desestimatoria.]*

OBSERVACIÓN: El juicio voluntario de testamentaria fue promovido, existiendo albaceas contadores-partidores testamentarios, por las legitimarias del causante (viuda e hija). Fueron citadas para el juicio las legatarias de parte alicuota, y, a la vez, acreedoras del causante, según éste reconoció en su testamento. Sin embargo, no comparecieron hasta el momento en que se les notificó que la partición practicada por el contador nombrado en el juicio estaba expuesta para su examen en la secretaría; personadas entonces, se oponen a la aprobación de la partición y, reunida sin acuerdo la junta de interesados, se tramitó a instancia de los legatarios el correspondiente juicio ordinario.

Las legatarias pretendían la nulidad de la partición, por haber sido practicada en juicio de testamentaria por contadores nombrados por las promotoras del juicio y sin intervención de los designados por el testador; subsidiariamente, pedían la rescisión de la partición por haberseles adjudicado a dichas legatarias bienes inexistentes, haberse incluido en el inventario bienes que no eran de testador y no tenerse en cuenta las deudas. Ambas instancias fueron desfavorables a las legatarias, y ahora también el T. S. desestima su recurso.

Debe tenerse en cuenta que, si bien los albaceas no fueron citados al juicio de testamentaria, ni intervinieron en ninguna de sus actuaciones, tuvieron, sin embargo, conocimiento de la promoción del mismo, por cuanto que es un hecho probado que, remitieron al juzgado, al promoverse el juicio, cuantos documentos tenían en su poder por razón de su cargo; documentos que el juez acordó se unieran a los autos, aunque posteriormente no fueron tenidos en cuenta, por diversas razones, por el contador nombrado en el juicio de testamentaria.

J. G. Y.

DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDAD COLECTIVA: SEPARACIÓN DEL SOCIO: DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES:** *El derecho concedido por el art. 224 del C. C., puede hacerse valer tanto judicial como extrajudicialmente según el principio general de derecho: «Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus». El acuerdo de disolución deberá ser por unanimidad y no por simple mayoría. Si aquélla no se da, deberá vencerse la oposición de los socios disconformes mediante apelación judicial.*

2. **ERROR DE HECHO: CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *No gozan de autenticidad a efectos de casación las escrituras públicas que fueron discutidas e interpretadas sirviendo de base al fallo recurrido, los requerimientos notariales que no patenten por sí mismos y sin acudir a razonamientos el error "in iudicando", los actos de conciliación, los libros de los comerciantes y los dictámenes periciales.*

DOCUMENTOS PÚBLICOS: *La fe pública no alcanza a la exactitud de las manifestaciones de los particulares que constan en los documentos públicos.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La violación y la no aplicación de la ley, al ser causas de transgresión distintas, deben aducirse separadamente en el recurso. [S. 7 de marzo de 1964.]*

2. LIBROS DE COMERCIO: LA FE COMERCIAL: EFECTO DE LA CONTABILIDAD: *Efecto de la contabilidad es la fe comercial, esto es, la fuerza probatoria de los libros de comercio en la forma indicada por el C. de C.*

CARÁCTER DEL SECRETO DE LA CONTABILIDAD: *El secreto de los libros de comercio no es de orden público, sino que viene inspirado en el interés privado de los comerciantes.*

EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS: *La apreciación del interés directo de la persona, a quien pertenecen los libros, cuya exhibición se pide, compete, como cuestión de hecho, al Tribunal de instancia. [S. 13 de mayo de 1964; desestimatoria.]*

3. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN CAMBIARIA EJECUTIVA: *La competencia para conocer de la acción cambiaria ejecutiva derivada de la letra de cambio corresponde al Juzgado del lugar donde el efecto debe ser pagado por el obligado en virtud de la relación cambiaria, prescindiendo de las relaciones subyacentes o causales entre las partes. [S. 4 de marzo de 1964.]*

DERECHO PROCESAL

1. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Los recursos de esta naturaleza son de carácter técnico, exigiendo el art. 136 LAU y reiterada jurisprudencia que, necesariamente, se cite con precisión y claridad la causa o causas en que se fundamenta y expresarse con la misma precisión y claridad el concepto por el cual se estima cometida la infracción; no haciéndolo así hay que proceder a la desestimación del recurso. [S. 15 de octubre de 1964; desestimatoria.]*

2. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de acto o documento auténtico ni las fotografías acompañadas a la demanda ni el reconocimiento judicial, ni el dictamen pericial. [S. 14 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

3. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: BASADO EN DOCUMENTO CONTRVERTIDO: *Si el error de hecho se basa en documento ya examinado en la sentencia —el contrato de arriendo— y que sirvió de sustentación para el fallo recurrido, sin que tal documento demuestre por sí mismo y sin necesidad de interpretación el error inequívoco del Juzgador de instancia, el recurso debe ser desestimado. [S. 4 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

4. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No puede invocarse el error de hecho sin determinar concretamente los documentos o actos auténticos que por sí mismos acreditan tal atribución, sin que baste referirse a los «reseñados en el apuntamiento y en el séptimo resultando de la sentencia del Juzgado»; es inadmisibles el motivo en que se acusa una infracción sin mencionar el concepto. [S. 11 de abril de 1964; no ha lugar.]*

II. SENTENCIAS ANOTADAS

OBLIGACIÓN MANCOMUNADA INDIVISIBLE: *Es mancomunada indivisible la obligación contraída por dos personas de pagar conjuntamente a otra, cierta cantidad como indemnización; y, por tanto, tiene aplicación el art. 1.139.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Un supuesto de litis consorcio pasivo necesario es el de la obligación mancomunada indivisible, conforme a lo dispuesto por el art. 1.139; de donde se infiere que es presupuesto procesal necesario de la acción el que se ejercite contra todos los codeudores. (S. 12 de marzo de 1964; ha lugar.)*

A. *Exposición de la Sentencia 1.—Hechos.* El actor, al darse por terminados los servicios que venía prestando conjuntamente a dos entidades para el negocio que ambas tenían en común, estipuló con ellas que al día siguiente había de percibir catorce mil dólares, además del sueldo, como compensación a sus derechos, beneficios eventuales, traslado y perjuicios morales y económicos que se le causaren por la terminación de sus funciones.

El actor pretende de una de las dos entidades el pago de los 14.000 dólares. En primera instancia el juzgador se abstuvo de conocer el fondo por estimar mal constituida la relación procesal. La Audiencia condenó a la demandada al pago de siete mil dólares, según la cotización oficial del día en que debieron pagarse, más intereses. Recurren ambas partes, y la entidad demandada, entre otros motivos, invoca la violación por falta de aplicación, de la doctrina legal contenida en múltiples sentencias que relaciona (1), según la cual no es posible entrar a resolver el fondo del proceso sobre una obligación asumida por varios deudores, si está ausente de él alguno de éstos, ya que en tales supuestos se está en presencia de hipótesis de litisconsorcio necesario, en que los principios procesales de economía y armonía exigen la intervención simultánea de todos los liticonsortes para la «integración del contradictorio», litisconsorcio que existe cuando la obligación es solidaria o mancomunada indivisible y, también, aunque la obligación en litigio, sea mancomunada simple, pues si queda algún codeudor ausente en el proceso, surge la eventualidad de una resolución contradictoria sobre la misma relación jurídica; y añade, tal doctrina legal, que este defecto es relevante *ex officio*.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso en base de los siguientes razonamientos:

(1) Las sentencias que se citan en el recurso son las de 15 de junio de 1899, 8 de julio de 1902, 18 de noviembre de 1903, 4 de mayo de 1905, 8 de abril de 1910, 21 de marzo de 1911, 10 de diciembre de 1926, 21 de febrero de 1928, 6 de noviembre de 1941, 27 de julio de 1944, 6 de marzo de 1946, 1 de mayo de 1950, 24 de enero de 1956, 21 de noviembre de 1959, 19 de diciembre de 1959 y 28 de septiembre de 1960.

CONSIDERANDO que como nuestro ordenamiento jurídico —a diferencia de otros más modernos— no alude á este problema, fue la jurisprudencia la que ha venido a llenar esta laguna, proclamando que corresponde al órgano jurisdiccional el conocimiento de la existencia de esos presupuestos procesales, para evitar que se dicten resoluciones judiciales de imposible ejecución, o cuya ejecución habría de lesionar intereses jurídicos protegidos, correspondientes a personas físicas o morales que no habían intervenido en el proceso.

CONSIDERANDO que uno de estos presupuestos procesales es el de litisconsorcio pasivo necesario, que se produce cuando la demanda no puede proponerse válidamente, sino frente a varias personas a la vez, porque la pretensión actuada es de tal modo indivisible, que la deducción en juicio sólo respecto a algunos de sus titulares, produce la posibilidad de fallos contradictorios, lo cual atenta a la finalidad del proceso, y pone en peligro, además, la autoridad de la cosa juzgada.

CONSIDERANDO que esos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario vienen determinados unas veces por las normas de derecho material y otras son impuestas por la indivisibilidad de la declaración judicial pretendida, que obligan a un examen conjunto de la obligación y no permiten que en otro posible y futuro proceso, que se entable contra quien no haya sido parte en el anterior y era cotitular de la relación de derecho material que se había controvertido, recaiga una resolución contradictoria con la primeramente dictada, lo cual redundaría en desprestigio de los Juzgados y Tribunales y quebrantaría la autoridad de la cosa juzgada.

CONSIDERANDO que entre los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, determinados por las normas del derecho sustantivo, figura, precisamente, la obligación o prestación indivisible jurídicamente en relación a la cual, el artículo 1.139 del C. c., taxativamente dispone que «sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra los deudores»; de donde claramente se infiere que para impetrar la declaración judicial de que las dos entidades —americana y española— han contraído la obligación de pagar al actor, en determinado supuesto, una indemnización de catorce mil dólares, es preciso que la acción correspondiente se ejercite contra las dos empresas codeudoras, a la vez, para que pueda examinarse y resolverse sobre la eficacia o ineficacia del título o relación de derecho material invocado como *causa petendi*.

CONSIDERANDO que en el caso presente, la propia sentencia recurrida, reconoce: Primeramente «Que el actor contrató, en 14 de septiembre de 1956, con el negocio conjunto formado por la Empresa Americana "Corbetta-Construction Company, Ince», y por la demandada «Construcciones Civiles, S. A.»; para explotar y construir Bases Americanas en España, negocio llevado al nombre de «Corbetta-Civiles»... siendo pacto comercial de dicho contrato, que por cesar dicho actor, en su cargo de Director Comercial de dicho negocio conjunto, percibiera el día siguiente, 15 de septiembre de 1956, una indem-

nización de catorce mil dólares»; y Segundo «que dicho negocio conjunto de ambas empresas... no formó una nueva entidad social, con inscripción registral, sino que constituyó una sociedad irregular, sin efectos respecto a terceras personas, como lo es el actor don Pascual La Faurichón, que era un simple empleado de dicho negocio jurídico —sic— o empresa mixta, compuesta de dos sociedades...».

CONSIDERANDO que la proclamación expresa de tales hechos, lleva implícito el reconocimiento de la indivisibilidad jurídica de la prestación convenida que esas dos empresas habían de satisfacer conjuntamente al demandante; y éste también lo reconoce en el hecho segundo de su demanda en el que transcribe el documento en que se instrumentó el contrato en que se convino el pago conjunto de esa indemnización, y lo vuelve a reconocer al formular el *petitum* de su demanda reclamando el pago total de los catorce mil dólares, como lo había reconocido más claramente cuando hubo de llamar al acto conciliatorio previo a las dos entidades deudoras.

CONSIDERANDO que, por lo tanto, si el pago de la indemnización reclamada, se convino en que correría a cargo de las dos entidades conjuntamente, aparece manifiesto que el órgano jurisdiccional no puede hacer declaración sobre la eficacia o ineficacia de ese pacto, sin que sean avocadas al proceso las dos entidades que, conjuntamente, se comprometieron a cumplirlo; por lo que habrá que proclamar que está mal constituida la relación jurídico-procesal, como la recurrente denuncia y estimar el motivo cuarto del recurso.

B. Nota. 1. *La calificación de la obligación como jurídicamente indivisible.*—Es discutible la calificación que hace el T. S. de la deuda tal como la razona en los considerandos. No basta que los deudores se hayan comprometido en una misma prestación para calificar la obligación de jurídicamente indivisible. La unidad de prestación revela únicamente la unidad de obligación, a pesar de la pluralidad de deudores, es decir, la existencia de una obligación mancomunada. Por definición la obligación mancomunada implica la concurrencia de uno o más deudores en una sola obligación (cfr. artículo 1.137). Si cada deudor estuviera obligado a una prestación independiente —por ejemplo, en el supuesto, a siete mil dólares— no estaríamos ante una única obligación mancomunada divisible, sino ante una concurrencia de obligaciones diversas.

Ciertamente resulta anómalo que concibiéndose la prestación como única pueda haber, sin embargo, la reclamación o el pago por partes. Lo lógico sería la aplicación del principio formulado en el art. 1.169: «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá cumplirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación»; *vid.* también, desde el punto de vista del deudor, el párrafo II del mismo artículo.

Pero justamente esta anomalía es la peculiaridad fundamental de las obligaciones mancomunadas simples: la deuda se considera dividida en tantas partes iguales como deudores haya, reputándose deudas distintas unas

de otras (cf. art. 1.138; cf. también art. 1.772). Es decir, a pesar de la unidad de prestación y de obligación, a pesar del compromiso conjunto, cabe la reclamación parcial. Sólo no es posible ello si la obligación es indivisible (art. 1.139). Pero para juzgar si hay indivisibilidad no puede bastar, contra lo que parece opinarse en esta sentencia, el simple dato del compromiso conjunto respecto de la misma prestación el cual revela, como dijimos, simplemente que la obligación es mancomunada, es decir, que los diferentes deudores están vinculados a una misma deuda. El que tal obligación mancomunada pueda ser o no divisible tiene que depender de otras circunstancias, incluso la voluntad de los contrayentes. Pero ciertamente, en principio, hay que reputar divisibles todas aquellas obligaciones que tienen por objeto prestaciones que por su naturaleza —v. gr., la de entregar 14.000 dólares— sean susceptibles de cumplimiento parcial (art. 1.151 C. c.).

No parece, por otra parte, que pueda afectar al acreedor —en este caso al acreedor demandante— el que entre los deudores rigiera «una sociedad irregular, sin efecto respecto de terceras personas».

2. *La exigencia del litisconsorcio pasivo.*—El problema del litisconsorcio necesario se presenta no sólo en las obligaciones, sino en todo supuesto que sobre la relación jurídica discutida existe una cotitularidad. Las cuestiones que surgen, a caballo entre el Derecho Civil y el Procesal, no parecen muy estudiadas en Derecho español.

Con facilidad, por ejemplo, se admite la legitimación de un comunero para las acciones en defensa de la comunidad (por ejemplo, para una acción negatoria) (2). En cambio, se exige que la acción se dirija frente a todos los comuneros cuando a todos puede perjudicar (por ejemplo, una acción confesoria contra la comunidad) (3). El posible resultado de una u otra pretensión es el mismo: tanto el ejercicio de la acción negatoria como el de la acción confesoria puede terminar bien por la declaración de existencia de la servidumbre, bien por la declaración de su inexistencia. ¿Por qué entonces en el primer caso (acción negatoria) se permite el planteamiento de una cuestión —que puede perjudicar a todos— por uno sólo de los interesados? Si se entiende que produce la sentencia efectos de cosa juzgada frente a todos, estaremos ante un caso de cosa juzgada sin que haya iden-

(2) Es abundante la jurisprudencia en que se mantiene la doctrina de que cualquier comunero puede accionar en beneficio de la comunidad. Cf. Beltrán de Heredia (J.), «La comunidad de bienes en el Derecho Español», Madrid 1954, págs. 276 y sigs.; Castán, «Derecho Civil Español, Común y Foral», tomo II, Madrid, 1957, pág. 347. A las sentencias citadas en estas obras pueden agregarse las de 13 de marzo de 1952, 18 de abril de 1952 (desahucio por falta de pago), 14 de noviembre de 1953, 7 de junio de 1954 (resolución de arrendamiento por necesidad), 26 de marzo de 1955, 4 de julio de 1956, 3 de junio de 1957, 1 de julio de 1959, 13 de noviembre de 1959. La sentencia de 3 de abril de 1961 es, en cambio, contraria a entender que un comunero que actúa sin expresar que lo hace en pro de la comunidad, está legitimado para reclamar la resolución de un arrendamiento.

(3) Un comunero, sólo, no está legitimado pasivamente para defender la comunidad cuando la pretensión afecte en sentido adverso a los demás comuneros no demandados (S. 5 de julio de 1954). No cabe el desahucio contra sólo uno de los herederos del arrendatario (S. 18 de mayo de 1957). La acción reivindicatoria contra comuneros debe dirigirse contra todos ellos (S. 9 de mayo de 1961).

tividad de partes, contra lo dispuesto en el art. 1.252. Si se entiende que sólo produce efectos de cosa juzgada frente al comunero actor, se abre la posibilidad de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión, con la consiguiente perturbación social. Y además se crean conflictos difícilísimos para la efectividad de las sentencias contradictorias: pensemos que primeramente frente a un comunero que ejercita acción negatoria se produce la declaración de existencia de la servidumbre, y, después, en pleito ulterior, los demás comuneros, obtienen la declaración de inexistencia de tal carga (4).

Sin duda, la consideración de dificultades análogas ha llevado a la jurisprudencia a la doctrina de la «integración del contradictorio», cuando se trata de reclamar obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos. En esta sentencia vemos aplicada esta doctrina en materia de obligaciones indivisibles —ésta es la calificación de que parte la sentencia—. En este supuesto la doctrina tiene un firme apoyo legal, el art. 1.139: «si la división fuere imposible... sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores». Pero el Código no se manifiesta de manera tan inequívoca. Hay que tener en cuenta también el art. 1.252, III. Según este artículo se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los que contendieron con el pleito anterior por los vínculos que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen obligación de satisfacerlas. Este artículo supone, pues —contra la doctrina de la integración del contradictorio— que cabe un pleito sobre obligaciones indivisibles en que no sean demandados todos los deudores.

Mayores obstáculos legales tiene esa doctrina si se llevara a los otros tipos de obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos. Si se trata de obligaciones mancomunadas simples divisibles, el art. 1.138 supone que cabe la reclamación a cada deudor de su parte. Si se trata de obligaciones solidarias, los arts. 1.141 y 1.144 suponen claramente que caben acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios. El art. 1.252 parte de la posibilidad de pleitos seguidos contra uno sólo de los deudores, al referirse a las obligaciones solidarias en los mismos términos ya vistos respecto de las indivisibles. El párrafo II del art. 1.084 sólo tiene sentido si es posible demandar aisladamente a cada heredero del deudor, que, a su vez, es, como tal, deudor solidario. Y es frecuente en la jurisprudencia la reclamación con éxito de la deuda del causante accionando contra uno sólo

(4) El origen de la doctrina de la legitimación de cada comunero para accionar en defensa de la comunidad está en las Partidas. En P. 3, 5, 10, se permite al partícipe accionar por los comuneros, prestando fianza, de que estos tendrán por firme la sentencia. La P. 3, 22, 21 se refiere a los casos en que la sentencia dada contra unos perjudica o aprovecha a otros. Entre estos se refiere a la acción confesoria ejercitada por un comunero en defensa de la comunidad: si prospera la acción beneficia a todos; si no, no perjudicaría a los copartícipes.

Ahora bien, derogadas las normas procesales anteriores a la LEC (art. 2.182, LEC) y las de Derecho Civil anteriores al Código (art. 1.976) no se ve qué fundamento puede tener la doctrina de la legitimación de un comunero para actuar por todos en el proceso. Parece que se trata de una doctrina que persiste simplemente por inercia, a pesar de que ha desaparecido la base legal.

de los herederos (5), y también, la admisión de que cabe dirigir el procedimiento contra cualquiera de los deudores solidarios (6).

3. Una última observación sobre esta sentencia. Es sobre la construcción formal de sus considerandos. En este aspecto se ofrece a los juzgadores un modo ejemplar de redactar sentencias. Los considerandos son cortos, sencillos. Todos ganaríamos si las sentencias y resoluciones —en cualquier grado de la jerarquía judicial— volvieran a la técnica simple de pocos, cortos y enjundiosos considerandos, tal como era tradicional en el Tribunal Supremo.

Manuel PEÑA BERNALDO DE QUINÓS

(5) Cf., por ejemplo, SS. 3 de abril de 1903 y 24 de noviembre de 1915.

(6) Cf., por ejemplo, SS. 17 de marzo de 1910, 28 de enero de 1919, 6 de julio de 1920, 17 de diciembre de 1930 y 22 de junio de 1931.

III 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. SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN: *La notificación fehaciente prevista en la L. A. U. para la eficacia de la subrogación en el contrato al fallecimiento del inquilino, no es exigible cuando el arrendador renuncia a tal formalidad.* (Sentencia de 21 de marzo de 1964; ha lugar.)

2. RENTA: AUMENTO: FORMALIDADES: *En las cartas no se expresaban con la claridad y exactitud necesarias la extensión de la cuantía y los conceptos que amparaban el aumento y, naturalmente, como las mismas adolecían de la ausencia de requisitos esenciales, no puede empezar a contarse el plazo de tres meses desde su fecha.* (Sentencia de 20 de marzo de 1964; no ha lugar.)

3. COSTAS: IMPOSICIÓN: *Al instar y sostener el presente recurso, tan desprovisto de todo derecho, con la sola finalidad de dilatar la resolución contractual, en perjuicio de la contraparte litigiosa, se obra con temeridad y procede imponer las costas del recurso.* (Sentencia de 24 de abril de 1964; no ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. SUBROGACIÓN INTER VIVOS: ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: REQUISITOS: *Sólo puede subrogar el inquilino que concertó el contrato, sin que quepa aplicar, por analogía, a la subrogación «inter vivos» la dualidad de transmisiones admitidas en la subrogación «mortis causa».*

PROCESO ARRENDATICIO: COMPETENCIA DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA BASADA EN EL EJERCICIO DE PROFESIÓN: *Para que la competencia en los procesos arrendaticios relativos a vivienda se dejiera a los Juzgados de Primera instancia, precisa, que la profesión se ejerza en el piso, y el pago de contribución. (Sentencia de 25 de junio de 1964; no ha lugar.)*

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA Y CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO: *No procede la denegación de prórroga, si el contrato no se halla aún en fase de prórroga legal, por haberse pactado que el contrato se prolongaría por tiempo indefinido, siendo rescindible por aviso escrito dado con un mes de antelación y no se dio el aviso con anterioridad a la denegación de la prórroga.*

TEMPORALIDAD DEL ARRIENDO: *No obsta a la temporalidad del arriendo el carácter indefinido del mismo si quedaba a la decisión del arrendador dar por terminado el contrato mediante aviso dado con determinada antelación. (Sentencia de 27 de mayo de 1964; ha lugar.)*

NOTA: Adviértase el contraste entre la doctrina sentada en la primera de las anteriores declaraciones -doctrina que se apoya en la cita de una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1963 - y la sentada para un supuesto no idéntico, pero bastante parecido, en la Sentencia de 18 de marzo de 1964, dictada por la propia Audiencia, que se reseña seguidamente.

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA FORZOSA: CLÁUSULA CONTRACTUAL SOBRE PRÓRROGA CONVENCIONAL: *La cláusula contractual, según la cual el contrato arrendaticio habría de prorrogarse mensualmente si no se denunciaba el contrato con ocho días de antelación al final del correspondiente mes, carece de eficacia dentro del régimen de prórroga forzosa de la L. A. U., por lo que para la denegación de dicha prórroga no es preciso que previamente se haya dado el aviso previsto en el contrato. (Sentencia de 18 de marzo de 1964; no ha lugar.)*

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN BASADA EN EL MATRIMONIO DEL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN: *El arrendador que invoque la presunción legal basada en el matrimonio, sólo debe probar los hechos que integran el presupuesto de la presunción. No cabe exigir al arrendador la*

prueba de que se hizo imposible la convivencia en el hogar ajeno en el que se introdujo al contraer matrimonio dos meses antes de realizar el requerimiento denegatorio de prórroga por necesidad basada en dicho matrimonio. (Sentencia de 14 de enero de 1964; ha lugar.)

5. NECESIDAD: MATRIMONIO COMO BASE DE LA NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA NECESIDAD: *El matrimonio del beneficiario de la denegación de prórroga no obliga a apreciar la necesidad, si de los hechos y pruebas aportadas por el arrendatario se llega a la conclusión de que no hay verdadera necesidad sino propósitos arbitrarios o de conveniencia. No procede apreciar la necesidad si el actor, en 1956, ejercitó una acción de denegación de prórroga por necesidad, basado en el mismo matrimonio, logrando el desalojo de otra vivienda que no ocupó cuando la tuvo a su disposición. (Sentencia de 23 de junio de 1964; no ha lugar.)*

6. NECESIDAD: ANCIANIDAD Y ACHAQUES: *La edad avanzada, los achaques de vejez y el deseo de abandonar las actividades comerciales a que el beneficiario de la denegación de prórroga se dedicaba en el local en que habitaba, son fundamento de necesidad de vivienda.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y NECESIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico, pero aun planteada una cuestión de derecho, es de hecho la determinación de los presupuestos fácticos.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y ABUSO DE DERECHO: *Sólo cabe abordar en Supplicación el tema del abuso de derecho, si se aplicó en la instancia.*

COSTAS DE APELACIÓN: *Sólo cabe imponer en apelación las costas si se hace declaración de temeridad. (Sentencia de 13 de marzo de 1964; no ha lugar.)*

7. NECESIDAD: CARENCIA DE HOGAR PROPIO: *Puede invocar la situación de necesidad, el que carece de hogar propio y exclusivo, habitando precariamente en vivienda compartida con otra familia y que no reúna condiciones de habitabilidad. (Sentencia de 3 de julio de 1964.)*

8. NECESIDAD: PRESUNCIÓN DE FALTA DE NECESIDAD: *La norma de selección que establece discriminación entre viviendas interiores y exteriores no es aplicable a la interpretación del precepto que establece la presunción de falta de necesidad en quien hubiera desalojado vivienda de características análogas. (Sentencia de 28 de abril de 1964; no ha lugar.)*

9. SELECCIÓN: *Está excluido de la selección, el piso comunicado interiormente con la tienda situada en el plano inferior al mismo, ya que forma un solo local de negocio con él. (Sentencia de 18 de marzo de 1964; no ha lugar.)*

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN SOBRE DERECHO DE RETORNO: *El incumplimiento, por el arrendador, de su obligación de otorgar el documento para la efectividad del derecho de retorno, producirá para el mismo las sanciones previstas en la propia L. A. U. en cuanto a la renta del contrato, y no otras de naturaleza distinta. (Sentencia de 11 de junio de 1964; no ha lugar.)*

11. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR DESOCUPACIÓN DE VIVIENDA: CONCEPTO DE DESOCUPACIÓN: PRUEBA: *La desocupación base de la resolución ha de ser total. Cabe que otros familiares del inquilino ocupen la vivienda y se sirvan de ésta. El cierre no se identifica con la desocupación. No cabe considerar desocupada una vivienda que se utiliza para determinadas actividades del inquilino. Las salidas intermitentes no suponen desocupación si la vivienda se utiliza como morada complementaria o para satisfacer alguna de las más perentorias necesidades de la vida. La residencia habitual del inquilino en otra población no supone, por sí sola, la desocupación de la vivienda. La afirmación del Juez «a quo» de que la vivienda de autos solo se ocupa en el tiempo de verano y fines de semana no basta para estimar probado que el inquilino no la ocupa por más de seis meses al año.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DESOCUPACIÓN: *La desocupación es un concepto jurídico revisable en suplicación.* (Sentencia de 20 de marzo de 1964; ha lugar.)

12. NO USO: PRUEBA: *Constituyen elementos de prueba de la no ocupación de vivienda, los recibos de las compañías de gas y electricidad en las que consta la falta de consumo o consumo insignificante.* (Implícitamente, Sentencia de 2 de julio de 1964; no ha lugar.)

13. NO USO: ENFERMEDAD COMO JUSTA CAUSA: *La enfermedad no constituye justa causa de desocupación, si no se acredita que la dolencia exige la ausencia del piso del enfermo para su curación o tratamiento.* (Sentencia de 15 de junio de 1964; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia dio lugar a la resolución a pesar que el piso se hallaba ocupado, en ausencia del inquilino, por personas extrañas al mismo, que, según éste, estaban como custodios del piso durante su ausencia.

14. ACCIÓN REVISORIA DE RENTA: EXACCIÓN DE INCREMENTOS: CADUCIDAD: *La acción para exigir el pago de un incremento caduca a los tres meses a contar de la fecha en que se rechazó el aumento por el inquilino.* (Sentencia de 13 de marzo de 1964; no ha lugar.)

15. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA BASE TRIBUTARIA: DECLARACIÓN POSTERIOR AL TRIMESTRE EN QUE SE PRODUJO EL COBRO INICIAL DE LA RENTA: *Es procedente la revisión solicitada, aunque al tiempo de ejercitarse la acción, el arrendador hubiera ya declarado al Fisco la renta realmente percibida si dicha declaración se hizo fuera del plazo señalado en el Decreto de 21 de mayo de 1943.* (Sentencia de 24 de marzo de 1964; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia de la Audiencia (que invoca las del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1950 y 21 de mayo de 1953) estimando que la L. A. U. de 1955 nada ha innovado al respecto, no ha advertido el cambio de redacción experimentado por el artículo regulador de la revisión. En la actualidad, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo —véanse sentencias de 26 de noviembre de 1962 y 6 de abril de 1963—, es indiscutible que la declaración del arrendador realizada en cualquier tiempo, aunque con anterioridad al ejercicio —judicial o extrajudicial— de la facultad revisoria, enerva la revisión; sin embargo, tal variación, no advertida por algún co-

mentarista de la L. A. U. ha pasado también desapercibida a la Audiencia de Barcelona, aunque no a otras, como las de Madrid y Valencia.

16. REPARACIÓN O RESOLUCIÓN POR PÉRDIDA DE LA COSA: NECESIDAD DE DETERMINAR, EN LA SENTENCIA, EL PORCENTAJE DEL VALOR DE LA COSA ARRENDADA QUE SUPONEN LAS OBRAS DE REPARACIÓN: *Controviertiéndose si el valor de las obras de reparación o reconstrucción del inmueble por un siniestro —sea cual sea la causa de éste— rebasa o no el porcentaje que marca la línea divisoria entre la obligación del arrendador de reparar el siniestro y el derecho del mismo a resolver el arriendo, es improcedente la condena genérica a reparar, dejando para ejecución de sentencia la determinación de las obras a realizar y su cuantía.* (Sentencia de 6 de febrero de 1964; ha lugar.)

17. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN DE CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Debe estimarse probado el consentimiento del arrendador, si consta que percibió una cantidad de los ocupantes, y si el inquilino paga, además del alquiler, una cantidad mensual, en recibo aparte, sin otra justificación que no sea la de autorizar la convivencia de los ocupantes con el inquilino.* (Sentencia de 17 de abril de 1964.)

18. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBROGACIÓN IRREGULAR ENTRE CÓNYUGES: MATRIMONIO SEPARADO: *Mientras el matrimonio subsista, como en el caso de autos —separación legal por tiempo indefinido— los cónyuges constituyen una sola persona a los efectos arrendaticios, por lo que es ocioso hablar, dadas las especiales circunstancias concurrentes, de cesión o subrogación.* (Sentencia de 11 de marzo de 1964; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR OBRAS: *Constituye cambio de configuración la elevación de un tabique dividiendo una habitación en dos.* (Sentencia de 4 de junio de 1964; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO POR EXPIRACIÓN DE PLAZO: AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *El subarrendador tiene derecho, al extinguirse el plazo pactado del subarriendo, a poner fin a éste, tanto si está como si no está autorizado el subarriendo por el propietario.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS INVOCABLES: *No cabe basar el recurso de suplicación en la invocación de normas adjetivas o procesales.* (Sentencia de 6 de febrero de 1964; no ha lugar.)

NOTA: Implícitamente se adhiere esta sentencia a la recta doctrina, no pocas veces desconocida, que afirma la absoluta irrelevancia, respecto a las relaciones internas del subarriendo, de la existencia o falta de autorización del subarrendador. El subarriendo no autorizado por el propietario no es aun acto nulo ni mucho menos inexistente como se ha dicho, incluso por la jurisprudencia, sino que surge *inter partes* la plenitud de sus efectos, sin perjuicio de los que, respecto a la posesión de la cosa subarrendada por el subinquilino, pueda producir el ejercicio, por el arrendador, de la acción resolutoria por subarriendo inconstituido.

II. Derecho procesal.

1. PROCEDIMIENTO EN JUSTICIA MUNICIPAL: NULIDAD DE ACTUACIONES: SENTENCIA MERAMENTE PROCESAL RESOLUTORIA DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Las normas reguladoras del procedimiento en la Justicia Municipal* —arts. 25, párrafo 5.º, y 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952— *no autorizan al Juez de Primera instancia a anular lo actuado por el inferior sino por vicio esencial de forma que cause indefensión al apelante.* (Sentencia de 18 de enero de 1964; ha lugar.)

NOTA: La sentencia de la Audiencia anula la del Juez de Primera instancia, que, a su vez, había anulado la del Juez Municipal, y dispuesto que por éste se volviese a dictar sentencia, y dice al Juez de Primera instancia que dicte sentencia sobre el fondo de la apelación. Es muy satisfactoria esta llamada de atención de la Audiencia, en materia de nulidades de actuaciones, verdadera plaga que se advierte en las apelaciones; es cierto que con frecuencia se cometen por los órganos de pequeña y gran instancia irregularidades procesales, pero la inmensa mayoría de ellas tienen carácter meramente formal y por no afectar a los derechos fundamentales de las partes ni causar indefensión a las mismas, es absurdo y gravemente lesivo para los litigantes, a quienes interesa la rápida y económica resolución del litigio, que con base en tales irregularidades, se multipliquen las nulidades de actuaciones que, en muchos casos, vienen a duplicar la ya larga duración del proceso y a provocar gastos y molestias innecesarias a los litigantes.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA EN ORDEN A LA REVISIÓN DE LOS HECHOS: *La Sala de suplicación puede revisar la sentencia de instancia que no contiene apreciación de los hechos que han de producir los efectos jurídicos propios de la acción que se ejercita. En Suplicación cabe analizar, partiendo los hechos sentados por el Juez «a quo» si es o no conveniente revisar la prueba, por creer que el Juez hizo indebida aplicación de las normas sobre valoración de la misma.* (Sentencia de 7 de abril de 1964; ha lugar.)

NOTA: A través de la invocación del artículo 1.240 del C. c., la Sala realizó en este recurso una total revisión del presupuesto fáctico fijado por el Tribunal de instancia, desbordando de forma clara el ámbito propio del recurso.

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO *No cabe hablar de errónea aplicación del abuso de derecho si no se hace aplicación del mismo en la sentencia de instancia.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *El concepto de necesidad es de carácter jurídico, pero los hechos de que se deduce, en la forma que son fijados en la sentencia de instancia, vinculan a la Sala.* (Sentencia de 4 de mayo de 1964; no ha lugar.)

4. AMBIENTO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TEMAS PROCESALES: *Los temas procesales o adjetivos sin relación inmediata y directa con derecho alguno reconocido en la L. A. U. no son materia de este singular recurso.* (Sentencia de 31 de enero de 1964; no ha lugar.)

5. **COSTAS PROCESALES: SENTENCIAS QUE NO ENTRAN EN EL FONDO DEL ASUNTO EN EL PROCESO ARRENDATICIO URBANO; *Para la imposición de las costas de Primera instancia basta con la desestimación de la demanda, aunque no se entre en el fondo del asunto.*** (Sentencia de 4 de febrero de 1964; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO PARCIAL: PRUEBA DEL PRECIO: *Si al actor llegara a exigírsele la probanza, no sólo de la convivencia de terceras personas con el arrendatario, sino también la del precio que por tal convivencia satisfacen, llevaría al resultado práctico de favorecer una situación no sólo moralmente injusta, sino incluso sancionada legalmente, cual es la de que el arrendamiento no sería para el arrendatario y personas que con él convivan habitualmente, sino también para terceros con los que inicialmente no se contó.* (Sentencia de 16 de abril de 1964; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: NO PROCEDE ESTIMARLA SI NO SE HAN PRODUCIDO ACTOS INEQUÍVOCOS EVIDENCIADORES DE UNA EFECTIVA SITUACIÓN DE CESIÓN: *En la situación de convivencia paterno-filial ciertamente se precisa indubitada proyección externa que refleje con nitidez que la inicial arrendataria deja de quedar vinculada en la posesión de la vivienda arrendada para quedarlo solamente familiares con ella convivientes, situación que no cabe considerar producida en relación con el arrendador con simples actos equívocos, significados por ausencias temporales, no seguidas de desocupación de mobiliario, por lo que no cabe apreciar la caducidad de la acción ejercitada.* (Sentencia de 11 de mayo de 1964; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO Y CESIÓN DE VIVIENDA: POSESIÓN DE HECHO DURANTE MÁS DE QUINCE AÑOS: *No puede prosperar la acción resolutoria por ninguna de las dos causas citadas si el que de hecho ocupa la vivienda lo viene haciendo desde hace más de quince años, aunque el contrato de arrendamiento y los recibos de pago del alquiler se encuentren a nombre del padre del ocupante, sin que a la situación de cesión le pueda afectar la reforma operada en el artículo 25 de L. A. U. por la de 11 de junio pasado.* (Sentencia de 13 de julio de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» ILEGAL: COSTAS: SI LA SENTENCIA CONDENA AL DESALOJO DE LA VIVIENDA A UNO SOLO DE LOS DEMANDADOS ABSOLVIENDO A LOS DEMÁS NO CABE IMPONER AL ACTOR LAS COSTAS CAUSADAS POR LOS ABSUELTOS: *Reclamándose una sola vivienda, al accederse a la resolución pedida, en sentencia que condena solamente a uno de los demandados, absolviendo a los demás, no procede hacer una distribución de las costas por cabezas, imponiendo al actor las causadas por los demandados vencedores, pues el artículo 149 L. A. U. establece el principio del vencimiento total, y*

está claro que no es éste el caso de la sentencia. (Sentencia de 15 de junio de 1964; estimatoria en parte.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO SIMULTÁNEO A DOS INQUILINOS PARA DIRIGIR LUEGO LA ACCIÓN CONTRA EL QUE RESULTARE LEGITIMADO: *El requerimiento es inválido, pues si bien el arrendador dio a conocer la necesidad, no notificó a cuál de los inquilinos correspondía ser seleccionado, y al no haberse efectuado la selección no se ha cumplido el artículo 65 L. A. U.* (Sentencia de 17 de marzo de 1964; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN EL CASO DE CONTRAERSE MATRIMONIO: PLAZOS DEL REQUERIMIENTO, DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y DE LA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA RECLAMADA: *Puede sentarse como evidente; 1.º, que el requerimiento ha de hacerse con un año de antelación; 2.º, que transcurrido dicho año, de no haber accedido el inquilino a la resolución del contrato, deberá ejercitarse la acción, a cuyo efecto la ley no señala plazo de caducidad; y 3.º, que dentro de los tres meses siguientes al desalojo deberá el matrimonio haberse celebrado y la vivienda tendrá que ser ocupada por los cónyuges.* (Sentencia de 11 de mayo de 1964; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL CASO 3.º, APARTADO 2.º DEL ARTÍCULO 63: MATRIMONIO QUE TIENE A SU DISPOSICIÓN VIVIENDA DE LA EMPRESA DONDE TRABAJA EL MARIDO: *La presunción contenida en dicho precepto cede ante la realidad innegable de que el matrimonio para quien se pide tiene satisfecha cumplidamente la pretendida necesidad, con la vivienda que a su disposición tenía y era facilitada, tanto al tiempo del requerimiento como al de incoación del proceso, por la Empresa en la que presta sus servicios el marido.* (Sentencia de 16 de junio de 1964; estimatoria.)

8. INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDE AL INQUILINO QUE SIN CONTESTAR EL REQUERIMIENTO DESALOJA LA VIVIENDA RECLAMADA DENTRO DE LOS SEIS MESES: *No cabe reducirla a la mitad de la que le correspondería conforme al artículo 66 L. A. U., invocándose el apartado 3 del 65, pues éste sólo debe aplicarse cuando el arrendador anticipa el ejercicio de la acción resolutoria y no si resulta innecesario el auxilio judicial, como ocurre en el caso de autos.* (Sentencia de 5 de junio de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NO USO: NO OBSTA A ELLA EL USO DE UNA HUERTA ANEJA A LA VIVIENDA: *Si aparece probado que la arrendataria no habita el inmueble litigioso desde hace casi un año con antelación a la fecha de la interposición de la demanda, es obvia la resolución del contrato, de conformidad con lo prevenido en el número 3.º del artículo 62 L. A. U., sin que obste a ello el hecho de que con la vivienda arrendada se hubiera cedido como elemento accesorio una huerta aneja que sigue utilizando aquélla, ya que es un hecho indeclinable, admitido por las partes, que el contrato que les vincula es de arrendamiento de vivienda.* (Sentencia de 20 de mayo de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FINALIDAD: *La finalidad del recurso de suplicación es simplemente el determinar, con actividad interpretativa, si se han vulnerado en la sentencia de que se trate normas específicamente reguladoras del contrato de arrendamiento urbano.* (Sentencia de 10 de julio de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: «NUMERUS CLAUSUS»: *Las causas de resolución en materia de arrendamientos urbanos son exhaustivas y, por consiguiente, no hay posibilidad de aplicar otras que las acogidas en el artículo 114 de la Ley reguladora de la materia.* (Sentencia de 10 de julio de 1964; desestimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONET SOPENA
Jué z de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: LEGITIMACIÓN PASIVA: *El artículo 25 L. A. U. y para que prospere la acción del arrendador confiere personalidad para ser demandados a solo dos personas, el cedente o inquilino, ya que tienen que ser identificados ambos conceptos y el cesionario, o sea el ocupante ilegal de la vivienda en el momento de producirse la demanda; y, por tanto, cualquier otra persona que como cesionario haya estado anteriormente, no debe ser demandada, careciendo de personalidad a tal fin.* (Sentencia de 31 de enero de 1964; desestimatoria.)

2. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: INNECESARIEDAD DE LA NOTIFICACIÓN FEHA-CIENTE: *Si el arrendador consintió la subrogación a favor de la viuda del inquilino, extendiendo los recibos a nombre de ella, necesariamente hubo conocimiento y al existir éste se hace innecesaria la formal notificación, por llevarla implícita el conocimiento que sirvió para el consentimiento de la subrogación.* (Sentencia de 3 de enero de 1964; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CONOCIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE LA INTENCIÓN DE SUBROGARSE EN EL CONTRATO LA VIUDA DEL INQUILINO: CIRCUNSTANCIAS QUE MATIZAN ESTE CONOCIMIENTO: *El hecho de que la viuda del inquilino, a la salida del funeral, contestara, a preguntas del arrendador, en el sentido de que pensaba continuar en el piso, unido a la relación de amistad y vecindad y al tiempo dejado transcurrir sin oponerse a la subrogación, configuran el acto notificadorio de ésta.* (Sentencia de 28 de febrero de 1964; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: PERSONALIDAD ADMITIDA POR EL DEMANDADO: *Si bien es cierto que aparece alguna confusión en cuanto a la titularidad del actor, no cabe duda que su personalidad fue admitida y aceptada por el demandado en actuaciones cuyas dirigidas a Organismos públicos, cual la Delegación Local de la Vivienda, en las que hacia referencia a obras necesarias, reconociendo de forma inequívoca la titularidad del actor como propietario de la vivienda y, por tanto, como obligado a ejecutar dichas obras.* (Sentencia de 23 de enero de 1964; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: MATRIMONIO DE UN HIJO DE LA PROPIETARIA QUE DESDE QUE LO CONTRAJÓ Y ANTES DE PRESENTAR LA DEMANDA HABITA VIVIENDA SUFICIENTE E INDEPENDIENTE: *Acreditado que desde que el hijo de la actora contrajo matrimonio habita con su esposa una vivienda suficiente para su familia, independiente de la de sus padres políticos, a quienes pertenece, y confortablemente instalada, es obvio que el requerimiento fundado en la ne-*

cesidad que el matrimonio iba a originar a referido hijo, matrimonio que contrajo antes de cumplirse el año del mismo, perdió su validez desde el momento en que entonces ya tenía resuelto en la forma dicha el problema originador de la causa de necesidad invocada. (Sentencia de 15 de enero de 1964; desestimatoria.)

6. NECESIDAD: LA CONSTITUYE EL CAMBIO DE RESIDENCIA CON MOTIVO DE JUBILACIÓN: *La jubilación del actor que lleva consigo la aminoración de sus ingresos, su naturaleza y vecindad anterior en M..., la tenencia en dicha población de familiares y la situación allí de sus bienes de fortuna, constituyen causa de necesidad para denegar la prórroga.* (Sentencia de 23 de enero de 1964; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A ESTA POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: VIVIENDA DE CARACTERÍSTICAS DISTINTAS: *La distinta situación de una y otra vivienda —la disponible y la pretendida— respecto al casco de la población y también la muy acusada diferencia de distancia respecto al lugar de trabajo del beneficiario de la denegación de prórroga —a seis y poco más de un kilómetro, respectivamente— ponen de manifiesto que no existe entre ellas ninguna relación de analogía.* (Sentencia de 30 de abril de 1964; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA A ÉSTA: DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA CON POSTERIORIDAD AL REQUERIMIENTO: *Debe prosperar la demanda si el arrendador, que pide para un hijo en razón de matrimonio, tuvo a su libre disposición una vivienda de características análogas a la pretendida, con posterioridad al requerimiento, que destinó a satisfacer la necesidad de otro hijo, pues la presunción del artículo 63.3 sólo alcanza a disponibilidades por el arrendador de vivienda análoga a la reclamada en los seis meses anteriores a la denegación de prórroga, no en tiempo posterior a dicha negativa.* (Sentencia de 9 de mayo de 1964; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ALEGACIÓN EN LA DEMANDA DE MOTIVOS DISTINTOS DEL INVOCADO EN EL REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *Ha de ponerse en relación la necesidad invocada con el momento en que se hizo la denegación de prórroga y el motivo por que se hacía, y al no existir éste, sino otros nuevos que se alegan en la demanda y no se expusieron entonces, es claro que la resolución contractual pedida es improcedente.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

10. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: LA CUALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO A ESTOS EFECTOS HA DE RECAER SOLAMENTE EN EL TITULAR DEL ARRENDAMIENTO O SU CÓNYUGE: *Del artículo 64 L. A. U. y SS. del T. S. de 18-5-51 y 25-10-54 se deduce con claridad que el privilegio que supone para el orden selectivo de viviendas la condición de funcionario público sólo es dable referirlo en buena lógica al titular del arrendamiento o a su cónyuge, dada la unidad del matrimonio, sus fines y la necesidad de convivencia para su cumplimiento, y nunca extenderlo a cualquiera de las personas que con él convivan.* (Sentencia de 29 de febrero de 1964; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE MATRIMONIO: REQUERIMIENTO: CIRCUNSTANCIA DE INNECESARIA MENCIÓN: *Basta la simple lectura del artículo 65 L. A. U. para que quede de manifiesto la no exigencia de la designación del futuro contrayente.* (Sentencia de 27 de febrero de 1964; desestimatoria.)

12. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CONCEPTO DE FAMILIA A ESTOS EFECTOS: *El propio artículo 4.º L. A. U. recoge el concepto auténtico de familiares refiriéndose al inquilino, cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado que con cualquiera de ellos conviva y este término convivencia en relación con grado de parentesco no remoto es lo que determina y califica el concepto de familiares a estos efectos.* (Sentencia de 18 de marzo de 1964; desestimatoria.)

13. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: HIJA MENOR DE EDAD QUE VIVE CON PARIENTES EN DOMICILIO DISTINTO AL DE SU PADRE: *Una hija menor de edad, por mucho tiempo que conviva con parientes en domicilio distinto al de su padre, no puede considerarse desligada de la patria potestad de éste, ni tampoco por imperativo legal, como domicilio de la menor otro distinto al del padre, a los efectos del cómputo de familiares en el orden selectivo.* (Sentencia de 29 de abril de 1964; estimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO INEXACTO: *No puede prosperar la petición de resolución, si en el requerimiento se hizo constar por el arrendador que no le era lícito seleccionar otra vivienda que la ocupada por la demandada y, no obstante, el piso primero del inmueble cuestionado «construido para servir de casa-habitación», de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria número 10 L. A. U., podía ser reclamado para vivienda por aquél, denegando la prórroga del contrato al amparo de la causa 1.ª del artículo 62, y ocupando dicho piso en el orden selectivo, dado que el arrendatario lo destinaba a local de negocio sin tener en él casa-habitación, el situado entre las viviendas que no sirven de hogar familiar y las ocupadas por familia menos numerosa.* (Sentencia de 31 de marzo de 1964; desestimatoria.)

15. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO INEXACTO EN LA EXPOSICIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONFIGURAN EL ORDEN SELECTIVO: EFECTOS: *Si el arrendador consignó con inexactitud las circunstancias que configuran el orden selectivo infringió lo proveniente en el artículo 64 L. A. U. y, en consecuencia, no debe prosperar la demanda.* (Sentencia de 20 de mayo de 1964; desestimatoria.)

16. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: HA DE HACERSE CONSTAR EN ÉL A EFECTOS DE SELECCIÓN DE VIVIENDAS EL LOCAL QUE CONSTRUIDO PARA CASA-HABITACIÓN SE HAYA ARRENDADO PARA UN FIN DE NEGOCIO CON ANTERIORIDAD A L. A. U. 1956: *Al no hacerse constar en el requerimiento las circunstancias concurrentes en un piso, que tras ser utilizado como vivienda por los titulares dominicales anteriores, lo ha venido siendo como local de negocio mediante arriendo convenido con anterioridad a la vigente L. A. U., estuvo mal*

hecho y es ineficaz, sin que la palabra «podrá» que emplea el texto de la Disposición Transitoria número 10 tenga otro sentido que el de que, a pesar del destino presente de local de negocio, por su anterior carácter de vivienda, pueda ser el piso objeto de denegación de prórroga y ser elegido para ello; no, que se deje al criterio del propietario, sino que debe entrar en juego con las demás viviendas del edificio a los efectos de selección. (Sentencia de 25 de mayo de 1964; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: LA CARENCIA DE AGUA POTABLE EN EL INTERIOR DE LA VIVIENDA DISPONIBLE ASÍ COMO LA DEL ALCANTARILLADO EN LA BARRIADA EN QUE RADICA NO AFECTAN A LAS CARACTERÍSTICAS DE AQUELLA: *Es errónea la declaración que en la sentencia suplicada se hace de no ser de características análogas la vivienda que el inquilino ocupa y la que es de su propiedad, por faltarle a ésta agua potable en su interior y carecer aún de alcantarillado la barriada en que está situada, porque esta falta que puede ser suplida, mientras el Ayuntamiento no dote a la barriada de esos servicios, suministrándose agua de una fuente que hay en sus proximidades y construyendo un pozo séptico como hacen los demás vecinos, afecta a la mayor o menor comodidad del ocupante de la vivienda, pero no a ésta en sí que, por el contrario, es más apta para satisfacer sus necesidades y más cómoda que la que el inquilino habita.* (Sentencia de 20 de enero de 1964; estimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR NO USO: ESTÁ FACULTADO PARA PEDIRLA EL ARRENDADOR QUE SUCEDE AL ANTERIOR: *Conforme a lo prevenido en el artículo 57 L. A. U., cuando al arrendador le sucede un tercero, le sustituye en todos los derechos y obligaciones que no sean personalísimos, y como uno de esos derechos es la facultad de negar la prórroga y resolver el contrato cuando la Ley lo autoriza y el artículo 62 niega el derecho a la prórroga al arrendatario que no ocupa la vivienda durante más de seis meses al año, sin mencionar al arrendador, no se puede distinguir, por aplicación del principio «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus», entre arrendador anterior y presente, ni es dable ampliar las restricciones impuestas por la ley a la resolución de los arrendamientos a otros casos, por ser disposiciones de carácter restrictivo.* (Sentencia de 8 de mayo de 1964; desestimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR REEDIFICACIÓN DEL INMUEBLE: PÉRDIDA DEL DERECHO DE RETORNO: *La vivienda de la que es propietaria y viene ocupando la demandada, desde que la desalojó el inquilino que entonces —en 23-11-60— la ocupaba, previa transacción, no puede decirse que la tuvo a su libre disposición, a los efectos prevenidos en el artículo 81.3, sino que ante la situación creada por la decisión del actor de reedificar la casa tuvo naturalmente que solucionar de algún modo el problema de instalarse mientras tanto volvía a una de las viviendas de la casa reedificada.* (Sentencia de 6 de febrero de 1964; estimatoria.)

20. RESOLUCIÓN POR DERRIBO DE LA FINCA PARA SU REEDIFICACIÓN: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: *Entre dichos requisitos no figura el de*

que se haga constar el derecho que el inquilino tiene a suscribir en su día el documento de retorno, con las precisiones que la Ley exige. (Sentencia de 20 de febrero de 1964; desestimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CONSENTIMIENTO DE LA PROPIETARIA: *Admitiéndose expresamente como probado que la actora, junto con el demandado y un albañil, montaron en parte de la vivienda una pequeña industria de venta de verduras, sin que por ello perdiera el local su carácter fundamental de vivienda, es evidente el consentimiento y asentimiento de la arrendadora al indicado destino.* (Sentencia de 20 de abril de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU CARÁCTER: *Este recurso no es una tercera instancia ni una revisión de todo el proceso, vinculando al Tribunal los hechos probados, sin que las conclusiones que la parte haga de la prueba tengan validez, pues olvida su condición de tal que no puede imponer su criterio frente al fallo adverso, ya que la apreciación de la prueba la ley la atribuye al juzgador, teniendo el recurso como único contenido la corrección de las infracciones y la adecuada aplicación de la Ley.* (Sentencia de 8 de mayo de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y REQUISITOS FORMALES: *Pese a ser el recurso de suplicación por su naturaleza una casación restringida, ya que ante la ausencia de una completa regulación de su técnica en la L. A. U., han de aplicársele por analogía las formalidades de aquélla en lo que hace al concepto por el que se hayan producido las alegadas infracciones de Ley o de doctrina legal, es bastante para analizar la procedencia o no del recurso que en sus motivos se haga el oportuno señalamiento de los preceptos legales y sentencias del T. S. donde se contenga la doctrina que se repite infringida, siempre que, además, pueda deducirse de la argumentación correspondiente el concepto por el que se estime producida la infracción.* (Sentencia de 29 de mayo de 1964; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD DE CONCRETAR LOS MOTIVOS EN QUE SE APOYA: *Por escaso y poco riguroso que sea el formalismo exigible en la redacción y fundamentación del recurso de suplicación, es elemental la exigencia de concretar las causas en que se apoya, de entre las señaladas en el artículo 132 L. A. U.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: NO ES NECESARIA: CASUÍSTICA: *No es exigible tal requisito cuando la acción ejercitada tiene como finalidad la fijación del importe de la renta y no el desalojo de la vivienda.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ

I. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN, EN LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA PROMOCIÓN DE LA DEMANDA, UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS A LA ÁRRENDADA, SITA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DONDE TRABAJA, LÍMITROFE AL EN QUE SE ENCUENTRA UBICADA LA LOCADA: CASUÍSTICA: *Acreditado en autos que el demandado tuvo a su disposición en los seis meses anteriores a la promoción de la demanda, una vivienda sita en el término municipal donde desempeña sus ocupaciones habituales, límiterofe al en que se encuentra ubicada la litigiosa, de capacidad idéntica y de condiciones higiénicas superiores a la que ocupa, está ajustada a derecho la denegación de la prórroga locativa, sin que se oponga a ello el que ambas viviendas estén situadas en términos municipales que administrativamente son distintos, cuando de hecho, por su situación geográfica y comunicaciones, forman una sola agrupación urbana.* (Sentencia de 20 de junio de 1964; estimatoria.)

NOTA: La sentencia de la misma Sala de 14 de julio de 1961 (ANUARIO 1962, fascículo 2.º, sentencia número 15, páginas 581 y 582), indica la razón de ser de la excepción a la prórroga forzosa enmarcada en el número 5.º del artículo 62 de la L. A. U.; la de 9 de marzo de 1962 (ANUARIO 1963, fascículo 1.º, sentencia número 6, página 269), entiende que el requisito de «analogía» que ha de existir entre la vivienda disponible y la locada no puede confundirse con el concepto de «identidad», ya que la primera significa tanto como «relación de semejanza entre cosas distintas»; y la de 26 de abril de 1963 (ANUARIO 1963 fascículo 3.º, sentencia número 4, página 962), aborda el tema de términos municipales diferentes y límiterofes a los efectos del artículo 63, número 1.º de la L. A. U.

2. RESOLUCIÓN POR OBRAS: NO CONSTITUYEN CAUSA RESOLUTORIA LAS EFECTUADAS CON ANTERIORIDAD A CESIÓN CONSENTIDA POR EL ARRENDADOR: *Al demandado, subrogado en el contrato locativo con pleno consentimiento del arrendador, no le afectan las infracciones cometidas por el anterior inquilino.* (Sentencia de 22 de junio de 1964; estimatoria.)

NOTA: En la presente resolución se sigue la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de abril de 1964, y la de esta Sala de 24 de junio de 1961, ANUARIO 1962, fascículo 2.º, sentencia número 8, página 579.

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: CESIÓN ENTRE PARIENTES: DIFERENCIA DE LA EMPLEADA ENTRE EXTRAÑOS: *Al intentar limitar el recurrente la defensa del cesionario a la alegación y prueba del consentimiento del arrendador respecto a la cesión realizada, otrida que la cesión a*

los parientes que autoriza el artículo 24 de la L. A. U. no reconoce su causa vitalizadora en el consentimiento del arrendador, ya que incluso sin él y contra él puede el inquilino subrogar a un tercero siempre que éste reúna las condiciones y se cumplan los requisitos que dicho precepto establece. (Sentencia de 8 de julio de 1964; desestimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR PROPIO E INDEPENDIENTE; CASUÍSTICA: *Constituye necesidad el hecho de que la actora y su familia convivan, sin título jurídico alguno, en compañía de dos hermanos de la primera, al no existir disposición legal que impida en estos casos romper la convivencia, por ser conforme al orden natural que rige las relaciones humanas que el casado disponga de vivienda independiente donde establecer su propio hogar.* (Sentencia de 22 de julio de 1964; desestimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: FINALIDAD; CASUÍSTICA: *Con objeto de que el inquilino tenga oportunidad de conocer la razón legal que asiste al dueño para la imprórroga del contrato, el artículo 65 de la L. A. U. y el rigor de la jurisprudencia exigen que en el requerimiento previo se haga constar la causa concreta y exacta de la necesidad, lo que se cumple en el caso de autos, al aludirse en el acto de conciliación a la necesidad de residir por ejercer profesión colegiada de Veterinario el marido de la actora, y en la demanda al ampliarse en el sentido de que también presta servicios en la Jefatura Provincial de Ganadería, ya que la base legal de la acción —que se halla en la necesidad citada por tener que residir en el partido de S. en razón de una profesión o cargo, o de ambas cosas a la vez—, no ha sido alterada ni sustituida por otra.* (Sentencia de 28 de julio de 1964; desestimatoria.)

NOTA: Véanse sentencias de la misma Sala de 9 de octubre de 1961 y 28 de enero de 1964 (ANUARIO 1962 y 1964, fascículos 2.º y 1.º, sentencias números 19 y 7, páginas 583 y 256, respectivamente).

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DEL PLAZO DE SEIS MESES: *El plazo de seis meses a que hace mención el número 3.º del artículo 62 de la L. A. U. no es preciso que discorra sin solución de continuidad; otra interpretación permitiría burlar fácilmente el precepto legal.*

JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: *Acreditado fehacientemente que la vivienda es «habitable», si la misma no reúne todas las condiciones deseables que debe procurar el arrendador, al tener el inquilino medios legales a su alcance para su efectuaración, no puede hablarse de situación grave e imperiosa que impida habitar la vivienda y hacer de ella el centro de la vida doméstica.* (Sentencia de 31 de julio de 1964; desestimatoria.)

7. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA POR RAZÓN DE CARGO, PROFESIÓN U OFICIO: APTIGACIÓN DE LA L. A. U.: *El contrato mediante el cual la entidad arrendadora cedió el uso y disfrute de la vivienda previo el pago de un canon o renta fijado en metálico, encaja perfectamente en el tipo que define el artículo 1.º de la L. A. U., aunque la causa para la propiedad no solo fuera la contraprestación económica del inquilino, sino el propósito —que revela el clausulado— de facilitar habitación a uno de sus empleados, ya que el tercer apar-*

tado del artículo 2.º, se refiere a los casos de asignación de local o vivienda para la prestación de servicios o en contraprestación de los mismos, sin que en los mismos aparezca el requisito del precio, canon o renta, característica de la relación arrendaticia urbana. (Sentencia de 5 de agosto de 1964; desestimatoria.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: SENTIDO DEL TÉRMINO OCUPAR: *El término ocupar que emplea el legislador en el número 3.º del artículo 62 de la L. A. U., cuando a viviendas se refiere, es sinónimo de «habitar».*

CASUÍSTICA: *La presencia en la cuadra de la vivienda de varios semovientes, y la guarda de productos agrícolas en otras dependencias, no puede reputarse como ocupación legal de una vivienda, si tales hechos no van acompañados de la presencia física y corporal del inquilino, familiares convivientes o personas que lícita y contractualmente traigan causa de aquel.*

JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CONCEPTO: *La apreciación de lo que debe entenderse por justa causa, al no estar definida por la Ley, queda a la interpretación de los juzgadores, que deben considerar como tales aquellas que justifiquen de manera patente e inequívoca el incumplimiento de la norma, lo que debe efectuarse con criterio restrictivo, desde el momento en que constituye una excepción al principio general.*

CASUÍSTICA: *Desocupada la casa desde hace años, sin que el inquilino acudiera a la Autoridad competente para que ésta ordenara la ejecución de las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda en estado de servir para su destino, y sin que tampoco realizara por sí las reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave (artículo 110, número 2.º de la L. A. U.), es manifiesta la improcedencia de la excepción de justa causa invocada. (Sentencia de 12 de agosto de 1964; desestimatoria.)*

NOTA: En la presente resolución se sigue idéntico criterio que en la Sentencia de la misma Sala de 31 de julio del año actual, reseñada anteriormente bajo el número 6.

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RESIDENCIA: *Si bien, conforme a nuestros principios constitucionales, todo ciudadano tiene derecho a fijar la residencia en cualquier punto de España, para que frente a él claudique el derecho del inquilino a la continuidad arrendaticia es preciso acreditar, despejando de esta forma la duda sobre la seriedad y legitimidad de la pretensión o sobre la circunstancialidad de su motivación, que a la localidad elegida le une una vinculación familiar, como es el caso de los retirados de toda labor por la edad que retornan al lugar de su arraigo, o en cualquier otro caso, una relación de intereses, de trabajo o de empleo que constituya el ordinario medio de vida, y por el que se ve impelido a residir con permanencia.*

NECESIDAD: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Del simple hecho de que un hijo del arrendador haya regresado a España, después de varios años de permanencia en el extranjero, no puede deducirse que necesite en L. una vivienda*

donde dar habitación a su familia. (Sentencia de 17 de agosto de 1964; desestimatoria.)

NOTA: Confróntese la Sentencia de la Sala de 12 de julio de 1963, ANUARIO 1963, fascículo 3.º, sentencia número 12, página 964.

10. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILEGAL INCONSENTIDA: CADUCIDAD: SERIE DE CESIONES EN CADENA: CASUÍSTICA: *Del hecho acreditado de que «el titular arrendaticio de la vivienda litigiosa reside de una manera formal y permanente desde hace más de cinco años en la villa de C., dejando referida vivienda, al marcharse de esta Ciudad, a sus cuatro hijos E. P. J. y A., quienes sucesivamente la fueron a su vez abandonando a medida que iban contrayendo matrimonio con excepción del último que la ocupa en la actualidad», se deduce indubitadamente la caducidad de la acción resolutoria impetrada al amparo del número 5.º del artículo 114 de la L. A. U., respecto a la cesión efectuada por el primitivo inquilino a favor de sus cuatro hijos, por haber trascurrido con exceso el plazo de dos años marcado en el artículo 25 del citado cuerpo legal, así como la realidad de una serie posterior de cesiones en cadena, vitalizadora de la resolución pretendida, en cuanto que el abandono del objeto arrendado por los coarrendadores y la transferencia del uso a los demás, hasta llegar a quedar por fin el uso exclusivo a favor de uno supone cesión ilegal.* (Sentencia de 28 de agosto de 1964; estimatoria.)

NOTA: La presente resolución, no obstante estimar el recurso extraordinario, desestima la demanda «procesalmente» por entender el Tribunal, en funciones de instancia, la existencia de un «dītis consorcio» pasivo necesario formado entre el primitivo cedente e hijos, y al haberse omitido el llamamiento al juicio de algunos de ellos, implicando una evidente falta de la regular formación de la relación jurídico procesal, impidió a la Sala conocer de los problemas traídos al pleito. (Véase sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1960.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: VICIOS «IN IUDICANDO»: *No puede articularse como motivo impugnatorio la infracción del artículo 1.241 del Código civil, ya que en su caso, dicha trasgresión no podría dar lugar más que a la existencia de un vicio de procedimiento no susceptible de alegarse en este especial y extraordinario recurso.* (Sentencia de 2 de junio de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *Es facultad de la Sala la interpretación de cualquier clase de documento suscrito por los litigantes.* (Sentencia de 11 de julio de 1964; estimatoria.)

3. ABUSO DE DERECHO: CUESTIÓN NUEVA: *No abordado en las sentencias de instancia la inaplicación del abuso del derecho, no es lícito argüir dicho motivo en suplicación por constituir cuestión nueva.* (Sentencia de 31 de julio de 1964; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *Si bien el Tribunal debe respetar y mantener intangibles los hechos o acaecimientos del mundo*

que lo determinan según la apreciación de la sentencia recurrida, puede censurar en el recurso la valoración que de los mismos hechos ha realizado el juzgador inferior con arreglo a las normas jurídicas o a máximas de experiencia. (Sentencia de 17 de agosto de 1964; desestimatoria.)

5. DEFECTUOSA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL: «LITIS CONSORCIO» PASIVO NECESARIO: APRECIACIÓN DE OFICIO: *La falta de llamamiento al proceso de algún interesado en el uso de la vivienda litigiosa, implica una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, cuya perfección reclama la existencia de una «litis consorcio» pasivo necesario integrado por el primitivo cedente y sus cuatro hijos, pudiendo el Tribunal apreciar dicho defecto de oficio. (Sentencia de 28 de agosto de 1964; estimatoria.)*

NOTA: Véase la correspondiente a sentencia anterior número 10 del apartado I. DERECHO CIVIL, de este fascículo.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: La excepción de incumplimiento contractual.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo.

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

NAVARRO AZPEITIA, Fausto: La Plusvalía potencial en la transformación de la tierra.

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: Dictamen sobre impugnación y resolución de contratos.

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA