

# 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 XIV  
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE  
MCMLXI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

---

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdguez. San Pedro, 32. Madrid.

## Eficacia e ineficacia del negocio jurídico

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

SUMARIO: *Parte Primera.*—LA EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO. I. INTRODUCCIÓN.—1. El dogma voluntarista y el dogma preceptivista en relación con la eficacia del negocio.—2. Negocio y realidad jurídica.—II. LA EFICACIA INTER PARTES DEL NEGOCIO.—1. Eficacia constitutiva.—2. Eficacia modificativa.—3. Eficacia preceptiva.—4. Eficacia declarativa.—5. Eficacia extintiva.—6. Eficacia definitiva y eficacia preliminar del negocio.—III. LA EFICACIA DEL NEGOCIO RESPECTO DE TERCEROS.—1. El dogma de la eficacia relativa del negocio; fundamento y crítica.—2. Eficacia directa del negocio para terceros.—3. Eficacia indirecta del negocio para terceros: a) La eficacia refleja del negocio; b) La eficacia provocada del negocio: aa) Oponibilidad del negocio a terceros; bb) Utilizabilidad del negocio por los terceros.—*Parte Segunda.*—LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.—I. DEFINICIÓN DE LA INEFICACIA.—1. La idea general de ineficacia.—2. La ineficacia como sanción del negocio irregular.—3. La relación entre irregularidad e ineficacia; los tipos de irregularidad.—II. LOS TIPOS DE INEFICACIA.—1. La distinción entre invalidez e ineficacia.—2. La distinción entre inexistencia e ineficacia.—3. Tipificación; las clases de ineficacia: a) Automática y provocada; b) Originaria y sobrevenida; c) Absoluta y relativa; d) Total y parcial; e) Estructural y funcional; f) Sanable e insanable.—III. EL CONTENIDO GENERAL DE LA SITUACIÓN DE INEFICACIA.—1. Las consecuencias del negocio ineficaz: la regla *nullum effectum*.—2. La reacción del orden jurídico frente al negocio ineficaz: a) Inexigibilidad; b) Irrelevancia; c) Desaparición; d) Consolidación; e) Propagación,

### PARTE PRIMERA

## LA EFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO

### I. INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico (1) es, según sabemos, «una reglamentación autónoma de una situación jurídica» (2). Cuando nos pregun-

(1) Sobre el tema del negocio jurídico se siguen, en general, las obras de BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, sec. ristampa, Torino, 1955; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad., prólogo y notas de M. ALBADALEJO, Madrid, 1957; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; STOLFI, *Teoria del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1959; ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958. Se han tenido en cuenta también, muy principalmente, las explicaciones magistrales del profesor CASTRO.—Además, pueden verse: SCIALOJA (Vittorio), *Negocios*

tamos por la «eficacia del negocio jurídico» significamos el despliegue de mutaciones en el mundo de la realidad jurídica que la entrada en vigor de esta autónoma reglamentación trae ineludiblemente consigo.

1. ¿Qué ocurre en el mundo jurídico cuando un negocio ha sido celebrado? Ocurre, se suele contestar, una realización, esto es, una conversión en realidad, del propósito de las partes (3). El efecto negocial se produce en cuanto que ha sido querido y porque ha sido querido. La eficacia del negocio sería así una inserción de lo querido en el plano de la realidad. Esta explicación no me parece suficiente (4). A través de ella no se comprende cómo el negocio produce también unos efectos que no han sido queridos, ni propuestos: los contratos, dice el artículo 1.258, «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Dentro del cuadro general de los efectos del negocio (eficacia negocial típica) podemos distinguir un grupo de efectos que se producen como realización práctica de un propósito lícito y tutelado por el ordenamiento jurídico y otro grupo de efectos que se producen por imperio de la ley (eficacia negocial *ex lege* o eficacia legal), donde a su vez pueden subdistinguirse los efectos antepuestos a la disposición privada (eficacia legal imperativa) y los efectos postpuestos al ordenamiento privado y que sólo funcionan en defecto de él (eficacia legal dispositiva o supletoria) (5).

Pues bien, si la eficacia del negocio no es la realización de

---

*jurídicos*, trad. esp. de PELSMAEKER, Sevilla, 1942; CALASSO, *Il negozio giuridico (Lezioni di Storia del Diritto italiano)*, Milano, 1959; ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954.—Para la doctrina alemana, se ha usado, sobre todo, los comentarios de RIEZLER, en STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1908; y de HEFERMEL, en SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart, 1959; el libro de LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1960; el de VON THIR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1957; además, ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15.ª edic. Tübingen, 1960.

(2) Se toma partido decididamente en favor de la llamada teoría preceptivista u objetiva y se define y se concibe el negocio como expresión de la autonomía privada. Sobre esto, además de BETTI, cit., págs. 37 y sigs., ROMANO (Salvatore), *Autonomia privata*, Milano, 1957; SANTI ROMANO, *Autonomia*, en «Frammenti di un Dizionario Giuridico», Milano, 1953, págs. 25 y sigs. En la doctrina alemana puede verse, sobre el tema, HUBER, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936; MANNIG, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1938, y FLECKE, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, 1960.

(3) La consagración del propósito perseguido, dice CARLOTTA FERRARA, *Op. cit.*, pág. 568.

(4) Vid. la crítica del dogma de la voluntad en BETTI, *Op. cit.*, págs. 51 y sigs.; también en *Declarare voluntatem nella dogmatica bizantina*, «Studi in memoria di E. Albertario», Milano, 1950, II, págs. 421 y sigs.

(5) Sobre este tema, CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. 1, Madrid, 1949.

una voluntad, ¿qué es lo que acontece cuando el negocio ha sido celebrado? En rigor, lo que hay es la instauración de la reglamentación contenida en el negocio y, por ello, la necesidad de que las partes ajusten su conducta a esta reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un deber de respeto del negocio, un deber de observancia del negocio: las partes tienen que cumplir todo aquello que el negocio les impone y pueden hacer todo aquello que el negocio les autoriza (deberes y poderes negociales) (6).

2. Al mismo tiempo el negocio, la aparición del negocio, altera la realidad jurídica anterior. Para la más antigua doctrina el negocio jurídico se mueve siempre en el terreno del «derecho subjetivo»: crea, modifica o extingue un derecho subjetivo (7). El derecho subjetivo es, sin embargo, un círculo demasiado angosto como ámbito de eficacia del negocio. En virtud del negocio se crean o se modifican también deberes jurídicos, facultades, titularidades, poderes, etc., que no son técnicamente derechos subjetivos. El negocio, suele decirse hoy, se mueve siempre en el ámbito de la «relación jurídica»: crea, modifica o extingue relaciones jurídicas (8). Aun sin negar que esta fórmula es para la mayor parte de los casos satisfactoria, yo creo que el ámbito del negocio jurídico es mayor aún: afecta incluso a «situaciones jurídicas» que no llegan a revestir el carácter de relaciones jurídicas (9).

Esta «eficacia del negocio» se produce o puede producirse en dos vertientes distintas, según que afecte o que incida en la situación jurídica de las personas que han dado vida al negocio o que son destinatarias del mismo o en la situación de otras personas que han sido ajenas a su celebración. En el primer caso, hablamos de una «eficacia inter partes del negocio»; en el segundo caso, de «eficacia del negocio respecto de terceros».

(6) Cfr. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1958.

(7) V. ENNECERUS, *Op. cit.*

(8) BETTI, *Op. cit.*, págs. 51 y sigs.; CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 568 y sigs.

(9) La relación jurídica supone siempre una situación en la que se encuentran dos o más personas. Es nota esencial, a nuestro juicio, a la idea de relación jurídica, la bilateralidad o la plurilateralidad, es decir, la existencia de dos o más sujetos en relación. Los sujetos, además, deben ser concretos y determinados: no cabe hablar, por ejemplo, de una relación jurídica de una persona con el resto de la comunidad. De aquí se sigue que una situación jurídica unisubjetiva o unipersonal no es, según esta idea, una auténtica «relación jurídica». Podrá, si se quiere, emblearse otro concepto, v. gr.: «estado», «situación», etc., pero no el de relación jurídica. Pues bien, no cabe duda de que mediante un negocio jurídico pueden quedar afectadas estas situaciones unipersonales o unisubjetivas (p. ej., el estado civil de la persona; el dominio como situación individual por los negocios de ocupación o de abandono de la cosa; etc.).

## II. EFICACIA INTER PARTES DEL NEGOCIO

Entre las partes todo negocio jurídico supone siempre la creación, la modificación, la determinación del contenido, la declaración o la extinción de una situación jurídica.

El repertorio de modos de eficacia de un negocio jurídico entre las partes es, pues, el siguiente.

1. *Eficacia constitutiva del negocio.*—Entre las partes, como consecuencia del negocio, surge una relación jurídica que antes no existía. El negocio crea la relación jurídica, la dota de sentido y la atribuye una peculiar naturaleza. Por ejemplo: la relación conyugal como consecuencia del acto de celebración de un matrimonio; la relación de seguro como consecuencia del contrato de este nombre, etc.

2. *Eficacia modificativa del negocio.*—El negocio, incidiendo sobre una relación jurídica preexistente, altera el esquema de la estructura o del contenido de esta relación. El negocio produce entonces una «vicisitud» en la relación, una variación, un cambio. Por ejemplo: se aplaza una deuda, se estipula un pago en una especie distinta de la pactada, etc.

3. *Eficacia preceptiva del negocio.*—El negocio establece o determina el conjunto de deberes, cargas, poderes, derechos subjetivos, facultades, titularidades, etc., que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica que entre ellas existe o puede existir en el futuro. El negocio representa entonces la regla ordenadora del régimen jurídico de esta relación. Por ejemplo: se pacta el deber jurídico de Ticio de proporcionar a Cayo el disfrute del fundo Corneliano; el deber jurídico de Cayo de pagar en tiempo determinado una suma de dinero; el poder de Cayo de hacer obras en el fundo, etc.

4. *Eficacia declarativa del negocio.*—El negocio constata o aclara la existencia o el significado de la relación jurídica existente entre las partes o bien constata o aclara el significado de las declaraciones contenidas en un negocio anterior. En el primer caso —cuando lo que se constata o aclara es la existencia o la significación de la relación jurídica— se habla de «negocio de fijación» (*Feststellungsgeschäft*, «negozio d'accertamento») (16). En el segundo caso, cuando lo que se aclara es el significado de las

(16) VIE. FURNO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp. de SANCHO MENDIZÁBAL, Madrid, 1957; STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, «Riv. dir. proc. civ.», 1933, I, págs. 132 y sigs.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, en la misma Revista, 1940, I, págs. 3 y sigs.; SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1956, págs. 1 y sigs.; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, «Studi in onore di Eula», III, Milano, 1957, págs. 405 y sigs. GIORGIANNI, *Accertamento (Negozio di)*, en la «Enciclopedia del Diritto», vol. I, pág. 227.—En la doctrina alemana, TACKERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934.

declaraciones contenidas en un negocio anterior, hablamos de negocio interpretativo o de «eficacia interpretativa del negocio» (11).

5. *Eficacia extintiva del negocio.*—Se presenta este tipo de eficacia cuando, como consecuencia del negocio, desaparece y deja de existir la relación jurídica que entre las partes se hallaba establecida. Por ejemplo, mutuo disenso.

6. *Eficacia preliminar o previa.*—Junto a este repertorio de tipos de eficacia, que pueden llamarse eficacia definitiva del negocio, cabe pensar también en una eficacia preliminar o previa (FRITTING hablaba de una *Vorwirkung*, esto es de una «preeficacia», y RUBINO, de una «eficacia prodrómica») (12), para designar los efectos que en un supuesto negocial complejo (v. gr. negocio de formación progresiva (13), negocio sometido a condición (14), etcétera) se producen cuando han aparecido algunos, aunque no todos, los elementos de la *species facti*.

### III. EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO DE TERCEROS

Hay una «eficacia respecto de terceros» (15), cuando el negocio incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del negocio y que no son tampoco destinatarios del mismo (16).

(11) CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 607 y sigs.; BETTI, pág. 251; STOLFI, pág. 223; ALBADALEJO, pág. 331; también MOSCO, *Principi sulla Interpretazione dei negozi giuridici* y nuestras observaciones en *La pluralidad de testamentos*, «Rev. Der. Not.», 27, 1960.

(12) Vid. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

(13) Sobre el tema MESSINEO, en *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952; CARNELUTTI, *Formazione progresiva del contratto*, en «Riv. Dir. Comm.», 1916, II, págs. 308 y sigs.

(14) Vid. MAGNO (Donato), *Studi sul negozio condizionato*, Roma, 1930. SCIALOJA, *Op. cit.*, pág. 122; ZAPPULLI, *Condizione nei negozi giuridici*, «Nuovo Dig. it.», III, Torino, 1938, pág. 724.

(15) Vid. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Napoli, 1916; WEIL, *La relativité des conventions en droit privé français*, París, 1930.

(16) Sería necesario llevar a cabo una tipificación de las diversas personas que de alguna manera se relacionan con un negocio jurídico. La doctrina usual se limita a establecer una sencilla distinción entre partes y terceros (agrupando en esta idea a todo al que no es parte) que no se corresponde bien con la realidad. El círculo de sujetos que pueden de alguna manera relacionarse con un negocio jurídico, cabría escalonarlo así: a), los autores del negocio y, entre ellos: el emitente de la declaración o autor en sentido estricto; el titular de los intereses reglamentados por el negocio, aunque no haya emitido la declaración (p. ej., representado), que es la «parte» en sentido estricto; los demás de quienes los autores se hayan servido; b), los destinatarios del negocio, entre los cuales pueden mencionarse, en primer lugar, las personas a quienes la declaración es dirigida o por quienes debe ser recibida (p. ej., en un negocio unilateral recepticio) y, en segundo lugar, las personas que sin haber tenido parte en la realización del negocio son beneficiarias de las disposiciones contenidas en el mismo; c), los cointerésados o «privies» de que habla el Derecho anglosajón (cfr. RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912, págs. 77 y sigs.); d), los totalmente extraños o ajenos al negocio.

1. Para los terceros, se suele decir, el negocio es *res inter alios acta* (17), un asunto hecho entre otros. Por esto, el negocio no puede desplegar eficacia en la esfera jurídica de los terceros, ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest, nec nocet*). Este principio de la falta de eficacia del negocio respecto de terceros o de la limitación de la eficacia del negocio a la órbita de las partes que lo han realizado (*the privacy of contract*, de que habla el Derecho inglés) (18), posee un claro fundamento. El negocio es un acto de ejercicio del poder de autonomía privada, y la autonomía consiste en dictar la ley —el precepto— por el que ha de regirse la propia esfera jurídica. Un negocio jurídico con eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino una invasión de la esfera jurídica ajena. El principio de la limitación de la eficacia del negocio a la órbita de las partes que lo han realizado y la consiguiente falta de eficacia del negocio frente a terceros, se encuentra en nuestro Derecho sancionado por el artículo 1.257 del Código civil, conforme al cual «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos». Aunque, en rigor, el campo de aplicación de esta norma viene limitado al régimen jurídico de los contratos —único tipo de negocio que en nuestra ley civil ha sido regulado detalladamente—, no parece haber inconveniente en admitir una generalización de esta regla de limitación de la eficacia a todo tipo de negocio jurídico: «sólo producen efecto entre», dice el Código civil.

Mas lo cierto es que el negocio, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del negocio en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los negocios ya realizados. Los negocios, que se van realizando, contemplan, se basan en situaciones jurídicas creadas por otros negocios que se realizaron antes. Si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda que este negocio nuestro depende de la firmeza de un negocio anterior, en el que yo no he sido parte, en virtud del cual mi deudor ha adquirido la propiedad de esta cosa. De la misma manera, el hecho de que un hombre y una mujer hayan contraído un matrimonio es algo que no les importa sólo a ellos; otras personas tienen necesariamente que contar con este hecho para determinar, por ejemplo, el grado de capacidad de la mujer, la condición de los hijos o la cualidad de los bienes. IHERING, en un artículo publicado en los *Jahrbücher für die Dogmatik*, en 1871, hablaba, por eso, de *Reflexwirkungen* o de *Rückwirkungen rechtli-*

(17) Vid. MIRCEA POPESCO, *La règle res inter alios acta*, París, 1934.

(18) Vid. ANSON, *Principles of the english Law of Contract*, 9.<sup>a</sup> edic., por BRIERLY, Oxford, 1945; POLLOCK, *Principles of contract: a treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the Law of England*, 9.<sup>a</sup> edic., London, 1921.

*cher Tatsachen auf Dritte Personen* (19), GIOVENE demostró que existe todo un círculo de eficacia del negocio jurídico frente a los terceros (20), y SAVATIER, en un artículo publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, en 1934, criticó muy agudamente el pretendido principio de la eficacia relativa de los contratos (21). Convengamos, desde ahora, en que el negocio jurídico, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros. Existe en nuestro Código civil una pluralidad de preceptos que van quitando a la regla del artículo 1.257 —«los contratos sólo producen efecto entre las partes»— mucha de la fuerza que, a primera vista, parece tener. Examinando con atención la urdimbre finísima del ordenamiento jurídico, acaso podamos llegar a la conclusión —que hace un rato nos hubiera parecido chocante— de que todo negocio puede desplegar alguna eficacia respecto de los terceros, siempre que se haya celebrado con los requisitos de publicidad y de seguridad que el ordenamiento jurídico considera necesarios (22). El artículo 1.230 del Código civil, al establecer que «los documentos privados, hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero», nos está diciendo, si lo interpretamos en sentido contrario, dos cosas que parecen enormemente importantes: una, que nada impide que estos documentos privados surtan efecto «a favor de tercero»; otra, que pueden producir efecto contra tercero los documentos públicos otorgados para

(19) «De la misma manera —dice IBERING, en el lugar cit., págs. 245 y sigs.— que en el mundo físico o moral, un absoluto aislamiento de un asunto jurídico o de un supuesto de hecho jurídico no es en sí mismo posible. Todo asunto, todo suceso, así como por una parte aparece condicionado y determinado por elementos exteriores, actúa él mismo hacia afuera. Todo se relaciona en el mundo jurídico. No hay apenas ningún supuesto o fenómeno de derecho privado, sea de derecho de familia, sea de derecho patrimonial, al cual no puede ligarse, junto a los efectos directos para sus destinatarios, otros efectos para terceras personas. El nacimiento y la muerte de un hijo no afecta sólo a los titulares de la relación —el hijo y el padre—, sino a todos los demás parientes. La celebración de un matrimonio no origina sólo una relación jurídica entre los cónyuges, sino que afecta también, según el Derecho romano, a los acreedores, a través del privilegio prendario que va unido a la pretensión dotal. La arrogación no limitaba —añade— sus efectos a su fin peculiar —llevar al arrogado a la potestad del arrogante—, sino que afectaba en el viejo Derecho romano a los derechos de los acreedores y a los derechos hereditarios de los parientes de las partes. Finalmente el círculo de personas afectadas por un supuesto sucesorio es amplísimo (herederos, legatarios, albaceas, sustitutos, acreedores, etc.)». De todo ello deduce IBERING la imposibilidad del aislamiento de los efectos de un fenómeno jurídico en la órbita de las personas que son sus inmediatos titulares o partes (Die Isolierung —dice— der Wirkungen der rechtlichen Thatsachen auf die Person des unmittelbar Beteiligten ist eine Unmöglichkeit).

(20) GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., Napoli, 1916.

(21) *Le prétendue principe de l'effet relatif des contrats*, en loc. cit., págs. 525 y sigs., si bien se refiere únicamente a los contratos y no a los negocios jurídicos en general.

(22) Cfr. SAVATIER, pág. 527; BETTI, pág. 264.

alterar el contenido de otro documento público, conclusión que refuerza el artículo 1.219, cuando dice que las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados «sólo producirán efecto frente a tercero, cuando el contenido de aquélla hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero». El problema del negocio jurídico, en relación con los terceros, es, ante todo, un problema de publicidad y de seguridad. Esto lo demuestran: el artículo 1.280, cuando exige la escritura pública para los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban «perjudicar a tercero», para las capitulaciones matrimoniales y la constitución o aumento de la dote, «siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas» y para el poder que tenga por objeto un acto que «haya de perjudicar a tercero»; el artículo 1.865, al decir que la prenda surte efecto frente a tercero cuando consta por instrumento público la certeza de la fecha; y el artículo 1.526, cuando dispone que la cesión de un crédito, derecho o acción surte efecto frente a tercero desde que su fecha se tenga por cierta.

2. Hay, pues, un evidente círculo de eficacia del negocio jurídico respecto de terceras personas. Para captar en toda su amplitud la trascendencia del fenómeno negocial en orden a los terceros, me parece necesario distinguir entre la eficacia directa del negocio jurídico y la eficacia indirecta. La eficacia directa —eficacia constitutiva, modificativa, preceptiva, declarativa, extintiva— se desarrolla normalmente en la órbita de las partes. Sólo de una manera excepcional produce el negocio jurídico una eficacia directa en la esfera de los terceros. El principio de la eficacia relativa es, pues, cierto, dice SANTORO-PASSARELLI, referido a la eficacia directa (23). Únicamente se produce esta eficacia directa del negocio en la esfera de los terceros cuando una norma jurídica la preceptúa y en la medida en que la preceptúa. El matrimonio, negocio jurídico celebrado entre marido y mujer, tiene, por ejemplo, una eficacia directa en la relación de filiación que liga a los padres con los hijos nacidos con anterioridad, convirtiendo una filiación natural en filiación legítima (art. 1.20, 1.º). Quien de buena fe celebra con el titular aparente, *non dominus*, un negocio traslativo adquiere el dominio de la cosa; el negocio celebrado entre el adquirente de buena fe y el titular aparente produce, como efecto directo, la pérdida de la propiedad por el *verus dominus*.

La eficacia directa del negocio jurídico en la esfera de los terceros es, repetimos, excepcional. No puede construirse una figura jurídica de carácter general de donde resulte una eficacia directa para terceros. No hay eficacia directa para los terceros en

(23) *Le dottrine generale del Diritto Civile*, Milano, 1956.

el llamado «contrato en favor de tercero»; el tercero sólo adquiere el derecho cuando hace saber su aceptación y se convierte en parte del negocio. Tampoco existe eficacia jurídica directa en los «contratos en daño de tercero»: el derecho o la acción del tercero nacen aquí del daño, no del negocio. La llamada «promesa del hecho de un tercero» liga únicamente a promitente y promisorio, si el tercero no realiza ninguna declaración de voluntad y, si la realiza, el efecto para él surge del negocio que él mismo ha realizado (24).

3. Junto a la eficacia jurídica directa no tenemos más remedio que admitir una eficacia jurídica indirecta, desarrollada a través de las situaciones creadas o modificadas por el negocio. Esta eficacia jurídica indirecta es de dos clases:

a) Puede hablarse de una eficacia refleja (25) cuando un negocio jurídico repercute en la esfera ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Obsérvese que ya no hablamos de una «incidencia», sino de una «repercusión» del negocio, porque repercutir expresa precisamente esta idea de causar efecto una cosa en otra ulterior. Una conexión entre relaciones jurídicas existe cuando varias relaciones se encuentran, respectivamente, *supra* y subordinadas, cuando coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente y cuando una de ellas deriva y descansa en otra que le sirve de base (26). El negocio jurídico celebrado por los sujetos de una cualquiera de estas relaciones jurídicas determina una eficacia directa en la relación interpartes y una eficacia refleja o de repercusión en la relación derivada, subordinada o coexistente. Pensemos que un pacto entre acreedor y deudor extingue la fianza, que la compraventa de una cosa puede dar lugar a la extinción de los arrendamientos y que la cesión de un crédito implica una modificación de la relación obligatoria en la cual es parte el deudor cedido.

b) Podemos, en cambio, hablar de una eficacia provocada del negocio jurídico en relación con los terceros, cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego. Me explicaré. Pueden presentarse estos dos diversos fenómenos:

(1) que las partes del negocio o una cualquiera de ellas funden en el negocio jurídico que han celebrado, una pretensión dirigida contra un tercero o bien que opongan la celebración del negocio a la pretensión mantenida por el tercero frente a ellas;

(2) que sea el tercero quien se sirva de la celebración del ne-

---

(24) Sobre las tres figuras del «contrato en favor de tercero», el «contrato en daño de tercero» y la «promesa del hecho de un tercero», vid. la obra cit. de GIOVENÈ.

(25) Vid. la idea de «eficacia refleja» en CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 570.

(26) Cfr. CASTRO, *Op. cit.*, vol. I, págs. 561 y sigs.

gocio como fundamento de su pretensión contra las partes o de su contestación a una pretensión de las partes (27).

En el primero de estos casos hablamos de «oponibilidad» del negocio jurídico frente a terceros; en el segundo caso, de «utilización» o, mejor, de «utilizabilidad» del negocio por el tercero. En la primera de estas hipótesis las partes ejercitan una pretensión contra el tercero, tomando como base su propio negocio; en la segunda, es el tercero quien se sirve, quien utiliza, el negocio en apoyo de su pretensión frente a las partes. Estas dos actitudes, radicalmente diversas, están, por ejemplo, perfectamente matizadas en los artículos 24 y 29 del Código de Comercio. «Las escrituras de sociedad no registradas —dice el primero de estos artículos— surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable». «Los poderes no registrados —dice el artículo 29— producirán acción entre el mandante y el mandatario, pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables» (28).

a) La categoría de la oponibilidad, defectuosamente estudiada por la doctrina, ha sido analizada casi únicamente en su aspecto negativo (inoponibilidad) (29). La inoponibilidad se contempla como una consecuencia de la ineficacia y también como una consecuencia de la falta de publicidad de un negocio eficaz. Mas la idea de inoponibilidad presupone la de «oponibilidad», que no significa eficacia directa o refleja del negocio en la esfera de los terceros, sino simplemente posibilidad de que las partes funden eficazmente en su propio negocio una pretensión dirigida contra el tercero. Frente a un tercero que se presenta como adquirente de una cosa, las partes oponen un negocio de transmisión anterior y preferente. La «oponibilidad» así entendida es un efecto normal del negocio jurídico, siempre que las partes hayan cumplido la

(27) Cabe observar que aquí salimos ya de la órbita estricta de la «eficacia del negocio jurídico» para adentrarnos en lo que se podría llamar la susceptibilidad o la idoneidad del negocio para fundar en él una pretensión, pero siempre sería cierto que la posibilidad de que alguien tome el negocio como fundamento de una pretensión es un efecto, indirecto si se quiere, del negocio mismo. La raíz, sin embargo, de todo el problema que vamos a estudiar se halla aquí: en esta idoneidad del negocio para convertirse en fundamento de pretensiones, en el hecho de que el ordenamiento jurídico atribuya al negocio este valor de posible fundamento de una pretensión.

(28) Las dos actitudes están, decía, perfectamente matizadas: a), en el artículo 24 se permite que el tercero pueda utilizar la escritura de sociedad no registrada «en lo favorable», y se impide, en cambio, que el tercero pueda ser perjudicado por la escritura; b), de la misma manera el artículo 29 admite que el tercero pueda «fundarse en» un poder no registrado en cuanto le fuere favorable, pero no consiente que el poder sea utilizado en perjuicio de tercero.

(29) Vid. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.—FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Roma, 1939.

carga de dar a su negocio la publicidad y el carácter fehaciente que el ordenamiento jurídico exige.

bb) Al lado de la oponibilidad del negocio jurídico frente al tercero, se sitúa la utilizabilidad por el tercero del negocio jurídico ajeno para sus propios fines. No existe inconveniente en que el tercero se sirva del negocio ajeno en su conducta frente a las partes. Las razones que pueden aconsejar una limitación de la oponibilidad no funcionan aquí. La posibilidad de hacer jugar el negocio jurídico frente a sus autores no es problema de publicidad, sino de prueba. El tercero puede siempre servirse del negocio ajeno frente a las personas que lo realizaron. El acreedor, por ejemplo, se sirve del negocio de adquisición celebrado por su deudor con otra persona a fin de proceder a ejecutar su crédito sobre los bienes adquiridos.

## PARTE SEGUNDA

### LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Diseñada así, muy a grandes trazos, la doctrina sobre la «eficacia del negocio jurídico», debemos pasar a sentar las líneas generales de la doctrina de la ineficacia. No es posible ahora realizar un estudio completo y exhaustivo. Voy a limitarme, por ello, a ensayar lo que podíamos denominar una teoría general de la ineficacia del negocio jurídico (30), dejando para otro momento el estudio de los tipos concretos que la ineficacia reviste en el Derecho positivo.

(30) Vid. ALBALADEJO, *Invalidez de la declaración de voluntad*, A. D. C., X, 4, pág. 985; BORRILL, *Nullidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, BARCELONA, 1947; LAVANDERA, *Nullidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil*, R. D. P., 1913, pág. 171; MORENO MOCIONI, *Las irregularidades en el negocio jurídico*, R. D. P., 1946, pág. 41; TRAVIESAS, *Sobre nulidad jurídica*, R. G. L. J., 1944, pág. 125.—En la doctrina francesa: BIRET, *Traité des nullités de tous genres*, París, 1823 3; DROGOU, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Aix, 1902; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques.—Essai d'une théorie nouvelle*, París, 1909; LUTZESCO, *Théorie et pratique des nullités*, París, 1938 (de esta obra hay una traducción al castellano, México, 1945); PERRIN, *Traité des nullités de droit en matière civile*, Coust.-Saunier, 1816; SOLON, *Théorie sur la nullité en matière civile*, París, 1835.—En la doctrina italiana: CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*; FERRARINI, *L'invalidità degli atti giuridici*, Modena, 1908; FEDALE, *L'invalidità del negozio giuridico di Diritto privato*, Torino, 1943; FINZI, *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921; SCIALOJA, *Nullità e inefficacia*, «Saggi di vario Diritto», 1927, II, pág. 28.—En la doctrina alemana: ALEXANDER, *Begriff der Unwirksamkeit*, 1903; GOETTINGER, *Des Begriff Unwirksamkeit im B. G. B.*; LEHMANN, *Nichtigkeit*, en el «Handwörterbuch der Rechtswissenschaft», IV, pág. 206; MANICK, *Unwirksamkeit*, en el mismo diccionario, VI, pág. 292; OERTMANN, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, R. D. P., 1929, pág. 67; WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleons von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847.

## I. DEFINICIÓN DE LA INEFICACIA

1. Definir la «ineficacia» y situarla en el campo de los conceptos jurídicos es tarea sumamente difícil (31). ¿Qué es la ineficacia? En sentido vulgar ineficacia es una idea negativa que denota la falta de eficacia, carencia total de efecto. Algo ha sido ineficaz cuando ha sido inútil, inservible para los fines que esperábamos obtener. En cambio, cuando algo no produce todos los resultados que esperábamos, aunque sí alguno, decimos que ha sido «poco eficaz», pero no que ha sido ineficaz. En el campo del Derecho acontece, sin embargo, algo que es enormemente curioso. Lo «ineficaz» tiene a veces consecuencias, efectos. En Derecho con el calificativo de «ineficaz» designamos:

(1) un negocio sin ningún efecto, irrelevante jurídicamente (un testamento verbal),

(2) un negocio que produce parcialmente el resultado previsto (un testamento con injusta desheredación de un legionario),

(3) un negocio que produce un resultado imprevisto y extraordinario (responsabilidad del notario por la falta de valor del testamento),

(4) un negocio plenamente eficaz de momento que deviene posteriormente ineficaz (testamento atacado por vicio de voluntad del testador).

Si los juristas obráramos con lógica al rotular los fenómenos jurídicos tendríamos que establecer alguna graduación. Por ejemplo:

(1) lo «ineficaz», cuando no se da ningún efecto,

(2) lo «limitadamente eficaz», cuando se da alguno de los efectos esperados, pero no todos,

(3) lo «anormalmente eficaz», cuando el efecto producido no se corresponde con el efecto típico esperado; y

(4) lo «claudicantemente eficaz» o lo «fugazmente eficaz», cuando se da una plena eficacia que después desaparece.

Sin embargo, cuando hablamos de ineficacia de un negocio jurídico nos estamos refiriendo a todo este heterogéneo mundo conceptual. Ello hace enormemente difícil sentar una doctrina clara y enormemente difícil definir la ineficacia. La única nota rigurosamente común a todas estas especies es la existencia de

(31) Una construcción completa del tema precisaría una amplia investigación acerca de la formación histórica de los dogmas y de las ideas en esta materia que, por razones obvias, no puede ser acometida en este lugar. Sobre ello véase: BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Padova, 1930; HELLMAN, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914; MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi invalidi*, «Annali della R. Università di Perugia», Messina, 1923; RENARD, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du Droit romain au Moyen age*, «Nouvelle Revue Historique», 27, 1903, pág. 215.

una discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada, entre el plan general de efectos del negocio y la realidad de esta eficacia. Por ello acaso fuera más exacto hablar de «eficacia anormal», que ésta es la idea que, en definitiva, se expresa. La palabra ineficacia (*Unwirksamkeit*) tiene, no obstante, una gran fuerza expresiva y es de más fácil manejo. Conservémosla, pues, con las aclaraciones ya hechas (32).

2. Esta ineficacia que ahora estudiamos es, ante todo, un tipo de sanción, una sanción. Si por sanción nosotros entendemos la reacción de orden jurídico frente a una infracción (33), comprenderemos en seguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular (34). La irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el negocio tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial). Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el más perfecto ajuste entre ambas categorías.

Una irregularidad negocial, una infracción negocial, puede ser sancionada de modos muy diversos por el ordenamiento jurídico. Hay así:

(1) Irregularidades que el Derecho considera irrelevantes, como «el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto» que, aun suponiendo un consentimiento defectuoso, no anula el contrato según el último párrafo del artículo 1.267 ó el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, que no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, según el artículo 773:

(2) Irregularidades negociales relevantes, cuya sanción es sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionen, como acontece en el segundo inciso del artículo 1.270, conforme al cual el dolo incidental, que es sin duda un vicio del consenti-

---

(32) Cabría objetar que no es «ineficacia» el término, o la palabra, más apropiado o más adecuado para designar el fenómeno que estudiamos, puesto que, por hipótesis y ya desde ahora admitimos consecuencias o efectos —anormales, extraordinarios, imprevistos, pero efectos al fin— del negocio ineficaz. Hablar de «ineficacia» no deja de ser, en este sentido, una contradicción; más exacto o más riguroso sería hablar de «invalidez» o de «nulidad», en general, pues se aludiría con ello a la carencia de valor del acto. La adopción de una terminología segura y uniforme es importante, aunque sea casi siempre arbitraria; nosotros utilizamos la expresión «ineficacia», aun con todos sus inconvenientes.

(33) Vid. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, «Studi in onore di P. Messineo», Milano, 1959, IV, págs. 3 y sigs.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, en «Ius», 1955, pág. 223; MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, en la misma revista, 1956, págs. 86 y sigs.

(34) Cfr. CASTRO, *Op. cit.*, I, págs. 533 y sigs.

miento, no anula el contrato, sino que obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios;

(3) irregularidades negociales sancionadas con una privación de derechos (35) o con una pena pecuniaria (36) o de privación de libertad (37):

(4) irregularidades negociales sancionadas impidiendo la plena eficacia del negocio irregular.

3. ¿Cuáles son entonces las irregularidades que comportan ineficacia? Para resolver este interrogante es preciso que nos preguntemos antes cómo puede ser la irregularidad negocial. Una irregularidad negocial existe cuando:

a) falta alguno de los elementos o de los presupuestos del negocio o cuando

b) el negocio posee todos sus elementos y todos sus presupuestos, pero alguno de ellos se encuentra viciado.

En el primer caso podemos hablar de negocio defectuoso; en el segundo, de negocio viciado. La falta o carencia de un elemento o de un presupuesto es de distinto cariz según que:

a) tenga carácter definitivo, de tal manera que las partes no puedan ya llenar este elemento o este presupuesto, o que

b) no tenga aquél carácter definitivo y las partes puedan todavía llenar el hueco que ha dejado la falta.

Si el negocio adolece de falta de causa es claro que las partes no pueden llenar ya este vacío; en cambio, si al negocio le falta la forma solemne ordenada por la ley o la preceptiva aprobación de un organismo familiar o administrativo, es claro también que este defecto puede, en muchos casos, ser todavía suplido. Ello es normal en los supuestos negociales de carácter complejo. Pueden contraponerse así el negocio imperfecto y el negocio inacabado (TUHR y LEONHARD hablaban de *unvollendete Geschäft*) (39).

Finalmente, cuando el negocio se contempla desde la perspectiva que ofrece dentro de la realidad jurídica, puede hablarse de un negocio aparente, cuando se ha producido un fenómeno jurídico con el aspecto externo de un negocio perfecto y eficaz.

Con estos datos podemos ya volver a preguntarnos por la re-

(35) Los matrimonios contraidos contraviniendo la prohibición del artículo 45 del C. c. son irregulares precisamente por que contravienen la prohibición legal, pero son válidos según el artículo 50. La ley los sanciona con una privación de derechos a los cónyuges que así se hayan casado.

(36) En el antiguo artículo 77, se prevía la imposición de una multa de cinco a ochenta pesetas cuando el matrimonio se celebraba sin dar aviso al funcionario encargado del Registro civil.

(37) P. v. g., en caso de bigamia, y siempre que el negocio irregular constituya delito (v. gr.: estafa, fraude, coacción, falsedad, etc.).

(38) BERTI, *Op. cit.*, pág. 373, hablando de «anormalidades del negocio»; CAROLIA FERRARA, pág. 270.—Sobre el tema, también JACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 86, págs. 51 y sigs.

(39) Vid. LEHMANN, *Op. cit.*, págs. 154 y sigs.

lación que existe entre irregularidad e ineficacia. Sabemos que no toda irregularidad desemboca en ineficacia: hay irregularidades irrelevantes e irregularidades a las que el ordenamiento jurídico aplica otro tipo de sanción. El problema entonces es éste: ¿para que la ineficacia aparezca es menester que el Derecho positivo la decrete expresamente en atención a un tipo concreto de irregularidad o, al contrario, toda irregularidad que no haya sido eximida expresamente por el ordenamiento jurídico comporta la ineficacia. Es éste, seguramente, uno de los puntos más delicados y difícilmente solubles de toda la teoría de la ineficacia. Es además grave, porque de la solución que le demos va a depender nada menos que la posible fuerza expansiva de la ineficacia como sanción general del negocio irregular. En nuestro Derecho, el artículo cuarto del Código civil parece establecer un principio general de ineficacia del negocio irregular, pero no debe olvidarse que, aun en los dominios del artículo 4.º, para que la ineficacia se produzca es menester que una norma jurídica vaya dirigida contra la eficacia del negocio, lo repudie y lo estigmatice como jurídicamente ilícito. Por esto, a nuestro juicio, la ineficacia como sanción se produce cuando una norma jurídica la impone y cuando la reclaman el significado y la finalidad de la norma infringida al celebrarse el negocio (40).

## II. LOS TIPOS DE INEFICACIA

El problema central de todo estudio de la ineficacia del negocio jurídico es, sin embargo, el análisis de los tipos de ineficacia negocial, es decir, las formas o modalidades que esta ineficacia puede revestir.

1. La más importante distinción doctrinal que en esta materia se viene estableciendo es la que separa la invalidez (*Ungültigkeit*) de la ineficacia en sentido estricto. Inválido es —se dice— un negocio en el cual alguno de los elementos falta o se encuentra viciado (p. ej., falta de capacidad, vicio del consentimiento) o cuando carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo de negocio a que pertenece. Ineficaz en sentido estricto es un negocio en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impide su eficacia

---

(40) Cfr. CASTRO, *Op. y loc. cit.*, pág. 537. De lo dicho en el texto se deduce que para que la ineficacia aparezca como sanción no es necesario o imprescindible que una norma positiva la decrete. Se deduce también que la irregularidad, no eximida expresamente de sanción, no tiene por qué desembocar en la ineficacia. El problema es una delicada cuestión interpretativa, que sólo puede ser resuelta determinando el significado y la finalidad de la norma infringida y, en definitiva, el sentido de la *ratio juris* que haya inspirado la norma. Habrá, por tanto: a), ineficacia expresamente decretada por la ley; b), ineficacia reclamada por los principios generales del Derecho.

una circunstancia extrínseca a él (p. ej., producción de la condición suspensiva, resolución, revocación) (41).

La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible. No es lo más grave la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido, por lo que invalidez e ineficacia son conceptos iguales. Es que, además, en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no hay en rigor ineficacia, sino, por el contrario, expresión cumplida de la eficacia del negocio: así, por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un negocio. En todos estos casos el negocio es plenamente eficaz; despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia del negocio, sino extinción sobrevinida de la relación o de la situación negocial.

Finalmente conviene tener en cuenta que no existe correlación entre el tipo de irregularidad y el tipo de ineficacia. No podemos, por ejemplo, decir que a la falta total de alguno de los requisitos corresponde un tipo de ineficacia y a la existencia de un requisito viciado un tipo de ineficacia diverso. Del mismo modo, la distinción entre defectos intrínsecos y circunstancias extrínsecas no se corresponde con una distinción entre los tipos de ineficacia. En rigor, una tipificación de las formas de la ineficacia, sólo puede hacerse atendiendo a la ineficacia misma, aislándola de la teoría de las anomalías del negocio jurídico. El ordenamiento jurídico puede ligar a defectos negociales semejantes tipos de ineficacia distintos. Un elemento viciado puede dar lugar a una ineficacia radical (v. gr., causa ilícita) o a una mera impugnabilidad (v. gr., vicio de voluntad). Los tipos de ineficacia deben estructurarse subdividiendo la ineficacia misma.

2. Por la misma razón no puede admitirse tampoco la distinción entre inexistencia e ineficacia (42). De inexistencia cabría hablar únicamente en aquellas hipótesis en que no se haya realizado ningún negocio, ni revista la apariencia de negocio el fenómeno jurídico discutido o calificado; pero cuando, como consecuencia de una conducta real, existe una apariencia de negocio, no debe hablarse de inexistencia, sino de ineficacia. En rigor, el concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa que con base en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad —*pas de nullité sans texte*—, se vió forzada a construir un concepto distinto que al-

(41) BETTI, págs. 467 y sigs.; CARIOTA FERRARA, págs. 320 y sigs.; STOLFI, pág. 123; ALBALADEJO, pág. 306 y sigs.

(42) Vid. COMENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public.*, en «*Rev. Trim. Dr. Civ.*», 13, 1944, pág. 54; HARTEMANN, *Etude sur la distinction des actes inexisents et les actes annulables*, Nancy, 1880, LYER, *Les actes inexisents*, Rennes, 1908.—Vid. últimamente ASCARELLI, en «*Problemi giuridici*», Milano, 1959.

bergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes —la identidad de sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico— que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta por la ley (43). Pero el concepto así diseñado carece de utilidad y de necesidad. De utilidad, porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que la nulidad radical y absoluta como ha señalado FERRARI (44). Y de necesidad, porque, como ya antes apuntábamos, no es preciso que la ineficacia esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija el significado y la finalidad de la propia ley.

Conviene, sin embargo, advertir que la inexistencia del negocio jurídico ha sido consagrada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, quien, sin embargo, no ha logrado hacerla objeto de deslinde frente a la nulidad radical y absoluta con la cual aparece muchas veces borrosamente confundida (45).

3. Una tipificación rigurosa de las modalidades de la ineficacia del negocio jurídico sólo puede hacerse —decíamos hace un rato— partiendo de la idea estricta de ineficacia y haciendo dentro de ella las necesarias subdistinciones. La ineficacia puede ser así ser: automática y provocada; absoluta y relativa; originaria y sobrevenida; total o parcial: estructural o funcional; sanable e insanable.

a) Atendiendo al mecanismo de su actuación puede distinguirse perfectamente una ineficacia automática y una ineficacia provocada. La ineficacia es automática cuando se produce por la fuerza misma de la norma jurídica, *ipso iure* como suele decirse. La ineficacia es provocada cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una actuación automática de la sanción, atribuye a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual, puede actuarse la sanción. Cuando la ineficacia es automática el negocio es inatendible y ninguno de los funcionarios de la organización jurídica puede prestar amparo al negocio o a las pretensiones que tengan en el negocio su causa. El juez puede declararla de oficio. Cuando la ineficacia es provocada el negocio nace eficaz, pero con una eficacia claudicante. La ineficacia es entonces, dice MARTY, un medio puesto a dis-

(43) Cfr. SCOGNAMIGLIO, en «Contributo», cit.

(44) *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1958, con abundante bibliografía.

(45) Así, p. ej., el T. S. dice que los contratos radical y esencialmente nulos deben considerarse como inexistentes (S. 6 de marzo de 1909) y que es inexistente el contrato simulado (S. 21 de junio de 1927). La S. de 3 de enero de 1947 vuelve a hablar de «inexistencia o nulidad absoluta». Y la de 20 de mayo de 1959 de inexistencia del contrato por falta de causa. Convendría probablemente hacer un estudio minucioso de nuestra jurisprudencia, pero creo que puede sostenerse desde ahora que la idea de «inexistencia del negocio» carece en ella de unos perfiles claros y acusados y de rigor técnico.

posición de ciertas personas para proteger sus intereses (46). Una o varias personas son titulares de un poder de impugnación que la doctrina concibe como un derecho potestativo —un *Gestaltungsrecht*— o como una facultad jurídica. El ejercicio de este poder origina una pretensión de impugnación. Por esto a la ineficacia provocada se la puede llamar también «impugnabilidad» (*Anfechtbarkeit*) (47). Cuando a la pretensión de impugnación se enfrenta la oposición del impugnado es necesaria una decisión judicial. De aquí otra diferencia importante entre ambos tipos de ineficacia, pues la pretensión dirigida a obtener un pronunciamiento de los tribunales sobre la ineficacia automática no es nunca necesaria. Como consecuencia de ello la «acción» es en un caso meramente declarativa —declara un estado ya existente: el estado de ineficacia—, mientras que en la ineficacia provocada la acción y la sentencia son constitutivas. La sentencia crea entonces el estado jurídico de ineficacia de un negocio que ha sido hasta ese momento claudicantemente eficaz. La ineficacia, no obstante, una vez pronunciada por los tribunales, se retrotrae (*rückwirkende Unwirksamkeit*) al momento de la celebración del negocio jurídico, aunque no puede sin más excluirse la vigencia de alguno de los efectos ya producidos, sobre todo en relación con terceras personas.

Decidir, en presencia de una ineficacia dada por la ley, cuándo se trata de ineficacia automática, y cuándo de ineficacia provocada, es una delicada cuestión de interpretación en la que deben valorarse el sentido técnico del texto legal, los intereses en juego y, sobre todo, la razón y la finalidad de la ley.

b) Una distinción muy próxima a la anterior, aunque diversa de ella, es la que se establece entre la ineficacia originaria y la ineficacia sobrevenida. No se atiende ahora al mecanismo de la ineficacia, sino al momento temporal en que se produce. La ineficacia es originaria o sobrevenida. En seguida se comprende que toda ineficacia originaria (*ursprüngliche Unwirksamkeit*) (48) es automática. La ineficacia sobrevenida (49) no coincide, sin embargo, con la ineficacia provocada. La ineficacia puede sobrevenir por virtud del ejercicio de un poder de impugnación, pero puede sobrevenir también por virtud de la aparición de un supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente la ineficacia (p. ej., art. 975 del Código civil) (50).

(46) MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, I, París, 1956, págs. 267 y sigs.

(47) Cfr. LEHMANN, *Op. y loc. cit.*, pág. 160: impugnabile es, dice un negocio provisionalmente válido, pero que puede quedar privado de vigor (*entkräftbare*) por declaración de una de las partes.

(48) Cfr. también LEHMANN, págs. 154 y sigs.

(49) Vid. SCOGNAMIGLIO, *Della invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Anuario di Diritto Comparato e di Studi legislativo», 21, 1, 1950, págs. 70 y sigs.; FERRINI, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Archivio giuridico», 1910, págs. 201 y sigs., y en «Opere», III; págs. 357 y sigs.

(50) Conforme a dicho artículo da enajenación que de los bienes in-

c) La distinción entre ineficacia absoluta e ineficacia relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectado por ella (51).

Una ineficacia es absoluta cuando el negocio no produce ninguno de sus efectos para nadie. El negocio absolutamente ineficaz es ineficaz para todos. El artículo 1.252 del Código Civil, por ejemplo, establece que un pronunciamiento de nulidad de disposiciones testamentarias es eficaz contra terceras personas, aunque no hubiesen litigado. Nos hallamos aquí frente a una ineficacia de carácter absoluto, *erga omnes*, que alcanza a las partes y a los terceros.

Una ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un negocio surta entre las partes toda su eficacia y, en cambio, sea ineficaz frente a terceros o frente a algún grupo de ellos. Un negocio realizado en fraude de acreedores es, en principio, eficaz entre transmitente y adquirente, pero es ineficaz frente a los acreedores defraudados. Se liga aquí la ineficacia con la inoponibilidad (52). Al contrario, puede ocurrir que el negocio sea ineficaz entre las partes y, en cambio, eficaz frente a los terceros —sobre todo, terceros de buena fe—, como acontece en ocasiones con el negocio simulado. Puede, finalmente, ocurrir que la ineficacia opere con distinta intensidad respecto a cada una de las distintas partes del negocio: ser eficaz para unas y no serlo para otras. Cuando una partición de herencia es rescindida, la rescisión no alcanza a aquellos herederos que «no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo», según el artículo 1.077; cuando un apoderado traspasa los límites del poder, sin haber dado conocimiento del mismo, el negocio no obliga al poderdante representado, pero el apoderado queda obligado por el negocio (art. 1.725 del Código civil). La ineficacia parcial de un testamento por preterición o injusta desheredación de un legitimario no afecta a los legatarios cuando las mandas son oficiosas.

d) La ineficacia puede ser total o parcial. Un negocio jurídico es, habíamos dicho, la reglamentación autónoma de una si-

muebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero». La ineficacia del acto de enajenación llevado a cabo por el viudo reservista no es originaria. No sobreviene hasta el momento de la muerte del enajenante. Algo parecido ocurre con la eficacia de las donaciones por inoficiosidad que no se produce hasta el momento de la muerte del donante (cfr. art. 654 C. c.).

(51) Vid. CARIOTA FERRARA, *L'annulabilità assoluta*, en «Foro it.», 1939, IV, pág. 50 y sigs.; *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, en «Studi Scorzav», 1940, pág. 73; STRONAL, *Relative Unwirksamkeit*, en «Festschrift zum Jahrhundert des oesterr. allg. B. G. B.», 1911, II, págs. 763 y sigs.; LEHMANN, pág. 166.

(52) Cfr. MARTY, *Op. y loc. cit.*, pág. 271.

tuación jurídica. Como reglamentación, el negocio jurídico se compone de una serie de reglas de contenido preceptivo a las que llamamos cláusulas o disposiciones negociales. Pues bien, la ineficacia, dice BETTI, puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del negocio o quedar circunscrita a una o varias disposiciones negociales (53).

Abstractamente son posibles dos soluciones:

(1) una, entender que un negocio jurídico no puede ser eficaz en parte y en parte ineficaz, porque el negocio jurídico o es eficaz en todo o no lo es en nada;

(2) la posición contraria se formula diciendo que el negocio jurídico, una de cuyas partes es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes. Lo inválido no puede viciar a lo válido (*utile per inutile non vitiatur*), ni la parte invalidar al todo, en virtud de lo que se llama principio de conservación del negocio jurídico (54).

Ambas soluciones, abstractamente posibles, coexisten también en los ordenamientos jurídicos positivos. El problema grave radica en decidir en presencia de un determinado supuesto de ineficacia, si ésta debe ser total o parcial. En el Derecho alemán, por ejemplo, la regla general es la ineficacia total: «Si una parte de un negocio jurídico —dice el párrafo 139 del Código civil— es nula, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que deba entenderse que el negocio jurídico hubiera sido celebrado sin la parte nula.» El principio de la invalidez parcial está enunciado en el artículo 1.419 del Código civil italiano: «La nulidad parcial de un contrato y la nulidad de singulares cláusulas del mismo acarrearán la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad.» A pesar de la aparente diversidad de ambas normas, las dos están fundadas en el mismo principio: considerar decisiva la intención práctica de las partes, reduciéndose la diferencia entre ambos sistemas a una diversa imposición de la carga de la prueba de esta intención práctica» (55).

(53) *Teoria generale*, cit., págs. 486 y sigs.

(54) Sobre el tema: NATTER, *Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1907; LANG, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1926; últimamente, Giovanni CRISCIOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, y allí más abundante bibliografía.

(55) Lo decisivo es, pues, la intención práctica de las partes. Si las partes hubieran celebrado el negocio aun sin la parte nula, el resto del negocio debe valer pese a la nulidad parcial; en cambio, si las partes no hubieran celebrado el negocio sin la parte nula, la nulidad parcial se extiende a la totalidad del negocio. La diferencia entre el Derecho alemán y el italiano, aun teniendo sus normas la misma raíz y el mismo valor (interpretativo, presuntivo), radica en el punto donde colocan la presunción. El Derecho alemán presume la nulidad total; el italiano, la parcial. Como consecuencia de ello resulta una diferente distribución de la carga de la

¿Cuál es el principio general en el Derecho español? Falta en nuestro Derecho una norma general semejante al párrafo 139 alemán o al artículo 1.419 italiano. El principio general hay que reconstruirlo sobre el sentido que inspira nuestra regulación positiva.

En el Derecho de Sucesiones la regla de la ineficacia parcial tiene una extendida aplicación. Los artículos 750, 752 y 755 determinan la ineficacia de la disposición a favor de persona incierta, incapaz o indigna, pero no la ineficacia del testamento. Según el artículo 786, la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución (56). Los artículos 792 y siguientes decretan que se deben tener por no puestas las condiciones ilegales y sancionan la ineficacia de la disposición condicionada, pero no la del testamento como negocio. Los artículos 862 y siguientes establecen hipótesis de nulidad de un legado que no afecta a la eficacia del resto del testamento.

También en el Derecho patrimonial la regla de la ineficacia parcial encuentra aplicación: la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta (art. 1.116); la ineficacia de la cláusula penal no afecta a la eficacia de la obligación principal (art. 1.155); la ineficacia de pactos ilegales, inmorales, depresivos para la autoridad familiar o de sumisión general a fueros no afecta al resto de la capitulación matrimonial (arts. 1.316 y 1.317); la ineficacia del pacto de exclusión de la obligación de saneamiento habiendo mala fe no afecta a la eficacia del contrato de compraventa (art. 1.476); la ineficacia del pacto que excluye a un socio de las ganancias o pérdidas no afecta a la eficacia del contrato de sociedad (art. 1.691).

Todo ello parece inclinar nuestro ánimo en favor del principio de ineficacia parcial que, por otra parte, parece más conforme con la norma del artículo 1.258 como «consecuencia natural», conforme a la buena fe contractual y a las reglas de la equidad. Ahora bien, para que pueda funcionar el principio de ineficacia parcial es necesario que se den estos dos requisitos:

(1) que la irregularidad negocial causante de la ineficacia no se refiera a la estructura total y unitaria del negocio, es decir, que pueda aislarse el mal en una de las partes del negocio:

(2) que una vez amputada la parte insana del negocio, éste continúe poseyendo aptitud para realizar su esencial función económico-social y el propósito práctico de las partes.

e) Una distinción importante es también la que podemos establecer entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional del negocio jurídico. Esta distinción tiene su fundamento en la causa de la ineficacia, pero es sobre todo relevante, porque el

---

prueba. En el Derecho alemán pecha con la carga el que pretende la nulidad parcial; en el Derecho italiano, quien sostiene la total.

(56) Por la misma razón no afecta tampoco al resto del testamento.

ordenamiento jurídico deriva de la diversidad de origen una diversidad en el tratamiento de la ineficacia. Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un negocio defectuoso, viciado o imperfecto (57). La ineficacia estructural atiende a la fase de celebración o de formación de un negocio jurídico. La ineficacia funcional atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio regularmente formado produce en la realidad. Hay ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho; v. gr., un perjuicio de tercero, un fraude, una lesión (58).

f) Finalmente, atendiendo a la posibilidad de corrección de las consecuencias anormales del negocio, la ineficacia puede ser sanable o insanable (59). Es sanable una ineficacia cuando un negocio originariamente ineficaz o un negocio claudicante pueden adquirir la cualidad de negocios regularmente eficaces, a virtud de un hecho o de un acto jurídico posterior. La sanación de un negocio ineficaz puede ser producida:

(1) por la posterior adición del defecto negocial (convalidación, ratificación);

(2) por la decisión del titular del poder de impugnación (confirmación);

(3) por la transformación del negocio ineficaz en otro análogo al que no afecte la causa de ineficacia (conversión); y

(4) por el resarcimiento del daño, perjuicio o lesión causante de la ineficacia.

Explicadas de este modo las formas abstractas de la ineficacia, la catalogación de cada uno de sus tipos, resulta sencilla. Como agudamente señalaba Tullio ASCARELLI en su más reciente libro (60), nos hallamos ahora más que ante conceptos abstractos, ante términos que en realidad resumen toda una disciplina normativa aplicable a determinados supuestos de hecho. Nosotros podemos resumir esta disciplina normativa del siguiente modo:

(57) Vid. *supra*, pág. 822.

(58) La ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio (negocio defectuoso, viciado, imperfecto). La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un negocio estructuralmente regular despliega (perjuicio, fraude, lesión).

(59) DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1926; ROCCO, *La convalidazione dei negozi giuridici*, «Riv. Dir. Civ.», 1912; MANCIA, *La conferma dei negozi giuridici*, «Riv. it. Sc. giur.», 1920, págs. 125 y sigs.; 433 y sigs.; 1930, pág. 531 y sigs.; BETTI, *Op. cit.*, págs. 481 y sigs.; *Convalidazione del negozio giuridico*, en «Novis. Dig. it.», IV, 1959, págs. 787 y sigs.; FERRI, *Conferma*, en «Nuovo Dig. it.», II, pág. 757; FROBLE, *La conferma degli atti giuridici nel Diritto canonico*, «Studi di Storia e Diritto in onore di Arrigo Solmi», Milano, 1941, II, págs. 341 y sigs.; KOSCHAKER, *La convalida nel Diritto romano e moderno*, en «Atti del Congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto di Verona» (1948), Milano, 1951, vol. III, págs. 343 y sigs.

(60) *Problemi giuridici*, cit., pág. 277.

a) Nulidad es una ineficacia siempre automática, originaria y estructural, normalmente absoluta e insanable.

b) Anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y sanable.

c) Rescisión es una ineficacia provocada, sobrevenida y funcional, normalmente relativa y sanable.

### III. EL CONTENIDO GENERAL DE LA SITUACIÓN DE INEFICACIA

1. Para cerrar este estudio general de la ineficacia de un negocio vamos a referirnos, muy brevemente, a lo que paradójicamente podríamos llamar los efectos del negocio ineficaz (61), las *Fernwirkungen* de que hablaba HEXLE. Estas consecuencias suelen encerrarse en el principio *nullum effectum: quod nullum est nullum effectum producit*. Esta regla exige, sin embargo, alguna puntualización. La misma semejanza existente entre causalidad física y causalidad jurídica, en tema de efectos de los actos jurídicos, se presenta también aquí. *Nullum effectum* no expresa una experiencia real, sino un mandato, una sanción del orden jurídico. Quiero decir que, a pesar de estar sancionado el *nullum effectum*, puede producirse en virtud del negocio ineficaz una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría el negocio eficaz. Aunque la compraventa sea ineficaz puede haberse producido un traspaso posesorio y un pago de dinero; aunque el matrimonio sea ineficaz se inicia un fenómeno de vida común; aunque el testamento sea ineficaz los herederos designados se apoderan de los bienes, pagan los legados y hacen la partición. Por todo esto acaso más exacto que decir que el negocio *es* ineficaz fuera decir que el negocio *debe ser* tenido como ineficaz. La ineficacia jurídica pertenece al mundo del deber ser: *quod nullum est nullum effectum producere debet*. He aquí un hecho sorprendente: el efecto negocial se ha producido en la realidad, aunque no ha debido producirse. ¿Qué acontece entonces?

2. La reacción del orden jurídico frente a un negocio ineficaz puede escalonarse así:

a) INEXIGIBILIDAD.—Cuando el efecto negocial no se ha producido todavía, ninguna de las partes puede pretenderlo. Una pretensión semejante sería inatendible y desestimable. Si se formulara, el contrario podría oponer la ineficacia (actuación de la ineficacia *ope exceptionis*). V. gr.: el vendedor exceptúa la ineficacia del contrato si el comprador exige la entrega de la cosa (62).

---

(61) Vid. PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nules.—Essai d'une théorie d'ensemble*, París, 1911.

(62) La pretensión basada en un negocio ineficaz carece de un fundamento atendible. El demandado puede enervarla oponiendo precisamente, como excepción, la ineficacia del negocio en que la pretensión se funda.

b) IRRELEVANCIA.—El efecto socialmente producido no es tomado en cuenta, amparado, ni protegido. Los particulares y los funcionarios pueden desconocerlo. V. gr.: el comprador que ha recibido la cosa no puede registrar su dominio ni dirigirse contra los colonos, etc. (63).

c) DESAPARICIÓN.—El ordenamiento jurídico facilita la desaparición del efecto socialmente producido y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el negocio ineficaz. Para ello es preciso algo más que un poder desconocer, no tener en cuenta o no amparar; es precisa la creación de un mecanismo restitutorio, atribuyendo a cada uno de los interesados un poder de exigir la restitución —una pretensión de restitución— y correlativamente, imponiendo un deber de restituir.

d) CONSOLIDACIÓN.—El ordenamiento jurídico, a pesar de la preceptuada ineficacia del negocio jurídico, mantiene el efecto socialmente producido. Esto ocurre por dos razones:

a) Como sanción por la culpabilidad de la ineficacia hay una privación al culpable de la pretensión de restitución. *Propriam turpitudinem allegans non auditur* (art. 1.306 del Código civil) (64).

b) Como medida de protección de la confianza en favor de las personas que de buena fe han creído en la eficacia del negocio aparente (*error communem facit ius*) (65), bien sean las mismas partes («el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo», dice el art. 69 del Código civil), bien sean terceras personas (no tiene lugar la rescisión, según el art. 1.295, cuando las cosas objeto del contrato se hallan legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe).

e) PROPAGACIÓN.—La ineficacia trasciende del negocio irregular y alcanza a otros negocios que con él se hallaban en dependencia. Un nexo de dependencia entre varios negocios puede existir por ser uno de ellos presupuesto o condición para que otro realice plenamente su función práctica (p. ej., matrimonio y capitulaciones, negocio de adquisición del dominio y negocio de constitución de un gravamen) o bien porque ambos cooperan contemporáneamente a la consecución de un mismo resultado económico-social. La pregunta es si la ineficacia de uno de estos negocios arrastra la de los demás, si se produce una «cadena de

---

Aun sin excepción, el juez puede de oficio desestimar la pretensión declarando, a este efecto, nulo el negocio.

(63) Sobre otro concepto de la «irrelevancia», CARIOTA FERRARA, pág. 323.

(64) RIEZLER, en *Venire contra factum*, cit., págs. 176 y sigs., y en «*Zeitschrift für Notariat und freiw. Gerichtsbarkeit im Oesterreich*», 1910, págs. 98 y sigs. También, GUTRAUDER, *Essai sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Dijon, 1913, y TZARANO, *Etude sur la règle Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, París, sin fecha.

(65) Vid. MAZZARDI, *La maxime error communem facit ius*, en «*Rev. Trim. Dr. Civ.*», 1924, pág. 920.

ineficacias» o, como decía SCOGNAMIGLIO (66), una «ineficacia propagada». La regla debe ser que la ineficacia del negocio presupuesto o condición acarrea la del negocio dependiente, pero nunca al revés. La ineficacia de un negocio sólo origina la ineficacia de todos los negocios coligados cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el complejo negocia<sup>1</sup>.

Quedan de esta manera explayadas —esto creo al menos— las ideas generales de la ineficacia del negocio jurídico y puede ya pasarse al estudio de cada uno de sus tipos: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

---

(66) *Della invalidità*, cit., págs. 70 y sigs.



# El «favor debitoris» en el Derecho español

JOSE MARIA CASTÁN VAZQUEZ

Doctor en Derecho. Fiscal

SUMARIO: I. Propósito de estas notas.—II. Manifestaciones del *favor debitoris* en el Derecho español: 1. En la interpretación del contrato. 2. En las obligaciones solidarias. 3. En la prueba de las obligaciones. 4. En el cumplimiento de las obligaciones. 5. En la resolución de los contratos. 6. En el contrato de trabajo. 7. En la interpretación del legado. III. Conclusión.

## I. PROPÓSITO DE ESTAS NOTAS

Los adagios o reglas jurídicas, procedentes del Derecho romano o elaborados por los prácticos, representaron una especie de Derecho común europeo y tuvieron, como es bien sabido, considerable importancia con anterioridad a la Codificación. Diverso es el fundamento de los numerosos brocardos conocidos: algunos proceden simplemente de la lógica y del sentido común; otros obedecen a razones de moral y, junto a ambas especies, existe también una clase de máximas o adagios fundados en consideraciones de equidad (1). Uno de esos brocardos basados en la equidad —entendida en su acepción clásica cristiana de aplicación benigna y moderada del Derecho— es el *favor debitoris*, que responde al deseo de suavizar, en los casos dudosos, la situación de los deudores. Algún autor define incidentalmente el *favor debitoris* como el principio de que «la duda no debe quedar sustituida por una certidumbre del máximo rigor contractual para el obligado, sino con la solución que para el mismo suponga el mínimo rigor» (2). Las raíces del *favor debitoris* son ciertamente antiguas.

Del Derecho romano y de sus interpretes proceden, en efecto, como veremos, diversos axiomas referentes a la interpretación del contrato en favor del deudor. También en Roma o de los ro-

(1) Vid. A. ROUAST, *Los adagios como fuentes del Derecho civil*, en «Cuadernos de Derecho francés», del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, núm. 3 (julio-diciembre, 1954), págs. 10 a 12.

(2) J. PUG BRUIAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 304.

manistas nos vienen ciertos criterios dirigidos a dar una solución favorable al deudor en determinados problemas planteados en el campo de las obligaciones. Siendo el Derecho romano de obligaciones acaso el que ha influido más acusadamente en el Derecho europeo (3), no es de extrañar que aquellos principios hayan pasado, en mayor o menor medida, a los ordenamientos que hoy integran el sistema jurídico occidental.

El Derecho español, concretamente, no ha formulado en sus preceptos positivos un principio general que ordene resolver en sentido favorable al deudor las cuestiones dudosas surgidas en materia de obligaciones. Espigando, sin embargo, por el articulado de los textos legales pueden hallarse sin duda manifestaciones singulares de la regla jurídica *favor debitoris*; y cabe preguntarse si sería posible, en otros casos, aplicar un principio general orientado en tal sentido. Las presentes notas aspiran simplemente a realizar, siquiera sea de forma incompleta, aquella labor de espigado y a estudiar en conclusión hasta qué punto pueden los Tribunales hacer aplicación de ese principio de equidad que el *favor debitoris* representa.

## II. MANIFESTACIONES DEL «FAVOR DEBITORIS» EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. El «favor debitoris» en la interpretación del contrato.

La evolución del Derecho romano parece haber ido acentuando el trato favorable otorgado al deudor. Las exiguas de la lealtad en las obligaciones recíprocas indujeron a conceder al Juez un mayor arbitrio para tener en cuenta todas las circunstancias que debieran influir en la sentencia, arbitrio que le permitía, entre otras cosas, interpretar más flexiblemente las declaraciones de las partes, a fin de adecuar sus efectos al tipo de negocio que realmente quisieron hacer (4). La aportación que el Derecho romano recibió de Grecia, con las ideas de *aequitas* (5) y *humanitas* (6), y la influencia del Cristianismo, habían también de contribuir a humanizar la contratación. El Cristianismo, en especial, si influyó poderosamente para mitigar la situación de los esclavos —no sólo imponiendo limitaciones humani-

(3) Cfr. F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (trad. Santa Cruz Teigeiro), Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 442.

(4) Vid. A. D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1960, § 273, pág. 332.

(5) Vid. F. BONET, *La equidad en los ordenamientos jurídicos privados*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», núm. 8, 1960, pág. 290, y CASTÁN TOBEÑAS, *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, I, Ed. Reus, Madrid, 1950, págs. 18 y sigs.

(6) Vid. SCHULZ, *Op. cit.*, 180, pág. 99.

tarias a la propiedad sobre los mismos, sino también favoreciendo la libertad con el principio *favor libertatis* (7)—, había lógicamente de tender también a suavizar la situación de los deudores.

Varios textos recogidos en el Digesto implican así un trato de favor al deudor en la interpretación del contrato. Uno de Ulpiano afirma que en las cosas oscuras siempre hemos de seguir lo que es menos (8). Otro, de Pomponio, resuelve más concretamente: «Si estipulase en esta forma: ¿Me darás después de un año o de dos? Se deben después de dos años, porque en las estipulaciones se observa que parece que se comprendió en la obligación lo que es menos y lo que ha de ser después de pasado tiempo» (9). Paulo recoge el criterio de que en la obligación debemos estar propensos a negar, y en la liberación a liberar, afirmando: «Dice Arriano que hay mucha diferencia si preguntas si se obliga alguno o se libra de la obligación, pues cuando se duda en cuanto a la obligación debemos de estar más propensos si tenemos ocasión para negar que la hubo. Y cuando se duda si se disolvió la obligación se dice lo contrario, porque fácilmente nos debemos inclinar a que se disolvió» (10); y que también que el pacto ambiguo que intervino al tiempo de la venta se ha de interpretar contra el vendedor (11).

Los juristas europeos hicieron aplicación bastante amplia del brocardo *favor debitoris*. Entre las reglas que da Pothier para la interpretación del contrato hay algunas inspiradas en ese principio. El gran jurista francés enseña así que «en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación» y que «al acreedor debe imputarse el no haberse expresado mejor» (12). Más claramente aún recoge Pothier el *favor debitoris* en un texto en que afirma que «la interpretación de las obligaciones se hace, en la duda, en favor de los deudores» (13). Se considera que *celui qui s'oblige ne veut que le moins*.

¿Ha pasado al Derecho positivo español el *favor debitoris*

(7) Vid. U. ALVAREZ SUÁREZ, *Influencias del cristianismo en el Derecho romano*, en «Revista de Derecho Privado», t. XXV (1941), pág. 330, y D'ORS, *O. cit.*, § 127, pág. 161.

(8) D. 50, 17, 9: *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*

(9) D. 45, 1, 109: *Si ita stipulatus fuero: decem aut quindecia dabis? decem debentur; item si ita: post biennium debentur, quia in stipulationibus id servatur, ut, quod minus esset, quodque longius, esse videretur in obligationem deductum.*

(10) D. 44, 7, 47: *Arrianus ait, multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem.*

(11) D. 50, 17, 172: *In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.*

(12) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, s. f., t. I, página 88.

(13) POTHIER, *Op. cit.*, t. I, pág. 218.

en la interpretación de los contratos? Dos preceptos del Código civil —los arts. 1.288 y 1.289— y uno del Código de comercio —el art. 59— son dignos de estudio a este respecto.

Aludimos primero al artículo 1.288 del Código civil que, al señalar que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad», recoge el viejo principio, de raíz romana, de que la carga de hablar claro, y la responsabilidad correspondiente, incumben a quien lleva la iniciativa de una declaración contractual. Éste principio estaba ya recogido en nuestras Partidas que, después de dar al Juez criterios de interpretación para los «casos dudosos que han menester declaramiento», afirmaban: «E si algunas destas razones el Judgador non pudiere catar, nin veer, entonce dene interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra, o el pleyto escuramente a daño del, e a pro de la otra parte» (14). También el Código italiano se ha inspirado en el criterio de autorresponsabilidad (15).

Señalamos en segundo lugar el artículo 1.289 del Código español, que ofrece, a efectos de nuestro estudio, mayor interés. Su párrafo 1.º afirma: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.» De este precepto ha podido ya afirmarse que «encarna el principio tradicionalmente designado en la expresión *favor debitoris*» (16). Es de notar que esta aplicación del *favor debitoris* se hace solamente a los negocios gratuitos. En ello coincide el artículo 1.289 del Código español con el 1.371 del Código italiano (17). Según observa Betti, el criterio de *favor debitoris* en

(14) Part. 7, 33, 2.

(15) En el Código de 1865 —observa BETTI— las partes eran designadas: la primera, como la que ha «estipulado»; la segunda, como la que ha «asumido la obligación», lo que responde a la concepción romana de que la iniciativa de la declaración contractual incumben a la parte a cuyo favor se crea una obligación de la contraria, mientras a ésta corresponde el asentir; la jurisprudencia romana reconocía a cargo del vendedor y el arrendador un criterio de autorresponsabilidad, que se justificaba con la posibilidad y, por tanto, el deber de hablar en forma abierta e inequívoca (E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 265 y 266). El Código de 1942 dispone en su artículo 1.370 que las cláusulas inscritas en las condiciones generales de los contratos, o en los modelos formularios de uno de los contratantes, se interpretarán, en la duda, a favor del otro.

(16) J. PUGI BERTAR, *Op. cit.*, t. II, vol. 1, pág. 305.

(17) Ambos preceptos difieren en orden a la interpretación de los contratos onerosos, que en el Código italiano tiene lugar en el sentido *che realizza l'equo contemperamento degli interessi delle parti*. Sobre antecedentes en Derecho italiano, vid. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, vol. IV, págs. 189 a 191.

el acto a título gratuito puede conducir a confirmar o completar el criterio de la autorresponsabilidad (18).

Recordábamos, finalmente, el artículo 59 del Código de comercio. Según este precepto, «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2.º de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor» (19). Este artículo contiene, sin duda, una rotunda aplicación del *favor debitoris* a la interpretación de los contratos. El criterio puede trascender a la esfera procesal: la sentencia de 20 de marzo de 1931 declaró que, en armonía con el artículo 59 del Código de comercio y las normas sobre competencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando existan dudas sobre el lugar del cumplimiento de la obligación, debe decidirse en favor del domicilio del demandado (y normalmente el demandado será el deudor). Sin embargo, es de notar que acaso no sean, en definitiva, muy numerosos los casos en que proceda aplicar el *favor debitoris* a la interpretación de los contratos mercantiles. El artículo 59 del Código de comercio, en efecto, debe ser relacionado con el artículo 2.º del mismo cuerpo legal; por tanto, como observan los mercantilistas, dicho artículo 59 viene a invocar las disposiciones del Código, los usos de comercio y el Derecho común como elementos de interpretación para resolver las dudas de los contratos (20); y si se piensa en la vasta significación del uso en el Código de comercio (21) y en las amplios elementos de interpretación que puede suministrar el Derecho común, cabe inferir que, en gran número de casos dudosos, se podrá encontrar en esas fuentes criterios bastantes para resolver la duda sin acudir al último recurso del *favor debitoris*.

## 2. El «favor debitoris» en las obligaciones solidarias.

Regla procedente del Derecho romano que ha pasado a varios ordenamientos modernos es la de que, cuando son varios los deudores, se presume que la obligación no es solidaria, sino mancomunada simple. Dicha regla —que fué una de las recogidas por Pothier, basado en la autoridad de Papiniano y en una Novela de Justiniano (22)— es, sin duda, marcadamente favorable a los

(18) BETTI, *Op. cit.*, pág. 267.

(19) Los antecedentes del precepto están en el art. 252 del Código de Comercio de 1829 (vid. BONILLA SAN MARTÍN y MIÑANA VILLAGRASA, *Códigos de comercio españoles y extranjeros*, t. V, Madrid, 1914, pág. 111).

(20) Cf. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1956, t. II, pág. 27.

(21) Vid. GARRIGUES, *Op. cit.*, t. I, págs. 110 a 114, y F. DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», t. XIV, fasc. II (abril-junio de 1961), páginas 306 a 317.

(22) «La solidaridad puede estipularse en todos los contratos de cualquier especie que sean; 1.º D. de duob. resis. Mas, por lo común, hay que

deudores, para quienes la solidaridad supondría un vínculo más pesado. La doctrina moderna ha aceptado en general este principio, cuyo fundamento se ve en la naturaleza de la obligación solidaria. Siendo la solidaridad una institución puramente técnica —dice De Page— sólo la voluntad de las partes debe crearla (23). La solidaridad legal sería —como observa Giorgi— una agravación de la obligación que sometería al deudor a soportar a su pesar ciertas consecuencias de la culpa del codeudor, lo que supondría una desviación de las reglas de equidad (24).

El Código francés se inspiró en doctrina de Dumoulin y Pothier sobre la materia; el artículo 1.202 dispone en su párrafo 1.º que la solidaridad convencional debe ser expresa y no se presume. El Código alemán, por su parte, parece haberse apartado del Derecho anterior: mientras el Derecho común alemán establecía que si varias personas se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible sólo estarían afectas, en la duda, como deudores parciales (25), el BGB ha dispuesto en su § 427 que «en la duda existe una deuda solidaria»; aunque es de tener en cuenta, según observa la doctrina, que la deuda solidaria sólo surge en caso de duda y, por tanto, no cuando, según el convenio expreso de las partes o de las circunstancias, resulta una voluntad en sentido distinto (26).

En el Código español como notan algunos autores, la regla es la misma que en el Derecho común alemán y opuesta al § 427 del BGB (27). El artículo 1.137 preceptúa: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.» El 1.138 señala que «si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos

---

expresarla; si no cuando varios han contratado una obligación para con alguien, se presume que cada uno no ha contratado sino por su parte. Esto es lo que decide Papiniano en la ley 11, 2, D. de duob. reis, y es lo que ha sido confirmado por Justiniano en la Novela 99» (POTHIER, *Op. cit.*, t. I, núm. 265, págs. 217 y 218).

(23) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, E. Bruylant, Bruxelles, t. III, núm. 314, pág. 298.

(24) GIORGI, *Op. cit.*, t. I, núm. 137, pág. 127.

(25) Para que se constituyese una obligación *correal* era menester convenir la responsabilidad solidaria con la fórmula «solidariamente», «cada uno por todos», «uno por todos», «junto y a solas», «en concepto de deudores solidarios», etc. (ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, vol. I, 2.ª ed., 1954, 92, pág. 448).

(26) ENNECERUS-LEHMANN, *Loc. cit.* en nota anterior.

(27) PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER-PUG BRUTAU, notas a ENNECERUS, *Op. cit.*, vol. I, 9, pág. 452.

o deudas distintos unos de otros». Y el 1.139, para el caso de insolvencia de uno de los deudores, dispone que «no estarán los demás obligados a suplir su falta». Los preceptos citados se inspiran, pues, en el precepto tradicional y constituyen otra manifestación del *favor debitoris* en el Código civil español.

Conviene, sin embargo, no exagerar el alcance de la regla al exagerar el de la palabra «expresamente» que emplea nuestro artículo 1.337. A este respecto hace notar De Page, comentando los Derechos francés y belga, que el que la solidaridad haya de ser «expresa» no ha de entenderse en un sentido demasiado absoluto, ya que no requiere términos sacramentales, y, además, la solidaridad puede estar implícita en la voluntad real y cierta (28).

El Código español contiene también una presunción contraria a la solidaridad en el artículo 897, que determina que si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas se entenderán nombrados mancomunadamente.

### 3. El «favor debitoris» en la prueba de las obligaciones.

Si en las zonas del Derecho de obligaciones a que hemos aludido hasta ahora se encuentran, como hemos visto, manifestaciones del *favor debitoris*, ¿no parece que también en el ámbito de la prueba habrá que adoptar, en caso de duda, la resolución más favorable al deudor y demandado?

Gayo nos legó ya, en ese sentido, la regla de que «los reos son más favorecidos que los actores» (29). El Código civil español dispone en su artículo 1.214 que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Este conocido artículo —inspirado, como su equivalente del Código francés, en el adagio *actori incumbit probatio*— favorece sin duda al deudor al echar sobre el acreedor, normalmente demandante, la carga de la prueba. La misma inspiración ha seguido, aplicando el precepto, nuestra jurisprudencia, que ha declarado reiteradamente que, si el actor no prueba, rige el principio *actore non probante reus est absolvendus* (30).

### 4. El «favor debitoris» en el cumplimiento de las obligaciones.

El Derecho romano, cuya proverbial dureza es falsa, tuvo ya diversos cauces para mitigar la situación del deudor en este ámbito. Recordemos así cómo, en los juicios de Derecho estricto, la jurisprudencia mitigó la responsabilidad de aquellos deudores de cosa específica para los que, antes de incurrir en mora, la obligación se hacía imposible por un evento ajeno; recorde-

(28) DE PAGE, *Op. cit.*, t. III, núm. 314, pág. 299.

(29) D. 50, 17, 125, *Favorabiliores rei potius, quam actores habentur*.

(30) Vid. Sents. 24 de abril de 1896, 2 y 12 de mayo de 1925, 27 de noviembre de 1925, 3 de febrero de 1927 y 20 de febrero de 1943.

mos también cómo fué suavizándose el cumplimiento forzoso de la obligación, mitigándose con la *lex Poetelia Papiria* el procedimiento ejecutivo, y cómo en algunos casos fué evitada en la práctica la ejecución en la persona, limitándose la responsabilidad del deudor a la cuantía de su patrimonio, mediante la inserción de la fórmula de una *taxatio* que autorizaba al juez a condenar únicamente por el importe de la deuda cubierto con el patrimonio del deudor; y no olvidemos que el deudor, en el Derecho justiniano, estuvo facultado para retener una parte de su patrimonio con el fin de poder atender con ella a su subsistencia, gozando del privilegio que los intérpretes del Derecho romano han llamado *beneficium competentiae* (31).

El Derecho positivo español contiene hoy diversos preceptos orientados en favor del deudor con ocasión del cumplimiento, voluntario o forzoso, de las obligaciones. La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge, como es bien sabido, el beneficio de competencia, al establecer en su artículo 1.449 la inembargabilidad de ciertos bienes, ingresos e instrumentos de trabajo del deudor. Y el Código civil, en numerosos preceptos (por ejemplo, los artículos 1.107, 1.164, 1.176, 1.527, 1.535, 1.841, 1.842, 1.912, etc.), orienta en favor del deudor determinadas situaciones. Pero creo que de un modo especial podemos ver acaso recogido el criterio del *favor debitoris* en los artículos 1.132, 1.188, 1.189 y 1.191 de nuestro Código.

El artículo 1.132, en efecto, al decidir que en la obligación alternativa «la elección corresponderá al deudor, al menos que expresamente se hubiere concedido al acreedor», atribuye como regla general al deudor la máxima ventaja que la elección supone; en los casos en que no se haya estipulado nada se podría desde luego dudar a quién corresponde la elección, y esta duda la resuelve el legislador buscando el mínimo rigor contractual.

El artículo 1.183, por otro lado, dispone que «la entrega del documento privado justificativo de un crédito hecha voluntariamente por el acreedor al deudor implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo»; y el 1.189 añade que «siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario». Con igual orientación, el artículo 1.191 determina que «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor». En estos preceptos nos encontramos, pues, ante situaciones en las que, al pretenderse el cumplimiento de la obligación, podría plantearse duda sobre la subsistencia de ésta, y dicha

---

(31) Sobre estos puntos pueden verse, como libros recientes, D'ORS, *Op. cit.*, § 274, pág. 333, y § 275, pág. 335, y SCHULZ, §§ 793 y 794, página 440.

duda es resuelta por el Código a favor del deudor. Parece, por tanto, que bien pueden considerarse los cuatro artículos citados como manifestaciones del *favor debitoris* en el Código civil español.

##### 5. El «favor debitoris» en la resolución de los contratos.

Bien conocidas son las diversas fórmulas que desde hace años se vienen propugnando para conseguir la revisión o la resolución del contrato en los casos en que éste ha llegado a ser excesivamente oneroso para una de las partes. Dichas fórmulas aspiran, en general, a restablecer la equidad y favorecen al deudor, cuya situación contractual se ha agravado en virtud de circunstancias que no pudo prever al tiempo de la perfección del contrato.

Sería peligroso, sin embargo, entender que rige el *favor debitoris* con carácter general en esta materia. La aplicación de las aludidas fórmulas tropieza, como es notorio, con dificultades considerables. Los Tribunales no pueden inclinarse fácilmente a la resolución del contrato. No es fácil tampoco precisar cuándo el contrato ha llegado a ser desmedidamente gravoso para el deudor: los criterios que en la doctrina se han sugerido para la determinación de la onerosidad excesiva son discutibles, pareciendo hoy que no se puede dar una solución abstracta en esta materia, sino que nos encontramos ante una noción de hecho, en cuya apreciación el juez no tiene, por otra parte, libertad absoluta (32). La jurisprudencia, ciertamente, ha rehusado con frecuencia, en varios países, admitir la cláusula *rebus sic stantibus* como sobreentendida en los contratos de prestaciones sucesivas; se opina que una tal voluntad *implícita* es, por lo menos, dudosa, y que, por poderosos que sean los motivos de equidad que se puedan invocar a favor de esta cláusula, el admitirla es, en realidad, más que interpretar la convención, añadir algo a ella (33).

En el Derecho español se carece de normas generales en que apoyar la resolución o revisión del contrato por agravación de las circunstancias para una de las partes. Conocida es la prudencia con que el Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y demás fórmulas ideadas para mitigar equitativamente en ciertos casos el rigor de la contratación. La aplicación de la doctrina de la onerosidad excesiva no es fácil. Como observan nuestros autores, el Código civil no contiene una norma de aplicación general que permita la reso-

(32) Según PINO, determinar cuándo la prestación se haya convertido en excesivamente onerosa es un procedimiento que se consigue mediante una interpretación típico-objetiva del contrato, teniendo en cuenta que la onerosidad puede llegar a ser excesiva sólo si supera el riesgo normal y si es producida, de un modo directo, por acontecimientos imprevisibles y externos (A. PINO, *La excesiva onerosidad de la prestación*, trad. de Mayol, Barcelona, 1959, págs. 81 a 83).

(33) DE PAGE, de acuerdo con PLANIOL, *Op. cit.*, t. II, núm. 563, página 524.

lución o revisión de una relación obligatoria por haber sobrevenido un exceso de onerosidad a la prestación, y el juez no puede hacer uso como regla general de su arbitrio para conseguir una adecuación más justa de la norma a las circunstancias del caso (34). El *favor debitoris* no tiene, pues, en esta materia, clara base legal.

Sin embargo, es de notar que en la legislación civil española moderna se advierte una tendencia a valorar las circunstancias sobrevenidas al contrato para acudir a mitigar la suerte del obligado. En la legislación de emergencia promulgada a raíz de nuestra guerra hay numerosas normas que están en esa línea (35). Especialmente hay que recordar la ley sobre Contratación en Zona Roja de 5 de noviembre de 1940, que, según explica su propio Preámbulo, respondió a «la conveniencia de revisar por excepción y respecto solamente de algunos contratos como los de suministro y suministro y obra, las obligaciones válidamente pactadas que, por circunstancias y acontecimientos imprevistos en el instante del otorgamiento, resulten desproporcionadas...» y aspiró a constituir «una Ley que equitativamente distribuya las pérdidas, consecuencia obligada de la revolución o de la guerra, entre acreedores o deudores».

Dado empero el carácter excepcional y el ámbito limitado de esa legislación, se puede reafirmar la carencia en nuestro Derecho de normas generales orientadas a la revisión o resolución del contrato en favor del deudor por razones de equidad. Por ello algún autor, como De Mallol, ha podido escribir no ha mucho que «en el Derecho positivo vigente se deja sentir la necesidad de una más justa adecuación a las exigencias económicas y sociales del tiempo presente, que haga más humanitaria y más conforme a la caridad, la regulación de la relación entre el acreedor y el deudor» (36).

#### 6. El «favor debitoris» en el contrato de trabajo.

Notorio es el carácter protector de la legislación del Trabajo, en la que el principio tutelar, o principio *pro-operario*, tiene como criterio de interpretación un valor decisivo. Como dice Guilarte, el factor que de modo fundamental, por no decir exclusivo,

(34) F. DE MALLOL, notas a la ed. esp. de la obra de PINO, cit., páginas 10 y 11.

(35) DE MALLOL cita como normas más próximas el concepto de onerosidad de la prestación: el D.-L. de 28 de mayo de 1937 sobre condonación de rentas de arrendamientos urbanos; la L. de 9 de septiembre de 1939 sobre costo de reconstrucción; la L. de 23 de febrero de 1940 sobre operaciones de venta a plazos; la L. de 17 de mayo de 1940 sobre derecho de colaboración justa entre aseguradores y asegurados para resolver los problemas de extramortalidad; la L. de 21 de junio de 1940 sobre pérdidas o deterioros de mercancías pignoras, y la L. de 17 de octubre de 1940 sobre modificación de los contratos de seguros no personales (*Op. cit.*, pág. 35).

(36) DE MALLOL, *Loc. cit.* en nota anterior.

originara, en su día, el nacimiento del nuevo Derecho —la necesidad de amparar al trabajador—, es ahora uno de los postulados que informan su desarrollo y su aplicación (37). Pero este principio se inspira sin duda, como el *favor debitoris*, en el deseo de mitigar la situación contractual de la parte más débil, y viene como aquél a humanizar la contratación en un sector de la misma. Así ha podido escribir el profesor Pérez Botija que el principio *pro-operario* «no es un principio absoluto sino relativo, y viene a darnos también otra dimensión humanista, o, mejor diríamos, humanitaria, en el sentido d'orsiano del vocablo *humanitas*, al contrato de trabajo» (38).

En lo que al Derecho español se refiere, sabido es que el principio *pro-operario* ha sido recibido por la doctrina, invocado por la jurisprudencia y formuladas expresamente algunas de sus consecuencias, por ejemplo, la del respeto a las condiciones más beneficiosas, en las Reglamentaciones laborales (39). En la Ley de Contrato de Trabajo se encuentran, desde luego, normas que se inspiran en un sentido protector del trabajador, proporcionando, al igual que el *favor debitoris*, criterios interpretativos que resuelvan ciertas situaciones, que podrían ser dudosas, a favor de la parte considerada como más débil. El artículo 15, así, establece en su párrafo 1.º que «los gastos que ocasione la celebración del contrato de trabajo los pagará el empresario, si no se hubiese pactado lo contrario». Y el artículo 9.º, según observa la doctrina, se inspira en el principio tutelar al establecer el orden de normas por las que se regulará el contrato de trabajo. Recordemos también que una resolución del Ministerio de Trabajo de 28 de noviembre de 1933 declaró que, entre dos bases de trabajo diferentes, debe aplicarse la más favorable al trabajador.

### 7. El «favor debitoris» en la interpretación del legado.

Siendo el heredero, cuando ha sido gravado con un legado, deudor de la cosa legada, cabe preguntarse si podrá beneficiarse con el *favor debitoris* en las dudas que surjan al interpretar el legado. La respuesta a esta pregunta dependerá en cada ordenamiento, si no existe norma expresa sobre tal punto, de que se

(37) A. M.<sup>a</sup> GUILARTE, *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Lex nova, Valladolid, 1960, núm. 108, pág. 104.

(38) «El principio de favor —añade—, por un lado, tiene sus raíces ancestrales en la *pietas* y en los aforismos latinos, *humanus est, benignus est, melius est...*, pero su instrumentación resulta rigurosamente moderna. No es sólo una simple regla de interpretación del *beneficium legis* o del *beneficium principis* en el sentido de *plenissime interpretari debemus*: no es, pues, sólo la *benigna juris interpretationis*, es algo más, que permite flexibilizar y ensanchar los horizontes de la Ley» (PÉREZ BOTIJA, *Humanismo en la relación laboral*, discurso correspondiente a la Apertura del Curso Académico 1953-54, Universidad de Madrid, 1953, pág. 23, nota 18).

(39) Vid. GUILARTE, *Op. cit.*, núm. 100, pág. 105.

admite el *favor debitoris* en la interpretación de los contratos y de que las normas dadas para tal interpretación se consideren aplicables también a la interpretación de los testamentos.

En el Derecho italiano, donde se ha discutido acerca de esa aplicabilidad (40), la jurisprudencia ha aplicado el artículo 1.371 del Código civil —antes recogido en este trabajo— a las disposiciones testamentarias, y lo ha hecho, según Betti, «dejando a salvo, en todo caso, el criterio del *favor debitoris* para los legados con que el heredero haya sido gravado» (41).

En el Derecho histórico español podemos, por cierto, encontrar el *favor debitoris*, aplicado a los legados, en una ley de las Partidas que señala medios de aclarar las palabras del testador en relación con las mandas (42).

En el Derecho español vigente ¿cabe aplicar el *favor debitoris* a la interpretación del legado? El problema ha sido poco tratado en nuestra doctrina. El profesor Jordano, que se lo plantea en su interesante libro sobre interpretación de testamentos, contesta negativamente. A su juicio, la norma del artículo 1.289 es inextensible al testamento; ello presupone una obligación convencional y se funda o en la presumible voluntad del obligado o, mejor aún, en el criterio objetivo de la misma naturaleza gratuita del contrato; pero el contenido ambiguo del legado no lo puede determinar ni la naturaleza gratuita de la atribución ni mucho menos la voluntad presunta del heredero gravado, sino la del testador: en una palabra, los intereses encontrados del heredero y del legatario son intereses *dependientes* de la declaración testamentaria y, como tales, tienen que ser regulados siempre por la interpretación *subjetiva* de la declaración testamentaria, por lo que no hay lugar para consideraciones extrañas, como la de un pretendido principio general del *favor debitoris* (43).

Sin desconocer el peso de esa argumentación se podría acaso tener también en cuenta otras razones que son en cambio alegables en pro de la aplicación del *favor debitoris* a esta materia. Respecto de los legados de cosa genérica, así, el Código civil, al disponer en el párrafo 3.º del artículo 875 que «la elección será

(40) Sobre la aplicación al testamento de los artículos 1.367 a 1.371 del Código italiano, referentes a la interpretación de los contratos, vid. CICC, *El testamento* (trad. M. Fairén). Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 169.

(41) BETTI, *Op. cit.*, pág. 269.

(42) «E si por aventura, el testador usase en fablas de palabras generales, que pudiessen tomar entendimiento dellas a muchas cosas; estonce deuenos entender, que su voluntad fue de dar aquella cosa que menos vale» (Part. 7, 33, 5). El texto da seguidamente ejemplos referentes a un legado de dinero y a un legado de papeles.

(43) JORDANO BAREA: *Interpretación del testamento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 65 y 66. Como opinión contraria, JORDANO cita (nota 40) la de OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva dell' negozio jurídico*, 1943, págs. 127 y 128.

del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior», adopta en cierto modo un criterio de favor al heredero gravado. Y respecto de los legados de cosa específica es de notar que el Tribunal Supremo parece haberse inclinado al *favor debitoris* en la sentencia de 9 de noviembre de 1909. En el pleito que dió origen a esta sentencia se discutía si la testadora quiso legar la total participación que tenía en unas minas sitas en Somorrostro, señalándolas como determinación del legado específico, o si su voluntad fué no legar más que las participaciones concretamente arrendadas a ciertas Sociudades; el Tribunal Supremo dió al legado el alcance menor y declaró en la sentencia que «los preceptos legales relativos a los legados específicos obligan más a su restricción que a su ampliación en caso de duda». Creo, pues, que hay base suficiente para inclinarse a la aplicabilidad del *favor debitoris* a los legados en el Derecho español.

### III. CONCLUSIÓN

La rápida —y seguramente incompleta— excursión hecha a través de distintas zonas de nuestro Derecho positivo nos ha permitido encontrar, dispersas por él, algunas normas que pueden, a mi juicio, considerarse como manifestaciones de la regla *favor debitoris*. Resumiendo la labor de espiguelo realizada podemos recordar que:

a) El artículo 1.289 del Código civil hace aplicación del *favor debitoris* a la interpretación de los contratos gratuitos.

b) El artículo 59 del Código de comercio contiene una llamada al *favor debitoris* en la interpretación de los contratos mercantiles.

c) Los artículos 1.337, 1.338 y 1.339 del Código civil se inspiran en el principio tradicional de favor al deudor al establecer una presunción contraria a la solidaridad.

d) El artículo 1.214 del Código civil favorece al deudor al echar sobre el acreedor la carga de la prueba.

e) El artículo 1.132 favorece al deudor al atribuirle, en la obligación alternativa, la ventaja que la elección supone.

f) Los artículos 1.188, 1.189 y 1.191 resuelven a favor del deudor situaciones en que podría plantearse la duda acerca de la subsistencia de la obligación.

g) El artículo 875, párrafo 3.º del Código civil adopta en cierto modo, respecto de los legados de cosa genérica, un criterio de favor al deudor del legado, lo que unido a la declaración jurisprudencial de que «los preceptos legales relativos a los legados específicos obligan más a su restricción que a su ampliación en caso de duda», permite pensar que el *favor debitoris* es aplicable al legado.

h) Las fórmulas modernas para conseguir la resolución o re-

visión del contrato en los casos en que éste ha llegado a ser excesivamente oneroso para una de las partes, coinciden —al venir a mitigar la situación del deudor cuya situación se ha agravado por las circunstancias— con la orientación del *favor debitoris*, si bien este principio no tiene aquí base legal.

i) En el contrato de trabajo, el importante principio tutelar o *pro-operario* coincide con el *favor debitoris* en el deseo de suavizar la posición de la parte más débil, humanizando la contratación.

Señaladas esas aplicaciones concretas de un criterio de favor al deudor en casos dudosos, conviene añadir que para extenderlo a situaciones no previstas por el legislador será necesaria la obra de la jurisprudencia apoyada en la equidad. El *favor debitoris* es, en efecto, como dijimos, un adagio fundado en consideraciones de equidad. Como regla de Derecho posee un valor dudoso (44), pero puede acaso por su base de equidad llegar a inspirar soluciones. Los Códigos modernos, muy legalistas, son contrarios ciertamente a la aplicación de la equidad; pero, aún así, no faltan en nuestro Derecho positivo aplicaciones del principio de equidad contractual (45). Los Tribunales ¿no podrán por su parte mitigar la situación del deudor, basados en ese principio? No faltan autores contrarios a esa mitigación (46), pero otros muy autorizados entienden que la equidad puede alegarse en todo caso en que se pueda recurrir a los principios de Justicia, sea por manda-

---

(44) Según DE CASTRO, las reglas jurídicas no tienen en sí un valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica, aunque sirven a veces de vehículo a un auténtico principio de Derecho y son recogidas por la jurisprudencia (*Derecho civil de España*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 433 y 434). ROCAST, que se plantea el problema de los adagios como fuente del Derecho civil, cree que la solución está en la identificación de los axiomas o máximas con el Derecho consuetudinario; los adagios son, según eso, parte integrante de la costumbre, al lado de los usos jurídicos, y constituyen como éstos una fuente de Derecho en sí mismos (*Op. cit.* en la nota 1, págs. 8, 13 y 14).

(45) Recuérdense especialmente los artículos. 1.154 y 1.690; otros, sin nombrar a la equidad, se remiten tácitamente a ella y al prudente arbitrio de los Tribunales, al referirse a las causas o motivos del contrato (artículos 1.124, ap. 3.<sup>o</sup>, 1.707, 1.901), a la buena fe y las buenas costumbres (arts. 1.116, 1.258, 1.316), etc. Cf. DE CASTRO, *Derecho civil cit.*, I, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 427; CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, I. Ed. Reus, Madrid, 1950; BONET RAMÓN, *Op. cit.* en la nota 5, págs. 301 a 305.

(46) Según DE PAGE, ninguna consideración de equidad, por justificada que esté, puede autorizar a los jueces a modificar los términos de una convención: el Juez no ha de preocuparse por la mayor o menor severidad de la cláusulas aceptadas por una de las partes (*Op. cit.*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., 1948, núm. 467, pág. 434; *id.*, t. I, núm. 9; t. II, núms. 562 y 566, y t. IV, núms. 550 y 720; *id.*, *Complément au Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. II, Bruxelles, 1951, núm. 566, pág. 113). En nuestra doctrina, PUG PEÑA recuerda que el respeto al dogma de la autonomía de la voluntad veda variar los términos del contrato; pero observa que ese rigorismo ha quedado templado con las concesiones de la jurisprudencia (*Tra- tado de Derecho civil*, t. IV, vol. II, págs. 47 y 48).

to expreso de la ley, a falta de disposiciones relativas, o para interpretarlas (47).

La jurisprudencia española, desde luego, ha dado acogida en ocasiones al principio de equidad. La sentencia de 8 de julio de 1935 declaró que, cuando sobre la inteligencia de un contrato se suscitan dudas, a nadie más que al juzgador corresponde, de acuerdo con los preceptos generales contenidos en el título II, libro IV del Código civil, poner término a esa clase de conflictos, fijando *con sujeción a las reglas de equidad* la intención y propósito de quienes contrataron (48). Y otras sentencias han recogido a veces adagios basados en la equidad, como aquel de que *aequitas in dubio praevalet* (49) y aquel otro, especialmente interesante aquí, de que *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (50).

Cabe aún preguntarse si la aplicación del principio *favor debitoris* contribuye realmente a la realización de la justicia en el campo del Derecho de obligaciones. Recientes estudios sobre la obligación advierten que el elemento central de la misma está constituido por el deber del deudor (51) y que la idea del deber como factor esencial de la obligación se muestra patente en diversos artículos del Código español y en el conjunto de su regulación (52). Puede, pues, pensarse que lo que el juez ha de procurar es el cumplimiento de ese deber, lo que se logra cuando se realiza la prestación, independientemente de que ésta satisfaga insuficientemente el interés del acreedor o gravite pesadamente sobre el deudor. Puede aducirse también contra el *favor debitoris* que, aunque se considera que el deudor es un «sujeto localizado en una situación de subordinación» y el acreedor «otro sujeto puesto en una situación de preeminencia» (53), esa subordinación y esa preeminencia son sólo en la obligación concreta de que se trate, ya que en la vida, por lo demás, la situación del deudor puede ser precisamente la más holgada. Y podría recordarse acaso también la moderna corriente del Derecho penal contra el principio *pro*

(47) DE CASTRO, *Derecho civil* cit., I, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 427.

(48) Un comentario a esta sentencia —dictada en el pleito que surgió entre la Junta Nacional de la Música y Teatros Líricos y un destacado tenor contratado por aquélla para la temporada 1932 a 1933— puede verse en la nota de jurisprudencia de F. MENÉNDEZ PIDAL en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1936, primer semestre, págs. 498 a 504.

(49) Sents. de 25 de marzo de 1915 y 20 de marzo de 1945.

(50) Sents. de 13 de febrero de 1872, 4 de junio de 1873, 15 de octubre de 1874, 16 de junio de 1917 y 5 de junio de 1924.

(51) Vid. M. GIORGIANNI, *La obligación* (trad. E. Verdora), E. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 211 y 213.

(52) Vid. A. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, pág. 69. Para el profesor HERNÁNDEZ-GIL, en la concepción integradora de la obligación, la obligación es siempre deber (pág. 67), aunque no única ni exclusivamente (pág. 70).

(53) GIORGIANNI, *Op. cit.*, pág. 46.

reo (54), que tiene un fundamento análogo al *favor debitoris*. Sin embargo, si se recuerda, por otra parte, que en el campo de la contratación existe tendencia a proteger a la parte más débil (55) y que el *favor debitoris* vendrá normalmente en su ayuda, puede concluirse por aceptar que la aplicación de ese adagio, naturalmente limitado a los casos de duda, no se opondrá a la justicia y constituirá un aspecto más de la humanización del Derecho y de su dulcificación por la equidad.

---

(54) Vid. GUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 5.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 175. Vid. también QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, pág. 166, donde se señalan puntos de crítica, desde el punto de vista técnico, del proceder humanitario del Juez Magnaud.

(55) Vid. DE CASTRO, *Las condiciones generales* cit., págs. 339 y 340.

# El Convenio de La Haya sobre «protección de menores»

J. M. CASTRO-RIAL CANOSA

Catedrático

## I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado es la única organización intergubernamental que se ocupa de modo exclusivo de las materias características del Derecho internacional privado. El fin establecido en sus Estatutos consiste en «la unificación progresiva de las reglas de Derecho Internacional Privado» (art. 1.º). La Novena Conferencia celebrada en La Haya del 5 al 26 de octubre de 1960, adoptó, entre otros, el «Convenio concerniente a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores».

El actual Convenio no sólo se aparta sensiblemente del anterior Convenio de 1902 sobre la Tutela —ratificado por España—, sino que lo deroga, aunque se limite a designar la ley aplicable a los casos de tutela que contienen elementos internacionales y no aspire a instituir un sistema tutelar nuevo y uniforme en todos los países.

El Convenio sobre protección de menores de 1960 no es, pues, una simple revisión y puesta al día del Convenio de 1902. Los factores determinantes de la elaboración del nuevo Convenio son diversos y fueron, oportunamente, tomados en consideración por la Oficina Permanente de la Conferencia. Merecen señalarse los principales:

a) *Circunstancias históricas*: El Convenio de 1902 fue concertado con el fin de regular las relaciones entre los Estados de la Europa continental, pero actualmente la Conferencia comprende también países vinculados al sistema del «Common law». Procedía tomar en cuenta las concepciones de los Estados que no eran partes del Convenio de 1902 y que se integraron en la Conferencia después de la primera o segunda guerra mundial.

b) *Tendencia actual*: La Conferencia tiende actualmente a elaborar reglas de Derecho internacional privado de alcance general, es decir, aplicables incluso cuando la persona en cuestión

o el derecho designado no pertenece a uno de los Estados contratantes, y susceptibles de facilitar la adhesión de los no-miembros.

c) *Principio básico*: El Convenio de 1902 basa su reglamentación, esencialmente, en el principio de la nacionalidad, considerado como indiscutible en casi todos los Estados representados en la Conferencia en que se elaboró. Por el contrario, en la práctica internacional actual parece evidente el hecho de que un cierto número importante de Estados-miembros se adhieren y aplican el principio del domicilio, mientras en otros países el criterio de la nacionalidad va siendo objeto de impugnación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

d) *Evolución de la institución*: La misma institución tutelar ha evolucionado en casi todos los países, porque cada vez se ha ido adquiriendo mayor conciencia de la necesidad de otorgar a los menores una protección más amplia que la dimanante del Derecho privado clásico. Naturalmente la Conferencia no ha pretendido nunca reglamentar el Derecho interno, pero, tampoco podría haber propuesto una solución satisfactoria de los conflictos de leyes sin tener en cuenta la delimitación, en cada uno de los sistemas jurídicos, de las reglas internas a las que se extenderá la designación convencional. Además, a los órganos clásicos de la tutela del Derecho privado se han yuxtapuesto o adosado, en muchos países, ciertas instancias de protección dependientes más bien del Derecho administrativo. Cierto es que a veces resulta difícil trazar el límite exacto entre una y otra función, pero, es bien manifiesto que, en todo caso, se trata de funciones interdependientes que debían o era deseable regir por un sistema jurídico único.

e) *Repartición de competencias*: La reglamentación de la tutela presenta ciertos aspectos típicos que no concurren en otras materias reguladas por los convenios de Derecho internacional privado. En efecto, cuando las materias en que la intervención de las autoridades es necesaria tan sólo para delimitar los derechos respectivos de los interesados en caso de desacuerdo (contratos) o para modificar o crear una situación jurídica durable (cuestiones de estado de las personas: divorcio, adopción, etc.), es suficiente determinar la competencia legislativa y jurisdiccional a fin de que el litigio pueda ser resuelto por medio de un procedimiento único.

En la tutela, en cambio, la situación es diferente: no se contempla, por regla general, el problema de la delimitación permanente de derechos y obligaciones, sino más bien de un menor desprovisto entera o parcialmente de la seguridad de hallarse encuadrado en una situación familiar estable y normal, y al que hay que asegurar —a veces en contra de intereses egoístas de toda índole— la protección y la educación. Este objetivo primordial no es alcanzable, frecuentemente, por medio de un procedimiento

único, antes bien necesita una serie de actos mientras persiste la menor edad, que pueden corresponder, según los casos y las legislaciones, a la jurisdicción contenciosa o graciosa, a la administración o simplemente a la organización familiar.

Por consiguiente, un acuerdo internacional sobre la Tutela que pretendiese ser verdaderamente útil, en la actualidad, no podía circunscribirse a disipar la incertidumbre sobre el derecho aplicable y la competencia judicial prevaleciéndose tan sólo de reglas de conflicto precisas, sino que debía, además, preocuparse de instituir una repartición de competencias que posibilitase la acción eficaz de los diversos órganos todo a lo largo de la tutela.

## II. DIFERENCIAS ENTRE EL CONVENIO DE 1902 Y EL CONVENIO DE 1960.

Merecen mencionarse, entre otras, las siguientes:

1. El Convenio de 1902 sólo contempla la tutela en sentido estricto —y así lo revela su título: «tutela de menores»—. El Convenio de 1960 tiene un contenido más amplio, porque comprende, de modo más general, todas las medidas de protección de los menores.

Es de observar, sin embargo, que el actual Convenio no pretende abarcar todas las leyes y las medidas de protección que revisten *carácter general* y que conciernen, por ejemplo, al derecho del trabajo, la asistencia social, la prohibición de frecuentar cafés o cines, etc. Aspira, solamente, a comprender las medidas de protección que entran en el concepto de tutela en el sentido *más amplio*.

Si el Convenio habla de medidas de protección y no de tutela, no es con el propósito de adoptar una actitud o de tener un carácter revolucionario desde el punto de vista del Derecho internacional privado, sino esencialmente con el fin de evitar las difíciles cuestiones de calificación (al margen de comprender las medidas sociales de las autoridades administrativas). En efecto, si ciertos Estados utilizan de modo general los términos de *tutela* o *curatela*, otros en cambio hacen tan sólo entrar en estos conceptos la administración de los bienes del menor y no las medidas concernientes a los cuidados de su persona.

Por consiguiente, se podrá, probablemente, hacer entrar en la esfera de acción del Convenio, las medidas de protección de los menores análogas a la tutela que sean adoptadas por los organismos públicos.

2. El Convenio de 1902 regulaba, en primer lugar, la ley aplicable a la tutela y, solamente, de modo accesorio, la competencia para adoptar las medidas de tutela. El Convenio de 1960, en cambio, pone el acento sobre el problema de la designación del Estado cuyas autoridades son competentes para dictar las me-

didadas de protección y procura hacer coincidir, en la medida de lo posible, la ley que debe regir las relaciones de protección sobre las cuestiones de fondo con la *lex fori*.

Sobre este extremo, se reconoce que es prácticamente imposible distinguir de modo satisfactorio entre los puntos que se refieren al fondo del Derecho y los que dependen de la administración de la tutela y de su organización por las autoridades —al igual que ha sucedido con otras tentativas recientes de regular las medidas de protección de los menores por medio de un convenio internacional (1). Por ello el Convenio, teniendo en cuenta las experiencias de la práctica, ha preferido como punto de partida la designación del Estado cuyas autoridades serán competentes para adoptar las medidas de protección, por considerar que este planteamiento haría más fácil la solución del problema de la determinación de la ley más apropiada para regir la sustancia de la relación de protección.

3. Por consiguiente, mientras el Convenio de 1902 regulaba la tutela sobre la base de la ley nacional, el Convenio de 1960 hace regir las medidas de protección de los menores y, por tanto, igualmente la tutela, por la *ley interna* de la autoridad que debe tomar las medidas de protección. Esta ley será, en principio, la del Estado en que el menor tenga su residencia habitual, habida cuenta del criterio sobre la competencia de las autoridades contenido en el Convenio de 1960.

Esta norma de principio no es más que una consecuencia de la solución antes expuesta, en el número 2 precedente. De acuerdo con las respuestas dadas por los Gobiernos —al cuestionario previo elaborado por la Oficina Permanente—, se ha visto que las autoridades administrativas desean, en general, adoptar las medidas protectoras previstas por su propia ley. En varios países los propios jueces han llamado la atención sobre las cuestiones delicadas que pueden dimanar de la nacionalidad extranjera del menor y han afirmado que suelen aplicar, con pocas dificultades, su propia *lex fori*, y esto con violación incluso de los principios mismos del Convenio de 1902.

4. El Convenio de 1902 no regulaba expresamente el reconocimiento y la ejecución en un Estado contratante de las medidas de protección adoptadas por otro. El Convenio de 1960 trata igualmente esta cuestión (y en el mismo orden de ideas habla de la competencia) con el afán de evitar que se produzcan medidas concurrentes adoptadas en diversos países. Se trata, en fin de cuentas, de un delicado problema de Derecho internacional privado: el de la administración pública del Derecho privado. Materia ésta muy espinosa porque suscita cuestiones que tienen repercusión sobre

(1) Así el Comité de «Relaciones de la Familia» de la «International Law Association» que ha enfocado el problema limitándose a la *custody of children*. Conferencia de Hamburgo, agosto 1960.

el reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada y de la ejecución de sentencias extranjeras.

5. El Convenio de 1902 no preveía, en principio (2) las relaciones directas entre las autoridades de los Estados contratantes. El Convenio de 1960, sin llegar a crear una instancia común y permanente, admite las relaciones directas entre las autoridades competentes para tomar las medidas de protección, sin excluir las relaciones entre los Gobiernos por intermedio de los órganos especialmente encargados de las relaciones internacionales. Igualmente se reconoce, directamente, a dichas autoridades y no a los Estados, la facultad de invocar —en los casos previstos por sus disposiciones—, sea la ley de residencia habitual, sea la ley de la nacionalidad.

En interés del menor se podrán, pues, establecer relaciones directas entre las autoridades judiciales y administrativas encargadas de la protección de los menores en los diversos Estados contratantes. No queda excluida, naturalmente, la posibilidad de utilizar, a tal fin, la vía diplomática. La solución adoptada corresponde a la fase en que se encuentra actualmente el desarrollo de las relaciones internacionales, con tendencia a crear una colaboración más estrecha entre los diversos países y realizar mejor los fines sociales. La realización de esta colaboración directa requerirá resolver difíciles cuestiones de organización en el interior de los Estados. Sobre todo, en lo que concierne a las relaciones entre las autoridades centrales y locales.

### III. NOTAS CARACTERISTICAS DEL CONVENIO DE 1960.

El Convenio tiene un carácter esencialmente práctico.

En *primer lugar* es de advertir su fundamentación peculiar, completamente diferente de la del Convenio de 1902.

En *segundo lugar*, cabe señalar que el presente Convenio hace coincidir la cuestión de la competencia y la cuestión del Derecho aplicable, simplificando el sistema anterior de 1902, por considerar que las autoridades encargadas de la protección de los menores podrían informarse, de modo oportuno, sobre el contenido de las leyes extranjeras.

En *tercer término*, el Convenio considera como punto de conexión posible no sólo, exclusivamente, a la nacionalidad del menor, según el anterior sistema de 1902, sino, también, a la residencia habitual del pupilo. Este nuevo punto de conexión no desplaza a la nacionalidad, que perdura con carácter esencial, sino que se combina con ella por imperativos de la vida contemporánea.

Como los desplazamientos de las poblaciones son hoy frecuentes y los menores se encuentran, muchas veces, alejados de

(2) Salvo el artículo 8.º

su Estado de origen se ha reconocido que la protección de los interesados podría resultar más eficaz atribuyendo mayor competencia a las autoridades locales.

Se ha aceptado, también, que la aplicación exclusiva del principio de la nacionalidad, sobre el cual se había basado esencialmente el Convenio de 1902, carecía de efectividad práctica. No sólo porque varios Estados hayan denunciado ya el Convenio de 1902, sino porque en la mayoría de los casos en que los Gobiernos extranjeros eran consultados sobre las medidas de protección a adoptar en favor de sus súbditos menores, se desinteresaban de la cuestión y confiaban su solución a la atención de las autoridades de la residencia habitual del menor. Este extremo ha sido confirmado, previa consulta, por el Servicio Social Internacional.

En *cuarto lugar*, merece tenerse en cuenta la especial amplitud del presente Convenio. Mientras el Convenio de 1902 se circunscribía a la «tutela de los menores», el Convenio actual comprende de modo más general todas las medidas de protección de los menores, como la curatela o la retirada de la guarda de los padres. De esta forma se han tratado de evitar los delicados problemas de calificación.

#### IV. NORMAS BÁSICAS DEL CONVENIO

##### 1) COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

«Las autoridades, tanto judiciales como las administrativas, del Estado de la residencia habitual del menor son competentes para tomar las medidas concernientes a la protección de su persona o de sus bienes, salvo lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 párrafo 3.º del presente Convenio» (art. 1.º).

Es principio fundamental del Convenio tiende a eliminar el conflicto entre las autoridades administrativas o judiciales de los diversos Estados llamados a adoptar medidas con respecto a un mismo menor y atribuye la competencia a las autoridades del Estado en que tiene su residencia habitual el menor. Se ha estimado —al margen y con reserva de las excepciones que el principio sufre en el propio Convenio— que el Estado de la residencia habitual del menor es el más indicado para informarse sobre los hechos, efectuar investigaciones en el medio ambiente del menor y seleccionar las medidas más idóneas de conformidad con su interés.

Teniendo en cuenta el *contenido más amplio* del presente Convenio en relación con el de 1902, la norma expuesta no constituye una innovación en lo que concierne a las medidas adoptables, que se inspiran y relacionan —al igual que en ciertos países— esencial-

mente con motivos sociales. Las medidas concernientes a las instituciones jurídicas de este orden suelen ser ya, en la actualidad, de la competencia de las autoridades del Estado en que el menor tiene su residencia habitual. Una cierta innovación podría verse en el hecho de que, en lo sucesivo, la eficacia de tales medidas quedará asegurada en otros Estados, según se comenta más adelante.

El artículo primero constituye, ciertamente, una *verdadera innovación*, y muy importante, en cuanto a la tutela y las instituciones análogas. Basta recordar que el Convenio de 1902 atribuía, en primerísimo lugar, la competencia a las autoridades del Estado nacional del menor, incluso cuando éste residía en otro Estado, salvo la competencia de las autoridades de la residencia del menor, en los casos en que no actuasen las autoridades nacionales.

El principio innovador consiste en considerar la «residencia habitual» del pupilo como el punto de conexión primario, en virtud de razones de orden práctico y en interés del menor.

La nacionalidad, sin embargo, no queda reducida en el Convenio a un simple «punto de conexión secundario», sino que ha perdido la primacía y exclusividad esencial que tenía en el Convenio de 1902. La ley nacional operará ahora en más de una ocasión con carácter subsidiario. Y, desde luego, el presente Convenio aun alterando el orden de las conexiones del Convenio de 1902, salvaguarda, en la medida de lo posible, la facultad de intervención de las autoridades del Estado nacional del menor, introduciendo la «combinación parcial» del criterio de la residencia habitual con el principio de la nacionalidad.

En realidad, el compromiso entre los dos criterios señalados equivale, en parte, a introducir dos competencias y no dejará de crear situaciones complejas como todas las soluciones de compromiso de los convenios internacionales, cuya eficacia depende del espíritu de cooperación internacional que anime a los Estados contratantes.

El principio innovador del artículo primero del Convenio de 1960 experimenta *notables excepciones*. La competencia de las autoridades del Estado de la *residencia habitual del menor* es reemplazada y cede, en múltiples casos, en favor de las autoridades del Estado nacional del menor e incluso, para las medidas urgentes, en beneficio de otros Estados contratantes.

El concepto de «residencia habitual» no es definido por el Convenio. Se ha reconocido la dificultad de la definición y no se ha estimado deseable ofrecer una precisión del término, aun admitiendo que tal vez hubiera sido útil insertar una disposición conteniendo una enumeración limitativa de los casos en que no se debiera de reconocer la existencia de una residencia habitual independiente. (Por ejemplo, la permanencia en un Sanatorio, la estancia de vacaciones prolongada, la participación en cursos académicos de estudios, etc.). De esta forma se pretende soslayar, además, la dis-

crepancia sobre la posibilidad de fragmentar el concepto, según se trate de la jurisdicción o de la aplicación de la ley relativa al fondo.

Desde luego, no parece posible considerar la residencia como habitual únicamente en razón de la duración de la permanencia. Es indudable que los tribunales de ciertos países no exigirán más que un breve plazo si las circunstancias que concurren en el caso evidencian la intención de establecerse en el lugar en cuestión. Esta actitud, tal vez, resultase aceptable respecto a la determinación de la jurisdicción, pero no con relación a la ley aplicable al fondo de la institución.

Sería difícil admitir que una breve permanencia tuviera importancia suficiente para que los tribunales del Estado local se consideraran facultados para aplicar en todos los casos sus propias reglas de fondo, en vez de la ley del Estado nacional del menor. Sabido es, a su vez, que los Estados partidarios del criterio de la nacionalidad no podrían admitir fácilmente en tales casos la prioridad de la *lex fori*.

La permanencia de corta duración no será, pues, condición suficiente para la aplicación de la ley del país de residencia más que en el caso de que se trate de medidas tan urgentes que si no fueran adoptadas se pudiera crear una situación manifiestamente incompatible con los intereses del menor.

Sin embargo, el problema de calificación en torno a la «residencia habitual» queda subsistente, si bien suavizado, en parte, por las disposiciones subsiguientes del Convenio relativas a las «medidas urgentes».

El artículo 1.º habla, además, expresamente, de las *autoridades judiciales y administrativas*, teniendo en cuenta el hecho de que las instancias encargadas de tareas análogas son muy diferentes según los Estados; y, en razón de que las medidas de protección, incluso las adoptadas por las autoridades judiciales, revisten, frecuentemente, un carácter administrativo indiscutible.

Cierto es que el término «medidas» es, un poco vago. Su acepción depende, en gran parte, de la misma naturaleza de las instituciones jurídicas de protección de menores. La precisión del concepto sólo puede extraerse del examen del conjunto de las normas contenidas en el Convenio.

Se menciona de modo expreso que las medidas pueden referirse tanto a la protección de la «persona» del menor, como a la salvaguarda de sus «bienes». En realidad, en ciertos Estados la tutela no comprende más que la administración de los *bienes* con exclusión de los *cuidados* de la persona.

El artículo primero hace referencia explícita a las excepciones al principio de la competencia del Estado de la residencia, en favor de la ley nacional. Ahora bien, el Convenio contiene no sólo disposiciones sobre la jurisdicción, en materia de protección de la persona y de los bienes del menor, sino también sobre la de-

signación de la ley aplicable por los tribunales y demás autoridades cuando tengan que regular las relaciones de protección. El Preámbulo del Convenio presenta como objetivo el «establecer disposiciones comunes concernientes a la *competencia* de las autoridades y la *ley aplicable* en materia de protección de menores».

La elaboración de normas concernientes sólo a la jurisdicción no habría suscitado muchas dificultades, porque las disposiciones de esta naturaleza no tienen excesivo valor práctico en la actualidad en lo que concierne a la tutela: la atribución —se afirmó—, de la competencia a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor no hace más que reproducir «una concepción que ha sido adoptada ya en la mayoría de los países».

En realidad, se impuso la necesidad de extender la esfera de acción del Convenio a los problemas concernientes a la ley aplicable, sobre los cuales no se había llegado a solución uniforme en las jurisprudencias de los diferentes países, en razón de que ciertos Estados están vinculados al principio de la nacionalidad y otros al domicilio.

## 2) LEY APLICABLE.

«Las autoridades competentes, con arreglo al artículo primero, adoptan las medidas previstas por su ley interna.

Esta ley determina las condiciones de la institución, la modificación y la cesación de dichas medidas. Rige, igualmente, sus efectos tanto en lo concerniente a las relaciones entre el menor y las personas e instituciones que las tienen a su cargo, como en lo que respecta a terceros» (art. 2).

La solución que ha prosperado en el Convenio fue dictada, ante todo, en razón del interés del menor. Las razones en favor del principio se basan tanto en consideraciones prácticas como psicológicas o sociales.

Dicho principio había sido reconocido ya por la propia Conferencia cuando elaboró el Convenio de 1956 sobre la ley aplicable en materia de obligaciones alimenticias de los hijos.

La referencia a los «terceros» pretende resolver sólo los problemas concernientes a las relaciones regidas por el artículo de un modo general, sin afectar, por ejemplo, a los derechos reales, a las formalidades de publicidad, etc.

No pretende, tampoco, resolver todos los problemas delicados de calificación que continuarán siendo resueltos, como de ordinario, por la doctrina y la jurisprudencia relativas al Derecho internacional privado de los diversos Estados.

Sin embargo, aunque no de modo expreso, excluye los problemas de capacidad, por ejemplo, la determinación de la edad en que el menor alcanza la mayoría de edad.

Por otra parte, la expresión de «ley interna» quiere indicar, como en otros convenios de La Haya, que se trata de contemplar el derecho del país con exclusión de su Derecho internacional privado, esto es, evitar el reenvío.

La *ratio* del párrafo 2.º del artículo 2 se inspira en la idea de que las autoridades, y singularmente las administrativas, podrán instituir y administrar la tutela, u otras medidas, más eficazmente, si pueden observar para ello su propia ley sin tener necesidad de aplicar el Derecho extranjero.

### 3) RELACIONES DE AUTORIDAD.

«La relación de autoridad derivada de pleno derecho de la ley interna del Estado del cual es súbdito el menor, será reconocida por todos los Estados contratantes» (art. 3).

El artículo 3 constituye una de las derogaciones más importantes de la aplicación del criterio de la residencia habitual en favor de la ley nacional. Prevé las relaciones de protección del menor que no tienen carácter de medidas circunstanciales. Por ejemplo, en caso de fallecimiento del padre, la madre tiene, en ciertos Estados, la patria potestad; en otros, en cambio, la tutela legal.

Pese a la calificación incierta de este artículo, comprende realmente las relaciones jurídicas de carácter permanente, habida cuenta de que afectan casi siempre a la protección de los menores.

En efecto, en virtud de la estrecha vinculación existente entre la tutela legal y la organización de la familia, se ha reconocido la necesidad de atribuir, en dicho caso, la competencia primaria a la ley nacional del menor. Las situaciones que abarca la tutela legal en ciertos Estados dependen, en otros, de la patria potestad.

Por consiguiente, las relaciones entre el menor y la persona encargada de su protección dimanantes de las leyes de los Estados que conocen la tutela legal deben ser reconocidas en todos los Estados contratantes.

Naturalmente, este artículo 3 sólo opera en tanto y cuanto subsisten las relaciones de autoridad dimanantes de pleno derecho de la ley interna del Estado nacional del menor. Cuando las autoridades nacionales ponen término a las mismas, entran en juego las reglas ordinarias del Convenio.

### 4) COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO NACIONAL.

«Si las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor consideran que el interés del menor lo exige pueden tomar, según la ley interna, las medidas concernientes a la protección de su persona o de sus bienes, después de haber dado aviso a las autoridades del Estado de su residencia habitual.

Dicha ley determina las condiciones de la institución, modificación y término de las citadas medidas. Rige, igualmente, sus efectos, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas e instituciones que lo tienen a su cargo, como respecto a terceros.

La aplicación de las medidas adoptadas será garantizada por las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor.

Las medidas tomadas en virtud de lo antes prescrito en el presente artículo reemplazan las medidas eventualmente adoptadas por las autoridades del Estado en el que tiene su residencia habitual el menor» (art. 4).

Este artículo 4 contiene, al igual que el artículo 3, otra derogación importante de la aplicación de la ley de la residencia habitual en favor de la ley nacional, y concede a las autoridades del Estado nacional del menor la facultad de adoptar, según su propia ley interna, las medidas conducentes a la protección de la persona o de los bienes del pupilo.

La expresión «si las autoridades nacionales consideran que el interés del menor lo exige», ha de estimarse como un simple criterio interpretativo. Es el Estado nacional el que debe de ejercer la facultad conferida, de interpretación de las circunstancias del caso concreto, sin pretender imponerle límites o restricciones en cuanto a los motivos de su decisión, que resultarían, además, de difícil realización. Al Estado nacional, solamente se prescribe el deber de informar, de consultar, de avisar previamente a las autoridades del Estado de residencia. Esta salvedad no persigue más objetivo que el garantizar, en interés del menor, el ejercicio de dicha facultad, de suerte que ésta no sea practicada sin previa orientación y reflexión suficientes.

Por otro lado, la consulta recíproca prevista por el Convenio suavizará las divergencias posibles entre las autoridades responsables de los países interesados.

El Estado nacional que haga uso de dicha facultad, observará su ley interna: ésta determinará las causas de la institución, etc. Esta ley interna rige asimismo las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a las que se confía la protección de los menores, así como los efectos de las medidas con respecto a los terceros. Y ello incluso si el menor continúa residiendo de modo habitual en otro Estado distinto del que es súbdito.

El párrafo 4.º del artículo 4 es una aplicación de las normas anteriores; si se quiere evitar que las medidas adoptadas en varios países respecto a un menor, engendren conflictos perjudiciales a sus intereses, es preciso que cuando el Estado nacional hace uso de la facultad de instituir la tutela o sus medidas análogas, éstas deban de reemplazar a las del Estado de residencia. Naturalmente, se mantendrían los efectos ya consumados de las medidas anteriores.

## 5) CAMBIO DE LA RESIDENCIA HABITUAL.

«En el caso de desplazamiento de la residencia habitual del menor, de un Estado contratante a otro, las medidas tomadas por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual continuarán en vigor mientras no hayan sido anuladas o reemplazadas por las autoridades de la nueva residencia habitual.

Las medidas adoptadas por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual no serán anuladas o reemplazadas hasta después de haberse dado previo aviso a dichas autoridades.

En el caso del desplazamiento del menor que se hallase bajo la protección de las autoridades del Estado del cual es súbdito, las medidas adoptadas por ellas con arreglo a su ley interna continuarán en vigor en el Estado de la nueva residencia habitual» (art. 5).

Como la conexión fundamental de la residencia habitual del menor es un criterio más variable que el de la nacionalidad convenía resolver el problema de los efectos de su desplazamiento de un lugar a otro. Admitido el principio, se prevé en el Convenio la posibilidad de que los cambios de residencia habitual ocasionen una modificación de la competencia, lo cual entrañaría, a su vez, el cambio de la ley aplicable.

Naturalmente, se ha querido evitar que el menor quedara sustraído, durante cierto tiempo, a las medidas de protección, por causa del desplazamiento de su residencia habitual. Se reconoce, además, que las medidas relativas al menor debían de sufrir la menor interrupción posible. Se trata, pues, de asegurar la continuidad de las medidas adoptadas para el caso del cambio de residencia habitual.

Por consiguiente, las medidas en vigor en el momento del desplazamiento del menor en el Estado de primera residencia habitual serán mantenidas hasta que las reemplacen las autoridades de la segunda residencia habitual; o, ponerles término si son del parecer de que ya han dejado de ser necesarias.

Las autoridades de la nueva residencia habitual no podrán alterar, ni hacer cesar las medidas adoptadas por el Estado de procedencia del menor, sin «previo aviso» a este último.

Esta necesidad del «previo aviso» no ha de entenderse como un verdadero «deber de consulta». Ciertamente que las autoridades de la antigua residencia habrían tomado las medidas oportunas después de seria investigación y estudio del caso concreto y, por tanto, existía un interés humano en que la solución adoptada fuese respetada aun después del desplazamiento del menor, máxime para evitar desplazamientos «fraudulentos». Pero, en realidad, la noción del «aviso previo» parece cubrir suficientemente la necesidad de la información pertinente, si se tiene en cuenta que el Convenio fomenta una cooperación más estrecha entre los Estados signatarios. Basándose en un nuevo espíritu de inteligencia y coordinación entre todas las autoridades interesadas que se ocu-

pan del menor, no cabe pensar en la aparición de obstáculos importantes a la misma. Por ello, prevaleció la idea del «previo aviso» sobre la «consulta».

Este «previo aviso» del Estado local al Estado de la anterior residencia del menor, adquiere una formulación terminante en favor del principio de la nacionalidad, si el anterior Estado de la residencia era, al mismo tiempo, el Estado nacional del interesado. En este supuesto, las medidas adoptadas por el Estado nacional del menor, conforme a su propio Derecho material, continuarán en vigor en el Estado de la nueva residencia habitual.

Esta solución del artículo 5 es, en la práctica, una concesión más al principio de la nacionalidad, y equilibra las posibles aplicaciones del principio territorialista y domiciliar que subyace en la noción de residencia habitual.

Ciertamente el desplazamiento del menor no debía de suponer una sustitución automática de las medidas tomadas por su Estado nacional. Esta reflexión es más válida aún desde el momento en que el artículo 4 faculta al Estado nacional a adoptar las medidas de protección de sus súbditos cuando éstos tienen su residencia habitual en país extranjero.

Claro está que esta concesión del artículo 5 al principio de la nacionalidad se verá, en la práctica, contrapesada, a su vez, por la reserva general del «orden público». Las autoridades de la residencia habitual pueden, no obstante, actuar no ya sólo en base de la competencia normal que les reconoce el artículo 1, sino, también, en virtud de las medidas de urgencia previstas en el artículo 9, al margen de poder oponerse a las medidas «nacionales» que el Estado local considere contrarias al interés del menor (orden público).

#### 6) DELEGACIÓN DE FACULTADES.

«Las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor pueden, de conformidad con las del Estado en el que tenga su residencia habitual o posea bienes, confiar a las autoridades de este último la ejecución de las medidas tomadas.

La misma facultad corresponde a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor respecto a las autoridades del Estado en que el menor posea bienes» (art. 6).

La delegación de facultades indicada se basa en el principio orientador y elemental del Convenio: la cooperación de las autoridades internas competentes de los Estados contratantes. Esa delegación se refiere, esencialmente, a la «ejecución» de las medidas adoptadas, sea por el Estado nacional o el de la residencia habitual del menor.

La posible delegación de facultades a los efectos de «ejecución» de las medidas de protección del menor no descarta la efi-

caz participación de las autoridades diplomáticas y consulares nacionales y extranjeras, antes bien, con su concurso, facilita la estrecha y directa relación entre las autoridades internas competentes de los Estados contratantes. La práctica moderna de la interdependencia y comunicación inmediata de los Estados es recomendada por el Convenio al objeto de evitar dilaciones en la «ejecución» de las medidas ineludibles de protección requeridas por el interés del menor

#### 7) RECONOCIMIENTO DE LAS «MEDIDAS DE PROTECCIÓN».

«Las medidas tomadas por las autoridades competentes en virtud de los artículos precedentes del presente Convenio serán reconocidas en todos los Estados contratantes. Si, no obstante, dichas medidas implican actos de ejecución en otro Estado distinto del que las ha adoptado, su reconocimiento y ejecución serán regidas, ora por el Derecho interno del Estado en el que se solicita la ejecución, ora por los convenios internacionales» (art. 7).

Las normas de Derecho internacional privado, en su sentido estricto, no afectan, en muchos países, al problema de la eficacia de los actos públicos extranjeros, que dependen, más bien, en tales países, del Derecho procesal. Existen, empero, ciertas instituciones, y singularmente las relativas a la protección de los menores, sobre las que es difícil hacer esa distinción de modo claro.

Si una norma de conflicto de un Estado prescribe que la tutela sea regida por la ley interna de otro Estado, el procedimiento de designación o revocación del tutor, que ocurre en este segundo Estado y que depende de su Derecho público, tiene necesariamente ciertos efectos —que pueden ser indirectos— en aquel primer Estado. En realidad, lo que interesa no es tanto el que se efectúe el procedimiento en el segundo Estado, sino que exista —o no— un tutor.

En razón de la gran variedad de autoridades judiciales y administrativas que se ocupan en los diversos países de la protección de los menores, no se introduce una distinción entre actos judiciales y administrativos, o entre sentencias contenciosas y actos de jurisdicción graciosa, pensando en facilitar la inteligencia y aplicación del Convenio.

Las medidas adoptadas por las autoridades competentes en el sentido del Convenio no serán automáticamente eficaces más que en el caso de que no impliquen la realización de actos de ejecución en su territorio. En caso contrario, no sólo la ejecución, sino igualmente el simple reconocimiento de las medidas, quedarán sometidas al derecho del Estado en que deben producirse. Esta solución evita el riesgo de las decisiones que obligan a uno de los padres a entregar el niño a otro de ellos.

Conviene advertir, a tal propósito, que en numerosos Estados se requieren procedimientos particulares para el reconocimiento

de las decisiones extranjeras, incluso si, por su naturaleza, no dan lugar a medidas de ejecución. Ahora bien, el simple reconocimiento de una sentencia extranjera parece conferirle la fuerza de cosa juzgada. Incluso si la decisión en cuestión no necesita medidas de ejecución, su fuerza de cosa juzgada podría, a veces, ser oponible a las autoridades que, en el Estado en que ha sido reconocida, proyectasen dictar tales medidas.

Se reflexionó, también, que la fórmula adoptada deja subsistir la duda respecto a si es posible reconocer automáticamente las sentencias extranjeras que puedan tener fuerza de cosa juzgada, pero no entrañen actos de ejecución. La fórmula que a tal fin se propuso no fue aceptada.

Se sienta pues, el principio general de atribuir efectos extraterritoriales a las medidas tomadas por las autoridades competentes. Su aplicación queda condicionada a la efectividad que a dichas medidas les atribuya el «derecho interno del Estado en que se solicita la ejecución», salvo las obligaciones dimanantes de los convenios internacionales.

#### 8) EXCEPCIÓN EN EL «CASO DE PELIGRO» (*Competencia especial*).

«No obstante lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5, párrafo 3.º del presente Convenio, las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor pueden adoptar las medidas de protección siempre que el menor se vea amenazado de un peligro serio en su persona o en sus bienes.

Las autoridades de los demás Estados contratantes no están obligadas a reconocer dichas medidas» (art. 8).

La competencia especial de este artículo 8, impone siempre una limitación importante a la distribución normal de competencias del Convenio, establecida en los artículos 3, 4 y 5. Singularmente afecta y restringe las facultades generales atribuidas al Estado nacional del menor pensando que las autoridades de su residencia habitual sabrán apreciar mejor que nadie el interés del menor en el caso de que se vea amenazado de «un peligro serio en su persona o en sus bienes».

La excepcional competencia de este artículo sólo será válida en casos extremos y no frecuentes: la gravedad del peligro para la persona del menor o sus bienes no será circunstancia utilizada, con abuso de Derecho, por el Estado de la residencia habitual.

La competencia excepcional del artículo 8 no tiene una esfera de acción demasiado amplia, ya que «las autoridades de los demás Estados contratantes no están obligadas a reconocer tales medidas», dado el carácter circunstancial y pasajero del supuesto caso de la «amenaza de peligro serio».

Por consiguiente, los artículos 7 —reconocimiento de las medidas de protección— y 8 —excepción en caso de peligro— tienen una diferencia notable. El artículo 7 contempla el reconocimiento y la ejecución de las medidas de las autoridades normalmente competentes. En cambio, el artículo 8 contempla las medidas excepcionales del Estado de residencia dejando sin efecto las medidas tomadas por el Estado nacional; es decir, el primero se refiere al funcionamiento normal del Convenio; el segundo se refiere a una situación totalmente excepcional en la que el menor se vea amenazado de un peligro real.

Las medidas del artículo 8 no se ven desprovistas, explícitamente, de efectos extraterritoriales del artículo 7. Su redacción permite que las medidas justificadas por la existencia de un peligro real *puedan* ser reconocidas por otros Estados. En realidad, los terceros Estados «no están obligados», pero *pueden reconocer*, si lo prefieren, las medidas del país de la residencia.

La solución del artículo 8 representa una concesión importante a los países del principio domiciliario, pues se refiere a una situación totalmente singular, e introduce una excepción a la regla relativa a la competencia general de las autoridades nacionales. Pese a la competencia normal, si se permite a las autoridades de la residencia adoptar medidas derogatorias del principio —amenaza de peligro real— la excepción a la regla debería de quedar circunscrita en los límites estrictos de la territorialidad, sin pretender alcanzar, además, efectos extraterritoriales.

Conviene tener presente que la norma del artículo 9, que se expone a continuación, contempla, a su vez, los «casos de urgencia». Este supuesto es, naturalmente, distinto de la hipótesis del artículo 8 concerniente a la «amenaza de peligro serio».

El artículo 9 prevé la competencia de cualquier Estado en que se encuentre el menor, o sus bienes: no se circunscribe sólo al Estado nacional o de residencia. En cambio, el artículo 8 es una derogación general del principio nacional —de los artículos 3, 4 y 5— en favor del Estado de residencia: no se refiere a las simples medidas de urgencia, sino que supone la amenaza de un peligro real. Las medidas urgentes del artículo 9 cesan desde el momento en que hayan actuado las autoridades normalmente competentes.

Las medidas del artículo 9 son esencialmente provisionales, aunque, a veces, puedan tener ciertos efectos definitivos. No ocurre lo mismo con el artículo 8. Como ejemplo típico de distinción cabe recordar el de la «déchéance de la puissance paternelle». Esta no podrá ser pronunciada en base del artículo 8, pero sí del artículo 9. En realidad, la delimitación de los artículos 8 y 9 será de difícil aplicación en ciertos casos.

La concesión del artículo 8 al principio territorial permite negar la aplicación de las medidas nacionales, aunque no sea invocable el orden público.

Por tanto, se confía la solución concreta a los tribunales, que en cada caso decidirán del reconocimiento de las medidas adoptadas.

#### 9) MEDIDAS URGENTES.

«En todos los casos de urgencia, las autoridades de cada Estado contratante, en cuyo territorio se halla el menor o sus bienes, tomarán las medidas de protección necesarias.

Las medidas adoptadas en aplicación del párrafo precedente dejarán de estar en vigor, salvo reserva de sus efectos definitivos, tan pronto como las autoridades competentes con arreglo al presente Convenio hayan tomado las medidas que la situación requiera» (art. 9).

Este artículo deroga el principio de las competencias establecido en los artículos 1 a 4, y operará cuando sea urgente la adopción de medidas en cualquiera de los Estados contratantes. En este supuesto no importa que el menor tenga o no su residencia en el Estado local. La derogación vale tanto para el caso en que el menor tenga la residencia en un Estado distinto del nacional como en un Estado que no sea contratante.

Es muy polémico el carácter de estas medidas de urgencia. No se dice que sean «provisionales» respecto a las medidas de protección y a los cuidados relativos a la persona. En cuanto a los bienes cabe admitir que no siempre es posible impedir que las medidas de urgencia tengan, por su naturaleza, efectos definitivos. Por ejemplo, los efectos de la autorización de la venta de un inmueble no podrían ser anulados después de haberse realizado la operación. A las situaciones de esta naturaleza se refiere el párrafo 2.º del artículo 9: «a reserva de sus efectos definitivos». No se diferencia entre «medidas urgentes» y «medidas provisionales».

Parece evidente que toda medida adoptada en razón del artículo 9 *debe de ser realmente urgente*, incluso «absolutamente urgente». Y por ello no se hace una distinción esencial entre las relativas a la persona o a los bienes

La ley competente para regir las medidas urgentes no se menciona de modo explícito, pero se sobreentiende que será la ley local, al igual que se admitía ya en el régimen del Convenio de 1902.

Aunque los tradicionales partidarios de la nacionalidad pugnan que tales medidas deben de ser siempre «urgentes y provisionales», no cabe duda que el Estado local podrá tomar las medidas urgentes que estime necesarias, trátense de la persona o de sus bienes. Pero el párrafo 2.º del artículo 9 lleva implícita la distinción señalada entre efectos definitivos y no definitivos.

## 10) COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE DIFERENTES PAÍSES.

«Dentro de lo posible y con el fin de asegurar la continuidad del régimen aplicado al menor, las autoridades del Estado contratante sólo tomarán medidas respecto al mismo después de haber efectuado un intercambio de puntos de vista con las autoridades de los demás Estados contratantes cuyas decisiones estén aún en vigor» (art. 10).

El principio de la cooperación que inspira e instaura el Convenio se combina razonablemente con la idea de la continuidad del régimen jurídico aplicable al menor. Ni la nacionalidad ni el domicilio deben operar de modo inorgánico en razón de supuestas primacías legislativas. El objetivo primordial del Convenio subyace en la institucionalización del interés del menor. A tal fin, prevalecerá el régimen jurídico derivado del funcionamiento normal del Convenio. Las decisiones adoptadas regularmente, según el Convenio, deben ser respetadas, en aras de la continuidad. Los Estados contratantes, sea el nacional o el territorial de la residencia del menor, o un tercer Estado signatario, no pueden alterar unilateralmente el régimen instaurado con arreglo a las normas del Convenio, salvo que medie la consulta, el aviso y el intercambio de pareceres entre los Estados interesados.

La cooperación directa, frecuente y material entre las autoridades competentes de los diversos Estados contratantes es la obligación principal dimanante del Convenio. El principio se ve reiterado con la instauración del «deber de información».

## 11) DEBER DE INFORMACIÓN.

«Todas las autoridades que adopten medidas, en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio, informarán sobre las mismas, sin dilación, a las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor, o a las del Estado de su residencia habitual.

Los Estados contratantes designarán las autoridades que han de enviar y recibir directamente las informaciones antes señaladas. Notificarán la designación al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos» (art. 11).

Este artículo tiene gran importancia en el sistema de cooperación y coordinación incorporado en el Convenio y tiende a evitar que los menores puedan vivir de hecho sin vigilancia alguna por parte de los órganos competentes para protegerlos. Se prevé sobre todo la relación y comunicación directa entre las autoridades encargadas de la protección de los menores, sin excluir, naturalmente, la posibilidad de utilizar la vía diplomática.

El deber de información no queda circunscrito solamente a las decisiones fundamentales, tales como la institución de la tutela, la autorización de venta de los inmuebles y, no se exceptúan, por

tanto, las disposiciones de simple administración sin incidencia directa sobre la guarda o sobre el patrimonio del menor. La adecuación del principio se confía a la correcta apreciación y discrecionalidad de las autoridades competentes, en la confianza de que harán justa y razonable su aplicación práctica.

En realidad, el deber de información habrá que entenderlo, en la práctica, como abarcando todas las medidas que, por su naturaleza, entran en la esfera de acción del Convenio, incluso aunque no hayan sido adoptadas «en virtud» del mismo. Esto dimana, en efecto del principio de la buena fe, a la luz del cual han de entenderse y aplicarse las disposiciones del Convenio.

Igual ocurrirá en el supuesto de que el menor establezca su residencia habitual en un nuevo país, incluso con el consentimiento de su tutor; será entonces, también, deseable que las autoridades competentes del primer Estado adviertan sin dilación a las del segundo Estado.

La posibilidad de que los Estados designen las autoridades encargadas de «enviar y recibir directamente» las informaciones en cuestión, que serán, en principio las autoridades directamente responsables de la protección de los menores, tiende no sólo a evitar las formalidades de transmisión múltiples, sino, también, a ponerlas en contacto directo para que resulte más eficaz la cooperación internacional sobre la materia. No se excluye, naturalmente, el cauce diplomático y a él podrán los Estados referirse explícitamente en el momento de notificar la designación de las autoridades previstas en dicho artículo, o hacerlas intervenir en la práctica como venían actuando hasta el momento presente.

## 12) DEFINICIÓN DEL «MENOR»: APLICACIÓN CUMULATIVA DE LEYES.

«Se entiende por menor, a los fines del presente Convenio, toda persona que tenga tal cualidad con arreglo, tanto a la ley interna del Estado del cual es súbdito, como a la ley interna de su residencia habitual» (art. 12).

La calificación del «menor» en el sentido del Convenio es una de las nociones más polémicas del mismo, por la aplicación simultánea de la ley nacional y de la ley domiciliar para su definición. La cuestión presenta gran interés práctico, a pesar del criterio de que los jóvenes que se aproximan a la mayoría de edad, no tienen, en general, necesidad de las medidas de protección previstas por el Convenio. El Convenio no podía dejar de precisar con certeza si resultaba aplicable al individuo mayor según su ley nacional y menor según la ley de su residencia habitual. Claro que cabía también especificar de modo explícito que no podría modificar las disposiciones del estatuto personal del menor relativas al estado de las personas, a la mayoría de edad y a la emancipación.

Aun dejando aparte el problema de la capacidad, no parecía razonable que las autoridades que se hubiesen ocupado de la protección del menor no estuviesen calificadas para confirmar que el mismo interesado hubiese llegado a la mayoría de edad y hacer cesar, en consecuencia, las medidas de protección.

Por otro lado, parecía excesivo atribuir a la ley de la residencia habitual o a la ley nacional la competencia para definir la mayoría de edad, porque esto tendría como resultado el que se pudiese fijar de modo imperativo este punto de Derecho material, obligando al Estado nacional del menor a considerarle como mayor por aplicación de la ley de su residencia habitual y contrariamente a su ley nacional.

Usualmente, los partidarios de la nacionalidad sostienen que sólo la ley nacional, con exclusión de la ley de la residencia habitual, es la calificada para definir la mayoría de edad: se razona que la cuestión de la mayoría de edad afecta al estatuto personal y debía, por ello, recibir la misma solución en todos los países; rechazando, por tanto, la idea de que dos leyes pudiesen aplicarse a esa misma cuestión. Otra de las tendencias del grupo tradicional suele afirmar que no se trata de saber cuál es la ley aplicable a la mayoría de edad, sino simplemente de retirar la competencia a las autoridades de la residencia habitual del menor que alcanzasen la mayoría de edad, debiendo ser fijada bien por su ley nacional, bien por la ley de su residencia habitual; o, en todo caso, que dichas autoridades podrían tomar las medidas que estimasen útiles, sin ser reconocidas por los demás Estados.

Sin embargo, como el Convenio prevé, según los casos la intervención de las autoridades y de la ley del Estado nacional del menor o del de su residencia habitual resultaría indispensable fijar los límites del Convenio, tanto con referencia a la ley nacional del menor como con referencia a la ley de su residencia habitual.

En el terreno de los principios no deja de reconocerse la conveniencia de la aplicación de una sola ley, evitando la concurrencia de dos leyes, para la determinación de la mayoría de edad. En la práctica se trata de conciliar los criterios divergentes de los Estados fieles al principio de la nacionalidad y los Estados fieles al principio del domicilio. Este es el objetivo del referido artículo 12, que ha evitado mencionar, expresamente, el estatuto personal del menor (sin afectar a su capacidad, que queda sometida a su ley personal) o referirse *expressis verbis*, a las reglas usuales del Derecho internacional privado: puesto que sería aplicado a los menores era inevitable determinar lo que se entiende por «menor». En definitiva, se trata de una definición negativa del campo o esfera de acción del Convenio.

En la práctica, naturalmente, no dejarán de suscitarse dificultades con esta definición negativa del artículo 12. Porque múltiples Estados conocen diversas graduaciones en el concepto de emancipación que queda al margen del Convenio: emancipación

parcial y emancipación total; además de existir la emancipación *ex officio* y la emancipación *ex lege* —como la resultante del matrimonio—.

Y, al margen, de los menores que, sin estar emancipados formalmente, gozan en razón de su edad de una capacidad limitada para ciertos efectos, como la redacción de un testamento, etc. Queda, pues, un amplio margen para la intervención judicial y la colaboración entre las autoridades competentes sobre la tutela en general. La noción de emancipación será calificada por cada juez según su propia ley: no tendrán necesidad de protección legal según la libertad de apreciación del juez, sin obligarle a tener que afrontar las dificultades de la calificación de la emancipación.

13) LIMITACIONES Y EFECTOS RESTRINGIDOS: REFERENCIA CONCRETA AL «ORDEN PÚBLICO».

a) El Convenio se aplica a «todos los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes».

Con el fin de dar toda clase de facilidades a la aplicación más amplia posible de las reglas pactadas y teniendo en cuenta el vigor de las discrepancias legislativas aún subsistentes entre los países partidarios de la «nacionalidad» y los del «domicilio», se ha introducido la reserva de que los Estados signatarios puedan limitar la aplicación del Convenio «a los menores que sean súbditos de uno de los Estados contratantes» (art. 13).

Como la preocupación principal de la reglamentación internacional se proyecta sobre el interés del menor y, como, a su vez, atribuye a la residencia habitual el carácter de elemento de conexión primordial, su artículo 13 estatuye que el Convenio ha de aplicarse a los menores que tengan su residencia habitual en el territorio de uno de los Estados contratantes, con independencia de su nacionalidad. Ello vale incluso para los menores que tengan la nacionalidad de un Estado no contratante.

Claro está que hubiera, en cambio, sido extraño conceder a los Estados no contratantes los derechos reconocidos al Estado nacional, en virtud de los artículos 3, 4 y 5. Este es el sentido del artículo 13, párrafo 2.º: excluye la posibilidad de que dichos Estados hagan uso del mismo. Esto no es ninguna innovación: consagra el principio fundamental del Derecho internacional según el cual los Estados no se benefician, en principio, de los derechos reconocidos en un tratado del que no son partes signatarias.

Los Estados signatarios que temen que la aplicación del Convenio a los menores nacionales de terceros Estados pueda entrañar dificultades en sus relaciones con uno de ellos, quedan facultados para introducir una reserva limitando la aplicación del Convenio a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante determinado.

Naturalmente, cabía prever las incidencias del Convenio en los casos de doble nacionalidad, pero prefirióse confiar la materia a la apreciación de los tribunales.

b) El Convenio no deja, tampoco, de contemplar las dificultades de aplicación que podrían suscitarse con respecto a los Estados signatarios dotados de un régimen jurídico-político no unitario, sino de carácter federal. Con este motivo define lo que se entiende por «ley interna» del Estado del cual es súbdito el menor y por sus «autoridades» correspondientes tratándose de «sistemas no unificados». En tal supuesto, se entenderá por leyes y autoridades internas las «determinadas por las reglas en vigor en dicho sistema». En defecto de esta determinación, prevalecerá «el lazo más efectivo que el menor tenga con una de las legislaciones integrantes del sistema» (art. 14).

c) Notorias son las discrepancias legislativas en materia de matrimonio y sobre la apreciación del vínculo correspondiente. Y evidentes son, también, en la práctica las dificultades dimanantes de la disolución del vínculo matrimonial con respecto al interés de los menores. El Convenio no revela un acuerdo eficiente de carácter unitario sobre la cuestión, limitándose a aceptar las discrepancias legislativas en vigor tratándose del «divorcio». Los efectos prácticos del Convenio sobre este problema son relativos y restringidos, porque los Estados signatarios pueden «reservarse la competencia» de sus autoridades y tomar las medidas de protección de la persona o bienes del menor, cuando se discuta «la nulación, disolución, o debilitamiento del vínculo conyugal entre los padres del menor». El Convenio, a su vez, no obliga a los demás Estados contratantes a reconocer las medidas de protección adoptadas en dicho caso (art. 15).

d) La limitación clásica del «orden público» no es descartada del Convenio (art. 16). En sí una medida es, o no es, incompatible con el orden público. Por ello, cabía insertar la expresión «manifiestamente» incompatible, con el fin de dar a las autoridades un criterio de interpretación restrictiva, indicándoles que no debían de aceptar demasiado ligeramente la presencia de las infracciones al orden público. Se hubiera podido referir, también, al «orden público internacional».

Sin embargo, el Convenio repite la fórmula utilizada en otros acuerdos de La Haya, debiéndose reconocer que el término «orden público» (simple) contempla la noción de «orden público internacional» en el sentido que lo entiende la doctrina.

En realidad, la noción de orden público tiende a ser aplicada de modo extensivo, hasta el punto de que uno de los delegados advirtió que en su país «las autoridades federales consideran que los tribunales abusan a veces de la noción de orden público» (Steiger).

14) VALIDEZ Y ENTRADA EN VIGOR: RATIFICACIÓN Y ADHESIONES.

a) El Convenio de 1960 reemplaza, explícitamente, al Convenio de 1902; pero no afecta las obligaciones dimanantes de los demás acuerdos o convenios en vigor entre los Estados contratantes (art. 18).

b) El Convenio firmado necesita ser «ratificado». Los instrumentos de ratificación serán depositados cerca del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos (art. 19).

c) Para que el Convenio entre en vigor se requiere, previamente, la ratificación correspondiente de tres de los Estados signatarios. Para el Estado que lo ratifique entrará en vigor tres meses después del depósito de la ratificación (art. 20).

d) Se permite la «adhesión» al Convenio de cualquier país que no haya estado representado en la Conferencia. Los demás Estados contratantes podrán «aceptar» o no dicha «adhesión», la cual surtirá sus efectos normales sólo entre el Estado «adherente» y el Estado «acceptante».

e) Reconducción tácita: se entenderá renovado tácitamente el Convenio, de cinco en cinco años —término inicial de validez—, salvo denuncia, la cual deberá ser comunicada seis meses antes de expirar el plazo de validez.

15) POSIBILIDAD DE RESERVAS.

El Convenio no admite un número ilimitado de «reservas», sino exclusivamente las establecidas de modo explícito en sus artículos 13 y 15. Es decir, la limitación de su aplicación a los menores que sean súbditos de un determinado Estado contratante; y, la limitación posible del caso de anulación, disolución o debilitamiento del vínculo conyugal.



# El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: El párrafo 3.º del artículo 820 como norma de reducción de legados.—Las disposiciones testamentarias sujetas al artículo 820, párrafo 3.º.—Condiciones para el ejercicio del párrafo 3.º del artículo 820.—Los sujetos del derecho de opción.—Forma en el ejercicio de la opción.—La posición jurídica del legatario después de la conmutación del objeto de su legado.

El artículo 820 del Código civil se ocupa de dar normas para la reducción de las liberalidades que lesionen las legítimas. Contiene, sin embargo, una disposición extraña en cuanto a su encuadre legal, que es la comprendida en el párrafo 3.º del citado precepto, y a cuyo tenor: «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador».

Hemos dicho que la incardinación de la norma en cuestión es un tanto extraña, porque aparentemente no guarda ninguna relación, ni próxima ni remota, con el problema que plantea la reducción de liberalidades. En efecto, aquí no se dice que la porción del legado de usufructo o renta vitalicia que exceda de la cuota disponible habrá de reducirse, sino que precisamente, se deja a los herederos forzosos la elección, consistente entre *cumplir* por entero lo ordenado por el testador, o bien proceder a una conmutación del objeto del legado. No habría, por tanto, reducción de ninguna clase que pudiera justificar la inclusión del párrafo 3.º en el artículo 820. No obstante, ya veremos en el curso de este trabajo la posibilidad de que en el desarrollo de su temática pueda traerse a colación la susodicha reducción de liberalidades.

El párrafo 3.º del artículo 820 plantea cuestiones de gran interés no exclusivamente dogmático. La casi nula atención que la doctrina española ha prestado al mismo, con excepción de los au-

tores que se han ocupado de la llamada *cautela de Socino* (y aun así se han limitado a indicar aquel precepto como fundamento de validez de tal cautela), y la falta de doctrina legal, constituyen para nosotros alicientes más que sobrados, a fin de intentar abordar el estudio completo de esa facultad de opción que se brinda a los herederos forzosos para salvaguardar sus legítimas, que no pueden en este caso de lesión de las mismas intentar plantear con éxito la acción de reducción. Vaya, sin embargo, por delante nuestra creencia en la justicia y racionalidad del precepto, que flexibiliza extraordinariamente la rígida aplicación de la doctrina de la reducción de liberalidades del causante. Decía GARCÍA GOYENA, al comentar el número 3.º del artículo 649, que reproduce casi el 820, 3.º: «El medio adoptado por el Código francés y los que lo siguen es más sencillo, pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número» (1). Se refería el ilustre jurista al Código prusiano, que establecía la obligación de capitalizar las anualidades o el usufructo para poder hacer las reducciones.

En realidad, aparte de la mayor o menor facilidad para realizar la capitalización de la renta vitalicia o el usufructo (la legislación del Impuesto de Derechos Reales sería un valioso instrumento), es siempre problemático que la disposición testamentaria lesione las legítimas, porque si efectivamente puede hacerse un cálculo del valor, hay algo inconcreto e indeterminado, cual es la duración de la vida del usufructuario o perceptor de la renta vitalicia, que evidentemente es susceptible de alterar aquel cálculo. Es a ello a lo que se debe la negación de la acción de reducción a los herederos forzosos, dada la falta de seguridad de que exista, o pueda existir, una vulneración de las legítimas.

Pero es que, además, el 820, 3.º, tiene un origen histórico totalmente apartado de la reducción de disposiciones testamentarias, y referido a la validez de aquellas disposiciones que mermando la legítima, compensaban al heredero forzoso de dicha disminución. En la Novela XVIII, c. 3, prohibió Justiniano que al cónyuge viudo se le dejase el usufructo de toda la herencia y a los hijos solamente la nuda propiedad, mandando que en adelante ellos recibirían la legítima en usufructo y en pleno dominio. También en el C. 3, 28, 32, se ordena que se suprima cualquier gravamen, modo o condición que afecte a la legítima.

Sin embargo, en el Derecho común se planteó con bastante frecuencia la validez de una cautela, atribuida a Socino, según la cual se permitía al testador imponer cargas sobre la legítima, atribuyendo al legitimario más derechos de los que por ley le correspondía, pero dejándole en libertad para recibir su legítima entera, si no quería cumplir la disposición del *de cuius*. Como vere-

(1) *Concordancias, Molinos y Comentarios*, tomo II. Madrid 1852, pág. 99.

mos al tratar de los problemas que representa la interpretación de la palabra «valor» utilizada en el 820, 3.º, la solución de aquella cuestión influyó en la redacción del artículo 917 del Código Napoleón, de donde han pasado íntegramente a las legislaciones que admiten dicho precepto, entre las que se encuentra el Código civil español.

Así, pues, tiene razón BETTI cuando afirma que la opción es un remedio sustitutivo de la reducción, en vía excepcional (2). Y como dice SCAEVOLA, en relación con el 820, 3.º: «En el caso a que se refiere el número del artículo que comentamos, se observa que propiamente no hay reducción de legado, antes al contrario, aumento del mismo...». El artículo 820, 3.º, no es norma de reducción de legados, propiamente, sino de conmutación de algunos que lesionan de algún modo el goce de la legítima. Se limita a imponer, en una palabra, la cautela sociniana o gualdense, en el supuesto de que el testador no lo haga, previniendo que al ordenar un legado de usufructo o de renta vitalicia en las condiciones que establece el precepto, la ha querido.

#### LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS SUJETAS AL ARTÍCULO 820, PÁRRAFO 3.º

Son dos: el legado de usufructo y el de renta vitalicia. En relación con este último se presenta la cuestión de distinguirlos de otros legados de prestaciones periódicas, que aun vitalicias, no reúnen las características necesarias para ser conceptuados técnicamente como legados de renta vitalicia.

El punto firme de diferenciación se encuentra, a nuestro juicio, en la esencia o contenido de la prestación periódica, género que recoge el artículo 880 del Código civil, cuando habla de que «legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado». Aquí, en este precepto, se engloban todas las clases de legados periódicos, entre ellos el de renta vitalicia, aunque pudiera parecer que por ser una disposición rectificadora del régimen establecido en el artículo 1.806 sobre el pago de renta vitalicia, la misma únicamente se refiere a ésta constituida por testamento. La generalidad del 880 excluye, evidentemente, esta interpretación restringida.

Para que un legado de prestaciones periódicas pueda ser calificado como de renta vitalicia es necesario que las pensiones sean fijas e invariables. Así lo exige precisamente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1930 (referida a una consti-

(2) *Successione legítima e necessaria* Milán 1920, pág. 55.

(3) *Comentarios*, 4.ª edición, pág. 407.

tución de renta por actos *inter vivos*) y la doctrina española (4). Con exactitud, por ello, ha podido decir BONET CORREA (5) que la revalorización de la misma sólo es posible con arreglo a un equitativo poder adquisitivo, mediante la intervención del poder legislativo o a través de la revisión por el poder judicial.

Ante esa fijeza de la prestación periódica, hemos de concluir separando el legado de renta vitalicia del llamado legado *reditus* del Derecho romano.

El legado de renta supone también la existencia de prestaciones periódicas, pero concretadas a los productos que dé una cosa.

De ahí la variación que pueden experimentar las prestaciones, frente a la fijeza de la renta vitalicia, y su conexión con las utilidades de la cosa, condición que tampoco se da en la renta vitalicia.

Nada obsta a estas consideraciones la conceptualización por el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 1915, de un legado de rentas de una casa, que, a su vez, se legaba al obligado a la satisfacción de aquélla, como «legado de pensión periódica y vitalicia, definido en el artículo 880 del mismo Código». En realidad, el legado de renta reúne tales características que le asemejan exteriormente a la renta vitalicia, pero su contenido es netamente distinto. Sin embargo, en la misma sentencia se contiene una declaración que pugna con la naturaleza del legado de renta, y que lo asimila, de seguirse esa doctrina, con el de renta vitalicia. En efecto, afirmó el Tribunal Supremo la obligación que tenía el legatario gravado de pagar la renta legada, «aunque ninguna produjera para el legatario la referida casa». Así, evidentemente, se desconecta la pensión de los productos de una cosa y lo que puede ser variable se hace fijo.

Si el legado de renta tiene unas diferencias notables con la renta vitalicia que no se deben desconocer, el legado de alimentos, en determinados supuestos, parece identificarse con aquel último. Precisamente ocurrirá ello cuando, según el párrafo 4.º del artículo 879 del Código civil: «si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia». Aquí se da la fijeza e invariabilidad de la renta o prestación periódica, que no depende de las necesidades o estado y condición (párrafo 3.º del art. 879) del perceptor. Esta inclusión del legado de cierta cantidad (por disposición expresa del testador, según el párrafo 3.º del art. 879, o tácitamente por el párrafo 3.º) en el legado de rentas periódicas se manifiesta en el artículo 696 del Proyecto de

(4) Vid. por todos. CASTÁN, *Derecho Civil Español...*, tomo IV, 8.ª edición, pág. 675.

(5) *La revalorización de las rentas vitalicias*, en «Revisa de Derecho Notarial», enero-marzo 1960, pág. 240.

1851, que casi reproduce el 880 actual, a cuyo tenor: «Legada cierta cantidad anual, mensual o semanal, sea o no para alimentos...».

La cuestión que inmediatamente se plantea, a pesar de las diferencias que pueden existir entre los legados de renta, es la de si cabe extender el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 820 a los casos en que no haya renta vitalicia en sentido técnico, aunque sí en el económico. A nuestro juicio la solución afirmativa se impone, ya que se dan las mismas dificultades para la reducción de tales legados, y las mismas causas que aconsejan el 820, 3.º

Hasta ahora hemos hablado en singular del legado de renta vitalicia y de usufructo. Una controversia que ha agitado vivamente a la doctrina es la referente a saber si la opción la conservan los legitimarios en el supuesto de que haya no un legado de usufructo o renta vitalicia, sino varios, y que en conjunto tengan un valor superior a la parte de libre disposición.

LOSANA mantuvo la tesis negativa. Tenía que existir un solo legado de usufructo o de renta vitalicia para que entrase en juego la facultad de opción. Si los legatarios de usufructo o de renta vitalicia fuesen *más*, para satisfacerlo con la parte de libre disposición, sería necesario el fraccionamiento de la misma entre ellos con criterio necesariamente arbitrario, y así, mientras que los mismos no conseguirían lo que el testador le dejó, debían de contentarse con un sustitutivo que no ofrece ninguna garantía de equivalencia (6). Bajo la vigencia del Código de 1942 AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI recogen la propuesta de la Comisión parlamentaria encargada de la elaboración de aquél, en el sentido de precisar la necesidad de aplicar la opción cuando hubiese varios legados que superen a la porción disponible, y como la norma es lo bastante clara (aunque habla el 550 también como nuestro 820 de un legado de usufructo o de renta vitalicia) para considerar dicho caso incurso en ella (7). También PUGLIATTI afirma que el legislador no ha tenido el propósito de limitar numéricamente los legados, sino de indicar el objeto de ellos en su complejo. La limitación a la unicidad de la disposición estaría privada de sentido (8). En cambio, D'AVANZO mantiene la unicidad del legado, ya que el artículo en examen del Código italiano vigente se expresa en la misma forma que el 810 del de 1865 (9).

Nosotros pensamos que hay derecho por parte de los herederos forzosos a usar de la opción del 820, párrafo 3.º, cuando no

---

(6) *Successioni testamentarie*, en «Digesto Italiano», tomo IX, parte IV, pág. 184.

(7) *Successioni per causa di morte e donazione*, 3.ª edición, Padua 1959, pág. 200.

(8) *Sulla cosiddetta cautela socimiana*, en «Scritti Giuridici in onore de Francesco Carnelutti», tomo III, Padua 1950, pág. 603.

(9) *Delle Successioni*, tomo II, Firenze 1941, págs. 429-430.

exista solamente un legado de renta vitalicia o de usufructo, sino varios, y aun legados de renta vitalicia y legados de usufructo. Las objeciones derivadas del perjuicio del fraccionamiento entre los legatarios de la parte de libre disposición son inoperantes, dado que también es arbitraria la entrega de la parte de libre disposición a un solo legatario, que se puede perjudicar por eso, en vista de que su legado se estima de un valor superior a ella. No hay ninguna razón objetiva que lleve a la incongruente conclusión de que un legatario de renta vitalicia o de usufructo, excedente de la parte de libre disposición, dé lugar a la opción, y no varios legados del mismo carácter dejados a aquél.

Por iguales motivos creemos que en el supuesto de varios legatarios de usufructo o renta vitalicia que sobrepasen la cuota de libre disposición, habrá lugar al 820, párrafo 3.º.

Sin embargo, se duda de la aplicación del precepto cuando a un legatario se le ha dejado una renta vitalicia o usufructo, más otro legado de distinto objeto, que en conjunto no entran en los límites de la cuota libre. DEMOLOMBE se manifestaba por el ejercicio de la opción. «En los casos —decía— en que el difunto haya dejado varios legados de diversas clases: unos, de usufructo; otros, de rentas vitalicias; éstos, de nuda propiedad; aquéllos, de plena propiedad, sea de cuerpos ciertos, sea de cantidades, el heredero reservista (legitimario en nuestra terminología) tendrá todavía el derecho de hacer abandono a todo los legatarios de la cuota disponible» (10). En igual sentido se manifiestan BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN (11).

Nosotros pensamos que no cabe aplicar la facultad del 820, 3.º, por los siguientes motivos: a), el carácter excepcional del precepto, que veda una interpretación extensiva en favor de aquellos legados que no reúnan las características que hacen inseguro la lesión de la cuota legitimaria (11 bis); b), porque de seguirse la opinión contraria se llegaría a la anulación práctica de la regla fundamental de reducción de legados, según la cual todos se disminuyen a prorrata, sin distinción alguna (820, 2.º), excepto cuando se trate de legados de usufructo o renta vitalicia. En efecto, si suponemos la existencia de un legado de usufructo, cuyo valor se estime superior a la cuota disponible, y otro legado de una cierta cantidad de dinero, que entre en aquélla, de mantener la opción del 820, 3.º, se habría de entregar por entero la parte libre al legatario del usufructo, con lo cual el legado del dinero desaparecería, no dándose, en modo alguno, una reducción a prorrata. Si se creyese que la cesión de la parte disponible se hacía a

(10) *Cours de Code Napoléon*, tomo XIX, París 1868, pág. 449.

(11) *Traité théorique et pratique de droit civil*, «Les donations entre vifs et des testaments», tomo I, París 1905, pág. 377.

(11 bis) El 820, 3.º, se aplica también al legado de uso o habitación, cuyo rédito excede del de la porción disponible. Vid. D'AVANZO, *Ob. cit.*, pág. 430.

ambos, resultaría que el heredero forzoso *impondría* al legatario de la cantidad de dinero un cambio en el objeto de su legado, que éste no tiene obligación de admitir, porque no es usufructuario ni perceptor de una renta vitalicia, salvo, naturalmente, los convenios meramente voluntarios que quiera celebrar para el pago del legado. Una advertencia hemos de hacer, y es la de que seguimos la tesis de LACRUZ BERDEJO sobre la no aplicación del artículo 887 en los casos de lesión de legítima, preterido al 820 (12). Pero a efectos de nuestro argumento, es indiferente que se siga la tesis de la compatibilidad del 820 con el 887, como quiere MANRESA. El ilustre comentarista dice que «el testador puede declarar que alguna disposición o legado se respete con preferencia a los demás, o que, por el contrario, si fuese necesario, sufra en primer término la reducción, y en estos casos debe ser respetada la voluntad expresa del testador como dueño de la porción libre de sus bienes. A falta de manifestación expresa en tal sentido, se deduce claramente también su voluntad de estimar preferentes los legados en que declara que lo hace para recompensar o remunerar servicios, o los que consisten en una cosa determinada, respecto a la cual es evidente que prefiriere ese legado a los demás, o aquellos a los que conceda cierta preferencia, aun sin hablar de reducción, en su caso, o, por último, los que destina a alimentos o educación. Interpretando en este sentido el segundo párrafo del número 2.º del artículo 820, puede también armonizarse el precepto de este artículo con el 887» (13).

En realidad, de sostener la aplicación de la opción cuando haya un legado de usufructo o de renta vitalicia con otro de objeto distinto, se llegaría a las mismas consecuencias vistas anteriormente, porque o se daba la parte libre al primer legado, desapareciendo los demás (por el juego del precepto que estudiamos), o se cedía la parte de libre disposición a ambos legatarios, en contraposición total, no sólo con la voluntad del legatario que no es de usufructo ni de renta vitalicia, sino con la del mismo testador, si el objeto de aquél es de los enumerados en el artículo 887. Si no lo es, estaríamos ante una vulneración de la regla que impone la prorrata y en presencia de un cambio del objeto legado, que no tiene facultad el heredero forzoso para imponérselo.

Ahora bien, si al mismo legatario de una cosa cierta y determinada, en propiedad, se le asigna una renta vitalicia o un usufructo, el 830, 3.º, podrá actuarse, porque tal legado de propiedad puede decirse que es superfluo en cuanto que el testador, al ordenar el usufructo, había ya potencialmente dejado al legatario todo cuanto era la porción libre de la cual podía disponer. Con la

---

(12) Notas a su trad. esp. del *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, págs. 307.

(13) *Comentarios*, tomo VI. Madrid 1921, pág. 398.

entrega de la misma, se cumplirán indirectamente los dos legados (14).

#### CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL PÁRRAFO 3.º DEL 820

El 820, 3.º, parte de la base para que la opción se pueda dar, según la cual la manda de usufructo o renta vitalicia ha de ser de *un valor que se tenga por superior a la parte disponible*. Sigue en este punto fielmente el Código civil al artículo 649, 3.º, del Proyecto de 1851, y artículo 917 del Código francés. En cambio, el artículo 810 del Código italiano de 1865 hablaba de un legado de usufructo o de renta vitalicia, cuyo *rédito excede del de la porción libre*.

En la doctrina francesa, no obstante la dicción del 917, se ha sostenido por un sector destacado de autores que la expresión «valor» no puede ser tomada en el sentido de calcular el del usufructo o la renta vitalicia, sino en el de que los réditos que produzcan sean superiores a los de la parte de libre disposición, y ello en virtud de que el legislador pretende: 1.º, prevenir la estimación del usufructo o renta vitalicia, y 2.º, dar al heredero legítimo el derecho de obtener siempre de una manera libre y total el goce de la porción que la ley le reserva, cosa que no se vulnera si la disposición del testador no le obliga a ceder parte de lo que produzca esta porción en favor del legatario. También se alegan los trabajos preparatorios del Código Napoleón, en los que se aprecia cómo la interpretación del artículo 917 giraba en torno a evitar al legítimo una disminución en el goce de los bienes que heredaba por tal concepto (15).

En realidad, podría objetarse que, de seguir esta teoría en nuestro Derecho, una distinción se impondría: que se trate de un legado de usufructo o de renta vitalicia. En el primer caso, para

(14) LOSANA, *Ob. cit.*, pág. 186.

(15) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 436 y sigs.—PLANIOL-RIPERT-TRABOT, *Traité Pratique de Droit civil français*, tomo V. París 1933, pág. 128.—COLIN Y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, trad. esp., tomo VII, pág. 544.—HUGUENEX, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1921, páginas 300-301.

La disposición del Código italiano citada está basada en la corrección que introdujo el Código Albertino al 917 francés. El motivo fué la dificultad de calcular el valor de un usufructo o renta vitalicia, que es necesariamente mayor o menor, según la vida de la persona, al mismo tiempo que es problemático probar que excede de la porción libre, ya que las tablas de longevidad son presunciones que no tienen en cuenta las características especiales de la persona. Por ello se pensó en suprimir el requisito de la excedencia del valor; pero el Guardasellos le pareció demasiado quitarlo, puesto que los herederos, para gozar más rápidamente y disipar los bienes, podrían tal vez ofrecer en su desventaja la propiedad de la porción disponible, se iría así contra la intención del testador, aun cuando éste no hubiese excedido realmente la cuota que la ley permite disponer (vid. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile italiano commentato*, tomo VIII. Torino 1929, pág. 252).

que el goce del usufructo exceda de las rentas que es susceptible de dar la parte de libre disposición, es obvio que aquel derecho real ha de recaer sobre parte de la legítima, y en este caso entra en juego el artículo 813 del Código civil, que mantiene la intangibilidad legitimaria. No hay entonces que averiguar si los productos del usufructo exceden de los de la parte libre. Si, por el contrario, estamos en presencia de un legado de renta vitalicia, puede hacerse perfectamente ese cómputo o comparación con la que sea susceptible de sacarse de la repetida porción libre, calculada de modo objetivo. Si se deja un legado de 10.000 pesetas anuales y la porción de libre disposición no es capaz de producir más que 9.000, se daría la opción del 820, 3.º, porque no hay, como en la hipótesis anterior, un gravamen impuesto por el testador sobre los derechos legitimarios.

Sin embargo, aunque es cierto esto último, indirectamente existe esa disminución, en cuanto que habrá de pagarse el resto sobre los bienes reservados, afectando entonces a ellos. Así que, tanto en el legado de usufructo como de renta vitalicia, *calculado su valor* desde el punto de vista de las utilidades, en relación con las de la parte libre, entramos en el terreno del 813 y 824. A esta misma conclusión no se llega si interpretamos la palabra *valor*, capitalizando el usufructo o renta vitalicia. Y ello porque el testador puede haber ordenado un legado de renta vitalicia, cuya capitalización exceda del valor de la parte disponible, pero no lesione la legítima en cuanto a la necesidad de pagar parte de la misma con sus frutos, ya que los de aquélla son suficientes. ¿Cómo podrían invocar los herederos forzosos la protección especial que se les brinda en el 820, 3.º, cuando la porción legitimaria queda intacta? Lo mismo cabe decir si se lega el usufructo de la parte de libre disposición. Las utilidades que reporte serán exclusivamente para el legatario, sin que ello suponga lesión alguna de sus derechos reservados por la ley.

En realidad, afirmar que el valor del que habla el 820, 3.º, es la capitalización del usufructo o de la nuda propiedad (16) equivale, al parecer, a prescindir del problema que se planteó en el antiguo Derecho francés, y que solucionó el 917 del Código Napoleón, de donde ha pasado a nuestro Código civil. Aquel problema se puede enunciar en los siguientes términos: si un padre no puede recompensar a su hijo en usufructo de lo que le quita

---

(16) Como pretende SCAEVOLA, *Ob. y Loc. cit.* últ. Por otra parte, hablar de un valor que excede de la porción disponible implica necesariamente una concepción de la legítima como *pars valoris*. Así, GONZÁLEZ PALOMINO (*El usufructo universal del cónyuge viudo y los herederos forzosos*, en «Revista de Derecho Privado», 1936, págs. 160 y sigs.) interpreta el 820, 3.º, en el sentido del valor real del usufructo, porque para él la legítima no es una porción de bienes, sino que se refiere al valor de los bienes y derechos. Creemos nosotros que es la legítima en el Código civil *porción de bienes* que limita la disposición del causante. Vid. VALLET, *Apuntes de Derecho sucesorio*, A. D. C., tomo IV, págs. 424 y sigs.

de su legítima en propiedad, o de recompensar en propiedad lo que le sustrae en usufructo. Es decir, si disponiendo de un legado de usufructo *que penetre en la porción legitimaria*, el heredero forzoso puede verse compensado por la nuda propiedad que le deja de los bienes de la parte libre. Las soluciones a esta cuestión fueron diversas. Unos autores se inclinaban por el mantenimiento de la reserva íntegra, sin que el legitimario fuese privado por ello del usufructo o de la nuda propiedad que el causante le había dejado. Otros, que el heredero forzoso tenía que acatar por completo la disposición testamentaria. Y, por último, la opinión que patrocinaba, entre otros, POTHIER, de que dependía del heredero la opción entre la ejecución de la voluntad y la plena propiedad de su legítima, bajo la condición de abandonar todos los bienes de la porción libre al legatario (17). Prescindiendo de la discusión en torno a si podía conjeturarse que era voluntad del testador la sustitución del objeto legado (18), lo cierto y evidente es que la plataforma del 820 ha sido históricamente la existencia de legados *que recaían en cierta manera sobre la porción legitimaria*, y de acuerdo a esta orientación se ha de interpretar la discutible significación de la palabra *valor* que aquél emplea. Por ello, creemos exacta la observación de LACRUZ BERDEJO de que «la regla del 820, 3.º, es una interpretación benigna de las disposiciones de los artículos 813 y 824, mediante la cual se tienen por subsistentes unos gravámenes que el testador no pudo imponer, o bien se da a los favorecidos una satisfacción económica mayor de la que supondría la simple subsistencia del gravamen sobre el tercio disponible (19). No obstante, disintimos un tanto de su tesis sobre la palabra *valor*. Cree que se refiere a los bienes gravados (20). Y disintimos, porque sería inaplicable al legado de renta vitalicia, pues aquí no hay gravamen de ningún bien, como el usufructo, sino que concede simplemente un derecho de crédito al legatario, de carácter meramente personal. Creemos preferible hablar de *valor en renta*, ya que así se comprende que la renta vitalicia absorberá parte de las utilidades de la porción legitimaria, sin que ello implique gravamen en sentido técnico.

Desde un punto de vista práctico, la tesis de la capitalización del usufructo o renta vitalicia, haría al 820, 3.º, casi inaplicable, porque los herederos forzosos que puedan pagar, por ejemplo, la renta vitalicia con el producto de los bienes de libre disposición, aunque el capital de aquélla fuese superior, siempre optarán, en el terreno de su interés, por cumplir la disposición testamentaria. Si no pueden hacerlo, coincidiría el tener que dis-

(17) Vid. DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 426 y sigs.

(18) VENEZIAN, *Del usufructo, uso y habitación*, trad. esp., tomo I, pág. 380, nota 1.

(19) *Ob. cit.*, pág. 301.

(20) *Ob. y loc. cit. supra*.

traer parte de las utilidades de la porción reservada por la ley con un valor superior capital de la renta vitalicia, dada la relación natural entre valor capital y valor en renta. Ahora bien, tratándose de un valor capital sin valor en renta (solares, p. e.), la renta vitalicia mermaría el goce de la legítima, y dado que su capital fuese inferior al de la parte de libre disposición, no podría hacerse uso de la facultad del 830, 3.º

En resumen, aun coincidiendo en algunos casos la tesis de la capitalización con la de la computación de rentas, hay dos cualificados en que las consecuencias de admitir una u otra postura varían:

a) Cuando la renta pueda satisfacerse con las utilidades de la parte libre, pero aquélla tenga un valor capital superior a ésta. Los herederos forzosos caprichosamente tendrían entonces, aunque no se lesione para nada su legítima, la facultad del 830, 3.º, en cuanto a imponer al legatario una conmutación que a él no le puede interesar por los cuidados que exige el capital de libre disposición para obtener rendimiento; y

b) Cuando la parte libre no dé utilidades y se lesione el goce de la legítima para atender al pago del vitalicio, si el valor de éste es inferior al capital de aquélla, los herederos forzosos, pese a dicha lesión, no pueden acogerse al 820, 3.º

Otra condición fundamental para el ejercicio de la opción es la referente a la parte disponible. Habla el precepto que estudiamos de una entrega al legatario de la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador, lo cual supone necesariamente que tengan la propiedad de esos bienes, salvo en el supuesto de que el legatario de usufructo o renta vitalicia haya recibido bienes en plena propiedad, en cuyo caso tendrá derecho, según pusimos de relieve a que aquéllos le sean asignados en su cuota (de libre disposición) (21).

Por ello estimamos inexacta la opinión de PUGLIATTI, según la cual «podría admitirse, desde un punto de vista equitativo, que el remedio (de la opción) es ejercitable cuando los legados (que de propiedad o nuda propiedad haya fuera del de renta vitalicia o usufructo) sean hechos en favor de los legitimarios en cuanto que la declaración de opción se considere incompatible con la adquisición de los mismos» (22). Creemos que si los legados tienen como titulares a los herederos forzosos, éstos podrán hacer uso del 820, 3.º, porque reúnen precisamente la condición requerida de titulares de la porción disponible. No exige el Código civil en modo alguno que la misma hayan de recibirla como herederos voluntarios. Por otra parte, el ejercicio de la opción no es incompatible con la adquisición de los mismos. Pre-

(21) Vid. LOSANA, *Ob. y loc. cit.* últ.

(22) *Ob. cit.*, pág. 604.

cisamente para que ésta pueda darse se necesita la adquisición. ¿Cómo se iba a entregar una cosa que no se ha recibido?

La entrega de la porción libre no priva, sin embargo, a los herederos forzosos de los derechos que tenían sobre los bienes que la componen. Como dice PACIFICI-MAZZONI, el artículo tiende a quitar al legitimario todo beneficio que le viene del testamento, al cual rehusa dar ejecución, pero no a privarlo de derechos que por otro título le pertenecen. Si sobre esos bienes tiene una servidumbre constituida a su favor, subsistirá la misma (23).

También se ha de excluir la posibilidad de que los herederos forzosos puedan entregar al legatario una suma de dinero en compensación de la renta vitalicia o usufructo, ya que la disposición legal está clara en el sentido de que ha de ser *la parte disponible* el objeto de la sustitución. Del mismo modo negativo se ha de resolver la cuestión sobre si cabe una entrega parcial y un cumplimiento parcial también de la voluntad testamentaria. Los herederos forzosos sólo tienen facultad de elegir entre dos posibilidades. Una vez elegida ha de llevarse a cabo por entero. Ello con la salvedad de la solución que se dé al problema del ejercicio conjunto o aislado del 830, 3.º, por los herederos forzosos, aunque si estimamos que es individual, la citada individualidad en el cumplimiento de la disposición o entrega de la parte libre se ha de predicar sólo del que hace uso de la opción (24).

#### LOS SUJETOS DEL DERECHO DE OPCIÓN

El artículo 820, 3.º, señala como titulares del derecho de opción a «los herederos forzosos». ¿Quiere decir que han de ser todos los legitimarios los que tengan que poner en práctica el mismo, o bien el precepto se limita a indicar la cualidad que debe reunir el que impone la conmutación, pero no obliga al ejercicio conjunto? ¿Puede la autoridad judicial intervenir en el supuesto de discordancia de algún legitimario?

El problema que se plantea en nuestro Derecho es el mismo que divide a la doctrina francesa y a la italiana formada bajo la vigencia del Código de 1865, y que el nuevo Código italiano de 1942 ha zanjado en el artículo 550, disponiendo que si los legitimarios son más de uno es necesario el acuerdo de todos para que la disposición testamentaria tenga ejecución.

Los autores franceses afirman casi unánimemente que los legitimarios podrán usar individualmente de la conmutación. Por la parte que grava su legítima, podrán renunciar en favor del legatario de lo que le corresponde en la libre disposición (25).

(23) *Ob. cit.*, pág. 261.

(24) PACIFICI-MAZZONI, *Ob. y loc. cit. ult.*—LOSANA, *Ob. cit.*, página 186.—AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, tomo XI, pág. 59.

(25) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 447-448.—TROPLONG, *Des donations entre vifs des testaments*, tomo II. París 1872, pág. 238.—AUBRY y

Dice PROUDHON que no se podría objetar el que el acreedor de dos cosas que se deben bajo alternativa no puede ser compelido a entregar parte de una y de otra, ya que en el 820, 3.º, no existe una doble alternativa: sólo se debe un objeto, el usufructo o renta vitalicia, y el abandono de la cuota disponible es sólo facultativo para el legitimario, que puede sustituir la disposición de la cuota disponible por la disposición del usufructo o renta vitalicia (26). En cambio, DURANTON creía en la necesidad del ejercicio conjunto, dada la similitud del supuesto con el del artículo 1.515, que impone a los herederos del vendedor la obligación de retraer en su totalidad la finca si el comprador lo exige, a pesar de que el artículo 1.514 declara que cada uno de aquéllos sólo puede redimir la parte que hubiese adquirido. El heredero legitimario se desprendería, pues, de su parte disponible, pero esta porción en la totalidad debería pasar al legatario (27). Pero con razón rechaza VENEZIAN esta última opinión, porque el ejercicio conjunto de la acción de retracto tiene por causa el colocar al comprador en el estado en que se hallaba antes de la venta (28). DEMOLOMBE alega también la falta de paralelismo entre los dos artículos. No se puede comparar a su juicio un adquirente a título oneroso, que *certat de damno vitando*, y el legatario que *certat de lucro captando*, y que se enriquecería siempre, aunque la liberalidad que le ha sido hecha se encontrase escindida (29).

La doctrina italiana, repetimos que bajo la vigencia de Código de 1865, se encontraba dividida. PACIFICI-MAZZONI seguía la tesis antedicha de la generalidad de la doctrina francesa (30). En cambio, LOSANA se mostraba partidario de la unión de todos los legitimarios, y el recurso a la autoridad judicial en caso de desacuerdo, admitiendo previamente que en el legado alternativo, no existiendo voluntad concorde de los herederos en cuanto a la elección, ésta viene diferida a la autoridad judicial (31). BETTI opinaba que era un problema de interpretación de la voluntad del testador para ver si éste quería el cumplimiento parcial o no de su legado (32).

Nosotros creemos que el 820, 3.º, debe ser interpretado, en cuanto a los facultades para el ejercicio del mismo, no en el sentido de la necesidad de un acuerdo de todos los herederos forzosos con posibilidad de recurrir de la autoridad judicial. Contra ello se podrían alegar las siguientes razones:

RAU, *Ob. cit.*, pág. 58 y nota 14.—PIANIOL-RIPERT-TRASBOT, *Ob. cit.*, pág. 129.—BAUDRY-LACANTINERIE Y COLIN, *Ob. cit.*, pág. 384.

(26) *De l'usufruit*, tomo I, núm. 342, cit. por DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, pág. 447.

(27) Cit. por DEMOLOMBE, *Ob. y loc. cit. últ.*

(28) *Ob. cit.*, pág. 391.

(29) *Ob. cit.*, pág. 448.

(30) *Ob. cit.*, pág. 256.

(31) *Ob. cit.*, pág. 186.

(32) *Ob. cit.*, pág. 54.

a) El artículo 839 dispone, por lo que respecta a la conmutación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de *mutuo acuerdo*, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». A primera vista pudiera parecer extraño el traer a colación un precepto que no guarda relación con el 820, 3.º Pero tal apreciación sería inexacta por superficial. El artículo 839 protege también la *intangibilidad legitimaria* de todos aquellos herederos forzosos que tengan que soportar el gravamen del usufructo legal en su cuota (33). No estimamos que al referirse como sujetos de la conmutación a los *herederos* implique que los meramente voluntarios han de vulnerar la intangibilidad de la legítima del cónyuge viudo. Hay, por tanto, una disposición legal, en usufructo, que penetra, invade, la porción legitimaria.

Ahora bien, ¿qué significado tendrá la expresión «de mutuo acuerdo»? ¿Querrá decir que el consentimiento de todos los herederos forzosos es necesario para la conmutación? MEZQUITA DEL CACHO así lo interpreta, sosteniendo que en defecto del acuerdo unánime es la autoridad judicial quien decide sobre la conmutación. Argumenta esta postura sobre las siguientes bases: 1) Que esta solución es la indubitada en el modelo italiano, de donde el Código español tomó el precepto, aunque lo tradujera con expresión gramatical incorrecta, y así lo viene reiteradamente sentando en Italia la jurisprudencia y la doctrina de los autores. 2) Que si la finalidad del precepto fuera simplemente, como algún autor pretende, la de posibilitar a través de una eventual decisión judicial, sería inútil y hasta absurda la previsión de garantía del párrafo 2.º del artículo 389. 3) Que si realmente hay algún fundamento económico, como se pretende, en la conmutación, para evitar el inconveniente del gravamen usufructuario, bien escasa sería la utilidad de la norma que a tal fin tiende, si la conmutación se subordina a la conformidad del usufructuario mismo; y 4) Que de entenderse necesario en principio el consentimiento del viudo, la enumeración de las modalidades solutorias o conmutativas sería ociosa, ya que el ámbito de libertad convencional en nuestro sistema es ilimitado (34).

No nos atrevemos a negar rotundamente estas conclusiones, pero tampoco a estimarlas como únicas sin grandes reservas. Estimamos que, sin dejar de ser exactas en el sentido de que no impone en modo alguno un acuerdo el 839 entre el viudo y los herederos forzosos para proceder a la conmutación, *que es facultad de éstos*, las expresiones debatidas pueden tener otro signi-

(33) Como se ha visto certeramente, MEZQUITA DEL CACHO, *Conmutación del usufructo viudal común*, en «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo 1957, págs. 237 y sigs.

(34) *Ob. cit.*, pág. 274.

ficado, y es el de que los herederos forzosos *proponen* al 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*. Entonces es cuando es susceptible de intervenir la autoridad judicial para ver si los derechos del cónyuge viudo no quedan burlados. Por tanto, el *mutuo acuerdo* se referirá más bien a la *equivalencia* entre lo conmutable y lo conmutado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no aclara la cuestión. Tuvo una oportunidad de pronunciarse en una peligrosa sentencia —por la doctrina un tanto vaga que sentó— de 20 de diciembre de 1911. Precisamente el heredero recurrente contra la sentencia de la Audiencia que le impuso la conmutación articuló que «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 parte alguna el cónyuge». El Tribunal Supremo pasó como sobre ascuas sobre esta cuestión agudamente planteada por el recurrente, y declaró: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde *al heredero o herederos* proponer la sustitución del usufructo viudal...» ¿Expresan estas palabras por nosotros subrayadas que acogió la tesis del recurrente en cuanto a la unanimidad de los herederos forzosos? No se puede afirmar objetivamente (35).

---

(35) La «peligrosidad» de la referida sentencia se refiere a que permite a la autoridad judicial imponer la conmutación cuando el usufructo viudal recaiga sobre bienes improductivos. De este modo se obtienen las siguientes conclusiones: a), es necesario el acuerdo del viudo para el hecho de la conmutación, sea cual fuere su objeto; b), el viudo tiene derecho, *per se*, a pedir a la autoridad judicial la conmutación cuando crea estéril el usufructo; c), la autoridad judicial la impone a los herederos forzosos, aunque éstos no lo quieran, a pesar de estar amparados por el artículo 839 en su negativa; d), el 839 puede entrar en función también cuando el usufructo del viudo recaiga sobre parte libre, porque tiene derecho a impetrar el «auxilio» judicial, a fin de obtener conmutación. ¿Por qué razón se iba entonces a hacer sólo a los herederos forzosos «víctimas» de la intromisión judicial en sus legítimas? Y si los herederos voluntarios tienen que soportar la conmutación *impuesta*, ¿por qué no va a ser facultad de ellos proponerla voluntariamente? Si se exige el acuerdo del cónyuge viudo, el 839 huelga por completo. Si no se exige, pero se man-

En resumen, y por la reserva expuesta, no puede acogerse firmemente que el mutuo acuerdo se requerirá también en el 820, 3.º, dada la misma finalidad que persigue el 830.

b) El argumento principal usado en defensa de la individualidad de la opción es el de la división del legado entre los herederos (art. 859, p. 2, c).

Este argumento es cierto. Pero puede objetarse que no tiene en cuenta la dicción del precepto que estudiamos: ya el legislador contempla el supuesto de varios herederos forzosos y de un legado de usufructo que recae sobre todos ellos y, sin embargo, habla de *la porción disponible* y «de la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador». No obstante, tal conclusión, basada en una dicción gramatical no definitiva como criterio de interpretación, es endeble. Lo mismo puede el precepto hacer referencia a una norma general, aplicable a los casos particulares (porción libre *que corresponda al heredero forzoso*).

Por otra parte, el recurso a la autoridad es inoperante. Dicen AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, que «durante los trabajos preparatorios tal disposición (art. 550 del Código italiano de 1942) aparecía como excesiva; pero la solución contraria, que dejaba a cada uno de los legitimarios facultad de elegir, habría determinado —por la posibilidad de decisiones contradictorias— no pocas dificultades prácticas, especialmente en el caso en que hubiese disposiciones testamentarias de carácter indivisible. Se prefirió por ello adoptar un criterio por el cual la disposición testamentaria o decae o queda viva en su integridad. Y se creyó inoportuno admitir —como se había propuesto— la intervención de la autoridad judicial en el caso de falta de acuerdo entre los legitimarios, porque en el disenso entre ellos acerca de la elección entre la ejecución de la disposición y la reserva, la prevalencia debe ser dada en todo caso al derecho a la reserva, que es siempre asegurado por la ley» (37).

Por último, se ha de observar, en pro de la divisibilidad de la opción, que si el legado constituye un gravamen de legítima, no se debe dejar al arbitrio o antojo de un coheredero la elección de la forma en que cada uno habrá de disfrutar aquélla (38).

¿Qué ocurrirá si ha muerto cualquiera de los herederos sin ejercitar la opción? Afirmamos la aplicación analógica del criterio sustentado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de abril de 1956, a propósito del 830. En la misma reconoció nuestro

---

tiene que aquél puede pedir la conmutación a la autoridad judicial, lógicamente hemos de afirmar que cuando quieran acceder a ella los herederos voluntarios, también ha de soportarla el cónyuge. Todo ello, naturalmente, en contra de la intangibilidad de la legítima y del 830.

(36) Vid. por todos, VENEZIAN, *Ob. cit.*, pág. 391.

(37) *Ob. cit.*, pág. 201-202.

(38) IGLESIAS, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, pág. 279.

Alto Tribunal que la facultad de conmutar es un derecho de carácter patrimonial apto para entrar a formar parte del complejo hereditario que se transmite a los herederos por muerte de su titular. Ahora bien, en esta materia habrá que estar a la voluntad testamentaria ante todo.

Otro de los sujetos de la opción es el legatario. ¿Qué actitud ha de adoptar éste frente a la decisión de los herederos forzosos de cumplir la disposición testamentaria o entregarle la parte libre?

El legatario no tiene, en una palabra, más que aceptar las consecuencias de la decisión. En el artículo 839 el cónyuge viudo tiene intervención, puesto que se trata de que el objeto conmutado tenga la misma valoración que el usufructo para que no salga perjudicado. Pero en el 820, 3.º, no hay posibilidad de tal cosa. Los términos del precepto dan a entender la ausencia de toda idea de equivalencia. Cumple el heredero forzoso con entregar su parte libre, sea cual fuere su valor con respecto al usufructo o renta vitalicia.

Hemos de negar rotundamente que haya lugar para la aplicación de la doctrina sentada por la sentencia de 20 de diciembre de 1911, a propósito del 839, invocable por analogía, en la cual, según hemos dicho, se permite a la autoridad judicial hacer la conmutación cuando resultase ilusorio en todo o gran parte del derecho de usufructo. Si alguna justificación tuviera tal tesis sería la del primer considerando de la propia sentencia, que habla del fundamento del derecho del cónyuge viudo (su cuota legal), que es el de conservar a aquél la posición económica que 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. El legatario del 820, 3.º, es un adquirente gratuito, y respecto al cual huelgan todas estas consideraciones. Ello, naturalmente, por lo que respecta al gravamen de la parte libre. Por otra parte, como dice PACIFICI-MAZZONI, la entrega de la parte debida es un acto unilateral del legitimario en cuanto que conseguir la legítima en plena propiedad, no puede depender de la aceptación del mismo por parte del legatario (39). Así, pues, el derecho de opción no pueden pretender ejercitarlo los legatarios, porque la letra y espíritu de la ley lo demuestran de una manera cierta y evidente (40), si bien hay que reconocer que la palabra «entrega» del inciso final del 820, 3.º, da una cierta idea de cooperación del legatario, mientras que más de acuerdo con la naturaleza de la facultad de opción, el Proyecto de 1851 hablaba de *abandono* de la parte libre, igual que su modelo francés.

Cabe, no obstante, ante de terminar con el estudio de este epígrafe, plantearse una cuestión derivada de la interpretación que

(39) *Ob. cit.*, pág. 262.

(40) LOSANA, *Ob. cit.*, pág. 186.

se le haya de dar a las palabras «*se tenga*». ¿Quiénes son los que han de tener por superior, en el sentido indicado, el valor del legado de usufructo o de renta vitalicia?

A nuestro juicio, se impone una neta distinción en esta materia. Una cosa es la libertad de los herederos forzosos para que se llegue a una decisión sobre la opción y otra, por completo distinta, que dicha decisión se pueda tomar arbitrariamente. Únicamente cabrá la elección entre cumplir o entregar la parte libre cuando se dé el presupuesto exigido por el 820, 3.º: *el mayor valor de lo legado*. Mientras ello no ocurra así, el legatario podrá rechazar la decisión de la conmutación, que no debió de hacerse sino con el previo cumplimiento del anterior requisito legal. Para solucionar las contiendas que surjan entre los herederos forzosos y legatario por esta cuestión se impone el recurso a la autoridad judicial. Esta interviene, no como en el supuesto de discordancia entre los herederos para usar del 820, 3.º (si se mantuviera la indivisibilidad de la opción), sino para hacer la declaración de que efectivamente los herederos forzosos podrían hacer la conmutación al existir el presupuesto legal. En una palabra, lo que propugnamos es la acogida en el 820, 3.º, de la interpretación que dimos al 839 anteriormente.

#### FORMA EN EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

Pudiera sostenerse que no exigiendo el 820, 3.º, forma especial alguna, la elección se efectuará de cualquier modo, con plenos efectos. En realidad, plantearse el problema de elegir entre la intangibilidad legitimaria o la parte de libre disposición en plena o nuda propiedad es aceptar la herencia de una manera tácita, porque no habría derecho a aquel planteamiento si no se tiene la cualidad de heredero (art. 999, p. 2). Naturalmente que nos referimos a una trascendencia externa de la elección, no subjetiva e interna. Por otra parte, y como ya indicamos, jugar con la posibilidad de entregar una parte de la herencia implica tener derecho sobre ella adquirido por la aceptación tácita.

Ahora bien, el problema se presenta en relación con la entrega de la parte libre. Es evidente que si la decisión del heredero forzoso se ha concretado en ella, se encuentra íntimamente ligada la cuestión de la forma de aquella cesión con la de la elección, causa de este acto.

Para la resolución de la misma se adoptan posturas en la doctrina que dependen en su esencia de un punto: saber si el heredero forzoso tiene algún derecho antes de la opción. Se dice que con la elección se consigue la adquisición de la disposición y por ello constituye una modalidad impuesta por la ley para la aceptación de la herencia. Y puesto que la adquisición de la herencia depende de la aceptación, antes que con la elección no se haya adquirido uno u otra disposición, ningún derecho tiene el legiti-

mario y ninguna renuncia ha podido hacer para aplicar el artículo 350, número 5 (nuestro 1.280, núm. 1) (41). En contrario, se alega que cuando la elección recae sobre bienes inmuebles o derechos reales que gravan éstos, se exige la forma escrita. El 820, 3.º, excluiría la posibilidad de una aceptación tácita de la herencia (42).

Nosotros creemos que se imponen las siguientes precisiones para la debida solución del problema. En primer lugar, antes de la elección del heredero forzoso *tiene* derechos (los que le concede el testador) sobre la parte libre. La opción presupone ineludiblemente esta consecuencia, porque no va a tener como uno de sus objetos una cosa que no le pertenece al titular. ¿Cómo se adquieren tales derechos? Entra en juego ya las clases de aceptación de la herencia sin que haya nada que nos indique la exclusión de la forma tácita en tales supuestos. Generalmente, desde luego, la entrega de la parte libre entrañará una aceptación tácita de la herencia al hacerse constar que en uso de la facultad del 820, 3.º se abandonan los derechos concedidos por el testador sobre la parte libre, quedándose con el goce libre de la legítima (aceptación expresa en este punto de la herencia). Pero, en realidad, califíquese como aceptación tácita lo primero o como expresa (en cuanto que aquella manifestación implica la de que se acepta y se renuncia la parte libre) lo cierto es que el heredero adquiere los derechos que le consigna el testador para hacer dejación de los mismos en favor del legatario. Estamos entonces no en el terreno de la repudiación de la herencia, porque mal se podría transmitir al legatario libre, sino en el de la renuncia en favor de otra persona, encuadrada en el 1.000, número, del Código civil y, en consecuencia, en el artículo 1.281, número 5, en cuanto a la forma.

Si el heredero forzoso opta por cumplir la disposición testamentaria no hay necesidad de una aceptación expresa tampoco. Dicha decisión puede manifestarse entregando la renta vitalicia ordenada por el testador, o los objetos en usufructo, etc. Consideración especial merece el caso de que el heredero forzoso repudie, p. e., el legado que le ha hecho del testador encajable en la parte libre. ¿Se entenderá con ello que opta por el cumplimiento de la disposición testamentaria? A nuestro juicio sí, porque se ha desprendido del único medio que tenía libre para librarse de ello, cual es el de la entrega de su porción libre.

Hasta aquí hemos contemplado la entrega de la parte libre al legatario como acto independiente de la partición. Dicha entrega se efectuará del modo indicado cuando el heredero forzoso sea único o cuando siendo varios no dividan la herencia, e incluso cuando el testador haya hecho la partición directamente, ad-

(41) AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Ob. cit.*, pág. 190.

(42) D'AVANZO, *Ob. cit.*, pág. 434.

judicándole al legatario un usufructo en las condiciones requeridas para dar lugar al 820, 3.º Pero también los herederos forzosos pueden acordar en la misma partición la cesión de la parte libre al legatario, adjudicándose entonces los bienes de la legítima en plena propiedad y goce.

La ley nada dice tampoco acerca del término en el cual el legitimario puede o debe proceder a la opción; puesto que están en juego intereses de terceros, el legatario puede provocarlo mediante el ejercicio de la *actio interrogatoria* (1.005) (43). Pasado el plazo para contestar habrá que entender que el heredero forzoso opta por el cumplimiento de la disposición testamentaria, dado que, en virtud del artículo 1.003, se considera que acepta la herencia tal y como se le defiere.

#### LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGATARIO

Uno de los puntos más oscuros de la mecánica del 820, 3.º es el referente a la posible mutación del título del legatario, cuando recibe en plena propiedad la parte de libre disposición. ¿Ha de ser considerado como heredero y, por tanto, responsable de las deudas de la herencia con los bienes heredados y los propios, salvo que acepte la porción libre que el heredero forzoso abandona a beneficio de inventario?

La cuestión se halla a nuestro juicio implicada en una más general, cual es la de saber el fundamento que tiene la atribución de la cualidad de heredero o legatario. Si sostenemos un fundamento objetivo, el legatario tendrá la cualidad de heredero, puesto que sucede en una universalidad o cuota parte de la herencia. Si, por el contrario, afirmamos que la atribución de la cualidad de heredero depende de la *vocación testamentaria*, el legatario no adquiriría la condición de heredero, sino cuando el testador hubiese dispuesto que le instituía por tal en la parte libre, si el legitimario no aceptaba el gravamen o la renta vitalicia que aquél le dejaba. En ausencia de tal declaración sería, a pesar de la conmutación, legatario.

Nosotros creemos que fuera del supuesto de una institución testamentaria en la parte libre para prever las consecuencias de la negativa del legitimario a cumplir el legado, el beneficiado por tal no sufriría ningún cambio en su titularidad. Lo que el legitimario ha hecho simplemente es una *conmutación del objeto legado*, que no es una dación en pago como pretendía POLACCO (44), porque ésta requiere ineludiblemente el consentimiento del acreedor, a fin de satisfacer en una prestación distinta el objeto de la obligación, mientras que en el 820, 3.º, *se le impone* al legatario el cambio de objeto, dándose las premisas legales.

(43) D'AVANZO, *Ob. y loc. cit.*, supra

(44) *De las sucesiones*, trad. es. Tomo I, pág. 587.

Así, pues, sobre la base de la susodicha conmutación, y la llamada del testador al usufructo o renta vitalicia, se produce el nacimiento por voluntad de los legitimarios apoyada en la ley, del *legado de parte alícuota*, que no tiene una *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum*, por lo que las deudas hereditarias no le afectan personalmente como a los herederos, sino que sólo hacen disminuir el objeto de su adquisición. Así puede aceptarse el pensamiento de SANTORO-PASARELLI, cuando dice que en el 820, 3.º, se da «un singular cruce en la vocación, de la voluntad legislativa con la voluntad testamentaria», y no en el sentido que repudía acertadamente PUGLIATI, de hacer la figura de heredero necesario (efecto legal) de las cenizas de un legatario (efecto de la voluntad testamentaria) (45).

Por ello, estimemos exacta la tesis de LOSANA, que niega la mutación del título, porque así es verdad que el usufructuario consigue una cuota de bienes del testador, la misma no representa más que un modo especial de satisfacción del legado; el título originario del sucesor, el testamento, le da la cualidad de sucesor a título singular, y esta circunstancia no puede ser cambiada por la de que el legado venga a ser satisfecho con una cuota de bienes. Sería verdaderamente extraño que a quien el testador quería solamente como legatario, llegase a ser heredero contra su voluntad; sería extraño que dependiese del arbitrio de un legitimario que uno permaneciese legatario o llegase a ser heredero del difunto» (46).

En virtud de lo expuesto, hemos de concluir afirmando que las cargas impuestas al legatario para el testador, seguirán pesando sobre él, a pesar de la mutación del objeto legado.

---

(45) *Ob. cit.*, pág. 186.—Vid. también AUBRY y RAU, *Ob. cit.*, página 59, nota 17.

(46) *Ob. y loc. cit. supra.*



## Matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática

Gabriel GARCIA CANTERO

### I

#### PRECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL (I)

Respecto al tratamiento jurídico del matrimonio de los funcionarios diplomáticos, la legislación española ha seguido tres sistemas que, por orden cronológico de aparición, podemos caracterizar del siguiente modo:

- a) Sistema de autorización o licencia previa para todo matrimonio de estos funcionarios, sea cual fuere la nacionalidad de la futura contrayente, pero sin regir específicas prohibiciones;
- b) Sistema de prohibición del matrimonio con extranjeras, combinado con la previa exigencia de licencia para todo matrimonio; mediante la necesidad de tal licencia se aseguraba el

---

(I) La legislación extranjera no ofrece en esta materia una orientación uniforme, ni una tendencia que pueda calificarse de predominante. Hay países que no exigen licencia previa para el matrimonio de los diplomáticos; otros la requieren con distinto alcance.

Según FERREIRA DE MELLO, *Tratado de Derecho diplomático* (trad. esp. de F. ARIAS-PARGA), Madrid, 1953, págs. 58 ss., en el Brasil debe ser brasileña la esposa del candidato a la inscripción en las pruebas o en el curso de preparación para la Carrera Diplomática; los funcionarios de la Carrera sólo pueden contraer matrimonio con mujer de nacionalidad brasileña y previa autorización del Ministerio de Estado, significando la transgresión de este precepto la automática exoneración del funcionario. En Argentina, según la Ley de 6 de febrero de 1947 se exige para el ingreso en la Carrera que el cónyuge del candidato sea argentino de nacimiento o naturalizado. En Portugal, la Ley orgánica de 30 de diciembre de 1938 dispuso que los funcionarios diplomáticos y consulares no pudieran contraer matrimonio sin autorización del Ministro, el cual sólo la concede para contraer matrimonio con portuguesa de origen y que nunca haya perdido la nacionalidad; los funcionarios ya casados con extranjeras no pueden servir en el país de la nacionalidad de origen de la esposa.

Para Italia debe tenerse en cuenta el Real Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1925, según el cual los funcionarios diplomáticos o consulares precisan el *assenso* del Jefe del Estado; el artículo 98 de la Ordenanza del Registro civil ordena presentar el documento que contiene tal autorización con la solicitud de proclamas; el matrimonio celebrado sin *assenso* del Jefe del Estado origina sanciones para el Oficial Encargado del Registro (multa de 50 a 1.000 liras) y el cese en el servicio para el diplomático o cónsul (Cfr. GANGI, *Il matrimonio*, 3.<sup>a</sup> ed. Milano, 1953, págs. 145 y sigs.).

Ministerio un control acerca de la nacionalidad de la futura consorte del diplomático; y

c) Atenuación del sistema prohibitivo subsistiendo la licencia previa.

a) El sistema de previa licencia o autorización para todo matrimonio de los funcionarios diplomáticos aparece regulado en el Real Decreto de 22 de abril de 1920 y en el artículo 11 del Reglamento de la Carrera Diplomática aprobado por Real Decreto de 10 de enero de 1929. Estas disposiciones sientan las líneas fundamentales de un régimen que, en lo esencial, sigue todavía vigente. Las modificaciones posteriores insistirán en una determinada dirección prohibitiva, con mayor o menor intensidad, agravando o reduciendo las sanciones para caso de incumplimiento.

Según el artículo 1.º del Real Decreto de 1920: «Los funcionarios pertenecientes a cualquiera de las ocho categorías de la Carrera Diplomática, no podrán contraer matrimonio sin obtener antes Real licencia. Los que se casen prescindiendo de este requisito, quedarán suspendidos de su cargo y sujetos a expediente, teniendo en cuenta el artículo 6.º de las disposiciones generales de la Ley y el artículo 55 del Reglamento de la Carrera Diplomática. La esposa del funcionario no figurará en la lista del personal de la Misión de que se trate, y no tendrá derecho a obtener pasaporte diplomático ni a ningún otro de los honores y preeminencias anejos al cargo de su marido, mientras no se le concedan expresamente por Real Orden. Esta, como la Real licencia a que se refiere el párrafo primero deberá publicarse en la «Gaceta de Madrid» y en el «Boletín Oficial del Ministerio de Estado». Según el artículo 2.º, los aspirantes casados deberán consignar en la instancia el nombre de su esposa.

El artículo 55 a que se refiere el texto fue sustituido por el artículo 11 del Reglamento de 1929.

Conforme a estos preceptos, regía la necesidad de Real licencia para todo caso de matrimonios de miembros de la Carrera Diplomática; incluso para quienes no procedieran de la misma y estuvieran desempeñando esta clase de misiones, ya que el artículo 11 del Reglamento especificaba: «cualquiera que sea su origen». La sanción por incumplimiento implicaba la suspensión en el cargo y la sumisión a expediente disciplinario; la suspensión no podía exceder de seis meses según el artículo 6.º de las disposiciones generales de la Ley Orgánica de la Carrera Diplomática de 1900. Dejada sin efecto la suspensión, el funcionario infractor continuaba en servicio activo, siendo de notar la privación de determinados privilegios para su mujer (no figurar en la lista diplomática, carecer de pasaporte diplomático, no disfrutar de honores y preeminencias anejas al cargo de su marido, etc.), lo cual implicaba la derogación parcial del artículo 64 del Código civil, que, al ser hecha por norma de rango inferior a la de una

ley, planteaba el problema de su validez. Esta norma extraña no se ha reproducido en posteriores disposiciones.

Con el advenimiento de la Segunda República, se entendió que este régimen quedaba en suspenso en virtud del Decreto de 22 de abril de 1932 (2).

b) La Ley de 23 de noviembre de 1940 inaugura un sistema enérgicamente prohibitivo del matrimonio de los diplomáticos con mujeres extranjeras. Disponía, en efecto, su artículo 2.º. «A partir de la publicación de la presente Ley, el funcionario de la carrera diplomática que contrajese matrimonio con extranjera será dado de baja en su Cuerpo y escalafón, con excepción del caso de que se trate de hispanoamericana o filipina.» El Decreto-Ley de 3 de enero de 1951 extendió la excepción a la mujer de nacionalidad portuguesa o brasileña. La baja es automática, según el artículo 69 del Reglamento de 15 de julio de 1955. La nacionalidad exceptuada debía poseerse de origen y no haber sido interrumpida por la adquisición de ninguna otra de las no exceptuadas, desde el nacimiento de la interesada hasta su matrimonio con el diplomático español (art. 70).

c) La vigente Ley de 22 de julio de 1961, aun manteniéndose en la línea del sistema anterior, ha venido a introducir una modificación interesante. A través de la dispensa que otorga el Ministerio de Asuntos Exteriores, resulta ya posible que el funcionario diplomático contraiga matrimonio con mujer de nacionalidad extranjera no hispánica, sin que se le dé de baja en el Cuerpo. El sistema, por tanto, se ha humanizado poniéndose más de acuerdo con las actuales condiciones de la vida internacional (3).

---

(2) Cfr. SEBASTIÁN DE ERICE, *Normas de Diplomacia y de Derecho Diplomático*, I (Madrid, 1945), pág. 356.

Decía así el artículo 1.º del Decreto de 22 de abril de 1932: «Quedan en suspenso todos los preceptos de las Leyes y Reglamentos de las Carreras dependientes del Ministerio de Estado en lo referente a las condiciones exigidas para ascensos, traslados, provisión de vacantes, excedencias, disponibilidades, plazos posesorios y en todo cuanto pueda oponerse a las necesidades del mejor servicio de la República en sus relaciones con el extranjero.» Fórmula amplia, en la que, sin embargo, no se menciona expresamente la materia que nos interesa.

(3) Alude SEBASTIÁN DE ERICE: *op. cit.*, I, pág. 357, a la posibilidad, bajo el anterior régimen prohibitivo, de que la mujer nacida fuera de nuestra Patria adquiriese en condiciones extraordinarias la nacionalidad del pretendiente, en virtud de concesión especial anterior al matrimonio; así cita el caso resuelto por el Decreto de 4 de diciembre de 1941. Razonablemente propugnaba el autor citado un régimen de absoluta igualdad, «en cualquier caso y para todos los orígenes, incluido el vernáculo, considerando la importantísima función que la mujer desempeña en la vida oficial del representante». La Ley vigente responde también a esta idea de igualdad de trato.

## II

CARACTERES DEL SISTEMA IMPLANTADO POR LA  
LEY DE 22 DE JULIO DE 1961

El preámbulo de la Ley alude a tres órdenes de razones que han justificado la reforma:

1.º) La alteración de las circunstancias de la vida internacional y nacional, que no son ya las mismas que las vigentes al promulgarse la Ley de 1940. En efecto, la difícil neutralidad española durante la última contienda internacional, aconsejó seguramente al Gobierno extremar las precauciones en orden al matrimonio con extranjeras de los diplomáticos españoles, al objeto de lograr la mayor libertad de movimientos de nuestros representantes y evitar toda clase de recelos y suspicacias. Pero hoy día —reconoce el preámbulo— se ha introducido un proceso de creciente aproximación entre algunos pueblos (piénsese en las diversas formas de Uniones Europeas, ya logradas, o en vías de conseguirse); y es evidente que ante este fenómeno España no puede quedar indiferente.

2.º) Las obligaciones contraídas por el Estado español como consecuencia del Concordato de 1953; especialmente las que derivan del artículo 36, 2, 2.º del mismo.

3.º) Una razón de analogía de los funcionarios diplomáticos con los miembros de las Fuerzas Armadas, ya que a estos últimos se les autoriza el matrimonio con extranjeras en virtud de la Ley de 13 de noviembre de 1957 (4).

De destacar es que la presente Ley se mantiene en el ámbito del Derecho Administrativo, sin incidir en los requisitos de validez o licitud del matrimonio. Tampoco afecta a la inscripción del respectivo matrimonio en el Registro civil, según la opinión más probable (5); con ello se aparta nuestro Derecho del modelo italiano.

El legislador reconoce en el preámbulo el derecho natural del funcionario a contraer matrimonio, y busca la armonización del mismo con los legítimos intereses del Estado representado por las necesidades del Servicio Exterior. Se ha encomiado el papel que la mujer del funcionario diplomático representa, o

(4) Cfr. GARCÍA CANTERO, *La ley de 13 de noviembre de 1957 relativa a matrimonios militares*, en este ANUARIO, 9 (1958), págs. 225 y sigs.

(5) La Ley y Reglamento del Registro civil no contienen ningún precepto expreso que haga referencia a la exigencia por el Encargado de la previa licencia o dispensa, en el caso del matrimonio de diplomáticos. En realidad la dispensa de nacionalidad no podían preverla aquellas disposiciones por tratarse de una innovación de la nueva Ley de 1961.

No está claro si tales licencia y dispensa deben entrar en la genérica alusión a «impedimentos y obstáculos» de los arts. 244-2, 246-2 247 y 250 del Reglamento del Registro Civil. En la duda, la solución nos parece debe ser negativa.

puede representar, en la misión de éste. Muchos éxitos o fracasos de un Embajador o un Ministro —se ha llegado a decir (6)— podrían imputarse a las circunstancias de su matrimonio. En cierta medida podría decirse que el matrimonio de un diplomático es «*affaire d'Etat*». La nueva Ley ha tratado de armonizar aquél derecho y estos intereses a través de los instrumentos técnicos de la licencia previa y de la dispensa en el caso de nacionalidad no exceptuada. Cierto es que contra la resolución desfavorable de la petición de licencia no cabe interponer recurso alguno (artículo 3.º párrafo 2.º de la Ley), con lo cual se consagra un régimen de discrecionalidad en la concesión; y que «no podrán invocarse en esta materia (se refiere a la dispensa de nacionalidad) criterios de reciprocidad, como tampoco normas ni precedentes de derecho o de prácticas extranjeras» (art. 2.º, norma 1.ª in fine) Pero la propuesta del Ministerio, caso de ser desfavorable, deberá ser motivada (art. 1.º pár. 2.ª); y de la nueva regulación no se desprende ningún criterio directivo de carácter restrictivo o excepcional para la concesión de la licencia o dispensa.

Por último, el sistema rige tanto para el matrimonio canónico como para el matrimonio civil, como es habitual en este tipo de licencias.

### III

#### LA LICENCIA PREVIA PARA EL MATRIMONIO DE LOS FUNCIONARIOS DIPLOMATICOS

##### *Personas obligadas a solicitarla:*

a) Todos los funcionarios de la Carrera Diplomática, cualquiera que fuese su categoría, incluso los Embajadores que no procedan de la propia Carrera (7); así parece deducirse del párrafo 2.º del artículo 3.º del Reglamento de 1955 al disponer que «cuando las Jefaturas de Misión estén desempeñadas por personas que no pertenezcan a la Carrera Diplomática se regularán sus haberes, derechos y obligaciones, mientras desempeñen el cargo, por las mismas normas a que están sujetos los funcionarios de la Carrera Diplomática»; análogo criterio sustentaba el artículo II del Reglamento de 1929. La necesidad de obtener licencia

---

(6) Cfr. las extensas consideraciones que a la esposa del diplomático dedica SEBASTIÁN DE ERICE, *op. cit.*, I, págs. 355 y sigs.

(7) Según el artículo 3.º, párrafo 1.º, del Reglamento de 1955: «Los cargos diplomáticos serán desempeñados por funcionarios pertenecientes a la Carrera. El Gobierno, no obstante, podrá proveer las Jefaturas de Misión en personas que no pertenezcan a la Carrera, siempre que reúnan las especiales circunstancias requeridas para el cargo.» En los últimos años se ha hecho uso, con relativa frecuencia, de esta facultad.

parece urge al funcionario procedente de la Carrera en todo momento hasta su jubilación, sea cual fuese su situación administrativa; en cambio, para los no procedentes del Cuerpo tal obligación no existirá cuando hayan pasado a la situación de cesantes.

b) Los alumnos de la Escuela Diplomática (art. 5.º de la Ley).

c) Los aspirantes a ingreso en la Escuela Diplomática, pues aunque no los menciona expresamente la Ley, parece correcto deducirlo de su sistema; en otro caso se derivaría una especie de prohibición temporal de casarse mientras se celebran las oposiciones. Ciertamente, el aspirante no es todavía funcionario público, pero tiene una expectativa de serlo. Si el aspirante ingresa, y se descubre entonces que ha contraído matrimonio durante las oposiciones sin licencia o dispensa, corre el riesgo de causar baja (art. 5.º pár. 3.º); pero, al concurrir a las oposiciones no estaba en condiciones de cumplir lo ordenado en el párrafo 2.º del artículo 5.º porque, por hipótesis, todavía no estaba casado.

d) Los aspirantes a ingresar en la Escuela ya casados tienen un régimen especial. Al haber contraído matrimonio antes de estar vinculados a la Administración como funcionarios diplomáticos, es claro que no estaban obligados a solicitar en tal concepto la licencia previa. Pero al concurrir a las oposiciones, les obliga la Ley, bajo pena de eliminación, a mencionar dicha circunstancia personal y a facilitar al respecto toda la información que el Ministerio de Asuntos Exteriores estime conveniente. En el caso de que su mujer tuviera, al tiempo de contraer matrimonio, una nacionalidad no exceptuada, los candidatos deberán obtener dispensa del Ministerio para ser admitidos a la oposición (art. 5.º, párs. 2.º y 4.º).

*Autoridad que concede la licencia.* Según el Real Decreto de 1920, la licencia para el matrimonio de los diplomáticos la otorgaba el Rey. En la actualidad, la concede el Jefe del Estado a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores (art. 1.º):

*Cuando debe solicitarse:* En cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio. Supone, por tanto, un proyecto de matrimonio, pero no es necesario que se hayan publicado las proclamas, ni que se hayan formalizado esponsales. La Ley no exige una prueba de este propósito de celebrar matrimonio, bastando con la mera manifestación del funcionario. Pero la seriedad del propósito resultará de la investigación reservada que hace el Ministerio (cfr. art. 2.º, 2.º). Una excepción en cuanto al tiempo de solicitar licencia, lo constituye el caso de los aspirantes casados.

*Procedimiento.* El expediente se inicia mediante instancia presentada en el Ministerio de Asuntos Exteriores. En este Departamento se formará un expediente con dicha instancia, la documentación que reglamentariamente se determine y un resu-

men circunstanciado de las informaciones adquiridas sobre la futura esposa del solicitante. Cerrará este expediente la propuesta que el Ministro de Asuntos Exteriores eleve en cada caso a la superior decisión del Jefe del Estado. Cuando la propuesta sea desfavorable, deberá ser motivada (art. 1.º pár. 2.º).

*Requisitos.* Hemos visto ya que la solicitud de licencia supone en el funcionario un propósito de contraer matrimonio; no parece sea necesario manifestar si va a ser canónico o civil, ni el lugar o la fecha. El propósito de celebrar esponsales no entra en el supuesto de hecho de la norma, y, en consecuencia, no obliga a solicitar licencia. Puede preguntarse si, después de la formalización de esponsales, es denegada la licencia para el matrimonio, ¿podrá invocar el funcionario diplomático esta denegación como causa justa de ruptura de la promesa de matrimonio? El propósito de unirse en concubinato tampoco entra en la hipótesis de la norma; pero tal situación inmoral podrá producir otro tipo de consecuencias desfavorables para el diplomático (8).

La concesión de la licencia por el Jefe del Estado se condiciona al cumplimiento de dos requisitos relativos a la futura cónyuge: 1.º) La nacionalidad española, hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña de la futura consorte, y 2.º) La buena conducta moral, privada y social de la misma, debidamente acreditada mediante investigación reservada (art. 2.º de la Ley).

El requisito referente a la nacionalidad española tiene su origen en la Ley de 1940, e igualmente la excepción referente a la nacionalidad de alguno de los países hispánicos, ampliada a Portugal y Brasil por el Decreto-Ley de 1951. La excepción aparece justificada por la comunidad cultural y espiritual que con ellos formamos.

El artículo 2.º de la Ley no exige que la nacionalidad española o hispánica sea poseída de origen por la futura contrayente. Pero tal circunstancia es exigida para los aspirantes a ingreso en la Escuela Diplomática que estén casados, y no se ve motivo para una diferencia de trato. Si se admitiera que la nacionalidad española o hispánica pudiera no ser de origen, se podría eludir con relativa facilidad la necesidad de dispensa. La solución, sin embargo, no es indiscutible.

Si la mujer ostenta nacionalidad distinta de las contempladas, deberá solicitarse dispensa con carácter previo a la petición de licencia. Esta posibilidad de dispensa es la novedad más importante de la nueva Ley.

Por primera vez se formula la exigencia de buena conducta

---

(8) Son faltas muy graves los actos moral y socialmente censurables que lleven consigo el descrédito del funcionario y perjudiquen al servicio (art. 50, letra f, del Reglamento de 1955). Además, el hecho de que el funcionario viva en concubinato puede ser sometido a Tribunal de Honor (art. 56 del Reglamento).

en la futura consorte del diplomático con carácter expreso (9). Un precedente puede encontrarse en la Ley de 13 de noviembre de 1957 que regula el matrimonio de los militares.

*Resolución del expediente.* La concesión de la licencia matrimonial es un acto discrecional del Jefe del Estado, sin que contra la denegación quepa recurso alguno. La resolución del Jefe del Estado se hace a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores; esta propuesta, si es desfavorable, deberá ser motivada con base en el incumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 2.º de la Ley ya examinados. Las resoluciones favorables serán comunicadas al interesado y publicadas en el «Boletín Oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores»; las desfavorables se comunicarán en todo caso al interesado reservadamente por medio de Orden ministerial (art. 3.º pár. 2.º).

*Caducidad de la licencia otorgada.* Las resoluciones concediendo licencia para contraer matrimonio se considerarán caducadas transcurridos seis meses después de la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores» (artículo 3.º pár. 3.º). Como la licencia se otorga «intuitu personae», la concedida para contraer matrimonio con determinada persona no será válida para celebrarlo con otra distinta, aunque sea de la misma nacionalidad o, incluso, familia.

#### IV

### LA DISPENSA DE NACIONALIDAD

Están obligadas a solicitar dispensa de nacionalidad las mismas personas que anteriormente vimos tenían obligación de pedir licencia, en el caso de que la futura cónyuge no posea nacionalidad española o alguna de las exceptuadas. Los supuestos legales de doble nacionalidad con arreglo al Derecho español, no ofrecen dificultad en este punto, pues aquella situación sólo puede producirse entre nacionales de España y de algún país iberoamericano o de Filipinas (art. 22, pár. 4.º y 5.º del Código civil). Por ello, el funcionario diplomático español que trate de contraer matrimonio con mujer que según la ley española ostenta doble nacionalidad, estará siempre incluido entre los casos exceptuados de dispensa. La dispensa de nacionalidad la otorga el Ministro de Asuntos Exteriores con carácter discrecional, sin que puedan invocarse en esta materia criterios de reciprocidad, normas, ni precedentes de derecho o de prácticas extranjeras

---

(9) El artículo 68 del Reglamento obligaba a hacer constar las circunstancias personales de toda índole de la futura consorte, pudiendo el Ministerio solicitar toda clase de informes. Pero de una manera expresa no se aludía a la buena conducta moral, privada y social de la futura mujer del diplomático.

(art. 2.º, 1.º). En la Ley no se encuentra apoyo para que el otorgamiento de estas dispensas se haga con criterio restrictivo o excepcional, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del matrimonio de militares, respecto de los cuales se dispone que la licencia para casarse con extranjeras «sólo podrá concederse en casos especiales».

V

## NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA Y DE LA DISPENSA

Para determinar la naturaleza jurídica de estos requisitos que venimos examinando, nada mejor que analizar las consecuencias que acarrea su incumplimiento. Las establece el artículo 4.º de la Ley, a cuyo tenor:

«El funcionario de la Carrera Diplomática que contrajere matrimonio con persona de nacionalidad distinta de la expresada en el artículo 2.º de la presente Ley, sin haber obtenido la correspondiente dispensa, será sancionado con la separación del servicio, previa la tramitación del procedimiento correspondiente.»

«El que lo celebrare sin cumplir los requisitos y trámites señalados en los artículos 1.º y 2.º, incurre en falta grave».

Cuando los infractores sean Alumnos de la Escuela Diplomática o Aspirantes, el artículo 5.º remite al artículo 2.º.

Se configuran dos clases de sanciones de distinta gravedad. El casarse sin licencia se configura como infracción menos importante de las dos, tipificándose como «falta grave». Las faltas graves pueden acarrear la imposición de alguna de estas sanciones: privación de haberes de dos a cuatro meses, postergación de cinco a diez puestos en el Escalafón, suspensión de empleo y sueldo de seis meses a un año (art. 53, letra B del Reglamento de 1955). Se observa en este punto que la nueva Ley ha atenuado el extremado rigor del artículo 69 del Reglamento, que castigaba este hecho con la baja automática en el Escalafón. El casarse sin obtener dispensa de la nacionalidad no exceptuada, acarrea la separación del servicio, que no se produce automáticamente sino que requiere la previa formación de expediente. Se configura así esta conducta como «falta muy grave» del funcionario. La separación procederá tanto en el caso de casarse sin solicitar dispensa, como en el de hacerlo a pesar de la resolución desfavorable.

Puede ofrecer dudas la resolución de los siguientes casos: 1.º) Celebración de un matrimonio en el extranjero sin efectos civiles en España, 2.º) Celebración de un matrimonio nulo, 3.º) Celebración de un matrimonio que está ya disuelto en el momento de descubrirse la falta de licencia administrativa o de la dispensa de nacionalidad.

Cuando la Ley que comentamos habla de «matrimonio» parece que está pensando en un matrimonio válido según la ley española. Por ello, en principio, la celebración en el extranjero por el funcionario diplomático de un matrimonio válido sólo según la *lex loci*, no parece acarree las sanciones de la ley de 1961. Sin embargo, la convivencia *mors uxorio* del funcionario podría dar lugar a otro tipo de sanciones por conducta inmoral.

Si al tiempo de descubrirse la infracción de la presente Ley, el matrimonio contraído por el funcionario diplomático ha sido declarado nulo, parece que tal declaración de nulidad debe beneficiarle en el orden administrativo, con independencia de la buena o mala fe con que contrajo tal matrimonio.

Si el matrimonio se ha disuelto al descubrirse la infracción de la presente Ley, pudiera parecer excesivo la íntegra aplicación de sus sanciones. Sin embargo, el artículo 4.º condiciona la imposición de tales sanciones al mero hecho de contraer matrimonio sin licencia o sin dispensa, y no a la subsistencia del vínculo en el momento de instruirse el correspondiente expediente.

Del análisis que hemos realizado del artículo 4.º de la Ley que comentamos, aparece con claridad que tanto en el caso de matrimonio celebrado sin licencia, como en el supuesto de falta de dispensa, ninguna repercusión se produce en la validez o eficacia del vínculo matrimonial contraído, el cual, en todos los casos, se regirá por la legislación canónica o civil. La licencia y la dispensa no constituyen requisitos de capacidad; tampoco pueden calificarse de impedimentos matrimoniales en sentido técnico; su inobservancia no representa una irregularidad de carácter civil que origine sanciones de esta clase.

Como en otro lugar he escrito (10), estamos fuera de la esfera del Derecho civil, entrando de lleno en la del Derecho Administrativo, en la relación funcionario-Administración. Por las razones que antes vimos, puede el Estado imponer a los funcionarios de la Carrera Diplomática la observancia de determinados requisitos para contraer matrimonio. La obligación de solicitar licencia o dispensa de nacionalidad, en su caso, es de naturaleza administrativa. El derecho natural del funcionario a casarse se respeta, al no establecerse una prohibición absoluta, sino meras condiciones a su matrimonio.

La licencia previa y la dispensa de nacionalidad son privilegios de naturaleza administrativa; la licencia lo es, por sus efectos, de concesión, al crear una nueva situación; la dispensa, de liberación de la aplicación de una norma (la que exige la nacionalidad española o hispánica de la mujer) (11).

(10) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), págs. 162 y sigs.

(11) DE CASTRO, *Derecho civil de España* 2, I (Madrid, 1949), pág. 106.

## VI

SITUACIONES NO CONTEMPLADAS POR LA  
NUEVA LEY

Se observa algunas lagunas en la Ley de 22 de julio de 1961.

A diferencia de lo establecido para el matrimonio de los militares, no se prevé el supuesto de matrimonio *in extremis*. En tales circunstancias no es posible, normalmente, acudir al Ministerio en solicitud de dispensa o de licencia. Por analogía con lo dispuesto en el artículo 3.º párrafo 1.º de la Ley de 13 de noviembre de 1957, parece razonable estimar posible el cumplimiento a posteriori de tales requisitos. No parece repugne a la naturaleza de estos requisitos tal forma de cumplimiento, pues la presente Ley la aplica al supuesto de los aspirantes a ingreso que estén casados (art. 5.º).

Tampoco se prevé, y ello es lógico, el caso de matrimonio secreto o de conciencia. Mientras la unión conserve tal carácter, no produce efectos, ni es tomada en consideración por el Derecho Administrativo. Parece prudente que, con anterioridad a su publicación por los interesados, se solicite la licencia o dispensa correspondientes. La posibilidad legal del cumplimiento de estos requisitos con posterioridad a la publicación del matrimonio secreto, es dudosa.

Tampoco se prevé el matrimonio de la mujer miembro de la Carrera Diplomática. En realidad, esta situación sólo podrá producirse legalmente en España a partir de 1.º de enero de 1962 (12). En tal fecha entrará en vigor la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer; y entre las profesiones exceptuadas para la mujer en el artículo 3.º, 2 no se encuentra la Carrera Diplomática. Ya en una obra escrita a primeros de siglo se decía: «No hay motivo alguno para negarle (a la mujer) el ejercicio de la diplomacia, en el que sin duda rendirá excelentes servicios en años venideros» (13). Para épocas pasadas se cita el caso de la viuda del Mariscal Guebriant, nombrada Embajador por Luis XIV cerca de Ladislao IV, rey de Polonia, en 1646. La historia contemporánea nos muestra el nombramiento de la señora Clara B. Luce como Embajador de los Estados Unidos en Italia, y de la señora Frances E. Willis como Embajador del mismo país en Suiza. Prescindiendo de curiosos problemas de ceremonial y protocolo diplomático que estos nom-

(12) Con anterioridad, estando limitado a los varones el acceso a las oposiciones para ingreso en la Carrera Diplomática, la única posibilidad de que una mujer desempeñara funciones diplomáticas era la de su nombramiento como Embajador. Del artículo 3.º del Reglamento de 1955 no parece dedujese contrario criterio; pero no conocemos ningún caso en España.

(13) VIDAL Y SARRA, *Tratado de Derecho diplomático* (Madrid, 1925), pág. 187.

bramientos pueden originar (14), aquí sólo diremos que el matrimonio de la mujer española diplomática con un varón de nacionalidad extranjera puede hacer perder a aquélla su nacionalidad (art. 23-3.º del Cc.). Lo cual exigirá una cuidadosa regulación

## VII

### ENTRADA EN VIGOR. CLAUSULA DEROGATORIA. DESARROLLO REGLAMENTARIO.

La primera de las disposiciones transitorias dispone que la presente Ley entra en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»; es decir, el 25 de julio de 1961. No se aplica, por tanto, la *vacatio legis* normal de veinte días.

La presente Ley se aplica retroactivamente a los casos pendientes de resolución, estableciéndose un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor para el examen y resolución de aquéllos (disp. transitoria 2.ª). Aquí la retroactividad de grado medio se justifica por ser más beneficioso para el funcionario el nuevo régimen que el derogado.

Se deroga el artículo 2.º de la Ley de 23 de noviembre de 1940, los artículos 68, 69, 70 y 81 del Reglamento de 15 de julio de 1955, y, con una fórmula genérica, «cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley» (disp. final primera).

Finalmente, se autoriza al Ministro de Asuntos Exteriores para el desarrollo reglamentario de la Ley (disp. final segunda).

---

(14) Cf. ARJONA COLOMO, s. v. *Embajador*, en *NEJ*.

# Un comentario al artículo 18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia.

Adolfo PARRA ABAD

No se pretende con este comentario profundizar en el estudio de la perfección del contrato entre ausentes, materia regulada en los artículos 1.262 del Código civil y 54 del de comercio. Se trata únicamente de poner de manifiesto cómo la legislación postal puede anular o disminuir la eficacia de los referidos artículos.

En primer lugar, recordemos que el término «perfección del contrato entre ausentes» no es hoy exacto o, mejor dicho, que los problemas que tradicionalmente se planteaban, en todo caso, en la contratación entre ausentes han quedado relegados hoy, por los avances técnicos, a la de los que se comunican entre sí, utilizando medios (correspondencia, telégrafo y telex), que determinan una pausa entre la oferta y la aceptación (1).

Entre las posibles soluciones a elegir para determinar el momento de la perfección del contrato consensual entre ausentes (2), el Código de comercio ha adoptado con la mayor claridad y, sin lugar a dudas, el de la «emisión»: «Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste, aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada».

Menos clara es la solución del artículo 1.262 del Código civil (3). Se ha afirmado que nuestro Código ha aceptado la del «conocimiento». Sin embargo, como dice Castán (4), ha de advertirse que, a pesar de todo, el texto del Código no resuelve todavía por entero el problema, pues deja abrigar la duda de si esa aceptación, que por sí sola no obliga al oferente, obligará al aceptante, o si, por el contrario, podrá éste revocarla.

No vamos a tomar partido por una u otra interpretación

---

(1) En este sentido dice GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., II (Madrid, 1955), pág. 10, «a la doctrina que contraponen la contratación entre presentes a la contratación entre ausentes cabría reprochar que no es la ausencia o la presencia, sino el medio de comunicación lo que sirve de motivo para la distinción». No será, por ejemplo, contratación entre ausentes la realizada a través del teléfono.

(2) Hacemos notar que este artículo se refiere únicamente a los contratos consensuales y que no comprende, pues, aquéllos en que las formalidades exigidas por la ley tengan carácter constitutivo.

(3) Artículo 1.262 del Código civil: «... la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento».

(4) CASTÁN, *Derecho civil*, 3.<sup>a</sup> ed., II (Madrid, 1941), pág. 110.

del texto legal; no es ahora esa nuestra intención. Nos basta con apuntar la posibilidad de que el aceptante quede, según la legislación civil, obligado desde el mismo momento en que acepta; el choque entre la legislación civil y la postal existirá o no, según que la correcta interpretación del artículo 1.262 sea una u otra.

Por la refundición de la legislación postal prevista y ordenada en el artículo 2.º de la Ley de Reorganización del Correo de 22 de diciembre de 1953, se recoge casi textualmente en el artículo 18, párrafo tercero, de la Ordenanza Postal, publicada el 15 de junio de 1960 (5), lo dispuesto en el Reglamento para el régimen y servicio del ramo de Correos, dictado en los ya lejanos tiempos de la regencia de Doña María Cristina, siendo Ministro de la Gobernación don Trinitario Ruiz Capdepon (6) y que en su artículo 12 establece que «la correspondencia, ínterin no llegue a poder del destinatario, es propiedad del expedidor. Este podrá recuperarla o modificar su dirección, bien en la oficina de origen o en la de tránsito, o bien en las de destino, siempre que las operaciones necesarias para encontrarla no perturben la marcha regular del servicio...»

En el mismo artículo se establece una serie de medidas encaminadas a garantizar que quien exija y recupere la correspondencia sea verdaderamente el expedidor.

De lo dispuesto en la legislación postal nos interesa destacar dos extremos:

1.º que el expedidor es propietario de su correspondencia hasta el momento en que llegue a poder del destinatario;

2.º que, mientras sea propietario de ella, podrá recuperarla.

La falta de armonía entre la legislación postal y la mercantil es evidente: según el artículo 54 del Código de comercio el contrato es perfecto desde que aquél a quien le ha sido hecha una oferta contesta aceptándola; según la legislación de Correos el expedidor de una carta es propietario de la misma hasta que le sea entregada al destinatario y, por tanto, hasta ese momento puede recuperarla.

Podrá resultar así que una persona escriba aceptando una oferta; desde ese momento existe un contrato perfecto y el aceptante estará obligado a cumplirlo; pero todavía podrá, dolosamente, con base en la legislación postal, evitar que tal declaración de voluntad llegue a conocimiento del destinatario, si solicita de las oficinas de Correos que le devuelvan la carta

---

(5) Artículo 18, 3.º, de la Ordenanza Postal: «... El expedidor podrá recuperar su correspondencia y modificar su dirección, bien en la oficina de origen, en las de tránsito o en las de destino, siempre que las operaciones necesarias para encontrarlas no perturben la marcha regular del servicio».

(6) El Reglamento para el régimen y servicio del ramo de Correos fue aprobado por Decreto de 7 de junio de 1898.

en la que aparece su aceptación. En tal supuesto el que hizo la oferta no llegará, normalmente, a enterarse de la existencia de la aceptación, ni, claro está, de la existencia de un contrato perfecto, ni de la de los derechos y obligaciones que le correspondan por la vigencia de tal contrato; y el que aceptó, y con ello perfeccionó en contrato, no se verá compelido a cumplir las obligaciones derivadas del mismo. Y, sin embargo, el contrato existe y es perfecto (7).

Por lo que se refiere a la legislación civil creemos que la inarmonía no existirá si el artículo 1.262 del Código ha aceptado verdaderamente la «teoría del conocimiento». En efecto, si el contrato no existe hasta que el oferente conoce la aceptación recibida o, para ser más exactos, hasta que puede conocerla, el aceptante tendrá hasta ese momento plena libertad para cambiar de opinión y para impedir, a través de las facilidades que le da la Ordenanza Postal, que el contrato llegue a perfeccionarse. Pero si su interpretación correcta fuera la de que el aceptante, desde el momento en que se conforma, pierde la facultad de retirar su aceptación y que el desistimiento, en el tiempo que media desde aquélla a su conocimiento, es derecho que la ley expresamente limita al autor de la oferta (8), nos encontraríamos con que la inarmonía entre la legislación postal y la civil sería semejante a la que existe entre aquélla y la mercantil.

Indudablemente el aceptante de una oferta es, según declara el Reglamento de 1898, propietario, hasta el momento de la entrega a su destinatario, de la carta en la que se contiene la aceptación dirigida al oferente; pero esto no quiere decir que sea, al mismo tiempo que lo es de la cosa corporal, propietario de la declaración de voluntad en ella reflejada. Por eso el aceptante podrá recuperar y destruir u ocultar la carta, pero no podrá recuperar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 del Código de comercio, ni destruir su declaración de voluntad ya emitida. Sin embargo, podrá ocultarla.

En efecto, creemos que en el supuesto que contemplamos es incuestionable la existencia del contrato y de todos los derechos y obligaciones que de él puedan nacer. La anomalía surge en lo que se refiere al desconocimiento del contrato por una de las partes y en lo que se refiere a la prueba. El oferente, como hemos dicho, desconocerá la existencia del contrato y, si llegara a conocer por cualquier medio la existencia de aquella aceptación o declaración de voluntad, carecerá de medios de prueba para demostrar que el contrato en cuestión existe y que le son exigibles al aceptante las correspondientes obligaciones.

---

(7) La situación será idéntica en el caso de aceptación tácita manifestada, por ejemplo, en el envío de la mercancía como respuesta a la proposición de venta.

(8) Cfr. CASTÁN, *Op. cit.*, II, pág. 110.

Por tanto, cabe preguntarse si existe una verdadera antinomia o si, por el contrario, nos encontramos ante una laguna legal.

Ciertamente no puede decirse que exista contradicción entre las normas legales comentadas, puesto que, en tanto que el artículo 18 de la Ordenanza Postal y el 12 del Reglamento se refieren simplemente a las cosas corporales, a las cartas, el Código civil y el de comercio hablan de aceptaciones, de declaraciones de voluntad en definitiva; declaraciones que ocasionalmente podrán estar contenidas en dichas cartas.

No cabe duda de que, como carta y declaración de voluntad son dos cosas distintas e independientes (9), podrán quedar reguladas por dos normas distintas, inspiradas incluso en criterios inarmónicos. Pero, aunque, como hemos reconocido, no se da aquí una verdadera antinomia legal, lo cierto es que, a efectos prácticos, la norma administrativa, al contemplar únicamente la propiedad de la cosa corporal, la carta (que, no por que negarlo, puede ser atribuida perfectamente al expedidor) y desconocer la existencia de la declaración de voluntad incorporada a la misma, ha creado una situación cuya inmediata consecuencia es la atenuación o anulación de la eficacia del artículo 54 del Código de comercio y, posiblemente, la del 1262 del civil.

¿Qué soluciones pueden arbitrarse? Al no existir verdadera antinomia, no hay que pensar en la nulidad de la norma de menor rango, en este caso la administrativa (10). Sin embargo, tal vez no fuera ocioso pensar en la utilidad de derogar la disposición de Derecho Postal que estamos comentando y seguir el ejemplo de algunos países (11). No se nos oculta que una medida tan drástica chocaría con una tradición consagrada por la legislación española y por las de la mayoría de los países y adoptada en los acuerdos internacionales (12). Sin duda su im-

(9) Sólo si se tratara de un «título-valor» podría decirse que tal independencia no existe; pero una carta no es un «título-valor».

(10) En caso de contradicción la nulidad vendría impuesta por aplicación de los artículos 23 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobada por Decreto de 26 de julio de 1957.

(11) En realidad el sistema adoptado en España es el que se sigue en la mayoría de los países. Pero Inglaterra y sus Colonias y Dominios, excepto Pakistán, han implantado la solución opuesta, en base a una ficción jurídica: la de considerar como propiedad del *Postmaster General* todo cuanto se confía al Correo.

(12) Artículo 58, 1, del Convenio Postal Universal-Revisión de Ottawa de 1957: «Devolución.—Modificación de dirección. 1. El expedidor de un objeto de correspondencia puede hacer que se le retire del servicio o que se le modifique la dirección en tanto que este objeto:

a) No haya sido entregado al destinatario.

.....  
 Artículo 33 del Convenio del Congreso de Bogotá de 1955 celebrado por la Unión Postal de las Américas y España: «Propiedad de los objetos de correspondencia. Los objetos de correspondencia pertenecen al remitente

plantación crearía problemas de readaptación de considerable entidad.

Debiera buscarse entonces otra solución. En definitiva nos encontramos ante una laguna legal. Se puede mantener el principio de que la correspondencia pertenece al expedidor en tanto no llegue a manos del destinatario; pero será necesario hallar un medio para evitar que la declaración de voluntad quede igualmente a su disposición.

Ese medio, o remedio, pudiera ser, en cuanto a la contratación mercantil, la extensión del artículo 51 del Código de comercio a la correspondencia postal (13). En efecto, pudiera sentarse que la correspondencia postal sólo produciría obligaciones entre los contratantes cuando los sobres contuvieran los signos convencionales previamente establecidos por aquéllos, que pudieran reducirse a un membrete o estampilla en el que figuraran las palabras «prohibida la devolución al expedidor». De esta forma se mantendría el principio consagrado por el Derecho Postal (14) y, al mismo tiempo, se evitaría que la correspondencia comercial, y con ella las declaraciones de voluntad creadoras de contratos, quedara a disposición del remitente.

Esto supondría, por un lado, la inclusión dentro del Código de comercio de una nueva norma (15) y, por otro, la implantación, dentro de la legislación postal, de las medidas necesarias para que tal norma fuera eficaz. Advirtamos que, como es lógico, la devolución al remitente se llevaría a cabo siempre que no se pudiera entregar la carta al destinatario a pesar de la fórmula antes indicada.

No se piense que el problema tratado a lo largo de este breve comentario es un problema bizantino. La inarmonía, la laguna legal, para ser más exactos, existe y es indudable que en la actualidad, y debido a tal laguna, existirán numerosos contratos mercantiles perfeccionados por la aceptación de una de las partes que, sin embargo, carecen de eficacia y de vida en la práctica.

---

mientras tanto no sean entregados al destinatario, salvo disposición en contrario de la legislación interna de cualquier país miembro.

(13) Artículo 51 del Código de comercio: «... La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubieran pactado».

(14) En efecto, esto no supondría una derogación de la norma postal que comentamos, ni siquiera una excepción al régimen general, sino tan sólo la renuncia del expedidor al derecho de devolución, en base a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil.

(15) En realidad no sería necesaria la creación de tal norma legal; bastaría el acuerdo privado; recordemos la importancia que tienen los usos en el Derecho mercantil.



## La idea de copropiedad

Dr. HERMANN EICHLER  
Profesor en Nuremberg

A. Del concepto de la «copropiedad» hay varias ideas. En el Derecho alemán aparece, por un lado, como término técnico jurídico; por otro lado, en el uso del idioma tiene distintas acepciones.

El Código civil alemán trata la copropiedad como comunidad relativa o parcial. De ella se trata cuando varias personas tienen un derecho común a la propiedad de una cosa con tal que estas personas no formen, por excepción, una comunidad mancomunada, por ejemplo: una sociedad, una comunidad matrimonial de bienes o una comunidad hereditaria.

La esencia de la copropiedad consiste en que la cosa no se divide realmente, sino que el derecho de propiedad se divide idealmente. A cada propietario corresponde una parte fija. De ella puede disponer libremente. De la cosa en su totalidad, en cambio, sólo todos los interesados juntos pueden disponer; en principio la administración de la cosa común corresponde a todos los interesados en común. La administración y el uso, sin embargo, pueden fijarse por mayoría de votos.

El Código español desarrolla el condominio siguiendo el sistema *romano*, según el cual cada condueño participa en una parte alícuota del dominio; el sistema contrario es el *germánico*, según el cual la cosa común pertenece a la comunidad, sin distinción de partes.

Pero según la opinión de la doctrina española la falta de disposiciones que permitan saber cuándo el Código español configura una situación de comunidad de tipo romano y cuándo configura una comunidad germánica, no ha de ser obstáculo para que una jurisprudencia de intereses juzgue pertinente una u otra.

Castán dice: «Las exigencias y necesidad de una adecuada sistematización jurídica obligan a acudir a la «gesamte Hand» para explicar ciertas especiales relaciones o situaciones en que una cosa, y más generalmente un patrimonio, pertenecen conjuntamente a varios sujetos, de tal modo que no pueden ser encuadrados en el concepto de condominio romano o por cuotas.»

Y Castán nota que la «Dirección de los Registros, no sólo ha intentado adaptar al molde de la comunidad germánica la so-

ciudad de gananciales, la comunidad hereditaria y la propiedad comunal, sino que se ha cuidado de perfilar los caracteres diferenciales entre la comunidad por cuotas y la comunidad en mano común».

«A veces la comunidad de bienes reviste formas especiales por razón del destino que se da a las cosas que prestan servicio a diversas personas. Tienen especial interés el condominio llamado horizontal, referente a las casas que constan de habitaciones propias de personas distintas, pero con locales destinados al servicio común» (1).

B. Hace poco la copropiedad ha sido ampliada especialmente por la «Ley sobre la propiedad horizontal y el Derecho de habitación permanente» del 15 de marzo de 1951. Según esta ley alemana, la propiedad horizontal es la propiedad separada sobre una vivienda. Está unida con la copropiedad de los bienes comunes.

Objeto de la propiedad separada son las habitaciones que pertenecen a la vivienda del titular. Objeto de la copropiedad de todos los titulares es especialmente el solar, así como las instalaciones que sirven al uso común de los propietarios.

Pertenecen también a la copropiedad las partes que son necesarias para la estabilidad y seguridad del edificio, como, por ejemplo, los muros principales de la caja de la escalera, así como las instalaciones para el aprovisionamiento de agua, gas y corriente eléctrica. La parte de la copropiedad y la propiedad separada sobre la vivienda forman una unidad inseparable.

La propiedad singular y exclusiva pone al propietario de la vivienda en la situación del titular del derecho singular exclusivo. Puede disponer libremente de las partes del edificio para las cuales rige su propiedad. Particularmente puede vivir en estas partes, alquilarlas, arrendarlas o servirse de ellas de otra manera. Puede excluir la acción de terceros. De estos derechos, sin embargo, el propietario no disfruta ilimitadamente. Según la ley sobre la propiedad horizontal cada propietario de una vivienda debe hacer uso de su propiedad y copropiedad sólo de tal modo que no resulte dañoso a ninguno de los otros propietarios de viviendas, aparte de lo inevitable.

Cada propietario de una vivienda puede exigir de los otros cooperar en la debida administración de la propiedad común. Esto

(1) PRIG BRUTA dice: «El tipo de comunidad por cuotas será el adecuado en el caso de que predominen los intereses puramente individuales, a los que resulta de suma conveniencia la posibilidad de negociar las cuotas y de ejercitar en cualquier momento la acción de división (cfr. artículo 1.965). En cambio, la comunidad de tipo germánico será el instrumento más adecuado cuando deba prevalecer el interés comunitario o de un grupo social, lo cual impide que se configuren cuotas negociables a favor de los comuneros y que éstos puedan ejercitar la acción de división al tener que predominar un interés superior al de cada individuo.»

se refiere especialmente a reparaciones del tejado si fueran necesarias. De la administración se encarga el conjunto de los propietarios, representado por la «reunión de los propietarios» como órgano principal. La preside el «administrador», cuya institución siempre es obligatoria. Los propietarios tienen que cumplir con las órdenes del administrador que le incumben dentro de su cometido y facultades.

Por principio, la comunidad de los propietarios de viviendas es inseparable. En caso de que un propietario, sin embargo, no cumpla con sus obligaciones los demás propietarios pueden exigir por mayoría de votos la enajenación de su propiedad horizontal. En este caso excepcional la idea de la propiedad común se sobrepone a la de la propiedad separada. A pesar de esto, y según la idea fundamental de la institución, la propiedad separada ocupa el primer lugar y no la copropiedad, pues la ley quiere fomentar la formación de propiedad exclusiva sobre viviendas. Esta interpretación se muestra más clara en el Derecho español que en el Derecho alemán. Domina, por lo tanto, la idea de la propiedad exclusiva y no la de la copropiedad en la ley española de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960.

En estatutos o régimen oficial de la propiedad por pisos se llama: «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos... podrán ser objeto de propiedad separada y llevar inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute» (fundamento de la propiedad horizontal). Artículo 3: «Al dueño de cada piso o local le corresponde la copropiedad con los demás dueños de pisos o locales en los elementos o servicios comunes, como son el solar, los cimientos, los fosos, las paredes maestras y medianeras... Existe una proporción en la propiedad. Lo mismo que se divide una finca física y jurídicamente en pisos o locales, se divide así económicamente en fracciones o cuotas.»

C. También en el derecho de arrendamiento es posible demostrar la idea de la copropiedad. Aparece ya en la forma más antigua del arrendamiento, en la aparcería ganadera, en la cual se divide el aumento de peso y el ganado menudo entre arrendador y arrendatario. El precio del arrendamiento consiste en una parte del incremento y del ganado menudo.

En los países románicos, especialmente en Francia, Italia y España, está muy difundida la así llamada aparcería. En España se llama «aparcería» y en el Derecho italiano «mezzadria» o parziaria. Esta relación consiste en que el propietario de una finca deja la explotación y el uso de ésta, durante cierto tiempo, a una o varias personas. No se determina un precio fijo de arrendamiento. En cambio se estipula repartir los frutos después de la cosecha en una proporción determinada.

No se sabe todavía desde el principio si se obtendrán frutos y en qué cantidad. Por ello la participación de ambas partes en el rendimiento todavía es incierta. El aparcerero, como se llama en el Derecho español, sin embargo, puede aumentar el rendimiento por un cultivo intensivo, aumentando así su parte de frutos.

Antes de la partición no existe ningún sujeto de derecho al que podrían asignarse los productos. Mas bien los frutos pertenecen, en la institución de la aparcería, hasta su partición, a los dos contratantes «en común y pro indiviso», como recientemente ha sido establecido por una nueva ley española. De esta manera, la idea de la copropiedad entra en el derecho de arrendamientos. Sólo por el acuerdo correspondiente cada contratante recibe su parte de los frutos en cesión. La ley española ya citada dice también que la parte en los productos debe ser proporcionada a lo que se haya aportado.

Jurídicamente habrá que comprender la aparcería como institución «*sui generis*». Contiene tanto elementos de derecho de sociedades como del derecho de arrendamientos y del derecho laboral.

El Código civile italiano reglamenta la aparcería en el capítulo dedicado al derecho laboral (art. 2.141 y sigs.), basándose esto seguramente en la posición del aparcerero («*mezzadro*»), que se parece a la de un obrero.

La idea de la aparcería conduce a la idea de «la copropiedad en las manos de los obreros». Esta ha sido forzada en la Alemania occidental durante los últimos años. Por el contrario, a la propiedad horizontal o a la aparcería, los objetos de esta copropiedad no son cosas determinadas, como, por ejemplo, las instalaciones de la fábrica, máquinas o turbinas.

En cambio, los objetos de esta copropiedad deben ser, según una concepción todavía imprecisa, el aumento del valor o el rendimiento de la empresa. Por lo tanto, se trata de una «idea de la copropiedad» separada del concepto jurídico-técnico.

Por fin se trata de una copropiedad en sentido económico. La discusión sobre el contenido de esta copropiedad presupone que antes se haya explicado el fenómeno de la «propiedad económica». Como mejor se explica esto es por medio del derecho de las acciones.

D. Al principio de la ley alemana de Sociedades Anónimas de 1937 se halla la disposición de que la Sociedad anónima tiene personalidad jurídica. De ello resulta que la Sociedad anónima misma es propietaria, acreedora y portadora de todos los otros derechos. Pero también las obligaciones son exclusivamente las de la Sociedad. Por lo tanto, el accionista no es responsable personalmente de las deudas de la Sociedad.

Por ello el patrimonio de los accionistas se ha separado ju-

ridicamente de la Sociedad anónima. Solamente en virtud de su calidad de socios los accionistas participan en el patrimonio de la Sociedad, pues en contravalor de su aportación la Sociedad les concede derechos de socio. De la calidad de socio resultan ciertos derechos para el accionista, especialmente el derecho de participar en los beneficios y el derecho de voto. El accionista puede ejercer el último sólo en la junta general, pues la Sociedad anónima se ha organizado según el Derecho alemán de tal modo que la formación de voluntad de la Sociedad se efectúa por la junta general, la reunión de los accionistas. Frente a ella hay como otros órganos los organismos administrativos, a saber: la junta directiva, que está encargada de la administración de la Sociedad y que la representa, y el consejo de vigilancia, que vigila la gerencia de la junta directiva.

Contrario a esta situación es el aspecto económico. Parte del hecho de que la empresa de la Sociedad anónima se basa en las aportaciones de los accionistas, además, que los accionistas también son portadores del riesgo financiero. De ahí viene esta consideración económica para suponer una «copropiedad» de los accionistas.

Por lo tanto, en antítesis, se enfrenta, por un lado, la participación fundada en los derechos de socio y, por otro lado, la «propiedad económica» de los accionistas.

Un examen más a fondo, sin embargo, muestra que también la idea de la «copropiedad» de los accionistas no es más que una formación de los derechos de socio de los accionistas que responde a la participación económica. Los esfuerzos actuales para una reforma de la Ley alemana sobre Sociedades Anónimas de 1937 demuestran claramente este hecho.

Por principio, el accionista ejerce su derecho de codeterminación, que resulta de su calidad de socio, en la asamblea general. Si la posición del accionista frente a la Sociedad anónima tiene que consolidarse, sólo puede realizarse esto aumentando la influencia de la asamblea general. De ello resulta, por otro lado, que el órgano de la administración, el consejo, puede ser limitado en su poder. Esto es, en especial medida, la tendencia de todos los esfuerzos para una reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1937.

Estos pensamientos se hallan expuestos en el «proyecto de una Ley de Sociedades Anónimas» recientemente presentado por el Gobierno federal.

Este proyecto prevé que en cuestiones de administración de importancia esencial para el desarrollo futuro de la Sociedad, el consejo no puede decidir que sí solo en contra de la Ley de Sociedades Anónimas de 1937. Más bien para tales medidas necesita la aprobación de la asamblea general. Esto rige, por ejemplo, para la celebración de los así llamados «contratos de empre-

sas» que son contratos por los cuales una Sociedad anónima encarga a otra empresa de la gerencia de su sociedad o se obliga a entregar a otra empresa la totalidad de su ganancia.

El proyecto-ley del Gobierno aumenta el poder de la asamblea general también respecto de la decisión sobre el empleo de la ganancia obtenida.

Según la Ley de Sociedades Anónimas de 1937 la creación de reservas sólo compete a la administración. Los accionistas solamente pueden decidir sobre la parte de la ganancia que les será puesta a su disposición para tal fin por la administración. El proyecto-ley limita este amplio derecho de la administración a crear reservas. Admite tan sólo las reservas que «hay que hacer según la ley o según los estatutos a los que efectúan la junta y el consejo de vigilancia a base de una autorización en los estatutos».

La idea de «la propiedad económica» de los accionistas también es la base de las disposiciones del proyecto-ley del Gobierno que tienden a un perfeccionamiento de la publicidad de la Sociedad anónima y del derecho de los accionistas a informaciones.

Las explicaciones anteriores dejan ver que la base de la idea de la «copropiedad» de los accionistas en verdad sólo es la demanda de perfeccionar los derechos de socio de los accionistas correspondientemente a la realidad económica. Correspondería a la realidad una reglamentación que toma más en consideración que la empresa de la Sociedad anónima se funda en las aportaciones de los accionistas. Por ello no se puede hablar de «copropiedad» en sentido jurídico. Si no obstante se usa este término, entonces se lo hace para dar más importancia a las demandas arriba citadas, pues entre los derechos patrimoniales la propiedad da el más amplio poder.

E. Desde hace poco se demanda una «copropiedad de los obreros» deseando que ellos participen en el plusvalor de sus empresas, resultado del rendimiento de los obreros. Para realizar esta idea varias propuestas han sido presentadas, siendo común a todas ellas que la participación de los obreros no se deja al arbitrio de los patronos, sino que, por medio de una ley, se les impone una obligación correspondiente. Las propuestas, sin embargo, se distinguen en que una categoría quiere realizar la idea en el terreno de la empresa individual y la otra busca la solución independiente de la empresa individual, a un nivel superior.

J. Se ha proyectado la creación de una así llamada «ley de copropiedad», por la cual a todas las Sociedades anónimas se les obliga absolutamente a conceder a sus obreros una participación en las ganancias no repartidas. Esta participación se efectúa emitiendo nuevas acciones que se califican de «acciones del perso-

nal». Según esta propuesta, el obrero recibe, además de su salario pagadero en efectivo, un sueldo en forma de valor real, es decir, en forma de acciones. Así el obrero consigue, además de su posición obrera, la facultad de accionista.

2. Otro proyecto tiende a conceder a los obreros «participaciones en la copropiedad», que son objeto de títulos de valores.

Todas las empresas industriales que sean al menos de un tamaño mínimo determinado tienen la obligación de emitir «participaciones en la copropiedad». Objeto de estas participaciones es el incremento de la sustancia de la empresa en cuanto que fué logrado por el rendimiento del obrero. Igual que el incremento de la sustancia, también las participaciones en la copropiedad varían en su volumen.

Todas las participaciones de los obreros en la copropiedad serán reunidas y administradas por una así llamada «cooperativa de empresa». En cada empresa hay que constituir una «cooperativa de empresa».

3. a) Los otros proyectos intentan realizar la idea de la «copropiedad de los obreros» a un nivel superior.

Por medio de una ley, cada empresa estará obligada a formar un así llamado «capital social». Este consiste en una parte del incremento de la empresa. Cada empresa transfiere su «capital social» a un así llamado «fondo social», que será administrado por los «sindicatos» en su facultad de representantes de los intereses obreros. Los obreros de las distintas empresas reciben títulos garantizados frente al «fondo social» que no son ni cesibles ni consumibles.

b) Conforme a otro de los planes presentados, las cantidades resultantes de futuros aumentos de salarios no se harán efectivas a los obreros; en cambio, serán entregadas por las distintas empresas a una «sociedad fiduciaria de inversiones» que se constituirá conjuntamente por las corporaciones que representan los intereses de los obreros y los de los patronos. Con estos importes resultantes de los aumentos de salarios la sociedad compra acciones y obligaciones. En este fondo de efectos, creado del modo indicado, los obreros participan mediante certificados.

4. Las propuestas explicadas intervienen unilateral y forzosamente en la distribución de los beneficios de las empresas. Con ello se oponen al derecho vigente que deja a los empresarios la decisión voluntaria sobre una participación de los obreros en los beneficios de la empresa.

Para estipular tal participación se ofrecen como lo más indicado el contrato de trabajo, un arreglo interno de la empresa o un contrato colectivo.

Hace poco el Gobierno federal presentó el proyecto de una ley para el fomento de la formación de patrimonios obreros». Este proyecto fomenta ciertas prestaciones de los patronos a sus obreros. Estas prestaciones pueden ser hechas en una sola vez o los obreros pueden participar en la prosperidad de la empresa lograda por su colaboración.

La ley propuesta, sin embargo, sólo favorece tales prestaciones si se invierten de tal forma que conduzcan a la formación de patrimonio para el obrero. Por ello la ley cita un catálogo de las posibilidades de inversión permitidas. Además fija la duración mínima de la inversión de cinco años. El proyecto de ley sigue exigiendo que sea necesario un acuerdo especial entre patronos y obreros para la formación de patrimonios obreros arriba citada. En esto precisamente se distingue fundamentalmente de las propuestas antes mencionadas que tienen la finalidad de crear una «ley de copropiedad».

Por lo demás, el problema de la así llamada «copropiedad» tiende a la cuestión de a quién corresponde, en un orden económico basado en la propiedad privada, la formación de patrimonios que tiene su origen en inversiones que caen dentro de la esfera de la empresa. De este modo, sin embargo, surge la cuestión de la propiedad en los instrumentos de producción. Al mismo tiempo se tocan las ideas que, apoyadas por el concepto de la copropiedad, se ocupan de las propiedades privada y común.

F. 1. Las discusiones mantenidas sobre el derecho de empresa y el del trabajo han mostrado que la idea nueva de la copropiedad es un producto de consideraciones económicas y sociales. Tiene a su servicio como principios fundamentales diferentes exigencias jurídico-políticas. Pero la idea de copropiedad se encuentra limitada por la propiedad del otro o de los otros propietarios. La constitución alemana garantiza la propiedad (artículo 14 G. G.), reconociendo así la institución de la propiedad privada y, con ello, el «status quo» de la repartición de bienes. Por ello se ha estudiado con razón en la literatura alemana si la realización de los planes que tienden a la copropiedad no conducen acaso a un atentado contra la propiedad o incluso a su desaparición.

2. a). Según el Derecho alemán, el concepto de copropiedad se encuentra limitado por la propiedad privada de los otros, y así es necesario explicar qué significación corresponde al concepto de copropiedad en aquellos Estados donde este concepto no descansa en la idea de la propiedad privada. En el punto neurálgico de esta teoría nos encontramos con las propiedades colectiva y socialista. Según la constitución rusa, consiste en la propiedad estatal, especialmente de bienes raíces, y en una propiedad

que podríamos llamar cooperativo-económico-colectiva. La propiedad estatal es concebida como un bien comunal y la segunda no se integra con las cooperativas agrícolas, sino que se constituye como tal sociedad cooperativa. Por la que no se trata de copropiedad. Cercano al concepto de estas dos especies de propiedad se encuentra la propiedad personal, que se deriva de la propiedad socialista y se apoya en la idea de cooperación en los regímenes de economía socialista. Pero la copropiedad del Estado y del individuo sobre una cosa es inimaginable. Por el contrario, es posible la propiedad colectiva del Estado y de las organizaciones cooperativas, ya que estas dos clases de propiedad son formas de la propiedad socialista.

b) La citada organización de la propiedad presupone la nacionalización de todos los medios de producción y su administración colectiva. Esto ha sido llevado a la práctica de diversas formas en los países soviéticos en cuestión. Las empresas soviéticas forman parte de la administración estatal. Siguiendo al derecho yugoslavo, las empresas industriales son declaradas de propiedad común. Pero su administración no es conferida al Estado, sino al equipo obrero de la empresa, o bien a los llamados «Comités de trabajadores». Según esto, al trabajador se le contempla como administrador conjunto de la empresa y como copropietario de los medios de producción. Empero, esta afirmación es una pura contradicción, ya que la copropiedad individual es, por naturaleza, una propiedad privada. Una copropiedad individual de objetos, que consista en una propiedad comunal o popular, es absurdo.

c) La socialización se lleva a cabo en diferentes escalas. En el Tipo I) en la llamada «Sociedad Cooperativa de producción agrícola» de la así llamada República Democrática Alemana, la propiedad del suelo aportado, permanece todavía en manos de los labradores de la sociedad cooperativa.

En el Tipo III), en el llamado «Koljose completo», sólo una pequeña parte del suelo permanece en poder de los miembros de la cooperativa, para aprovechamiento personal. Aquí, lo esencial ya no es la propiedad, sino la pertenencia como miembros a la «Unión de Sociedades Cooperativas», lo que nos lleva a una total anulación de la propiedad privada. La cual es, según su esencia, libre de cualesquiera determinaciones previas. En cambio, la propiedad común se enlaza con los fines públicos y es, por ello, en principio, inalienable.

3. Así, y como consideración final, desembocamos en el análisis de la propiedad privada. Las ideas que sobre la copropiedad hemos reflejado, dejan entrever que, con respecto al uso privado de las cosas y a los capitales, existe una viva tendencia a la pro-

propiedad privada. En este campo de cosas, tampoco en la sociedad actual se encuentra la propiedad privada retirada ante las exigencias de una economía común.

La prosperidad creciente y la propiedad privada guardan entre sí una relación directa y proporcional. Por ello, el individuo necesita y su seguridad y dignidad piden, como principio, una seguridad jurídica y una constitución que protejan la esfera de la propiedad. Sólo de esta manera puede el hombre existir libre y responsable (1).

---

(1) Der vorstehende Aufsatz gibt einen Vortrag wieder, den der Verfasser im Rahmen des Seminar von Federico Castro y Bravo in der Juristischen Fakultät der Universität Madrid am 17.3.1961 gehalten hat. Grundlage bildet die Rektoratsrede des Verfassers vom 11.11.60.

# Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y al error como causa de nulidad (\*)

GUILLERMO A. BORDA

Catedrático de la Universidad de Buenos Aires

Me propongo en esta disertación formular algunas observaciones en torno a la teoría de los vicios del consentimiento y me detendré particularmente en el error.

Como todos vosotros lo sabéis, la teoría de los vicios del consentimiento parte de la siguiente premisa: para producir efectos jurídicos, la voluntad debe ser expresada con discernimiento, intención y libertad. Ahora bien: como la seguridad de los negocios exige conferir valor en principio a las situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto el que lo ha prestado no demuestra que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable porque falta un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, falta intención; en el último, libertad. Se parte de la base que sólo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero ésta es una posibilidad que se da rara vez en los negocios jurídicos. Generalmente llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde serán perjudiciales. Cuando un deudor, apremiado por su situación patrimonial, concierta un préstamo en condiciones desventajosas, admitiendo quizá cláusulas penales, que luego le será muy difícil cumplir, carece de libertad para decidirse por la aceptación o rechazo del contrato y para discutir con energía sus condiciones. El error en la concertación de un negocio cualquiera no sólo es frecuente, sino casi inevitable. Si éstas fueran causas de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción.

Tan evidente es esto, que los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones. No todo error es causa de nulidad; tampoco origina la anulación del acto el dolo recíproco (art. 394, Código civil), ni el temor reverencial (art. 940, Código civil) y, sin embargo, en todos estos casos la voluntad está viciada.

Esta falta de coherencia ha procurado explicarse invocando la

---

(\*) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

necesidad de dar estabilidad a los negocios jurídicos; de lo contrario, se afirma, se multiplicarían las nulidades en forma peligrosa. Es decir, que se pretende mantener el principio y negar la mayor parte de las consecuencias. Si la realidad jurídica demuestra que la teoría de los vicios del consentimiento es peligrosa e inaplicable en numerosísimos casos, ello demuestra que tiene en sí mismas fallas radicales.

Pienso que una razón de seguridad jurídica y de buena fe obliga a reafirmar enfáticamente una regla jurídica elemental: que los procesos psíquicos íntimos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes; ellos no pueden ser aprehendidos por el Derecho, sino en tanto hayan tenido una manifestación exterior. No es, pues, en ese mundo íntimo en el que debe buscarse el motivo de estas nulidades. El verdadero fundamento de la invalidez, cuando el acto ha sido celebrado con dolo o violencia, es el hecho ilícito; porque si tales actos fueran válidos, ello importaría establecer el imperio de la mala fe y el delito. No es, por tanto, necesario recurrir a complicadas teorías para explicar lo que se explica por sí mismo. En cambio, sostengo que no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretenden fundar en el error de los contratantes. Me propongo, en los párrafos que siguen, demostrar la exactitud de esta afirmación.

Sabido es que, en materia de obligaciones contractuales, dos teorías se disputan el terreno: la de la declaración de la voluntad o voluntad declarada, y la teoría clásica de la voluntad psicológica. No es mi propósito en este momento dilucidar la vieja querrela que todos conocéis. Los hombres de leyes hemos adoptado todos una posición a este respecto, guiados por nuestra concepción peculiar del Derecho, de la buena fe, de la seguridad de los negocios jurídicos. Quiero ahora puntualizar lo siguiente: que si se admite como buena la teoría de la declaración de la voluntad, la consecuencia ineludible será rechazar la nulidad de un acto jurídico fundada en el error. Porque si de conformidad al concepto corriente entre quienes sostienen este punto de vista, por declaración de voluntad debe entenderse toda conducta o proceder que permita inferir seriamente una voluntad jurídica de obligarse, *aunque en verdad, esa voluntad no exista*, es obvio que las razones o motivos puramente psicológicos o internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada, no pueden tener trascendencia ninguna en el campo de las relaciones jurídicas. Asombra, pues, que la invalidez por error haya sido acogida sin mayor análisis aun por los juristas que sostienen empeñosamente la doctrina de la declaración de la voluntad, y que sólo unos pocos y no muy conocidos autores alemanes, hayan llegado a la conclusión que ahora sostengo (SCHALL, BAHR, HARTMANN y LEONARD). La milenaria tradición jurídica de la teoría del error como causal de nulidad ha influido, sin duda,

en muchos juristas que la admiten, aun cuando adhieran a una concepción de la relación contractual que, evidentemente, está en contradicción con la posibilidad de anular un acto por este motivo.

En cambio, si se admite la teoría de la voluntad psicológica, es evidente que no existe esa contradicción radical entre sus fundamentos y los de la doctrina del error. Pero no por ello resulta ésta menos inadmisibles. Si se acepta que el error es motivo de nulidad, no es aventurado decir que todos los actos serían nulos, puesto que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro. Ello ha obligado a los sostenedores de esta teoría a introducir la distinción entre los errores esenciales y accidentales, distinción que juzgo arbitraria. Si lo que da lugar a la nulidad es que la voluntad está viciada, ¿por qué el error sobre los motivos, que tan profundamente vicia el consentimiento, no es causal de nulidad? En el Derecho positivo argentino, el error, además de esencia, debe ser excusable y no provenir de una negligencia culpable. Pero, por más que haya culpa en el error —que, generalmente, la hay—, no por ello deja de estar radicalmente viciado el consentimiento. El argumento basado en que sin estas limitaciones las nulidades se multiplicarían, con grave perjuicio de la seguridad del comercio jurídico, no es convincente. Porque si en ambos casos el consentimiento está viciado, en los dos la consecuencia debe ser la misma. La verdad es que mientras el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una sanción tan grave como una nulidad debe tener una base seria, objetiva y concreta, y no puede fundarse en procesos puramente internos, cuya prueba será siempre o casi siempre imposible producir. Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre, decía un juez inglés de la época de Eduardo IV.

Finalmente, hay una razón de justicia y de equidad que, en mi opinión, obliga a rechazar la anulación de un acto por error. Considero contrario a la equidad que en una relación contractual el legislador se coloque de parte de quien, por descuido, por no tomar las debidas precauciones o por cualquier otra razón, se equivocó, y no de parte de quien obró en los negocios con la debida atención y diligencia y que nada tiene que reprocharse. Pues la sanción de la nulidad jurídica perjudica, en efecto, a quien no incurrió en error.

Pero donde esta teoría muestra al desnudo sus debilidades es en el terreno práctico. Sostengo que en la práctica es imposible anular un acto por el solo vicio del error. Para llegar a esta conclusión es menester, previamente, circunscribir con precisión el campo de aplicación posible de esta causal de nulidad. Ante todo, debemos observar que si el error ha sido provocado por engaños o cualquier otra clase de maquinación dolosa, la nulidad del acto

se fundará en el dolo y no el error. Y si éste ha sido determinado por la falta de una cualidad o persona exigida por una cláusula expresa en el contrato, la nulidad se fundará en el incumplimiento de una de las condiciones contractuales. Esta afirmación resulta muy clara en el siguiente supuesto: el Estado llama a licitación para la provisión de una mercadería cualquiera, fijando con toda precisión sus características, y la adjudica al ofertante que pidió más bajo precio; si más tarde resulta que la mercadería no tiene las cualidades exigidas en el pliego, la compra será nula, no por error del Estado, que adjudicó la licitación a quien no tenía la mercadería deseada, sino por incumplimiento de las condiciones establecidas en el pliego. Del mismo modo, si yo compro una cuadro del Greco, dejándose constancia en el contrato de cuál es el autor del cuadro y luego se comprueba que se trata de una copia, el contrato será nulo porque falta una de las condiciones expresamente exigidas por mí al contratar.

Admitido, pues, que la teoría del error resulta inaplicable o, por lo menos, innecesaria e inútil en estos dos casos (que el error haya sido provocado dolosamente por la otra parte o que se derive de la falta de una condición expresamente exigida al contratar), veamos cuáles son las posibilidades prácticas de aplicar esta causal de nulidad.

Aun a riesgo de cansaros con ejemplos prácticos, me veo precisado a insistir en el ejemplo anterior para aclarar mi pensamiento. Entro a un negocio a comprar un cuadro del Greco. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende por tal un cuadro que, en verdad, no es de aquel maestro. Si el vendedor sabía que el cuadro no era del Greco, es evidente que ha incurrido en dolo: la venta sería anulable por este motivo. Si el vendedor creía de buena fe que el cuadro era del Greco y estaba equivocado, la compra será igualmente nula, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad: que al comprar el cuadro, yo nada haya dicho que creía que era del Greco, y que el vendedor ignorara, por lo tanto, mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor ni condición exigida de mi parte. Este es el caso de error *in mente retenta*, único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan, por sí, la anulación del acto.

¿Pero ese error *in mente retenta* puede justificar la anulación de un acto? Indiscutiblemente, no. Los jueces, que deben ser prudentes en sus decisiones y que en caso de duda deben inclinarse por la validez del acto, no pueden admitir un pretendido error que nunca ha salido de la mente del que afirma haber incurrido en él y cuya prueba es prácticamente imposible. Lo que admitirá la jurisprudencia, dice Demolombe, es que dos personas que tratan sobre un objeto determinado, visto y apreciado por ellas, sin ninguna explicación al respecto, entienden, sin duda,

tratar sobre ese objeto tal como aparece en su identidad exterior y visible. Más aún, el silencio de uno de los contratantes sobre la cualidad para él sustancial en el negocio, puede importar un verdadero dolo. En el ejemplo del cuadro del Greco, yo puedo callar que creo que pertenece a aquel autor, en la esperanza que el vendedor no lo sepa y me lo venda a un precio menor del valor real.

En conclusión, el error *in mente retenta* no puede admitirse como causal de nulidad de los actos jurídicos y así lo admiten, prácticamente, todos los autores que se ocupan del tema; con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación de la teoría del error.

He tomado un ejemplo de error sobre las cualidades sustanciales de la cosa, y lo mismo ocurre cuando recae sobre la persona. Tomemos un contrato de locación en el cual la persona del inquilino tiene una indudable importancia. Alquilo mi casa a una persona creyéndola Primus, de quien sé es una persona de fortuna y probidad; pero, en realidad, el inquilino resulta ser Secundus, sujeto insolvente y de malos antecedentes. En tal caso, no caben sino dos posibilidades. O bien yo he manifestado mi creencia de contratar con Primus, y Secundus lo ha admitido a sabiendas, en cuyo caso existe dolo y el contrato es anulable por tal causa; o bien, ni yo ni el otro contratante hemos dicho nada sobre el particular. En tal hipótesis, mi error sobre la identidad o las cualidades morales o económicas del inquilino es simplemente un error *in mente retenta*, que, según ya he dicho, no produce efecto jurídico; pero en este caso, el repudio de tal error como causal de nulidad se impone como una razón más, de trascendental importancia. Admitirlo cuando hubiera recaído sobre los antecedentes morales de una persona, sería crear una nueva incapacidad jurídica. Un ex condenado por hurtos o estafas que hubiera purgado su delito, no podría tener ninguna seguridad en sus negocios, porque quienes contratasen con él podrían afirmar más tarde, para desligarse de sus obligaciones, que creyeron contratar con una persona de antecedentes honestos y que el error sufrido les da derecho a reclamar la nulidad del acto. Y aquí ni siquiera se puede argumentar con la dificultad de la prueba del error, porque, ¿qué prueba más fácil de producir que la que se creía contratar con una persona de antecedentes honorables?

El análisis de la jurisprudencia presta un importante apoyo al punto de vista que vengo sosteniendo. He compulsado con gran prolijidad y paciencia los repertorios de jurisprudencia, no sólo argentinos, sino también españoles, franceses e italianos. Su examen me ha permitido las siguientes observaciones: *a)*, ante todo, es dable destacar que siendo el error en los contratantes frecuentísimo, son muy poco numerosos los casos en que los jueces se

apoyan en él para declarar la invalidez; parecería haber una desconfianza, una intuición de que ese no es un motivo suficiente de nulidad; *b*), en ninguno de los casos publicados en nuestros repertorios se ha declarado la anulación de un acto por el solo vicio del error; siempre hay otro factor de invalidez capaz, por sí, de provocar ese resultado; *c*), ya resulta sugestivo que el error nunca haya funcionado sólo como causal de anulación; pero hay algo más: si se profundiza el análisis de cada caso, se advierte que, en verdad, la razón de la nulidad no ha sido nunca el error sino el dolo, la falta de una condición exigida en el contrato o la falta de causa. Si los jueces invocan, a veces, el error, es porque se trata de un expediente cómodo que evita entrar en análisis más profundo de la cuestión.

El error es causal de nulidad en los Códigos pero no en la jurisprudencia; la vida del Derecho, la seguridad y seriedad de los negocios jurídicos, no toleran tales nulidades.

Se dirá, quizá, que el hecho de que los repertorios de jurisprudencia no registren ningún caso en que el error haya sido la causa única de la nulidad del acto, no excluye la posibilidad teórica y práctica de que aquel vicio pueda ser, realmente, motivo de invalidez. Pero es, sin duda, sugestivo que hasta hoy no haya sido posible hacer jugar a esta teoría ningún papel efectivo en la anulación de los actos jurídicos, que siempre, invariablemente siempre, se haya podido declarar la nulidad por otra razón concomitante. ¿No está indicando todo esto que la teoría del error es, por lo menos, inútil?

Llegado a este punto, paréceme útil precisar que mi tesis se reduce a negar los efectos del error como causal de nulidad; pero no desconozco su papel creativo de derechos, y muy particularmente los efectos positivos de la buena fe. Tampoco niego la posibilidad de rectificar un error de expresión o de pluma, siempre que ese error surja notoriamente de la declaración de voluntad interpretada de buena fe. Porque los negocios jurídicos exigen un juego limpio, y así como el declarante tiene el deber de emitir cuidadosamente su voluntad, procurando no inducir en error al recipiente ni hacerle concebir falsas esperanzas, así el aceptante tiene el deber de interpretar lealmente la declaración y de no ampararse de mala fe en una palabra o cantidad deslizada por evidente error. Pero adviértase que tal error no da derecho al declarante a reclamar la nulidad del acto, sino solamente a rectificar su declaración, de modo tal, que si el recipiente acepta el contrato, tal como resulta después de la rectificación, el acto mantiene todo su valor.

\* \* \*

Quedan ahora por considerar los actos de última voluntad. El problema es, evidentemente, distinto al de los contratos, porque

aquí no puede hablarse de la seguridad de los negocios jurídicos, de la necesidad de hacer honor a la palabra empeñada; no hay, frente al declarante, otro contratante tan digno como aquél de la protección legal. Aquí sólo se trata de la voluntad soberana del testador, y es deber del juez velar por que ella se cumpla en su significado auténtico. Parecería que, por lo menos en este caso, habría que admitir que el error del causante debe autorizar la nulidad de la disposición. Sin embargo, no es así, y aquí estoy, felizmente, en buena compañía: don MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, ilustre catedrático español, así lo ha sostenido en dos importantes estudios sobre el tema.

La demostración de este punto de vista me parece sencilla. Conocido es el principio según el cual no pueden hacerse valer contra las disposiciones testamentarias, pruebas extrañas al testamento mismo. No negamos que, excepcionalmente y con sumo cuidado, pueden hacerse valer tales pruebas para interpretar la voluntad del causante, pero nunca para desvirtuarla o invalidarla. Es decir, el error no podrá demostrarse por pruebas extrañas; y si el error surge del mismo testamento, entonces la invalidez de la cláusula (de aceptarse) se fundará en que el juez tiene el deber de hacer prevalecer la auténtica voluntad del causante; en otros términos, hay aquí, tan sólo, un problema de interpretación de la voluntad del autor.

Supongamos que Primus, creyendo que Secundus es su hijo, le instituye heredero de sus bienes. Luego se descubre que no lo es. Según un punto de vista compartido por todos los autores que se han ocupado del tema, sólo habría nulidad en el caso que la condición de hijo fuera el motivo exclusivo de la liberalidad; si, en cambio, había otros motivos concurrentes, tales como el afecto, la gratitud, el deseo de solventar una situación económica penosa, la disposición no es nula.

Pero admitamos que el juez llega a la conclusión de que esa condición de hijo expresada en el testamento fue la causa exclusiva de la liberalidad. Sin duda, la institución es nula, y para llegar a esta conclusión no es necesario recurrir a la teoría del error: basta considerar que el acto ha tenido por causa exclusiva algo inexistente; faltaría la causa y aquí reside el verdadero fundamento de la invalidez. Sin contar con que el juez sólo puede llegar a esta conclusión sobre la base de que falta una cualidad expresada en el testamento; es decir, invalidará el acto sólo cuando, a su juicio, falte la condición exigida en el acto. Repito que, en el fondo, todo se reduce a un problema de interpretación de la voluntad del causante. Se trata de saber si el causante instituyó a su hijo o a N. N., sea cual fuere su parentesco con el causante.

No mayores dificultades presenta el error de expresión: queriendo designar legatario a Juan, el causante escribió involuntariamente Pedro. Nuevamente hago notar que esto no es una cau-

sal de nulidad de la manda, sino de rectificación, como que el legado mantiene su validez, eso sí, que en favor de Juan. Pero en este punto hay que ser cuidadoso. Habrá que tener presente la regla que no deben aceptarse pruebas extrañas al testamento mismo. El error sólo podrá rectificarse si el testamento brinda claros elementos de juicio para hacerlo. Así, por ejemplo, la cláusula dice: «Dejo \$ 100.000 a mi sobrino Luis, que durante veinte años ha sido mi leal secretario». Si quien ha desempeñado esas tareas ha sido el sobrino Pedro, debe rectificarse el error de expresión.

Anoto que en el nuevo Código italiano se permite la rectificación del beneficiario cuando del contexto mismo, o por otros medios, resulte inequívoco cuál era la persona que el testador quería designar (art. 205).

Considero que admitir medios de prueba extraños al testamento es extremadamente peligroso. Existe el riesgo de que los interesados puedan fraguar pruebas tendientes a demostrar una voluntad distinta de la real; además, no es imposible que el causante, para eludir la presión de las personas que lo rodean en su lecho de enfermo, o aun atemorizado por ellos, haya manifestado su propósito de beneficiar a algunas de ellas, cuando, en realidad, deseaba beneficiar a otras. Mientras esas manifestaciones de voluntad no reúnan las formalidades requeridas para los testamentos, carecen de fuerza para oponerse a las cláusulas del último testamento.

\* \* \*

Estos problemas se vinculan íntimamente con la cuestión del discernimiento, que está en la raíz de la teoría psicológica de la voluntad. Para formular la crítica de las ideas clásicas en esta materia, las expondré tal como han sido reflejadas en el Código argentino, porque ningún Código contemporáneo las ha expresado con mayor rigor y énfasis. Según el artículo 897, no se podrán considerar voluntarios los actos que no sean realizados con discernimiento, intención y libertad; agrega el artículo 900, que los realizados sin alguno de estos elementos no producen, por sí, ninguna obligación. Finalmente, el artículo 921 precisa en qué casos hay o no discernimiento: «los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fueran practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón». Siendo el discernimiento un elemento inexcusable de los actos voluntarios y tratándose de algo tan sutil y variable, según la edad y las personas, nuestro codificador creyó indispensable establecer una regla general que resolviese la dificultad de otra manera insalvable de establecer cuán-

do existe o no discernimiento. Es claro que al hacerlo así el legislador se alejó de la realidad humana.

Si por discernimiento debe entenderse una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto. Una criatura de ocho años puede discernir perfectamente si los útiles de colegio que compra son los que le ha pedido su maestra; no tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca.

Ese desacuerdo entre la norma legal y la realidad humana conduce a consecuencias paradójicas. Según nuestra ley, una menor de diez o doce años, si está embarazada, puede casarse. En cambio, esa misma criatura no puede comprar una muñeca. Es decir, que para un acto tan trascendental como el matrimonio se ha prescindido, lisa y llanamente, del régimen de discernimiento; en cambio, se lo mantiene para actos baladíes. O, mejor, dicho, se lo pretende mantener, porque las reglas jurídicas que violan necesidades de la vida social, están inexorablemente destinadas a caer en desuso; así es como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido catorce años. Los menores compran sus útiles de colegio; adquieren golosinas y revistas; van de compras al almacén por encargo de sus padres; van al cine y pagan su entrada; toman tranvías subterráneos, ómnibus, concertando así contratos de transporte. Nadie podría sostener que tales actos son nulos. Todavía más contradicciones. Una mujer casada a los doce años tiene, a partir de ese momento, en su calidad de emancipada, capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, con muy pocas excepciones. Inclusive, puede disponer de sus bienes, aunque en este caso necesite de autorización judicial. ¿No era que carecía de discernimiento? Son, por tanto, muy numerosos y a veces muy importantes los actos jurídicos que pueden ser celebrados por personas que carecen legalmente de discernimiento. Pero hay más aún; no obstante haberse celebrado un acto con intención, discernimiento y libertad, puede ser nulo. Tal ocurre con los actos jurídicos otorgados por menores que cuentan con más de catorce años o sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Se dirá que no basta estar reunidas aquellas condiciones y que es necesario, además, la capacidad. Pero entonces, ¿de qué sirve la noción del discernimiento? Lo que hay que preguntarse, en relación a los actos jurídicos, no es si se tiene o no discernimiento, sino, simplemente, si se tiene o no capacidad; basta con esto para que el acto sea válido, porque este concepto involucra en sí al discernimiento. Y si la ley no reconoce capacidad el acto será nulo, sea porque se carece de discernimiento (caso de los menores impúberes y de los dementes) o porque se tiene un impedimento físico para ejercer los derechos (caso de los sor-

domudos), o por una imposibilidad práctica de ejercerlos (como en el caso de los penados), o por falta de experiencia en los negocios (caso de los menores adultos), o por otros motivos distintos (incapacidades de derecho).

En lo que atañe a la falta de intención y libertad, los actos válidos que carecen de ella son numerosísimos. Ya hemos aludido a los actos en los que media error no esencial o inexcusable, aunque estaría gravemente afectado el elemento intención. Del mismo modo, falta intención en el caso del dolo recíproco y en las declaraciones hechas bajo reserva mental; y falta libertad en la hipótesis de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad; no obstante lo cual, todos esos actos son válidos.

Recapitulemos: no obstante reunir las tres condiciones de discernimiento, intención y libertad, hay actos que son nulos; no obstante carecer el agente de discernimiento, puede realizar actos válidos.

Estas son las consecuencias a que conduce la concepción psicológica de los actos voluntarios. Todo ello prueba que lo que interesa al Derecho no son los procesos íntimos desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. El acto debe ser reputado voluntario, siempre que haya una declaración de voluntad consciente, emanada de una persona capaz; salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez cuando media una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, etc.).

\* \* \*

En la última parte de mi disertación me ocuparé de la incidencia de estas ideas en el matrimonio. Paréceme que en ninguna materia como en ésta son tan claras las conclusiones que sostengo.

El Código civil español autoriza el casamiento de los hombres desde los catorce años y de las mujeres desde los doce. Esos eran también los límites que fijaba el Código argentino, hasta que la ley 14.394 de 1954 llevó esos mínimos a dieciséis y catorce años, dejando a salvo la situación de las mujeres embarazadas, que pueden casarse cualquiera sea su edad.

Ahora bien, si por discernimiento debe entenderse la facultad intelectual de apreciar y valorar, no creo que nadie pueda, razonablemente, sostener que a los doce años se lo posee, nada menos que para contraer matrimonio. ¿Cómo puede apreciar una criatura de esa edad el significado y trascendencia del acto? ¿Qué sabe ella de las responsabilidades de esposa y madre, de las dificultades de la convivencia? Sin ninguna experiencia de la vida, ¿cómo puede juzgar a su prometido, apreciar su carácter y con-

diciones, su buena fe? A esa edad, la mayor parte de las mujeres ignoran, inclusive, el misterio de la concepción. Evidentemente, carecen de discernimiento.

Se nota hoy, en la legislación comparada, una tendencia a elevar considerablemente la edad mínima para contraer matrimonio; el propio Derecho canónico, a partir de 1917, exige catorce años a la mujer y dieciséis en el hombre (can. 1.067). Pero no hay que aliviar que durante milenios ha regido la regla heredada del Derecho romano, que fijaba las edades de doce y catorce años; que esa regla era la imperante en el Derecho canónico hasta 1917; que todavía hoy numerosas legislaciones la siguen, y lo que es importantísimo, que casi todas las leyes que exigen un mínimo más elevado, incluso el Derecho canónico, autorizan dispensa de la edad en circunstancias graves (que, generalmente, consisten en el embarazo de la mujer). Es decir, que aun en estos países el casamiento se puede celebrar desde los doce años, cuando —eso es indiscutible— no se posee aún discernimiento.

Es que el matrimonio no es solamente un problema de desarrollo mental, sino también de sexo y de desarrollo físico. Si la pubertad coincide con las edades de doce y catorce años, ello significa que la propia naturaleza está indicando que a esa edad ya es posible la unión de los sexos, y, por tanto, el matrimonio. ¿O se va a negar el derecho a casarse de una mujer encinta? Y no por embarazada tendrá mayor discernimiento.

Se me presentó en el Juzgado antes a mi cargo el siguiente caso: una niña que aún no había cumplido los trece años, pidió autorización para casarse con un hombre mucho mayor, de piel negra. La llamé a mi presencia. Era una pobre criatura, de aspecto extremadamente infantil, que estaba por dar a luz en esos días. Huérfana de padre, el desamparo, la miseria, la promiscuidad en que vivía, la habían conducido a tal situación. El hombre que había engendrado el hijo en su seno había sido el amante de su madre. Ahora quería regularizar su estado, darle un hogar y un nombre a su hijo. Y aunque sus probabilidades de felicidad conyugal se me presentaban muy inciertas, aunque comprendía que la elección del marido había sido impuesta por las circunstancias, concedí la autorización. ¿Cabía acaso otra solución?

La validez del matrimonio no depende, pues, de la existencia de discernimiento, sino de que la ley reconozca capacidad para contraerlo. Y, repito, para conocer esa capacidad, la ley tiene y debe tener en cuenta, antes que el desarrollo mental, el físico y sexual.

Me pregunto ahora, ¿la libertad es un requisito del matrimonio válido? ¿Es que puede hablarse de libertad en el matrimonio? ¿Hay libertad cuando una muchacha se casa para librarse de la miseria? ¿Cuando sus padres, por un interés cualquiera y usando todo el peso de su influencia, hacen un matrimonio de

conveniencia? Verdad es que la autoridad de los padres ha disminuido en nuestros días; pero aun en las épocas en que era más poderosa, a nadie se le ocurría que aquélla pudiera ser una causal de nulidad de matrimonio. Me pregunto si tenía libertad la criatura de que hablé anteriormente, que fué seducida a los doce años, y que antes de cumplir los trece pidió autorización para casarse, con el propósito de salvar su honra y darle un nombre y un hogar al hijo que llevaba en su seno. Tampoco tiene libertad el hombre que contrae matrimonio para eludir la condena penal subconsecuente a una violación. Sin embargo, los tribunales han declarado con toda razón que esa violencia no es suficiente para pretender la nulidad.

Pero sin ir a estos casos extremos, ¿posee libertad quien está enamorado? Las románticas expresiones «dulces cadenas», «prisionero del amor», estarán ya pasadas de moda; pero, sin duda, expresan muy bien la falta de libertad de quien todo lo ve color de rosa y ha perdido su aptitud de juicio y valoración en relación al objeto amado.

Y aquí debo destacar una singular diferencia entre el matrimonio y los restantes actos jurídicos: si bien en éstos es frecuentísimo la falta de libertad, no cabe duda que lo ideal sería que se celebraran en un estado que permita una plena valoración de las consecuencias y una perfecta libertad para decidirse en un sentido u otro. En el matrimonio ocurre lo contrario: lo normal y lo deseable es que los contrayentes hayan perdido su libertad y su claridad de juicio; en una palabra, que estén profundamente enamorados. Es un error pensar en el matrimonio en los términos de un negocio jurídico cualquiera. En éstos hay que pesar los pro y los contra, si fuera posible, con la lucidez y precisión de un físico; pero el matrimonio es un acto de amor, una entrega, no una fría especulación de ventajas y desventajas de la vida en común, ni un cálculo de las cualidades y defectos del prometido. La teoría jurídica del consentimiento tiene muy poco que ver con la aceptación, a veces telúrica, de un hombre o una mujer.

Se me dirá que la libertad de que la ley habla es una libertad de autodeterminación; en otras palabras, que lo que se quiere es que el contrayente esté libre de presiones extrañas irresistibles, sea de la otra parte o de terceros. ¡De acuerdo! Pero entonces, no es que el consentimiento deba ser libre, sino libre de una presión irresistible de terceros. Se corrobora también aquí lo que he sostenido respecto de los actos jurídicos en general: lo que fundamenta la anulación de un acto cuando ha mediado fuerza o intimidación, no es la falta de libertad, sino el hecho ilícito; porque si se admitiera la validez de tales actos, la ley se pondría al servicio del delito y el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza.

Veamos ahora la incidencia del error en el matrimonio.

Conocida es la clásica controversia respecto de este punto. ¿Solamente el error sobre la identidad física de los contrayentes trae aparejada la nulidad o también debe admitirse el error sobre sus condiciones o cualidades sustanciales?

La ley argentina ha adherido al primer sistema (art. 16, ley de Matrimonio civil). Esto simplifica mucho las cosas. Porque, evidentemente, no puede plantearse así ningún caso de nulidad por error. Los contrayentes están obligados a comparecer ante el oficial público y justificar documentadamente su identidad; en el acta debe quedar asentado el nombre de los comparecientes, edad, domicilio, profesión, filiación, etc. ¿Cómo sostener más tarde que creía casarme con Juan Martínez y en realidad me casé con Diego Fernández? Bien califica DEMOLOMBÉ de quimérica la hipótesis. Ello explica que en la jurisprudencia argentina no se registren casos de matrimonios anulados por error.

Es claro que es posible la falsificación de documentos y la sustitución de una persona por otra. Pero en ese caso, no juega la teoría del error, sino la del dolo.

Pero salgamos del plano del Derecho positivo y preguntémosnos si, en teoría, es posible admitir que el error sobre las cualidades esenciales del contrayente puedan dar lugar a la anulación del matrimonio.

¡Error en el matrimonio! ¿Cuántos maridos o esposas pueden decir, después de un casamiento, develada ya la bruma que la pasión había tendido sobre su mente: «Yo no me equivoqué; mi marido, mi mujer, es como yo pensaba»? Las más de las veces el contacto de la realidad con la ilusión es durísimo, aunque el amor, la convivencia, los hijos, la necesidad de asistencia recíproca, suelen ir acomodando los caracteres. Los primeros tiempos son los más difíciles para un matrimonio.

Es claro que nadie pretende que cualquier error pueda dar lugar a la anulación; es necesario que sea esencial. Pero es que los errores en el matrimonio son, generalmente, esenciales. Tomemos, por ejemplo, el que recae sobre el carácter del novio o novia. Sostengo que en lo que al matrimonio atañe es esencialísimo. Mi experiencia judicial me indica que la causa más frecuente de divorcios es el mal carácter y la intolerancia recíproca o, si se quiere, la incompatibilidad de caracteres. De allí nace, a poco andar, la pérdida del respeto recíproco, las injurias, los malos tratos, quizá el adulterio y, finalmente, el abandono del hogar. Si el matrimonio es feliz y bien avenido, hasta el adulterio se perdona. Pero la conducta más moral no basta para impedir el derrumbe del hogar si el mal carácter comienza a carcomerlo.

El carácter es, pues, esencial en la vida matrimonial. ¿Autoriza ello a pedir la nulidad a quien se hubiera equivocado sobre

el de su prometido? Naturalmente, nadie puede sostener semejante cosa.

Otro caso. Una mujer cree casarse con un hombre honesto y resulta ser inmoral o delincuente. ¿No es acaso un error esencial?

Esto explica que las legislaciones y autores que han seguido este sistema, han creído necesario enunciar expresamente cuáles son los errores que pueden dar origen a una acción de nulidad. Así lo ha hecho, con particular sutileza, la doctrina canónica. Ya no se trata, pues, del error, aunque sea esencial, sino de ciertos y determinados errores esenciales.

Aun así limitadas las hipótesis de error, susceptibles de provocar la anulación del acto, cabe preguntarse: ¿es justo, es posible declarar en ellas la nulidad? El análisis de un caso práctico demuestra, a mi juicio, que no lo es.

Una mujer contrae matrimonio con un hombre que ha sufrido una condena infamante. En tal caso, puede ocurrir: 1) Que el antiguo delincuente haya confesado su pasado a su prometida antes de casarse; aquí no hay error, y mal puede pretenderse su anulación. 2) Que haya ocultado maliciosamente su pasado, atribuyéndose antecedentes irreprochables. 3) Que ella nada haya preguntado y que él nada haya dicho de su pasado. De las dos últimas hipótesis —únicas en que puede jugar el error—, la primera es, desde luego, la más probable, porque las personas que tienen el propósito de unir definitivamente sus vidas, sienten una natural curiosidad por conocer el pensamiento y la vida de su prometido. No es lógico ni natural callar sobre el pasado; y si el antiguo delincuente se ha presentado como persona de antecedentes honorables, es evidente que ha incurrido en dolo. La anulación del matrimonio, de aceptarse, debe, pues, basarse en el dolo, no en el error.

Pero si la novia nada ha preguntado, si lo ha aceptado tal como es, sin preocuparse de lo que pudo haber sido, ¿puede más tarde pedir la anulación del matrimonio, basándose en que había creído honorable a su marido y resultó ser un ex presidiario? La pregunta lleva consigo la respuesta. El hombre o la mujer que llevado de su amor, ha desafiado todos los riesgos, ha aceptado todas las posibilidades, no puede pretender más tarde la anulación de su matrimonio. El error, si existe, no es excusable; y, además, no ha tenido las características que en teoría se exigen para que pueda dar lugar a la anulación de un acto. No ha sido determinante, pues la mujer o el hombre que se casan sin preocuparse ni querer saber el pasado de su prometido, mal pueden sostener más tarde que fueron los supuestos honorables antecedentes los que lo impulsaron al casamiento. En tales casos, el motivo determinante es una atracción física y espiritual irresistible.

ble, que allana todos los obstáculos y contra la cual no es posible luchar.

Pero hay más aún: autorizar la anulación en la hipótesis de condena criminal, significaría, en síntesis, negar a un ex delincuente la posibilidad de rehacer su vida, de contraer matrimonio con una mujer honorable, pues ésta, conociendo su pasado en cualquier momento podría pedir la anulación del matrimonio y los jueces tendrían que concederla. Se objetará que puede casarse a condición de que confiese su pasado a su futura esposa, y que éste es el primer paso que debe dar si quiere proceder honestamente y rehacer su vida; conociendo su novia sus antecedentes, no podrá más tarde invocar su error para pretender la anulación del matrimonio. Pero una confesión tan dolorosa no puede hacerse sino en la más recogida intimidad. Las palabras dichas a la futura esposa, en un momento de sinceración, no pueden ser oídas más que por ella que, si verdaderamente lo quiere, guardará celosamente el secreto. Solicitada más tarde la anulación del matrimonio por la esposa, ¿cómo podría probar el marido que antes del casamiento hizo confesión íntegra de su pasado y que su prometida lo aceptó con pleno conocimiento de él? Finalmente, hay que tener en cuenta la odiosidad de estas investigaciones de hechos remotos, que significan exhibir ante los estrados judiciales todas las miserias del pasado y, lo que es peor, culpas que si existieron han sido borradas por la sanción penal y por una conducta posterior honorable. La anulación del matrimonio vendría a ser decreta por hechos que, valga la expresión, están prescriptos.

Algunos autores y tribunales han apelado también al error cuando se quiere explicar la nulidad por impotencia, en aquellos países en que no está prevista esta tara como causal de nulidad. A poco que se examine el problema, se verá que nada tiene que ver el error en la sanción de invalidez. Es perfectamente posible que no haya mediado error; que la prometida tuviera conocimiento de la impotencia del novio y que, no obstante ello, diera su consentimiento, creyendo en la posibilidad de una curación, sea por tratamiento médico, o lo que es tan frecuente en las inhibiciones psíquicas, por simple acostumbramiento. Si más tarde la impotencia se revela incurable, la esposa tendrá siempre derecho a reclamar la nulidad. Creo que aun en los países cuya legislación no ha previsto la impotencia como causal de nulidad, puede llegarse a esta solución por un camino muy simple: no siendo posible uno de los fines esenciales del matrimonio, debe invalidarse el acto, con entera independencia de la cuestión de si hubo o no error, que escapa, sobre todo en este punto, a toda posibilidad de prueba.

Das palabras sobre el Derecho canónico en esta materia. La doctrina canonista ha desarrollado con brillantez y sutileza esta teoría del error como causal de anulación del matrimonio.

La regla general es la siguiente: sólo el error sobre la identidad da lugar a la anulación. El error sobre las cualidades de la persona en principio no produce ese efecto, admitiéndose sólo las siguientes excepciones: *a*), que el error sobre la cualidad redunde en error sobre la persona misma; *b*), que la cualidad en que se yerra consista en la condición servil propiamente dicha; *c*), que la cualidad pretendida haya sido para el contrayente una condición *sine qua non* de su consentimiento.

La Iglesia se ha valido prudentemente de este sistema —cuyo sustento teórico me parece, en verdad, harto discutible— para anular ciertos matrimonios sin comprometer el dogma de la indisolubilidad del vínculo. Cuando esta teoría es puesta en ejecución por sacerdotes prudentes, convencidos de la necesidad de mantener a toda costa ese principio, el error puede ser una solución para resolver problemas conyugales que no tendrían otra salida. Pero si la misma teoría fuese aplicada por jueces laicos, unos tolerantes, otros proclives a encontrar cualquier salida que permita la disolución del matrimonio, se habría encontrado una vía por la cual pasaría pronto un verdadero torrente de disoluciones, inclusive de común acuerdo, disfrazadas de error.

\* \* \*

Aludiré, finalmente, al dolo.

Que las reglas clásicas del consentimiento no deben aplicarse sino con mucho cuidado al matrimonio, la prueba el viejo principio de LOYSEUL: *en mariage il trompe qui peut*.

Es que el engaño forma parte casi necesaria del arte de enamorar. ¿Quién no simula virtudes y disimula defectos ante la persona amada? Todos los novios hemos sido buenos, complacientes, comprensivos, generosos; después del matrimonio, las cosas suelen cambiar.

Pero está muy lejos de mi ánimo justificar la regla de LEYSEUL y la omisión del dolo como causal de nulidad. Una cosa es el pequeño engaño propio del hombre o de la mujer que quiere conquistar al amado, y otra cosa, la grosera impostura. He aquí al criminal prófugo de la justicia extranjera, que se presenta ante una mujer de familia decente como noble exilado de alguno de los países que están detrás de la Cortina de Hierro; he aquí el clérigo apóstata que se casa con una niña piadosa, ocultándole su pasado. La ley no puede amparar ese engaño ni dejar indefensa a la víctima: la nulidad se impone, porque lo contrario sería proteger la mala fe y trastornar los fundamentos éticos sobre los cuales deben reposar las relaciones jurídicas.

Nada de esto ha escapado, por cierto, a los canonistas ni a los legisladores, que, como el español y el francés, han eliminado al dolo como motivo de nulidad. Sólo que ellos resuelven el problema por vía del error: cuando el dolo determina un error esen-

cial da lugar, por ese motivo, a la anulabilidad del acto. Pero la verdad es, a mi juicio, precisamente inversa: no es que el dolo anule el acto porque provoca un error, sino que el error da lugar a la nulidad sólo porque ha sido determinado por dolo.

Como en el caso de la violencia, la sanción no se funda en un vicio del consentimiento, sino en la existencia de un hecho inmorral e ilícito que la ley no puede tolerar.

\* \* \*

No me ha sido posible, en el lapso, necesariamente limitado de esta conferencia, hacer una exposición más metódica y completa de un tema cuyas confluencias y proyecciones son vastísimas; he querido, sobre todo, exponeros hechos y razones que, a mi juicio, obligan a repensar la teoría de los vicios del consentimiento, y, en particular, el error como causa de nulidad de los actos jurídicos.



# VIDA JURIDICA

## NOTAS CRITICAS

### Ofensiva contra el concepto de persona jurídica

Se ha publicado una nueva obra sobre la persona jurídica. Ello no puede menos de interesar a los estudiosos del Derecho. Es cierto que se ocupa en especial de la personalidad de la sociedad anónima, no trata de las asociaciones ni de las fundaciones, y sólo de paso de los demás tipos de sociedades; mas ello, acrecienta, más bien que otra cosa, su importancia práctica. Bien merece, pues, que se señale aquí su aparición y que se procuren destacar sus caracteres, su valor científico y su posible significado para la doctrina jurídica.

El libro referido, con el atractivo título «La personalidad moral y sus límites», ha salido de la prensa bajo la égida del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París y ha sido el resultado de la colaboración de autores de varios países (1).

Los trabajos recogidos, aunque resulten de un mismo impulso y pueda suponerse que responden a un propósito bien determinado, tienen características distintas. Puede apreciarse la existencia de dos grupos de estudios. Uno, constituido por quienes aparecen como promotores de la obra, es decir, S. Bastid, R. David y F. Luchaire. El otro, formado por contribuciones de variado valor, alguna de autor muy prestigioso, otras de firmas desconocidas, sobre el Derecho interno de seis países y sobre algunas cuestiones de Derecho internacional público.

Los especialistas nos habían dicho desde hace ya muchos años, con machacona insistencia, que el actual florecimiento de la economía y del capitalismo se deben a la figura de la sociedad anónima; a lo que ha podido añadirse que ésta ha sido posible gracias a la concepción dominante en el siglo XIX sobre la persona jurídica. También se ha señalado que dicha manera de entender la persona jurídica permitió considerarla de un modo abstracto y con ello dar lugar a escandalosas anomalías en el manejo de las sociedades anónimas. De modo que ciertas manifestaciones de la mecánica capitalista en sus formas más degradadas, como la del caso Solomon v. Salomon, o en las más ambiciosas del imperalismo económico, han sido ocasión de que en los supuestos de máximo abuso se aconseje por los autores, o se decida por los tribunales, «devantar el velo de la persona jurídica» (2).

¿Qué alcance se ha dado a estos hechos? ¿Qué significado se les atri-

---

(1) S. BASTID, R. DAVID, M. DRONIG, L. FOCSANYANT, J. FOYER, J. M. GROSSEN, A. CH. KISS, F. LUCHAIRE, J. M. SWBENNEY, S. SZER, D. VIGNÉS, A. B. WORTLEY: *La personnalité morale et ses limites. Etudes de Droit comparé et de Droit international public*. Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris. XVIII. Paris, 1960.

(2) Sobre esta cuestión, en general, CASTRO: *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima?* *Reflexiones*, R. I. E. P. XXIX, núm. 49, 1950, págs. 51-105; *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C. II, 4 (1949), págs. 1397-1415.

buye respecto a la valoración del concepto de persona jurídica? Esta pregunta la ha contestado Rolf Serick, el autor que más extensamente se ha ocupado del tema, diciendo que tales casos tienen carácter excepcional y advirtiendo de que considera un peligro su inadecuada generalización, pues ello podría llevar a que se desvalorizara la persona jurídica (3). Ultimamente muestra la misma preocupación y hace una llamada al buen sentido de los juristas, reproduciendo como ejemplares unas frases de Antonio Polo. Dicen así: «Los riesgos que amenazan la *seguridad jurídica* cuando se pierde el respeto a la figura formal de la persona colectiva, para *penetrando* a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias, el *daño que* resulta de no *respetar aquéllas*, salvo casos excepcionales, *puede ser mayor* que el que proviene del *mál uso* que de las mismas se haga» (4).

El libro motivo de esta nota parte —se afirma— de postulados contrarios a los que, como se acaba de señalar, eran hasta ahora considerados los de la doctrina común. Contradicción importante y cuyo alcance hay que contrastar, tanto más cuanto que en el prefacio de «La personalidad morale» se manifiesta que los trabajos recogidos (aquí, en primer lugar, los insertos sobre el Derecho interno de seis países) son los que sirven al ponente general, el profesor David, según él nos dice, para «deducir de su comparación las tendencias o los principios generales de Derecho sobre la materia, comunes a todas las naciones civilizadas» (5).

René David considera fundamental y punto de partida de su ponencia, la afirmación de que es «un postulado admitido unánimemente hoy el de que las personas morales no son verdaderamente personas o, en todo caso, que se trata de un tipo de personas esencialmente diferentes de los individuos personas físicas» (6), y que la de personas morales es una expresión desgraciada o una mera fórmula (7). Recoge después las casos citados por los autores de las ponencias especiales, en los que se «levanta el velo» de la persona jurídica para sancionar abusos escandalosos o para aplicar medidas de guerra, defensivas o represivas.

De aquel postulado y de estos hechos, sin más argumentos o apoyo visible, pasa a sentar los principios siguientes: que «el asociado no es un tercero respecto a la sociedad» (8); que «dos bienes sociales no son respecto de él (del asociado) *bienes de otro*» (9); que «en los casos de

(3) *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955, p. ej., págs. 2 y sig., 221. Traducida al español por PÉTER BRUTÁV: *Apariencia y realidad en las sociedades jurídicas. El abuso de derecho por medio de las personas jurídicas*, Barcelona, 1958.

(4) *Durchgriffprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organshaft und Konzernverhältnisse*. Studiengesellschaft Kalsruhe, Heft 42, 1959; la frase recogida del profesor POLO está en su prólogo a la traducción citada en nota anterior, *Apariencia y realidad*, pág. 18.

(5) *Loc. cit.*, pág. VI.

(6) *Loc. cit.*, pág. 5; también 4 y sig.

(7) *Loc. cit.*, págs. 5 y 7.

(8) *Idem*, pág. 9.

(9) *Idem*, pág. 10.

grupos de personas que contienen miembros, son estos miembros, personas físicas, los que el Derecho debe tener en cuenta en todo respecto («à tous les égards»), cuando se trata de elaborar o aplicar reglas» (10).

De tales supuestos principios deduce: que «la misma sociedad puede ser considerada como teniendo una cierta nacionalidad conforme a diferentes consideraciones y como teniendo otra nacionalidad para otras consideraciones» (11); «que la personalidad moral de los grupos, dado su fundamento, no puede ser utilizada contra los intereses superiores de la sociedad y, de otra parte, no debe poder ser utilizada contra los intereses de los miembros del grupo» (12); pues, sigue afirmando, «la personalidad moral, técnica imaginada para favorecer la realización de ciertos intereses colectivos, no tiene nada que ver y no se ha de invocar en los casos en los que recurrir a ella no sería de utilidad alguna para el interés colectivo. En este momento conviene tirar por encima de la borda la pretendida persona moral y tomar en consideración tan sólo el interés de los individuos agrupados en la persona moral. Esta es, nos parece—termina diciendo David—, la lección que se desprende de las diferentes ponencias que hemos aquí analizado» (13).

De lo que dice David, incluso en una de las frases antes acotadas, y de las expresiones de alguno de sus colaboradores, parece admitirse como un hecho histórico indudable, que se ha producido en los últimos tiempos un cambio en el modo de entender la persona jurídica; que antes se identificaban persona moral y persona física y que ello traía su origen de la teoría realista de la persona moral, es decir, de Gierke y de sus seguidores. ¿Cómo ha podido formarse esta opinión? Ningún civilista prestigioso, puede afirmarse, ha dejado de advertir la diferencia esencial que separa la persona jurídica de la persona física. Otto von Gierke no fué, no podía ser, en esto una excepción. Gierke comienza criticando el empleo del término persona jurídica como inexpresivo o causa de confusiones (14) y cuidadosamente distingue a la jurídica de la persona humana; aquélla es una figura social que se diferencia en su más íntima esencia de la figura natural; pues, subraya, en aquélla, a diferencia de ésta, sus partes son también personas (15).

El profesor David no nos da ningún argumento especial en apoyo de las particulares conclusiones de su «Rapport». Nos dice, eso sí, que las ha deducido de los datos aportados por los informes sobre Derecho interno, insertos en «La personnalité morale». Confiere de este modo valor de tendencias o principios universales, válidos para todos los países civilizados, a las inferencias extraídas de los seis informes citados, cuatro del occidente europeo, uno de América del Norte y otro de un Estado comunista. En ellos se encuentran recogidos muchos de los casos en los que jueces y tribunales han «devantado el velo» de la persona jurídica

(10) Idem, pág. 14.

(11) Idem, pág. 19.

(12) *Loc. cit.*, pág. 24.

(13) Idem, pág. 25.

(14) *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § 59, pág. 460.

(15) Idem, *id.* pág. 473.

para condenar abusos o para reprimir excesos de las personas físicas que la manejan. En cambio, en cinco de los seis estudios, no se descubre ni un dato y apenas expresiones que directamente apoyen las conclusiones finales del profesor David (16). Lo que más se dice y repite en dichos estudios es que los jueces penetran en el interior de la persona, cuando esto es necesario para sancionar a los socios o personas que controlan la sociedad, cuando abusan de la independencia de ésta en daño ajeno.

Es curioso, y no puede ocultarse, que la impresión que se obtiene de la lectura de cinco de los seis estudios antes mencionados sobre Derecho interno, no es la de que la doctrina moderna se muestre propicia a tirar por la borda la figura de la persona jurídica, siempre que ello pueda perjudicar los intereses de todos o algunos socios; más bien se advierte la tendencia a que el abandono de los anteriores excesos de formalismo (que aprovecharan los «dueños» poco escrupulosos de ciertas sociedades) redunde en un reforzar la unidad e independencia de la persona jurídica en general, pues se «levanta el velo» cuando ello importa a los terceros de buena fe y en contra del interés de los socios. En la imposibilidad de citar todos los casos que parecen probar lo dicho, que harían interminable esta nota, bastará señalar algunos; aquellos que, además, puedan interesar al lector, por servir también para apreciar el valor que en verdad se le da a la persona jurídica en los seis trabajos sobre Derecho interno.

Del estudio sobre el Derecho alemán (17) resulta que: sus leyes atribuyen a las personas morales derechos de la personalidad y que ahora, como nunca antes se hiciera, les son garantizados en los textos constitucionales (18); que se considera tienen una propia nacionalidad, sea llamándola con este nombre («Staatssangehörigkeit»), sea dándole el de súbdito («Staatszugehörigkeit») (19); que, a diferencia de otros Derechos, su capacidad jurídica no está limitada por el fin social (20); que su capacidad de obrar es tan amplia que se considera pueden cometer faltas y responder por ellas, al extremo de poder ser llevadas ante un Tribunal de honor y ser por éste sancionadas (21). En fin, se nos dice que en Alemania se entiende que la sociedad actúa por ella misma, por medio de sus órganos (22), de modo que parece que hasta ha prevalecido el modo de ver de Gierke (22). También conviene señalar que el autor

---

(16) Las referidas en las notas 11, 12 y 13.

(17) Del Dr. ULKICHT DROBNIG, asistente en el Instituto Max Planck para Derecho extranjero y Derecho internacional privado. Lo titula: *Naturaleza y límites de la personalidad moral en Derecho alemán*, págs. 27-50.

(18) Ídem, págs. 31, 35 y 36.

(19) Ídem, pág. 36. La traducción de los términos citados se hace de modo que corresponda a nuestra nomenclatura y no literalmente; en este caso habría que decir más bien «estatalidad» y pertenencia al Estado.

(20) Ídem, pág. 31.

(21) Ídem, págs. 38, 39.

(22) Ídem, pág. 37.

cita y recoge los puntos de vista de Serick (23), de manera que da la impresión de que acepta lo fundamental de su doctrina.

En el trabajo sobre Derecho inglés (24), se destacan datos importantes para conocer el valor real de las verdaderas personas jurídicas («corpora», «corporate bodies»). En ella —se nos dice— cambian los socios, de modo que tal cosa es indiferente para la sociedad (25); originan el privilegio de la concesión de una limitación de la responsabilidad de los socios, que sólo puede conceder el Estado (26); son una «legal entity», lo que supone que se ha creado algo por la Ley, que se llame como se quiera, es distinta de sus miembros, con obligaciones no sólo respecto a los terceros sino también hacia esos miembros (27). Ello se traduce en que la misma sociedad puede incurrir en responsabilidad penal y, de otro lado, que a ella le cabe defender su propia reputación o fama (28). De modo que se ha podido decir: «La personalidad civil de un establecimiento no es una ficción..., es tan real como la personalidad jurídica del individuo...; debe estar servida por una voluntad capaz de distinguir lo que necesita este establecimiento y de realizar su fin... Para que una organización de personas físicas pueda tener personalidad jurídica, es decir, para que pueda devenir una unidad («unit») sujeto de derechos y obligaciones, es necesario que haya una idea directriz, un fin definido...; la personalidad de los grupos no existe más que cuando una colectividad presenta un interés social, porque esté animada por un interés digno de ser protegido por el Derecho...» (29).

La contribución sobre el Derecho de los Estados Unidos (30) es del mayor interés, pues recoge el pensamiento y práctica de la jurisprudencia de un país que tanta importancia ha dado al buen funcionamiento

(23) *Idem*, págs. 28, 34.

(24) Debido al profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester, BEN A. WORTLEY. Le dió el título «De la tendencia que existe, según el Derecho inglés, a reconocer la realidad constituida por los individuos que constituyen grupos jurídicos», págs. 53-95.

(25) *Idem*, pág. 57, citando un texto de LORD LINDLEY.

(26) *Idem*, pág. 61.

(27) *Idem*, pág. 70 y pág. 74, conforme a lo dicho por Magnaghten, J., en *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Haigh* (1936) y Lord Porter, en *Bonsor v. Musicians Union* (1955).

(28) *Idem*, págs. 68, 69 y nota 27.

(29) *Idem*, pág. 92, recogiendo palabras del Dr. Hallis.

WORTLEY no parece que haya advertido la distinta naturaleza de los casos que refiere; no señala las consideraciones especiales que juegan en los supuestos de nacionalización o expropiación de una sociedad por un Estado extranjero (en cuyo caso es afectado directamente el derecho de cada accionista), de medidas en caso de guerra (en que se atiende sólo a la defensa de los intereses nacionales) y de represión de abusos, en los que se busca ante todo sancionar el fraude o el abuso. Decir que en ellos es decisiva la realidad económica o el poder de control (pág. 92) es confundir un síntoma de lo anómalo de la situación de la sociedad con la causa jurídica que determina «el levantamiento del velo»; éste es sólo un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido, sancionando a quienes manchan la sociedad.

(30) Estudio de JOSEPH M. SWENEY, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, págs. 97-112; dice que si se le hubiera dado a escoger un título para su aportación a la obra común que se publica, hubiera estado tentado para llamarla: «Más allá de la persona moral», pág. 97.

de las sociedades comerciales. La postura de Sweeney parece ser, en lo esencial, la misma de Serick. En efecto, afirma que «detrás de la personalidad moral hay todo un dominio en el que ella es soberana», y que ello no ha sido obstáculo en Estados Unidos para dejar de lado dicha personalidad, cuando se trata de asegurar soluciones justas y equitativas (31). En estos casos no puede hablarse de una tendencia a reducir los efectos de la personalidad moral, sino de una regla de excepción que, aunque aplicada en muchos casos se justifica por principios mucho más generales, por aquellos que hacen se niegue eficacia a los actos fraudulentos o contrarios a la equidad (32). Subraya la importancia de la figura jurídica diciendo: «La personalidad moral, se conciba o no como una ficción, es de todas maneras la base de los efectos jurídicos que han permitido a las sociedades comerciales («business corporations») realizar en toda su amplitud las funciones económicas que hoy realizan en Estados Unidos» (33). En fin, pone de relieve que la limitación de responsabilidad de los socios y la independencia que respecto de éstos tiene la «corporation» se conciben como «un privilegio extraordinario» y que esta noción de privilegio ha sido también la que ha favorecido el que los tribunales hayan podido rechazar los efectos que puedan resultar del mal uso de la personalidad moral (34).

El informe sobre el Derecho francés (33), en cambio, viene a coincidir con la opinión de David. Critica la teoría de la realidad de las personas morales, rechaza la figura de los órganos y la existencia de una nacionalidad de las sociedades. Afirma que el interés social se confunde con el interés individual de los accionistas y que la sociedad siempre continúa siendo «la cosa de los asociados, que los bienes de la sociedad siguen siendo los bienes de los asociados» (36). Aparte de las dudas que se puedan tener sobre el acierto de estas conclusiones respecto del

(31) *Idem*, pág. 37.

(32) *Idem*, págs. 97, 103 y 111.

(33) *Idem*, pág. 103.

(34) *Idem*, pág. 104.

SWEENEY recoge lo afirmado en dos sentencias, por dos de los más célebres maestros del Derecho de Estados Unidos. Holmes diciendo que la «corporation» es «una persona y que el hecho de que sea propietaria de bienes es un aislante que hace imposible la atribución a sus miembros de un interés en estos bienes»; Cardozo advirtiendo que «hablamos de ignorar la personalidad moral en ciertos casos, y todo está bien si la imagen no nos hace perder de vista su fin, porque la lógica de los efectos de esta personalidad no puede sacrificarse más que por ciertas razones esenciales, tales como, por ejemplo, la necesidad de defender o proteger un interés público», *ídem*, pág. 102. David se ha dado cuenta de que el Derecho de Estados Unidos no apoya, sino que contradice su tesis (reconoce que el informe de Sweeney «parece señalar un cierto favor de la doctrina americana hacia la teoría de la realidad de las personas morales»), y para contrarrestar las consecuencias naturales de tal hecho se limita a decir, para debilitarlas, que «se trata ante todo de una reacción contra la arbitrariedad a que se presta, así se piensa en América, la teoría de la ficción, que parece autorizar, hasta invitar, la intervención del legislador, siempre mal vista y sospechosa en América», pág. 4.

(35) Encargado a JEAN FOYER, profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Lille. Titula su trabajo, «Sentido y alcance de la personalidad moral de las sociedades en Derecho francés», págs. 113-131.

(36) *Idem*, págs. 130, 131.

Derecho francés, este estudio adolece de una cierta confusión, pues al no separar las sociedades de mera personalidad nominal (civiles, comerciales colectivas) de las sociedades anónimas, únicas con personalidad plenamente independiente, no se sabe con exactitud a qué tipo de sociedades se refiere al hacer afirmaciones de carácter general, como la antes recogida (37). De todos modos, aunque sea de paso, nos dice que en Francia, cuando se hace responsables a las personas que controlan o tienen el dominio económico de la sociedad, ello tiene lugar «en interés de los terceros o en el del Estado» (38); es decir, que expresamente reconoce que en la regulación de la sociedad se atiende a un interés distinto y hasta contrario al de los socios.

Las notas sobre Derecho polaco (39), a pesar de su brevedad, son de interés, porque están en la más franca oposición con los puntos de vista de David (40). Este Derecho considera la persona moral como sujeto autónomo de derechos y obligaciones, insistiéndose en que la doctrina estima que «existe realmente, que es una realidad concreta». «El interés común de las personas físicas, constituyendo tal o cual persona moral, se separa de cada una de ellas y adquiere, podría decirse, un carácter objetivo por la actividad social o económica determinada. De esta manera, este grupo de personas no aparece como una suma de sujetos particulares, sino como una unidad, un sujeto autónomo de derechos y obligaciones, poseyendo la capacidad jurídica y la capacidad de hacer actos jurídicos» (41). Doctrina que desarrolla dando detalles sobre dicha capacidad jurídica y de obrar, afirmando que en el Derecho polaco se sigue la teoría llamada teoría de los órganos (42) e insistiendo en que las personas morales se instituyen para poner en ejecución tanto los intere-

---

(37) También puede señalarse la falta de claridad que supone entender que la protección de las minorías y la de los socios que no participan en la gestión de la sociedad (que incluso pueden estar, como permiten ciertos Derechos, privados de voto), es una prueba de su tesis; pues no se ha fijado en la diferencia que existe entre los intereses particulares del socio y los comunes de la sociedad (a veces coincidentes con los de la mayoría y a veces con los de la minoría), que se manifiesta, además, en el valor superior de los estatutos sociales. El argumento de que en todo caso se trata de la protección de unos socios—pág. 130—, además de no ser siempre cierto (se protegen también por la ley intereses de acreedores, de la economía del país, de los obreros y empleados), resulta contradictorio; pues supondría una protección de socios contra socios, y que, por tanto, requiere un criterio superior (el de la ley y el estatuto) para decidir el conflicto.

(38) *Idem*, pág. 114.

(39) Redactadas por SEWERYN SZER, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Varsovia, págs. 133-142, de las que desde la pág. 138 están dedicadas a asociaciones y cooperativas.

(40) DAVID afirma que «el verdadero realismo» (es decir, su propia concepción de la «persona jurídica») ha sido reconocido por la doctrina de los países socialistas, pág. 14. Como la única de éstas recogida en «La personnalité morale» es la polaca, que mantiene la concepción tradicional, David sugiere (aunque no haya indicios de ello en lo publicado) que SZER se adhiere a la teoría de la realidad de las personas morales: «géné par les formules de la loi polonaise», pág. 5. Por cierto que el Código checoslovaco de 1950 considera también las personas morales «diferentes de las personas físicas» (art. 18), citado en pág. 4.

(41) *Loc. cit.*, pág. 136.

(42) *Idem*, pág. 135.

ses generales económicos y sociales como los intereses individuales (43).

El último de los trabajos recogidos sobre Derecho interno se ocupa del Derecho suizo (44). «La persona moral —se nos dice— es una institución consagrada, indispensable, que no tiene ya necesidad de ser justificada por una audaz asimilación a la persona física, porque lleva en sí misma su justificación» (45). «Generalmente, la persona moral es tratada como un ser independiente de sus miembros. Lógicamente, no puede ser de otro modo, pues la persona moral es precisamente una técnica jurídica utilizada en los casos en que se recomienda prácticamente reconocer la autonomía de un grupo» (46). Señala después los casos en los que los tribunales han hecho abstracción de la persona moral para hacer responsables directamente a sus miembros (47). Respecto de ellos dice que «todos presentan un rasgo común; es el de que siempre que se ha ignorado deliberadamente la forma jurídica, el desdoblamiento de personas o de sociedades se ha realizado *en provecho de los terceros*. Se trataba esencialmente de evitar un abuso real o posible, una desviación de la función normal de la institución jurídica de la persona moral, cometido en detrimento de terceras personas» (48).

La parte primera de la «Personnalité morale», que es la hasta ahora examinada, lleva el título general de «Derecho comparado». La segunda tiene como rúbrica la de «Derecho internacional público». Consta de dos tipos de trabajos. Uno debido a S. Bastid, con la colaboración de F. Luchaire, sobre «La condición jurídica internacional de las sociedades constituidas por extranjeros», que se califica de «rapport général» (49). Otro, el de cuatro trabajos complementarios del anterior, a los que después se hará especial referencia.

La parte segunda, sobre Derecho internacional público, parecerá de menor interés para los civilistas. Importa, sin embargo, tenerla en cuenta por la conexión íntima existente entre ambas partes del libro y, en especial, porque la actual ofensiva contra la persona jurídica ha partido, al parecer, de un grupo de especialistas de Derecho internacional público.

(43) Idem, págs. 133, 137.

(44) Se debe a JACQUES-MICHEL GROSSEN, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Neuchâtel. Le da el título de «La personalidad moral y sus límites en Derecho suizo», págs. 143-156.

(45) Idem, pág. 155.

(46) Idem, pág. 150.

(47) Idem, págs. 150-153.

(48) Idem, pág. 153.

GROSSEN se pregunta después si la «unidad económica» no podría a veces ser invocada por quien ha sido responsable de la «multiplicidad jurídica», cuanto éste tuviera interés en ello. Sobre ello, nos dice, la jurisprudencia y la doctrina responden con una franca negativa. Señala, sin embargo, una sentencia que parece admitir lo contrario. Se trataba de una sociedad «holding», dueña de una marca de fábrica, y que no la utiliza por sí misma, sino por una de las sociedades afiliadas al grupo, y se planteaba la cuestión de si la marca había caducado por el no uso de su titular (págs. 153-154). La decisión favorable a la pervivencia, que aceptó el Tribunal federal, pudo estar justificada por otras razones. No había lesión de derecho de tercero que confiara en la apariencia; y, sobre todo, habría sido formalismo injustificado desconocer que la marca estaba en uso, aunque la cesión o el permiso o el carácter de agente del usuario respecto del titular no estuviera al descubierto.

(49) Págs. 159-178.

Sin dudas ni matices rechaza Bastid la posibilidad de atribuir nacionalidad a una sociedad. Admite, en cambio, que la sociedad tenga una doble dependencia. La «dependencia jurídica» («allégeance juridique») que «sirve únicamente para determinar la Ley aplicable a la constitución de la sociedad y a las relaciones entre los asociados», la cual queda a la elección de la misma sociedad, que puede buscar la legislación que le sea más cómoda, mediante la instalación de su sede social en uno u otro país. La «dependencia política» («allégeance politique») que sirve para determinar las sociedades que se benefician de los favores que un Estado concede a sus nacionales y rehusa a los extranjeros, la cual escapa a la posibilidad de elección de la sociedad (50). La dependencia política dice que se debe determinar, según el criterio que casi («à peu près») se ha impuesto por la *teoría del control*. Llegado a este punto, Bastid parece caminar entre dudas crecientes. ¿Qué se entiende por control? ¿La nacionalidad de los dirigentes, la nacionalidad de los capitales, ambos elementos? (51). También pone en cuestión el mismo criterio de la dependencia política: «La dependencia política de la sociedad *extranjera* desaparece cada vez más para dejar en su lugar sólo la dependencia política de los socios» (52). De aquí pasa a sostener que los Estados tienen derecho a intervenir para asegurar los intereses, aun minoritarios, de sus nacionales en una sociedad. ¿Se requiere para ello que el nacional tenga un interés sustancial? Pero también este sistema del interés sustancial tiene para Bastid la contra de que queda «impregnado de la ficción de la personalidad moral de las sociedades» y de que no hay acuerdo en la práctica sobre cuándo un interés es sustancial. Todo ello hace que sea preferible atender tan sólo a los intereses de los miembros o accionistas; no habrá entonces que investigar si la importancia de los intereses de los nacionales justifica la intervención de un Estado en favor de la sociedad; se podrá —parece— intervenir en cualquier supuesto que interese al accionista; de modo que será posible —nos dice expresamente— que un Estado sea llevado a intervenir en favor de una sociedad, pero contra el deseo de esta misma sociedad», es decir, en favor de un socio o varios frente a la voluntad y acuerdos de la mayoría (53).

El significado de las afirmaciones de Bastid no es claro. Afirma, es cierto, que «el conjunto de estos estudios» muestra que se admite la protección diplomática de los nacionales, accionistas de una Sociedad, aunque ésta dependa políticamente de otro Estado (54); pero no concreta más. Si alude a los siguientes estudios sobre Derecho internacional público contenidos en el libro comentado, hubiera sido de agradecer se nos señalase en concreto el dato o hecho a que se refiere, porque

(50) Idem, págs. 160 y 161. Acepta la distinción propuesta por COLOMBEL: *Particularisme de la condition juridique des Personnes morales en droit privé français*, 1950. Respecto de la dependencia jurídica propone que se permita a la sociedad optar por la legislación que prefiera, en especial por la de la nacionalidad de sus socios, ídem, pág. 162.

(51) Idem, pág. 163-164.

(52) Idem, pág. 161.

(53) Idem, págs. 165-167.

(54) Con la consecuencia de que el Estado interviniente pueda llevar la cuestión ante las jurisdicciones internacionales, ídem, pág. 167.

los recogidos en tales estudios dan más bien la impresión de que práctica y doctrina se inclinan hacia distinto criterio (55). También calla sobre si ese supuesto poder de intervención en favor de los accionistas se ha de extender a cualquier otro nacional interesado en la sociedad, obligacionista, acreedor más o menos privilegiado, fiador, avalista, etc. En fin, incita a preguntar: ¿Cuándo y cómo se puede demandar por daño futuro o indirecto? (56). ¿Cómo se articulará la reclamación diplomática dirigida a pedir satisfacción por un daño inferido a un nacional, no por un Estado sino por el acuerdo de la asamblea o del consejo de administración de una sociedad privada?

El trabajo que viene a continuación, «La sociedad *extranjera* en los países subdesarrollados» (57), muestra con cierta franqueza algunos de los intereses político-económicos implicados en lo que puede parecer una mera discusión doctrinal. Parte del hecho de lo que llama «egiptianización», de las sociedades extranjeras, que presenta como tentación y riesgo para las nuevos Estados (58). Sobre todo, le preocupa la situación en que se encuentran las sociedades que existían en el momento de independizarse los antiguos territorios coloniales, en especial la de aquellas que por motivos fiscales o de otra naturaleza habían fijado su sede en estos territorios, siendo sus capitales de la metrópoli. Si su nacionalidad es —según la antigua doctrina— la del país en que está la sede social, no pueden seguir gozando de la protección diplomática de la antigua potencia colonial o protectora. Ello sólo puede evitarse mediante tratados, lo que así ha ocurrido a cambio de determinadas contraprestaciones, por ejemplo, promesas de ayuda económica. Se afirma por ello, además, que según el Derecho internacional general, las sociedades controladas por franceses quedan bajo la dependencia política de Francia, aunque sean de Derecho tunecino, y que, por tanto (sic), el Gobierno francés tiene competencia para proteger diplomáticamente los intereses franceses en toda sociedad tunecina, aun si estos intereses son sólo minoritarios (59). Mas esto no basta. Luchaire sugiere también que debería «permitirse a las sociedades elegir su dependencia jurídica de modo que ésta correspondiera a su dependencia política, sin tener que cambiar su sede social» (60); lo que aparte de evidentes ventajas para el capital extranjero, haría que «no hubiera que temer modificaciones constantes en la dependencia ju-

(55) No debe olvidarse que para que una jurisdicción internacional aplique una teoría, ésta ha de responder a los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, a la costumbre internacional o encontrarse ya en la doctrina de los publicistas más calificados de las diferentes naciones; comp. art. 38, Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

(56) El socio que pone en marcha la intervención por daño inferido a la sociedad, no experimenta daño propio más que cuando a consecuencia de aquél, p. ej., no cobra dividendo, no puede vender a buen precio sus acciones o no recibe lo que le correspondería al liquidarse la sociedad.

(57) Debido a FRANÇOIS LUCHAIRE, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Nancy, págs. 169-178.

(58) *Idem*, pág. 171.

(59) *Idem*, pág. 173.

(60) *Idem*, pág. 176.

rídica, según el azar de las ventas de acciones, porque la elección entre una y otra de las legislaciones se haría de una vez para siempre y de modo irrevocable» (61)

En el trabajo titulado «La protección diplomática de los accionistas en la jurisprudencia y en la práctica internacional» (62), en conformidad con el criterio de David y Bastid, se sostiene que «el Estado nacional de los accionistas de una sociedad extranjera puede ejercitar la protección diplomática en favor de sus súbditos» (63). Esta afirmación se hace refiriéndola a la práctica internacional, y su valor depende, por tanto, de las pruebas que se aporten en su abono. Como tales pruebas se traen a colación muchos datos de naturaleza heterogénea. Es cierto que lo diverso de su significación no escapa a Kiss, el autor del trabajo ahora comentado. Mas no los separa debidamente; de lo que resulta una impresión de vaguedad y confusión tal, que llega hasta parecer que sólo ella explica la aseveración que antes se ha recogido.

Nadie podrá negar, es de creer, que toda una serie de casos, entre los citados por Kiss, nada dicen en favor ni en contra del desconocimiento de la persona jurídica y de la posibilidad de intervención a favor de los accionistas por perjuicios causados a la sociedad. Los Estados muchas veces actúan interponiendo sus buenos oficios o ejerciendo presión más o menos enérgica, pero sin darle carácter de reclamación o ésta se hace sin propósito de llevar el asunto ante una jurisdicción internacional (64). Veces hay en las que la cuestión jurídica no juega o es sólo cobertura de una intervención, sin otra justificación que la de la prepotencia militar o económica de «una gran potencia». Muchas diferencias entre Estados, fueran o no llevadas ante tribunales arbitrales, se deciden conforme a criterios políticos o de equidad.

Dentro ya del campo jurídico —único que aquí interesa— hay que señalar la existencia de dos tipos de supuestos extraños a nuestra cuestión. El primero es el caso en que el accionista haya sido lesionado en sus derechos propios, como ocurre en los de nacionalización de una sociedad, en que de modo abierto o encubierto el accionista es expropiado o despojado de su propio derecho (65). La intervención en favor del accionis-

(61) Idem, pág. 177. Se advertirá que LUCHAIRE ha visto la conveniencia práctica del sistema antes admitido bajo la denominación técnica de nacionalidad de la sociedad, que por sí misma implicaba la coincidencia de esas dependencias jurídica y política, como que no le ha pasado tampoco desapercibido el peligro de la teoría de control. En efecto, ella llevaría a que las sociedades cambiasen de condición jurídica y política a causa de una operación de Bolsa y sin que ello apareciese al exterior o se pudiera conocer por el público.

(62) Redactado por CHARLES KISS, encargado de investigaciones en el Centro Nacional de la Investigación Científica, págs. 179-210.

(63) Idem, pág. 187.

(64) Pueden señalarse, como ejemplos de lo dicho, los cambios oportunistas de criterio de las cancillerías. Comp. las citas en el trabajo de KISS, págs. 190 y sig.

(65) En un estudio de FOCSANEANU, incluído en «La personnalité morale» se advierte de la necesidad de distinguir—lo que dice no siempre se hace—entre la hipótesis de lesión al derecho propio del accionista y la de la situación en que está el accionista que no ha sufrido daño personal y directo, sino solamente un perjuicio indirecto, como consecuencia del atentado que ha sufrido el patrimonio de la sociedad, pág. 260.

ta nacional (sea cualquiera la nacionalidad de la sociedad) está justificada plenamente y no pone en duda el significado jurídico de la persona jurídica. El segundo se refiere a las sociedades que sólo «por cortesía» o por confusión técnica son llamadas personas jurídicas, pues, en verdad, el problema del desconocimiento de la personalidad sólo se plantea en los casos en que ésta se ha empleado por el Derecho para separar la persona de la sociedad de las personas de los socios, cuando el patrimonio de la sociedad se ha independizado y los socios no responden por las deudas sociales. Por tanto, los casos que se refieren a sociedades civiles o a las mercantiles colectivas no son pruebas o datos que puedan aducirse al discutir sobre el significado de la persona jurídica. La cuestión se ha de centrar, por tanto, en torno a la personalidad de la sociedad anónima; y parece entenderlo así el mismo Kiss, cuando en su antes referida conclusión y en el título de su trabajo menciona tan sólo a la protección diplomática del accionista.

Si ahora, después de tener en cuenta las distinciones y precisiones señaladas, se repasa el estudio de Kiss, se advertirá seguramente que de los casos a los que concede importancia, unos caen fuera del campo estrictamente jurídico, otros se refieren a daño directo al derecho propio del accionista y los demás tienen por objeto la reclamación de un socio de una sociedad colectiva por daño inferido a ésta. Tanto es así que aquella que considera «la posición más explícita en la materia», a favor de su tesis, es la de Huber, en el caso «Zita, Ben Kiran», en donde se trataba precisamente de intervenir en favor del socio de una sociedad colectiva (66). Refiere otros casos en los que ya la cuestión se centra en la posibilidad de proteger a un accionista por daño a la sociedad anónima de la que es miembro; en todos ellos, con más o menos energía, se niega legitimación al socio, diciéndose que por el daño sufrido por la sociedad puede reclamar ésta, pero no el socio (67). Sin embargo, sin que se den explicaciones, no se concede valor a estos precedentes cuando llega el momento de formular las conclusiones referidas, aunque el autor reconoce que van en «sentido opuesto» a su tesis (68).

Los dos últimos trabajos del libro (69) se ocupan de las medidas arbitradas o propuestas por Estados y agrupaciones de hombres de negocios para poner remedio, en lo posible, a la indefensión de los particulares, en

(66) *Loc. cit.*, págs. 184-186.

(67) En el caso "Baasch y Römer" se dice que si el objeto de la reclamación es que la propiedad de una sociedad venezolana ha sufrido daño, no puede reclamar el Gobierno holandés porque "el hecho de que los accionistas sean holandeses es irrelevante"; en el caso "W. C. Greenstreet, se dijo que "la nacionalidad de los acreedores es tan irrelevante como la de los accionistas". pág. 187, 188, donde se mencionan, además, otros casos en el mismo sentido. El autor también recoge la opinión autorizada del "rapport" Rundstein, contraria a su punto de vista, pág. 207, nota 73.

(68) *Idem*, pág. 207.

(69) "La protección de los accionistas en los convenios internacionales bilaterales", por DANIEL VIGNES, doctor en Derecho, págs. 211-241; "Las sociedades comerciales en los proyectos y propuestas de convenios internacionales multilaterales para la protección de la propiedad extranjera", por LAZAR FOCSANEANU, juriconsulto, diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, doctor en Ciencias Económicas, págs. 243-269.

especial la de los nacionales de países económicamente poderosos, frente a las prácticas modernas de nacionalización y expropiación. Mas ello, no obstante su gran importancia práctica no tiene interés directo para la cuestión del significado de la persona jurídica. A lo más, puede señalarse como dato de interés, el hecho de que en los convenios aprobados o propuestos se sigue utilizando, como antes, el concepto de la nacionalidad de la persona jurídica de la sociedad.

Terminado el repaso del contenido de «La personnalité morale», cobra nuevo valor una frase de David: «Es curioso comprobar cómo en el Derecho, como en todas las cosas, existen modas. Las cuestiones que han apasionado a los juristas hace cincuenta o cien años nos parecen ahora no sólo superadas, sino a menudo artificiales; sus discusiones nos parecen sin sustancia y estériles, y nos cuesta trabajo comprender cómo hombres de talento —porque se trata indudablemente de hombres de talento— hayan podido en otro tiempo apasionarse por ellas» (70).

¡Cuánta verdad encierran las palabras citadas! El Derecho está en el tiempo. El suceder o alternar de las corrientes ideológicas le imprime su sello. Hasta el mudar de estilo o de gusto en las expresiones se refleja en leyes y obras jurídicas. Mas también nuestra extrañeza ante las viejas polémicas doctrinales se debe a que se han olvidado sus verdaderas causas. Sería inexacto e injusto sostener que el acaloramiento que caracteriza ciertas discusiones del pasado se debe sólo a la moda o al capricho. Su motor fué, en general, la lucha también ardorosa, entre poderes o intereses sociales; que unas veces se señala de modo abierto y que otras se disimula en los libros de Derecho, en forma más o menos discreta.

En materia de personas jurídicas, puede recordarse cómo y por qué en la Edad Media surge y se impone la teoría de la «persona ficta». La discusión entre los partidarios de la teoría de la ficción y los de la teoría de la realidad de las personas jurídicas en la segunda mitad del siglo XIX, a la que alude David, no era un «divertimiento» de teóricos. Fué reflejo de la contienda entre los defensores de la omnipotencia del Estado y quienes pretendían, frente al Estado y la Administración, asegurar el respeto de asociaciones y fundaciones, es decir, de organizaciones de personas y bienes, dedicadas a fines religiosos, políticos y sociales.

No es tampoco un secreto que el capitalismo moderno utiliza para sus fines la persona jurídica, que se justifica con ella la independencia del patrimonio de la sociedad anónima, que de ella se sirve para afirmar el respeto de las sociedades en el extranjero y para interpretar en su favor los tratados internacionales. Sabido es, cómo más tarde, en beneficio de los mismos intereses, se favorece la concepción abstracta de la persona jurídica; de modo, que se le pueda utilizar como un escudo o cortina que defiende de toda injerencia o investigación la vida interna de la sociedad anónima. Es el tiempo, aún no pasado, del florecer de sociedades artificiales, sin contenido real, creación de aventureros o de poderosas organizaciones financieras, nacionales o internacionales, que ocultan sus verdaderas actividades interponiendo o conectando sociedades, en perjuicio a veces

---

(70) Idem, pág. 4.

de los obligacionistas, de los acreedores, del fisco, del público en general y también de los mismos accionistas de las sociedades sometidas a control.

La reacción producida frente a los desmanes más visibles, como el que protegiera la sentencia dictada en el caso de Salomón v. Salomón llevará a que los tribunales se decidan a «levantar el velo de la sociedad». Ello se hace de modo muy prudente y sólo cuando lo exige el sancionar la utilización de la forma de la persona jurídica para escapar a la aplicación de otras disposiciones legales. Supone el abandono de la concepción abstracta de la persona jurídica, pero también su efectivo robustecimiento, al liberarla de los abusos que podrían degradarla.

Esta última dirección se ha manifestado en alguna frase exagerada o de redacción a la ligera, que ha podido hacer pensar que la condena de la concepción abstracta de la persona jurídica implicaba la de la misma persona jurídica. Ofensiva contra el concepto de persona jurídica que cobra en estos años nueva importancia, porque parece que coincide con los intereses de cierto tipo del capitalismo internacional.

Las transformaciones políticas y económicas ocurridas últimamente han venido a disminuir o a cambiar de signo el poder de muchas organizaciones financieras. El fenómeno de la descolonización, como ha señalado Luchaire, tiene extraordinaria importancia. En general, ahora no es tan fácil como antes fuera presionar en beneficio de un grupo financiero a los Gobiernos y poner en marcha la intervención diplomática del Estado; la de aquel cuya nacionalidad hubiera elegido la sociedad interesada. No es de extrañar que se haya pensado en que valía la pena de encontrar una fórmula que facilitase poder acudir a la intervención de cualquier Estado, de aquel cuyo Gobierno se muestre mejor dispuesto. La concepción de la sociedad anónima como persona jurídica y la de la nacionalidad de las sociedades constituirían un obstáculo difícil de superar para tal propósito. En cambio, una concepción «atomística» de la sociedad anónima, sea que se haga depender la nacionalidad de la sociedad de la de los accionistas, bien sea que desentendiéndose de la misma sociedad se desplace la protección diplomática a favor de los accionistas en caso de daño a la sociedad, permitirá que la dirección de las organizaciones pueda rectificar lo hecho al crear la sociedad y elegir en cada momento la protección del Estado con cuya complacencia pueda contar. Lo que puede hacerse mediante venta real de un paquete de acciones a hombres de confianza o, más simplemente, mediante enajenaciones fiduciarias a favor de personas («trustees») de la nacionalidad que interese. Intervención extranjera que si ya no lleva consigo la amenaza de la intervención armada ni la de las sanciones económicas, tiene siempre su valor en los manejos de la alta finanza.

En su notable estudio sobre Derecho suizo, Grossen amonesta a quienes han exagerado la autonomía jurídica de ciertos grupos, no sea —dice— que les ocurra como «a la escoba del aprendiz de brujo, que se vuelva contra los hombres que la han creado» (71). Advertencia que también cabe hacer a los que, partiendo de los necesarios límites de esa autonomía los

(71) *Idem*, pág. 155.

exageran, hasta llegar a negar la independencia de la persona jurídica.

Los autores gustan de hablar de valor institucional, de lógica interna y de carácter orgánico de una figura o relación jurídica; de ese modo se llama la atención sobre un hecho sencillo e importante: el de que las ventajas, facultades, derechos y privilegios atribuidos por una determinada causa jurídica, se equilibran y justifican con las correspondientes cargas, obligaciones y responsabilidad. Los privilegios exorbitantes que la figura de la sociedad anónima supone para quienes la manejan, se explica por su carácter corporativo, por la existencia de un interés de la sociedad, diferenciado del particular de los socios, y, sobre todo, porque su condición unitaria patrimonial y jurídica, la firmeza de su estructura y condición, incluso la que se entiende como nacionalidad, aseguradas por la inscripción en el Registro, son prenda de seguridad para todos los que se relacionan con la sociedad, con los que con ella contratan, acreedores, obligacionistas y hasta para el mismo interés público (administración, fisco, clientela, economía, obreros y empleados). Si se llegase a la conclusión de que la persona jurídica es un nombre vacío, que en la sociedad sólo han de considerarse los intereses individuales de los socios, podría obtenerse la consecuencia de que también la sociedad anónima es un nombre vacío. Desconocida la autonomía de la sociedad pierde sentido la independencia del patrimonio social; negado que éste tenga su destino propio (que hasta puede ser contrario al interés de los socios), queda sin justificar la limitación de la responsabilidad de los socios. Una ofensiva contra el concepto de persona jurídica implica una debilitación de alcance incalculable para la figura de la sociedad anónima.

En esta nota, limitada a comentar «La personnalité morale», se hace caso omiso de cualquier otro aspecto de la discusión sobre la persona jurídica. Mas para centrar mejor el significado del libro que se comenta, hay que hacer referencia todavía a su lugar dentro de la situación actual de la doctrina. Se pueden distinguir en ella tres tendencias. Una, la de David y Bastid, con aquellos de sus colaboradores que les siguen, que propugnan el abandono de término y concepto de persona jurídica. Su importancia es grande. Los trabajos recogidos y los datos recolectados en «La personnalité morale» es cierto que, en general, no están de acuerdo con sus afirmaciones y que a veces las contradicen de modo visible. Mas este hecho mismo pone de manifiesto la fuerza de convicción con la que se acepta esa teoría por autores, como los citados, de notoria distinción. En franca oposición con esta dirección, se advierte otra que potencia al máximo la personalidad jurídica, atribuyéndole a sus derechos y bienes una protección (en texto constitucional y en convenio internacional) de la misma naturaleza que la otorgada a los derechos de la personalidad o a los derechos del hombre reconocidos a la persona física (72). En fin, existe

---

(72) La ley fundamental de la República federal de Alemania dice: "Los derechos fundamentales ("Grundrechte") pertenecen igualmente a las personas jurídicas nacionales, en la medida que la naturaleza de tales derechos permita la aplicación" (art. 19, par. 3.º). En el Protocolo adicional al Convenio europeo de los derechos del hombre, se dispone: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes" (art. 1, par. 1).

otra corriente teórica, la que admite el concepto de persona jurídica, a la vez que señala que tiene carácter instrumental y unos límites; es decir, que entiende que no está permitido el ejercicio de la separación que ella origina respecto de los socios, cuando sea para defraudar o para incumplir las leyes (73).

¿Qué resultado tendrá la ofensiva contra la persona jurídica? ¿Logrará que la doctrina abandone el concepto de persona jurídica? No es éste lugar adecuado ni ocasión oportuna para intentar contestarlas. Lo único que ahora se puede decir con una cierta seguridad es que el libro comentado no ofrece material para, con el debido fundamento, responder a ellas de modo afirmativo.

F. DE C.

---

En igual sentido de valoración de la persona jurídica, el Proyecto de Convenio concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, aprobado en la séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, de 1951.

También puede señalarse que con ocasión del "Avis consultatif", 11 abril 1949, sobre Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, se consideró de importancia decisiva la condición de persona jurídica, de entidad legal o jurídica, de las Naciones Unidas.

(73) SERICK advierte que el material por él recogido no permite obtener conclusiones sobre el concepto y esencia de la persona jurídica. *Rechtsform und Realität*, p. 4.

# INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI  
y José Luis LLORENTE

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE OBLIGACIONES

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTAS: *Se autorizan porcentajes de elevación de las rentas de viviendas y locales de negocio que el día 31 de julio de 1961 lleven cinco años o más de prórroga legal, regulándose el modo de hacer efectivos los aumentos y fijándose los supuestos en que no procede la elevación (Decreto de 6 de septiembre de 1961; B. O. del día 14).*

#### A) EXPOSICIÓN:

##### I. Régimen jurídico.

a) Ambito material.—Comprende los arrendamientos de viviendas y locales de negocio a que se refiere el artículo 100 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos que el día 31 de julio de este año lleven cinco años o más de prórroga legal (art. 1.º, párrafo 1.º).

b) Ambito temporal.—Las elevaciones autorizadas por el artículo 1.º comenzarán a devengarse a partir del primero de octubre del año actual (artículo 3.º).

##### II. Porcentajes de elevación.

a) Base sobre la que se aplicarán los incrementos. Estará constituida por la renta legal. En los contratos de arrendamiento de viviendas amuebladas deberá entenderse por renta base a efectos de los porcentajes establecidos la suma resultante de los dos conceptos de arrendamientos de vivienda, estimado de acuerdo con el párrafo anterior, y de los muebles (artículo 2.º).

b) Tipos.—Se establecen las dos siguientes escalas, en función de la fecha de celebración del contrato:

1.ª Viviendas: a) Contratos celebrados hasta el 17 de julio de 1936, inclusive: 20 por 100; b) Id. entre 18 de julio de 1936 y 31 diciembre 1941, ambos inclusive: 15 por 100; c) Id. entre 1 enero 1942 y 31 diciembre 1951, ambos inclusive: 10 por 100; d) Id. a partir de 1 enero 1952, inclusive: 5 por 100.

2.ª Locales de negocio: a) Contratos celebrados hasta 17 julio 1936, inclusive: 30 por 100; b) Id. entre 18 julio 1936 y 31 diciembre 1941: 25 por 100; c) Id. entre 1 enero 1942 y 31 diciembre 1951: 20 por 100; d) Id. a partir de 1 enero 1952, inclusive: 10 por 100.

Será deducible de estos porcentajes el representado por el importe de la elevación de la renta en el caso de revisión fiscal de ésta por inspección practicada de oficio (art. 1.º, párrafos 2.º a 4.º).

III. *Casos en que no procede aplicar los aumentos previstos en este Decreto*: 1.º Cuando «en virtud de estipulaciones establecidas válidamente conforme a los supuestos previstos en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 6 y en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se haya pactado de modo expreso y distinto al de dicha Ley el sistema o cuantía de las elevaciones; 2.º Cuando el arrendador haya renunciado expresamente a ellas (art. 5.º).

IV. *Efectividad de los aumentos*: Se establece un sistema de exigibilidad fraccionada inicial de los incrementos, a razón de una mitad durante el primer semestre y de la totalidad en los sucesivos si se tratare de arrendamiento de locales de negocio, y de una tercera durante el primer semestre, dos terceras partes el segundo y la totalidad a contar de la fecha inicial del tercer semestre, si afectare a los arrendamientos de vivienda (art. 3.º).

La facultad que al arrendador confiere este Decreto para exigir las elevaciones en él autorizadas, «habrá de hacerse efectiva del inquilino, o arrendatario contratantes, o de quien habiéndose subrogado legalmente figurase con tal carácter como titular de la vivienda o del local de negocio al cumplirse el plazo quinquenal de prórroga legal previsto en el artículo primero» (art. 4.º).

B. *OBSERVACIONES*: Se dicta el presente Decreto en uso de la facultad conferida al Gobierno por el artículo 100 de la L. A. U. de 13 de abril de 1956, habiendo precedido, como en aquel precepto se señalaba, informes de la Delegación Nacional de Sindicatos y del Consejo de Estado.

2. *ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDAMIENTOS EXCLUIDOS DE LA L. A. U.*: *Se dictan normas especiales sobre el arrendamiento y venta de las viviendas construídas por las Empresas con destino a su personal* (Vivienda. Decreto 6 de septiembre de 1961; B. O. del día 16).

#### A) *EXPOSICIÓN*:

Las principales novedades introducidas por la presente disposición son las siguientes:

a) Acceso a la propiedad de los usuarios. «Las Empresas que voluntariamente o en cumplimiento de disposición legal hayan construído o construyan viviendas para arrendarlas a sus obreros podrán, a instancias de éstos, cederlas en amortización, *desligando esta cesión del contrato laboral*, previa autorización del Ministerio de la Vivienda.» «Las Empresas tendrán facultad para reservarse la propiedad de aquellas viviendas que estimen necesarias para dar alojamiento al personal a su servicio al que por la naturaleza del trabajo que desempeña dentro de la misma deba otorgarse tal prestación» (art. 1.º).

b) Arrendamiento o venta de las viviendas a personas o Entidades ajenas a la Empresa o a otras Empresas. Exige, asimismo, autorización del

Ministerio de la Vivienda y para el otorgamiento de dicha autorización se establecen los siguientes requisitos:

1.º Falta de solicitud o renuncia del personal de la Empresa propietaria de viviendas desocupadas. Dicho extremo deberá justificarse mediante informe de la Organización Sindical acreditativo de que la totalidad de las viviendas que se pretende enajenar o arrendar a personas ajenas a la Empresa «han sido ofrecidas con suficiente publicidad a sus obreros y empleados sin que éstos hayan manifestado su propósito de ocuparlas o adquirirlas».

2.º Que la Empresa vendedora tenga previamente aprobado el Reglamento conteniendo las normas y preferencias para concesión de préstamos a su personal con destino a la adquisición o construcción de viviendas, de acuerdo con el Decreto de 29 abril 1955 y con la Orden de 1.º de febrero de 1958 o, en otro caso, que presente simultáneamente el proyecto de dicho Reglamento para su aprobación.

3.º Solicitud conjunta de las dos Empresas interesadas, cuando la adquisición se efectúe por una de éstas con el exclusivo objeto de destinarlas a su personal en arrendamiento o amortización (art. 3.º).

B) OBSERVACIONES: El régimen especial del uso de las viviendas construidas por las Empresas con destino a su personal, arranca, fundamentalmente, del Decreto de 8 de septiembre de 1939, Orden de Industria y Comercio de 12 de igual mes y año y Decreto de 1 de julio de 1955 y Orden de 12 de julio de dicho año, en cuyas disposiciones se fijaban los casos en que era obligatoria para las Empresas la construcción de las aludidas viviendas. Los caracteres fundamentales de este régimen especial son: 1) La exclusión del ámbito de aplicación de la L. A. U. (vid. art. 2.º, párrafo 3.º de la misma); 2) La dependencia de la relación arrendaticia respecto de la laboral, terminando aquélla al extinguirse ésta) (vid. art. 3.º, Decreto 21 marzo 1952). La novedad de la disposición que se anota consiste, pues, como queda expuesto, en desligar o desafectar, en supuestos de obvia justificación, el destino de tales viviendas de la finalidad laboral, en razón de la cual fueron construidas.

## DERECHO PROCESAL

ORGANOS JURISDICCIONALES: REGIÓN ECUATORIAL: *Se reorganiza la Administración de Justicia en la Región Ecuatorial, enumerándose los órganos que la integrarán y su respectiva competencia y funcionamiento* (Presidencia del Gobierno, Decreto de 16 de noviembre de 1961; B. O. del día 21).

Se dicta la presente disposición siguiendo las directrices marcadas por la Ley de 30 de julio de 1959, y en ejercicio de la facultad que, con relación a la reorganización del Servicio Judicial, se confirió a la Presidencia del Gobierno. Como notas esenciales del Decreto que se anota pueden señalarse las siguientes:

1.ª Demarcación territorial. «En materia de justicia, la Región Ecuatorial se considerará integrada por dos Distritos judiciales, cuyas demarcaciones corresponderán a las de las provincias de Fernando Poo y Río Muni» (artículo 4.º).

2.ª Enumeración de los órganos jurisdiccionales.—«La Administración de Justicia estará encomendada a los Juzgados y Tribunales siguientes;

- A) Juzgados de Paz.
- B) Juzgados de Distrito (en materia civil, igual competencia que a los Juzgados Municipales atribuye la legislación común; en materia penal les compete, además, la instrucción de sumarios por toda clase de delitos sujetos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria).
- C) Juzgados de Primera Instancia.
- D) Magistratura de Trabajo.
- E) Tribunal de Justicia de la Región Ecuatorial (igual competencia que la que la legislación común otorga a las Audiencias Provinciales, si bien su jurisdicción se extiende al territorio de ambas provincias de Fernando Poo y Río Muni).
- F) Audiencia Territorial de Madrid.
- G) Tribunal Central de Trabajo.
- H) Tribunal Supremo de Justicia» (art. 5.º).

3.ª Derecho transitorio.—«En orden penal los Tribunales de Raza conservarán sus atribuciones, jurisdicción y competencia hasta que se constituyan los organismos que hayan de sustituirlos» (disp. trans. 1.ª).

4.ª Disposición adicional.—Se enumeran en la misma diversas leyes y disposiciones de la legislación común que se declaran vigentes en las provincias de Fernando Poo y Río Muni, ordenando sean publicadas separadamente en el «Boletín Oficial» de dichas provincias.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**AGUILAR GUTIERREZ y DERBEZ MURO: «Panorama de la legislación civil de México». México, 1960. Imprenta Universitaria. Un volumen de 390 págs.**

Es ésta una obra de indudable acierto, realizada bajo una dirección inteligente y elaborada con esmero. La tarea de comparar la múltiple gama de Códigos civiles que cada distrito o Estado federal mejicano posee en su ámbito privado con el Código civil del Distrito federal central ha sido minuciosa y comparativamente muy útil para llegar a conocer el espíritu común que las une y observar las diversas peculiaridades que las personaliza. Esta primera etapa del camino por andar, que es llegar a una unidad legislativa en Méjico, es un paso firme, bien dado y del que el equipo del Instituto de Derecho Comparado mejicano ha salido airoso bajo la dirección de su ilustre profesor Mantilla Molina.

La presente obra, que consta de una introducción en la que se exponen los antecedentes históricos de la legislación civil mejicana, es de índole federal y quedó reservada a los Estados desde comienzos de su organización política, hasta la publicación del Código de 1928 para el Distrito federal. Asimismo, se estudia de manera breve dicho ordenamiento y se advierte la orientación filosófico-jurídica que lo inspiró y las principales innovaciones que introdujo. Las recientes reformas a varias instituciones, de la que se destaca la que implanta la igualdad de los derechos de marido y mujer, así como las efectuadas en materia de arrendamientos y otras instituciones, hacían necesario una labor de revisión general.

La primera parte de esta obra, según advierten sus propios autores, contiene el panorama general del Derecho civil de la República a través del examen de las instituciones civiles en las diversas legislaciones locales y se establecen las diferencias entre sí y en relación con el Código patrón de 1928. Para complementar el estudio de las legislaciones civiles del país se han redactado, además de la síntesis por instituciones, breves notas sobre los Códigos locales, por Estados, que explican su estructura general.

Como puede advertirse de lo que llevamos dicho, las regiones mejicanas recibieron el espíritu personalista e independiente de la herencia española al mantener su autonomía legislativa civil a semejanza de la foral. Una cuestión de temperamento en alianza con las condiciones de vida y necesidades que cada ambiente aporta; en definitiva, una solución realista, humana y minoritaria. La diversidad de clima de cada región, el modo de distribución de la población (dispersa o agrupada), los cultivos y hasta

sus peculiaridades cualidades espirituales, no forman un todo unificado y necesitan de normas de convivencia singulares. Al cultivador minifundiarío no pueden alcanzarle las mismas medidas que deban adoptarse ante el latifundiarío; sus problemas son completamente diferentes. En una palabra, necesitan de normas jurídicas diversas que reflejen el mayor sentido de equidad en sus problemas y conflictos. Sin embargo, noble tarea es la de hallar el espíritu común que anima a un sistema legislativo plurilateral con la finalidad de lograr un cuerpo legal conjunto que las integre a todas. Los autores han demostrado como su intento es realizable y han dado un paso muy decisivo y eficaz para conseguirlo en el ámbito de su Derecho civil mejicano.

J. BONET CORREA

**ALONSO GARCIA, Manuel: «Derecho del Trabajo», Tomo II, «Contrato de trabajo», José Moría Bosch, Editor, Barcelona, 1960; 679 págs.**

Con un amplio manejo de las modernas corrientes de teoría general del contrato, aborda el profesor ALONSO GARCÍA, en esta segunda parte de su «Derecho del trabajo», el examen del contrato de trabajo. De esta obra —una prueba más de la altura que han alcanzado los conocimientos laborales en el Derecho patrio— resaltan lo cuidado de su sistemática y su preocupación por agotar todos los problemas. Estos son siempre ampliamente planteados, hasta adherirse a alguna de las soluciones de la doctrina, o proponerla nueva, cuando el autor estima que es otra la directriz conveniente.

I. La eficacia organizadora del Derecho se manifiesta también en el ámbito laboral a través de la estructuración de relaciones jurídicas. En el conjunto de dichas relaciones, unas nacen del contrato de trabajo, y otras reconocen naturaleza distinta: bien por tener su origen en otros negocios o actos, bien por su mismo modo de ser. Así: 1) Las situaciones de dependencia administrativa (relación de empleo público, trabajos impuestos por motivos de orden público) reúnen en general las notas de una relación laboral, a la que se aproximan grandemente en su régimen, pero difieren de ella por su origen; 2) En cambio, las relaciones de los sujetos laborales con órganos administrativos, aunque mantienen conexión con el contrato de trabajo (de no existir éste, no nacen), escapan claramente al marco de la relación contractual, como lo evidencia el que no ligen las partes del contrato, sino a algunas de ellas —o, a las dos— con la Administración; y la colocación obrera consagra una expectativa de derecho, nunca un derecho propiamente tal: es una situación previa al nacimiento de la relación jurídica de trabajo.

II. Sentadas estas premisas, pasa a ocuparse de la relación contractual de trabajo.

Señala que, en su nacimiento histórico, esta institución ha sido sometida —en lo que sería su contorno conceptual lógico— a dos limitaciones: la exclusión del contrato de obra, y la referencia sólo al trabajo dependiente.

Actualmente, ambos límites tienden a superarse, viniéndose a configurar, cada vez más, como contrato de trabajo toda prestación de servicios, y las prestaciones de obra, cuando reúnen determinados caracteres.

En orden a la polémica contrato-relación de trabajo, denuncia acertadamente su base errónea —cuando se ha planteado como contraposición— ya que el contrato y relación no son incompatibles, antes bien, se complementan. Tras el examen de las diversas direcciones de la doctrina contractualista (arrendamiento de servicios, mandato, etc.), concluye que —al ser un contrato tipificado, autónoma y muy detalladamente— carece de sentido todo intento de asimilarlo a los tipos preexistentes: es un contrato típico —el contrato de trabajo— que, a su vez, admite diversos subtipos. Añade que es un contrato de Derecho privado.

III. En un segundo apartado, estudia las partes del contrato y su colaboración.

1. En cuanto al trabajador, señala con acierto que su posición jurídica no constituye un *status*, sino una *condición*, que adquiere junto con la de sujeto del contrato de trabajo. Coherentemente con su doctrina acerca del ámbito del Derecho del trabajo, considera nota típica de la figura del trabajador la ajenidad y excluye, en cambio, la dependencia.

2. Acreedor de trabajo y empresa son nociones que deben distinguirse netamente. Basta pensar que no siempre existe empresa, y que, aun existiendo, el acreedor de trabajo puede no ser titular (vg., si es arrendador o usufructuario de la misma). La empresa es, sin duda, una realidad sociológica: el problema radica en acertar con la fórmula jurídica que la encuadre. Desde este punto de vista, únicamente cabe afirmar que constituye un «marco» donde se devuelven relaciones jurídicas y el «ámbito» de vigencia de ciertas normas. Señala también, con acierto, que no es posible un concepto laboral de empresa: la empresa es una realidad única, a la vez fiscal, mercantil y laboral. En todo caso, debe hablarse de una perspectiva laboral de la empresa.

3. Particularmente sugestivo es su estudio de la colaboración de los sujetos del contrato de trabajo. Los órganos de participación del trabajador en la vida de la empresa no son, a su juicio, ni verdaderos órganos de la empresa (objetivada) ni órganos sindicales, sino una manifestación del mismo contrato: una modalidad de la prestación, consistente en limitar la autonomía del empresario. A propósito de los jurados de empresa, en nuestro Derecho, sostiene que carecen de personalidad jurídica: a su juicio, los artículos 4 y 44 del Reglamento no la consagran, sino que aluden a la independencia de los jurados de los distintos centros de trabajo; por otra parte, observa agudamente ALONSO GARCÍA, la Ley de convenios colectivos, al otorgar la personalidad para contratar a los vocales y no al jurado (que es un órgano mixto de representantes de empresa y trabajadores) corrobora, paladinamente, tal afirmación.

IV. Los títulos III, IV y V comprenden el examen de los elementos y presupuestos del contrato de trabajo.

1. Como elementos esenciales, analiza el consentimiento, objeto, causa

y forma del contrato: *a*) En cuanto al *consentimiento*, superando posturas faltas de rigor jurídico, insiste en el carácter consensual del contrato de trabajo. Sin duda, hay ciertos efectos que no se producen hasta el comienzo de la ejecución. Pero ello no altera su carácter consensual: son fenómenos usuales en el mecanismo ordinario de los contratos (término, retraso en el cumplimiento, etc.). *b*) Por lo que se refiere a la *causa*, sigue la doctrina que la concibe como función económico-social del contrato. A su juicio, esta función es al *cambio* entre trabajo y retribución. Sin duda, además, la colaboración existente en todo contrato —sea de cambio o no— adquiere en el trabajo un particularísimo relieve. Pero esto no basta a definir su naturaleza de contrato de cambio.

2. Al tratar de los presupuestos de validez del contrato (capacidad, indemnidad del objeto y legitimación), señala que, en cuanto a la *capacidad* jurídica las normas laborales no producen alteración. La capacidad de obrar, por su parte, sigue las reglas generales en lo que no exista previsión expresa: fundamentalmente en razón de la edad (por ser el contrato de trabajo medio de subsistencia).

V. Bajo el enunciado de «relaciones previas al contrato de trabajo» estudia, en el título VI, el contrato de aprendizaje, la formación profesional y el período de prueba. A este respecto: *a*) considera *el contrato de aprendizaje* como contrato de intercambio de servicios (enseñanza por prestación de actividad): *b*) pone de relieve, con acierto, que la *formación profesional* aparece como relación educativa al margen del contrato o como prestación esencial del contrato de aprendizaje, bien —finalmente— como una obligación o prestación accesoria del contrato de trabajo (deber de dar ocupación efectiva e instrucción, cuando así lo exijan la Reglamentación correspondiente o el contrato).

VI. En el contrato de trabajo, al ser consensual, se identifican *nacimiento y perfección*. Por ello insiste el Profesor ALONSO GARCÍA, se necesita pacto expreso para retrasar lícitamente el comienzo de la prestación y todos los efectos del contrato —aun los de carácter público, vg. obligación de cotizar por seguros sociales— comienzan desde ese momento, salvo que la Ley o las partes hubieran previsto otra cosa.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, como en los supuestos atendidos por el artículo 3. Sólo un olvido de esta idea elemental explica que se haya pretendido interpretar dicho artículo como prueba del origen no contractual de la relación de trabajo. El *contrato*, por otra parte, puede ser a veces, de *adhesión*, cosa poco frecuente en el Derecho del trabajo, aunque sea corriente sostener lo contrario en base a la realidad —distinta del uso difundido del *contrato tipo* en materia laboral.

VII. El *contenido* del contrato de trabajo es el objeto del título VIII. Resalta lo sugestivo de la sistemática adoptada. El autor lo agrupa en tres grandes núcleos: la *prestación del trabajador* (dentro de la cual analiza, como modalidades de la misma, los deberes de obediencia, diligencia, rendimiento y fidelidad), las *prestaciones del empresario* (entre las que distingue las relativas a la seguridad e higiene —como estado previo—, la retribución y las

derivaciones de la situación empresarial en el contrato), y finalmente las *transmisiones de titularidad* operadas por el contrato de trabajo.

1. En orden a la prestación del trabajador, al distinguir entre el contenido propiamente dicho de la misma y sus modalidades o deberes de conducta, consigue una actitud coherente con el contractualismo, sin desconocer el valor y sentido de los deberes personales —en cierto modo comunitarios— del trabajador, cuestión como se sabe —sobre todo a propósito del deber de fidelidad— origen de tantas indecisiones doctrinales.

2. Este mismo sentido de síntesis entre la naturaleza contractual --contrato de cambio-- y la realidad comunitaria de la empresa, se encuentra en su análisis de la posición jurídica del empresario. En efecto, esta última no sólo comprende, a juicio de ALONSO GARCÍA, la situación de parte --con la consiguiente obligación de la prestación retributiva--, sino una serie de derivaciones nacidas de su posición de jefe de la empresa (poder de dirección, poder disciplinario y deber de asistencia y protección) y del deber en cierto modo público de asegurar que las condiciones del trabajo sean adecuadas (seguridad e higiene en el trabajo). De estas derivaciones, las primeras constituyen poderes y deberes que pertenecen --a su juicio-- a la estructura del contrato de trabajo, y las segundas implican poderes y deberes, aunque previos al mismo, que se individualizan por la conclusión de los contratos singulares.

3. En el estudio concreto de los derechos y deberes de las partes, merece destacarse, entre otros puntos, la división que el autor traza entre retribución propiamente dicha o salario, prestaciones complementarias no compensatorias (gratificaciones, pagas extraordinarias, pluses, participación en beneficios, etc.), y prestaciones compensatorias (dietas, indemnizaciones de traslado, gastos en el trabajo, desgaste de herramientas, gastos precontractuales).

VIII. El título siguiente trata de la *novación del contrato de trabajo*. Distingue entre novación extintiva y las demás modificaciones, analizando sus orígenes (imperativo legal, voluntad conjunta o voluntad individual, sólo del empresario a través del *ius variandi*) y las clases de novación (objetiva y subjetiva), con especial atención al régimen del artículo 79. El autor se inclina por una interpretación amplia, en cuanto a la extensión de las obligaciones transmitidas en este último caso, con apoyo en el espíritu y la letra del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952.

IX. No pueden confundirse suspensión e interrupción de los efectos del contrato. La primera se caracteriza porque cesa la totalidad o parte de los efectos y desde luego, la prestación del trabajo y del salario; en la segunda se interrumpe el trabajo, pero no la percepción del salario. Esta distinción, acogida por el nuevo decreto de salarios, tiene importancia, especialmente, porque implica que las cantidades percibidas por el trabajador durante la suspensión, carecen de la condición jurídica de salario, con todas las consecuencias que ello importa.

Mientras la suspensión e interrupción constituyen un cese temporal de los efectos del contrato, la *extinción* lo implica definitivo. Analiza el autor

sus causas y efectos. De destacar son, a este respecto, entre otras aportaciones, el haber precisado que la aparente antinomia entre el Decreto del 44 y la Ley de contrato de trabajo debe resolverse acudiendo al examen histórico de aquél, y, que el sentido de la causa primera del artículo 76 se refiere sólo a la utilización abusiva de una facultad contractual, no a la validez de la misma, que es condición previa. Finalmente, realiza un estudio detallado del *despido* (en sentido amplio, comprensivo de la dimisión): según ALONSO GARCÍA, es un acto de resolución. En nuestro Derecho, afirma, sólo es posible el despido «causal», examinando las causas reconocidas de despido. En cuanto a la dimisión, en cambio, juzga que las causas no están limitadas, aunque es necesario siempre el preaviso: en otro caso, el trabajador queda obligado a indemnizar.

X. En el título XI y último aborda el estudio de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo.

Esta exposición, aunque forzosamente esquemática, puede dar una idea de la rica problemática abordada por el autor, a la que aporta soluciones originales y sugestivas. El libro se encuentra enriquecido, además, por una continua referencia a los textos positivos, que hacen de la presente obra un instrumento indispensable de trabajo.

RAMÓN GARCÍA HARO

**BENITEZ DE LUGO: «El riesgo jurídico» (Los seguros de gastos de procesos y litigios). Madrid, 1961. Un volumen de 99 págs.**

El autor demuestra en esta obra cómo la institución aseguradora tiene por excelencia la previsión, o sea, la protección de las necesidades y consecuencias dañosas de los riesgos que amenazan al hombre en su vida y patrimonio. El interés asegurable es, pues, el objeto fundamental del contrato de seguros para protegerse de este riesgo, económicamente apreciable en dinero, expuesto a la pérdida como consecuencia de un siniestro.

En definitiva, el riesgo es la causa del contrato de seguro. Y ¿qué es el riesgo? A ello contesta el autor diciendo que es la posibilidad de que se verifique un acontecimiento futuro e incierto que puede producir un evento dañoso patrimonial. Por tanto, el riesgo del seguro es el acontecimiento futuro e incierto que en el momento de producirse da lugar al derecho del asegurado a reclamar la indemnización prevista en la póliza conforme a las estipulaciones de la misma.

Una consecuencia se advierte respecto a su aspecto jurídico: que el riesgo debe referirse a una cosa de existencia real en cuanto supone un acontecimiento futuro e incierto. Otra consecuencia se refiere a su aspecto técnico: el riesgo necesita que previamente sea determinada y calculada su frecuencia, homogeneidad, dispersión e intensidad.

Después del análisis de estos presupuestos generales, el autor pasa a estudiar, en concreto, la figura del seguro de las deudas en general y, en particular, los seguros de responsabilidad civil. Se refiere a como en estos se-

guros de daños surgen dos grandes grupos: los seguros de cosas y los seguros de responsabilidad. Los primeros tienen por objeto indemnizar al asegurado de las pérdidas materiales que sufra directamente su patrimonio. Los seguros de responsabilidad tienen por objeto garantizar al asegurado contra los perjuicios que pudiera causar a un tercero. Se refiere después a los límites del seguro de responsabilidad civil y a las consecuencias jurídicas de este tipo de seguros con especial consideración de cuatro aspectos: a) el trato directo del asegurador con la víctima; b) las prohibiciones impuestas al asegurado; c) la dirección del litigio, y d) la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Toda esta materia estudiada parece dedicada por el autor como una inmediata y lógica consecuencia del llamado riesgo jurídico. Hace ver cómo la socialización de este tipo de seguros que protegen al asegurado contra la acción reclamatoria de un tercero, aparecen una serie de sociedades que pretenden asegurar, en terminos generales, el llamado riesgo jurídico, o sea, el que implica los gastos legales derivados de cualquier proceso frente al cual pudiera encontrarse el asegurado, bien como demandante o como demandado, con independencia en absoluto y sin atención específica a su profesión o actividad y sin delimitación, por tanto, de las características del riesgo asegurado. Tal seguro, aparecido en fecha reciente en casi todos los países europeos, se pretende enmarcar entre los seguros contra la producción de una deuda, llevando una vida muy azarosa por aparecer envuelto con frecuencia en distintas formas de asesoría o asistencia legal o técnico legal. El autor denuncia esta clase de contratos, porque se quiebra en ellos completamente la idea de riesgo desde el momento en que la participación del asegurado en determinado procedimiento es un hecho voluntario por su parte, ya sea demandante o demandado. Por eso, dice el autor, que no cree necesario insistir en la nulidad radical que implica todo tipo de actos de esta clase, contratos o cláusulas contractuales que tratan de cubrir lo que en realidad es un pacto de *quota litis*.

Esta tesis conduce Benítez de Lugo a examinar el llamado seguro de litigios, advertir su inasegurabilidad, y concluir que supone un atentado a la Abogacía y su alta función de realizar y aplicar la justicia. De aquí que abogue por su desterramiento tanto de la legislación nacional como de las extranjeras.

Una amplia nota bibliográfica se añade al final de esta obra, importante por señalar una de las más típicas deformaciones de la práctica de los seguros de nuestro tiempo.

JOSÉ BONET CORREA

**GIMENO FALERO:** «Criteriología del Derecho». Madrid, 1961. Un volumen de 154 págs.

Según confesión del propio autor, con esta obra se pretende buscar la verdad y claridad ideológicas al partir de su incertidumbre intelectual. Desde su punto de vista personal, la necesidad de superar tal incertidumbre tuvo

un motivo muy particular y subjetivo: el estudio del art. 1.444 del Código civil español. En primer lugar, para lograr una interpretación del mismo se vió en la necesidad de estructurar una teoría especial de la ciencia pura del Derecho, con el fin de saber la forma de demostrarlo (metodología del Derecho) y justificarlo (filosofía del Derecho): después comprobó la artificialidad que suponía aquella estructuración especial, si no se partía de una teoría general, por lo que tuvo que distinguir entre ciencia realista y surrealista, situando al Derecho dentro de esta última.

Se trata, pues, de una iniciación criteriológica, sometida a revisión, según propia manifestación del autor. Las ideas fundamentales sobre las que gira esta criteriología son dos: la racionalidad pedagógica que debe implicar la organización del sistema de formación del profesional; y, la racionalidad económica que debe implicar la organización del sistema de distribución del capital.

La obra se elabora mediante un conjunto de esquemas. Primeramente se refiere a la teoría general en la que se forman dos partes, una, dedicada a la superestructura; otra, dedicada a su arquitectura. La segunda parte de la obra contiene la teoría especial, elaborándose unos esquemas en torno a la superestructura del Derecho y a su arquitectura. Por último, se hace una estructura de la aplicación del Derecho civil, en cuanto a su delimitación y determinación, para concluir con la articulación del Código civil. Como apéndice se hace otro esquema criteriológico sobre el párrafo 1.º del art. 1.444. El tono de la obra es más filosófico que jurídico, más de fundamentación y enraizamiento que de análisis y desarrollo del Derecho positivo.

J. B. C.

**GONZALEZ PASTORIZA: «Las interferencias administrativas en la L. A. U.»**  
(La autorización para demoler a fin de reconstruir). Edición separada de la Rev. Jurídica Administrativa de Galicia. Vigo, 1961.

La Ley de Arrendamientos urbanos vigente no deja de provocar agudas críticas. Los intereses encontrados entre arrendadores y arrendatarios, los imperativos de orden económico y social, así como otra serie de factores de importancia derivados de su técnica legislativa han venido a hacer blanco sobre uno de los ámbitos normativos más esenciales de la convivencia humana. No puede extrañarnos que sea actualmente una de las instituciones jurídicas más traída y llevada por los autores y tribunales y, también, más evolucionada.

Desde el punto de vista doctrinal se han sacado a relucir tanto las ventajas como los inconvenientes de la nueva normación legal de que ha sido objeto, y sobre estos últimos, con nuestro españolísimo temperamento y quijotesco carácter de remendar entuertos, hemos sacado a relucir hasta el último extremo sus «trapos sucios». Pero el problema que planteaba no era para menos. Ahora, desde una perspectiva muy concreta y a propósito de es-

tudiar y dar una solución a uno de sus requisitos legales, la autorización para demoler, el ilustre letrado González Pastoriza vuelve a ofrecernos un examen crítico de la figura arrendaticia urbana. Un examen con mucha enjundia, con una visión certera y con una no menor dosis de dolorido humorismo.

Las consideraciones paradójicas que la legislación de inquilinato presenta son objeto de sus primeras puntualizaciones; así, nos hace ver su provisionalidad originaria, en cuanto legislación nacida con carácter emergente, frente a la consolidación que adquirió hasta llegar al tono imperativo e imposición de ciertas relaciones jurídicas; su localización primitiva (tan sólo en vigor para poblaciones de más de 20.000 habitantes) se extiende hoy a todo el ámbito nacional (rústico y urbano); su formulación en lenguaje sencillo, con intencionalidad de que alcanzase su comprensión al gran público hasta la actual redacción técnica, conceptualista y especial; de su origen contractual a su carácter marcadamente real; de una jurisprudencia con criterio uniforme a una ingente masa de sentencias contradictorias y de sentido diferente; de la autonomía civil legislativa que implicaba a su dependencia aprisionada por la administración y el fisco. En fin todo un sentido realista y jurídico bien perfilado por el autor se muestran en sus líneas.

La segunda parte del estudio está dedicado al entronque sociológico-político de esta figura jurídica del inquilinato. González Pastoriza se muestra partidario de una solución jurídica liberalizada y hace ver cómo desde el punto de vista económico (mercado de capitales, créditos a la construcción, ahorro privado, etc.) es mucho más conveniente que una intervención proteccionista. Por último, en su tercera parte, aborda el trámite de audiencia necesario en los expedientes de autorización para derribar (arts. 62, núm. 2 y 78 de la L. A. U.) donde afirma la obligatoriedad de este trámite gubernativo en base a la serie de razones bien fundadas que expone.

El estudio muestra las dotes del gran jurista que sabe perfilar y matizar las instituciones con un sentido de la justicia equitativa y distributiva; se ha referido no sólo a la solución del conflicto de intereses planteado por las partes, sino que se ha elevado a las causas y principios generales que las regulan. En ambos se advierte el deseo y logro de un mayor perfeccionamiento en aras de un servicio a la causa de la justicia y del Derecho.

J. BONET CORREA

**JURISPRUDENCE DE DROIT UNIFORME: «Institut International pour l'unification du droit privé». Roma. Editions «Unidroit», 28 Vía Panisperna. Volúmenes publicados, 1-2 (1959); 1-4 (1960); 1-2 (1961).**

Con la presente colección de jurisprudencia de los textos de Derecho internacional uniforme se inicia una nueva serie de publicaciones del «Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado», con sede en Roma. En sus propósitos, se hace ver cómo una de las actividades colatera-

les para la unificación del Derecho es la del estudio de las medidas más apropiadas para asegurar la uniformidad de interpretación de los textos que internacionalmente han llegado a unificarse.

Ahora se comienza por dedicar la atención a cuatro textos de los más fundamentales Convenios: el de Bruselas de 1924, sobre el conocimiento de carga marítimo; el Convenio de Varsovia de 1929, sobre el transporte y la responsabilidad aérea internacional; el Convenio de Ginebra de 1930, respecto a la Ley Uniforme sobre letras y cambio y los títulos a la orden, y el Convenio de Ginebra de 1931, para la Ley Uniforme sobre el cheque.

Del contenido de estas publicaciones, sobre la jurisprudencia que se produce respecto a la interpretación a sus textos, se desprende, sin más, la importancia que tienen para el jurista actual que debe estar atento no sólo a las decisiones del ámbito nacional, sino a las de los demás países que, en tiempos como los actuales, cuando las comunicaciones e intercambios entre los hombres de distintas áreas son más intensos, y los conflictos de intereses son más frecuentes, surgen en la esfera de aplicación internacional. Ha sido, pues, un acierto de este centro científico el llegar a reunir en una colección periódica el bagaje de sentencias que quedan así a disposición de un público más amplio que podrá tener noticia desarrollada y puntual sobre las decisiones y posturas judiciales en torno a textos de aplicación común. Con esta colección de sentencias se tiene a disposición un más amplio material para el estudio y desenvolvimiento de las instituciones que han logrado unificarse y se presentan las perspectivas diversas que alcanzan en su aplicación práctica.

Esta colección de jurisprudencia del Derecho uniforme, publicada a doble página en texto francés e inglés, contribuye a una mayor difusión y conocimiento haciéndola más accesible a los países latinos y anglosajones. Tiene una periodicidad semestral, de donde resulta la posibilidad de un rápido manejo y conocimiento si la comparamos con las hasta ahora publicaciones anuales.

Es más, se espera todavía añadir a esta colección de sentencias de Derecho uniforme notas y comentarios que puedan señalar las divergencias de opinión puestas en evidencia por las decisiones y sentencias promulgadas, así como una labor de resúmenes de obras o noticias sobre las mismas que se refieren a estos Convenios. Esta labor supondrá un mejoramiento y revestirá una ventaja aún mayor para la revista, que la hará un instrumento utilísimo de trabajo, al mismo tiempo que un medio de entendimiento y perfeccionamiento para el logro de uno de los más bellos fines de la justicia humana, cual es el logro de unidad de criterio en su realización.

J. BONET CORREA

«La réforme des études de droit. Le Droit Naturel». *Archives de Philosophie du Droit*, número 6, París 1961; 270 págs.

Bajo el epígrafe de la «Reforma de los estudios de Derecho» aparecen en el presente número de los *Archives de Philosophie du Droit* dos trabajos. El primero, debido a Ellul, trata de la significación filosófica de las ac-

tuales reformas de la enseñanza del Derecho en Francia, y representa una seria advertencia ante el riesgo de una disolución de la idea de Derecho; vivimos —dice— en una sociedad dominada por la creencia de la ciencia y ello da lugar a una situación ambigua, pues algunos, por respeto reverencial al Derecho, se esfuerzan por demostrar que también el Derecho es una ciencia: implícitamente se adhiere a la doctrina que postula el primado del hecho sobre el derecho, pero esta asimilación del derecho a un puro hecho social arruina la autoridad de aquél, su capacidad para dar forma a la sociedad, su continuidad misma; el Derecho, sin embargo, es disciplina normativa y debe ser enseñada como tal y no como una ciencia fáctica. El profesor Daniel Villey insiste en parecidas ideas, observando que nos encaminamos hacia una decadencia del espíritu que conduce normalmente hacia una nueva barbarie.

Tres artículos contiene la sección dedicada en este número al Derecho natural. El primero constituye un excelente resumen del Derecho natural clásico, con base en Aristóteles y en Santo Tomás, debido a la pluma del profesor Michel Villey (1); este mismo autor se ocupa de los fundadores del Derecho natural moderno (Grocio, Pufendorf, Locke y Leibnitz), con apoyo en las recientes exposiciones de Ottenwalder, Welzel, Polin y Grúa. Glosclaude se ocupa, por último, de «Max Weber y el Derecho natural».

En la sección de «estudios» debe destacarse un trabajo sobre Gény, debido a Terré, y unas emotivas páginas del maestro Del Vecchio en las que el ilustre filósofo italiano expone las líneas fundamentales de su pensamiento, oponiéndose a la calificación de «neo-kantiana» que se ha hecho de su filosofía y afirmando que siempre se ha adherido firmemente a los principios de la ética cristiana. También se incluye un resumen de las ideas esenciales de la obra de Werner Goldschmidt «La ciencia de la justicia (Dikelogía)» Madrid 1958.

Se complementa el presente número con la habitual sección de crónicas, notas y «compte-rendus»; en esta última han iniciado su aparición las obras españolas (se trata de dos volúmenes de homenaje a Legaz y Lacambra, que sin embargo, no aparecen en el índice de la revista). Entre las crónicas debe señalarse la de Cattaneo sobre la filosofía analítica del lenguaje en sus aplicaciones al Derecho.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**MANS PUIGARNAU: «Hacia una Ciencia general y unitaria del Derecho».**  
Barcelona, 1960. Editorial Latina, S. L. Un volumen de 224 págs.

El autor de esta obra ha pretendido trazar un esquema en el que se redujera a unidad armónica la universalidad de los conceptos formales y principios fundamentales de los distintos sectores de la enciclopedia juri-

(1) Por error se dijo en este ANUARIO, 1961, p. 201 que el profesor MICHEL VILLEY era protestante. El interesado nos dice en carta particular que es católico, y gustosamente hacemos la rectificación.

dica y se establecieran con sentido crítico bases firmes y seguras para una construcción rigurosamente científica. Frente a Kelsen, principalmente, hace el intento de estructurar una doctrina general y autónoma del Derecho; pero así como el fundador de la escuela vienesa entendió que debía sacrificar a su empeño todo el contenido del Derecho, y redujo el objeto de su teoría pura a la mera forma sin sustancia, el designio del autor de esta obra es demostrar que, por el contrario, no sólo era posible dicha construcción científica sin prescindir de la norma jurídica, sino incluso que únicamente podría elaborarse una auténtica ciencia del Derecho partiendo de la realidad, es decir, sobre la consideración del fondo humano latente bajo las normas jurídicas y del fin universal del Derecho, que es el imperio de la Justicia.

La obra se divide en una parte fundamental y en una parte sistemática. En la primera se expone el camino a seguir sobre la cuestión Ciencia o Filosofía del Derecho; propugna la unión moral y derecho al manifestar la íntima conexión que ambas guardan con una crítica muy aguda al pensamiento de Kelsen. La materia central sobre el Derecho y la Justicia es obra de las cuestiones tratadas, así como las que se refieren al monismo y realismo en el Derecho; Derecho natural y Derecho positivo; Derecho objetivo y subjetivo; Derecho público y privado; así como otras manifestaciones de la dualidad jurídica para concluir esta parte con una exposición del Derecho en la historia de sus tres etapas más fundamentales: el Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho canónico.

La parte sistemática se refiere a los elementos constitutivos del Derecho: a la creación y conservación del Derecho, su defensa, realización, actuación y aplicación. Un último epígrafe, sobre las conclusiones a que llega el autor, pone punto final a esta obra llena de meditaciones y de una gran ecuanimidad de juicio.

J. B. C.

**«Manual de representantes familiares en la Administración local». Colección Familia Española, número 1, Madrid 1961; 133 págs.**

Se nos dice en la presentación de la obra que constituye ésta una síntesis, con la mínima glosa necesaria, de la legislación local de nuestro país. El contenido de la misma se desarrolla con base en el texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y legislación complementaria. La materia se agrupa con arreglo a los puntos siguientes: Población y demarcación territorial, organización, funcionamiento, personal, bienes, servicios, contratación, procedimiento, régimen jurídico y hacienda municipal. Cada uno de los puntos está expuesto con la máxima sencillez sin mengua de la integridad. Por ello puede asegurarse que la obra va a ser de la mayor utilidad, no sólo para los representantes familiares en las corporaciones locales, sino para todos los concejales, especialmente en los municipios pequeños. Pensando en aquélla, acaso fuera conveniente incluir en futuras ediciones otras

disposiciones que tienen relación íntima con la función de la familia en la vida local; por ejemplo, las relativas a las Juntas Municipales de Enseñanza.

La obra está excelentemente presentada.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**MONTERO Y GUTIERREZ, Eloy:** «Crisis de la familia en la sociedad moderna.» Cuaderno de investigación número 9, ediciones de la Secretaría Permanente de los Congresos de la Familia Española, Madrid 1961; 121 páginas.

El profesor Montero y Gutiérrez, que ha consagrado toda su vida a la enseñanza y a la aplicación práctica del Derecho canónico, prosigue, aún después de su cese en la docencia oficial por imperativos de la edad, su meritoria labor divulgadora e investigadora de los temas relacionados con la familia y el matrimonio.

En el presente cuaderno de Investigación de la Comisión de la Familia Española, el doctor Montero, con estilo fácil, hábil manejo de estadísticas, y un inteligente uso de los datos suministrados por la Sociología Religiosa, expone la doctrina tradicional de la Iglesia sobre dos puntos fundamentales: el divorcio y el control de nacimientos.

Parece conveniente que una recta concepción acerca de la naturaleza indisoluble del vínculo conyugal, así como del adecuado uso del *ius in corpus*, deben ser el patrimonio, no tan sólo de los juristas y de los especialistas en la materia, sino que deben ser también objeto de difusión entre el gran público. En este sentido, el estudio del profesor Montero cumple plenamente su cometido, y ha sido un acierto de la Comisión Permanente de la Familia Española el editarlo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**OPPENHEIM, L.:** «Tratado de Derecho internacional público.» Octava edición inglesa a cargo de sir Hersch LAUTERPACHT, traducción al español por J. LOPEZ OLIVAN y J. M. CASTRO-RIAL. Bosch, casa editorial, Barcelona, 1961. Tomo I. Paz. Volumen I, XXXI + 492 páginas; volumen II, XXVII + 689 páginas.

Una de las tendencias que mejores esperanzas ofrece para la renovación de los estudios jurídicos se caracteriza por superar las artificiales barreras que de antiguo vienen separando las diferentes disciplinas del Derecho. Se ha advertido que no es posible conocer la realidad jurídica de una persona, familia o grupo social sin atender, junto a las normas de Derecho privado, a las disposiciones de Derecho administrativo, fiscal y penal que les afectan, e incluso, a veces, de Derecho constitucional. El estrechamiento del mundo, con el acortamiento de distancias originado por los modernos medios de transpor-

te y por la interdependencia económica de los pueblos, hace que en los bufetes de los abogados, en las notarías y ante los tribunales, se planteen cada día en más número las cuestiones sobre Derecho internacional privado y de Derecho internacional público. No estamos, claro es, ni de lejos, en situación parecida a la de la época del «*ius commune*»; es imposible hoy prescindir de la especialización, pero ésta misma exige tener muy en cuenta las demás ramas del Derecho.

La publicación del libro de Oppenheim viene a poner en manos de los juristas no familiarizados con la lengua inglesa un valiosísimo medio para conocer mejor el Derecho internacional. Es una obra de tan continuado y necesario manejo, que ha podido calificarse como «el Castán» de Derecho internacional público. La traducción, muy cuidada, tiene como marchamo de garantía el de la autoridad de quienes la han hecho: López Oliván, embajador, miembro del Instituto de Derecho Internacional y, hasta hace poco, secretario del Tribunal Internacional de Justicia; Castro-Rial, catedrático de Derecho internacional público y privado y diplomático.

Muchos han de ser los capítulos que de este libro interesarán a los cultivadores del Derecho privado: como ejemplo, pueden destacarse los dedicados a la responsabilidad del Estado, por los actos de sus órganos, funcionarios y súbditos, impago de deudas contractuales, daños y perjuicios, la nacionalidad de los individuos y de las reclamaciones internacionales, protección internacional de individuos y sociedades, exenciones de la jurisdicción civil y criminal de los agentes diplomáticos y funcionarios internacionales, funciones y privilegios de los cónsules.

La obra está completada con unos Apéndices sobre los Organismos especializados de cooperación y administración internacionales (sanidad y educación; agricultura, comercio y finanzas; transportes y comunicaciones), ley española de nacionalidad y tratados de doble nacionalidad de España con Chile, Perú y Paraguay. Tiene también un «Índice de materias» muy completo.

En fin, debe decirse además, por ser de justicia, que esta obra ha sido impresa de modo cuidado, con papel y tipo de imprenta que hacen grata la lectura.

R.

**RONCAGLI: «Shalom e pax» (Pace ebraica e pax romana). Instituto Editorial Cisalpino. Varese-Milano, 1961. Un volumen de 57 págs.**

El tema de la paz, y de la paz jurídica, es el tema abordado por el autor en esta obra que hoy reseñamos y que comienza por decirnos que la paz se funda sobre el saber común que precede y explica las voliciones individuales. La formación de un fondo de sabiduría común conduce a la transmisión del saber individual; ahora bien, tan sólo el saber conceptual puede ser transmitido a los demás, concluye el autor, y nunca el derivado de la experiencia.

Roncagli hace ver cómo esta sabiduría común conduce a la paz en la fa-

milia e igualmente en el Estado. La paz que el proceso civil tiende a garantizar es también la misma que la civilización ha podido realizar. Ahora bien, cree que el saber más importante para la realización de la paz tiene carácter metafísico.

La paz hebraica y la paz romana, concluye el autor, tienen origen en un saber aunque de contenido y estructura absolutamente diverso; mientras que el saber hebraico toma su propio contenido en la realidad metafísica y de la revelación del Sinaí, el saber humano, por el contrario, procede de una inteligencia puramente humana. El origen divino de los preceptos le da un sello especial al saber hebraico que redunde en lo jurídico por la identificación de ambos: saber moral y saber jurídico son una misma cosa para el hebraísmo. En la civilización romana, el derecho sanciona únicamente una parte de los preceptos ordenados por la moral. Por lo que para el autor resulta: que el ordenamiento hebraico es expresión universal de la vida pacífica asociada y esencialmente fundado en un solo órgano, el «Sinedrio». La paz hebrea y la paz romana son muy diferentes: la primera es universal y *a priori* (Shalom); la segunda, necesariamente particular y perpetuamente *a posteriori* (Pax).

Sin embargo, concluye Roncagli, habraísmo y romanismo tienen de común la idea de que la paz puede y debe, en todo caso, ser realizada prácticamente: entre los hombres y mediante la acción del hombre. A su juicio, dos causas han impedido, no obstante, la conciliación de ambas civilizaciones: una es de orden teórico, la pérdida de la tradición primordial, común a todos los hombres. La otra es de tipo práctico por el encuentro de dos civilizaciones y el advenimiento del cristianismo.

Se concluye con el examen de la jurisprudencia y de la legislación como órganos que pueden contribuir al resurgimiento de la paz mediante la atenuación gradual que existe actualmente entre el Derecho y la Moral.

J. B. C.

**SANTORO-PASSARELLI, «Saggi di Diritto civile». Napoli, 1961. Casa editorial de Eugenio Jovene. Dos volúmenes de VI + 1181 págs.**

Estos dos volúmenes recogen gran parte de los estudios y escritos de tono menor (artículos breves y notas) que Santoro-Passarelli publicó desde el año 1926 hasta la actualidad. La notable personalidad del profesor de Roma viene puesta de relieve en una introducción laudatoria que al comienzo de la obra hace Pietro Rescigno. Las finas dotes de jurista, unidas a su sólido sentido del quehacer cristiano de la persona en la vida social, han dado los frutos de su enseñanza y de sus escritos combatiendo y haciendo resucitar la verdad y la justicia de las relaciones humanas.

En estos dos volúmenes se reúne una parte importante de su obra que, debido a su tono menor, no es menos considerable según puede advertirse por su número y calidad. Para presentarlas hoy reunidas y agruparlas frente a la dispersión en que se encontraban, producto de las diversas revistas en

que aparecieron y del momento en que fueron publicadas, se lleva a cabo una nueva edición con objeto de que puedan manejarse conjuntamente y de que se advierta la intencionalidad y nervio unitario que las une.

El primer volumen se elabora después de una introducción y de tres semblanzas de tres juristas muy calificados (Polacco, Maroi y Vassalli), de un modo sistemático, al agrupar bajo títulos institucionales temas como el siguiente: «La norma jurídica y la autonomía de los particulares», en la que se recogen los estudios y notas jurisprudenciales sobre puntos concretos, tales como la formulación legislativa y los principios generales del Derecho: libertad y Estado; evolución del sindicato; contrato y relación colectiva; autonomía privada en el Derecho de la economía: negocio y juicio, etc. Igualmente, bajo el título «familia», se reúnen una serie de publicaciones que hacen referencia a la misma: así, la autonomía privada en el Derecho de familia: matrimonio y familia; el *status familiae*; la filiación natural en el proyecto del Código civil, la legitimación después de la muerte del progenitor, los poderes patrimoniales de los cónyuges y el reparto de las cargas matrimoniales; el poder doméstico de la mujer, etc.

El volumen segundo agrupa cuatro títulos que contienen, a su vez, una serie de estudios dedicados a las materias de «sucesiones», «propiedad», «empresa» y «trabajo», concluyéndose una lista cronológica de los trabajos publicados por el autor en revistas y colecciones jurisprudenciales. Por esta intensa labor monográfica bien puede advertirse la laboriosidad y vocación jurídica de tan ilustre jurisconsulto que contribuye de una manera eficaz a proclamar el imperio de la justicia.

J. B. C.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE  
y José María DESANTES GUANTER.

## I. DERECHO CIVIL

### I. Parte general.

AMBROSETTI, Giovanni: *Introduzione a una filosofia del costume*, IM, año XI, fascículo 2, junio 1960, págs. 197-210.

Valor sintomático de la costumbre en la Filosofía del Derecho contemporáneo. La costumbre y la construcción de una metafísica de la persona en el cuadro de la tomística. Delimitación de la temática (la costumbre es uno de los temas que en la filosofía jurídica se presentan en una posición de escasa accesibilidad por aparecer demasiado antiguos o insólitamente nuevos). Creciente importancia de la costumbre en las concepciones jurídicas modernas.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel: *Fontes de Direito. Vigencia, interpretação e aplicação da Lei*, BMI, núm. 102, enero 1961, págs. 141-152.

Con destino a la reforma del Código civil portugués el autor ofrece el articulado de la materia referente a las fuentes del Derecho, a la vigencia, interpretación y aplicación de la ley. Como fuentes se estiman las leyes y las normas corporativas. Referencia al uso y a la equidad. Exposición de motivos de la materia articulada.

GIULIANI, A.: *Rechtsphilosophie o comparative Law?*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Primera Parte, págs. 399-402.

Comentario conjunto a la publicación en lengua inglesa de dos obras de autores continentales (Kantorowicz y Friedrich) en las que se aprecia un acusado interés por el estudio histórico y comparativo del Derecho y de sus fundamentos filosóficos.

GRESIANO, Riccardo: *Il Diritto romano nella nuova romanistica*, IM, año XI, fascículo 3, septiembre 1960, págs. 299-335.

Aspectos varios del planteamiento actual del estudio del Derecho romano: significado múltiple de la expresión «Derecho romano», objeto del es-

tudio, fuentes, valoración de las mismas e interpolación, pandectización del Derecho clásico, tránsito al Derecho justinianeo, ampliación de la visión histórica.

RICCOBONO, Salvatore: *Il Diritto naturale nell'insegnamento di Pio XII*. IM, año XI, fascículo 4, diciembre 1960, págs. 463-477.

La llamada y alusión a los principios supremos del Derecho natural fué constante en la doctrina de Pio XII. Aspectos de la misma en el ámbito del Derecho de familia y en las relaciones de Derecho privado, en el ámbito del Derecho público y en el de los deberes y derechos del Estado, en el campo del Derecho internacional y laboral, en el campo del Derecho penal y en el ámbito de la cultura en general.

VOIRIN, Pierre: *François Géný*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960. Primera Parte, págs. 234-236.

Semblanza y significado de François Géný, fallecido en diciembre de 1959. Aspectos esenciales de sus escritos en el campo de la metodología jurídica, en el que fué un verdadero renovador.

## 2. Derecho de la persona.

BISCOTTINI, Giuseppe: *La nazionalità delle cose*, IM, año XI, fascículo 4, diciembre 1960, págs. 499-513.

Determinada la significación de la nacionalidad con respecto a los sujetos, entiéndese que con relación a las cosas, al hablar de nacionalidad, sólo se trata de una simple asimilación. La «nacionalidad» de las cosas no implica que el Estado extienda su poder sobre ellas cuando están fuera de sus fronteras, ni supone tampoco que se configure un derecho de protección de las cosas nacionales en el extranjero. Campo de acción de la «nacionalidad».

CONSTANTINESCO, Jean: *Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht*, ACP, Tomo 159, núm. 3-4, diciembre 1960, págs. 320-44.

Derechos de la personalidad y su protección en el Derecho francés. Concepto de los mismos a falta de una definición legal. Grupos esenciales de derechos de la personalidad y «libertades» protegidas por el Derecho. Forma de protección. Referencia al Anteproyecto de Reforma del *Code*.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A.: *Esboço de um Anteprojecto de Código das pessoas e da família*, BMI, núm. 102, enero 1961, págs. 153-166.

Mero y simple articulado, con destino a la reforma del Código civil portugués, de la cuestión relativa concretamente al comienzo y terminación de la personalidad, a los derechos de la personalidad y al domicilio.

GÖPFLINGER, Horst: *Nochmals: Die Voraussetzung der Volljährigkeitserklärung gemäss § 5 BGB*, EF, núm. 12, diciembre 1960, págs. 479-481.

La declaración de mayoría de edad requiere, para concederse, ser solicitada en interés del menor. No parece darse ésta cuando el menor pretende con dicha declaración contraer matrimonio con una menor embarazada por él. La finalidad de la declaración de mayoría no es remediar posibles males causados por el menor. Comentario a dos recientes sentencias de Tribunales alemanes en relación con el § 5 del BGB.

KARL, Fritz: *Zur Sitzverlegung deutscher juristischer Personen des privaten Rechts nach dem 8 Mai 1945*, ACP, Tomo 159, núm. 3-4, diciembre 1960, págs. 293-319.

Examen de conjunto de la problemática surgida en torno a las personas jurídicas alemanas de Derecho privado, como consecuencia de la desaparición del III Reich en 1945. Referencia especial a la cuestión del territorio, derivada de las anexionaciones alemanas que quedaron sin efecto después de la derrota. Domicilio de las radicadas en los territorios anexionados.

ORESTANO, Riccardo: *Diritti soggettivi e diritti senza sogetto*, IM, año XI, fascículo 2, junio 1960, págs. 149-196.

La problemática en torno al derecho subjetivo queda circunscrita a la historia de éste o, quizá mejor, a la historia de sus diversas concepciones. Dos movimientos fundamentales se presentan al respecto: o la consideración de la norma como una objetivación del derecho subjetivo, o la consideración del derecho subjetivo como una subjetivación de la norma. El admitir o no los derechos sin sujeto como concepto jurídico dependerá del significado que se atribuya al derecho subjetivo. La concepción subjetivista no puede admitir la categoría indicada, mientras que su admisión no presenta dificultades para la concepción objetivista.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Perfeição da declaração de vontade. Eficácia da emissão da declaração. Requisitos especiais da conclusão do contrato*, BMI, núm. 103, febrero 1961, págs. 5-151.

Amplio estudio doctrinal sobre la declaración de voluntad y su eficacia. Distinción de supuestos diversos. Especial referencia a la propuesta

de contrato y a su posible fuerza vinculante para el proponente. Propuesta y aceptación de la misma. Sigue como apéndice un articulado de la materia.

RUI DE ALARCAO: *Erro, dolo e coacção. Representação. Objecto negocial. Negócios usurarios. Condição*, BMI, núm. 102, enero 1961, págs. 167-180.

Como Anteproyecto de reforma para el futuro Código civil portugués se articula, sin exégesis ni comentario alguno y en relación con los negocios jurídicos, la materia relativa al error (en la declaración y el error en la voluntad), al dolo y a la coacción, a la representación, al objeto del negocio y a la condición.

WILMS, G.: *Ist § 41a Gewerbeordnung n. F. verfassungswidrig? (Zum Schutzmittelverkauf aus Aussenautomaten)*, EF, año 7, núm. 10 octubre 1960, págs. 384-385.

La prohibición legal, reciente en Alemania occidental, de venta de preservativos por máquinas automáticas es una consecuencia del precepto constitucional que obliga a los poderes públicos a la protección de la dignidad humana. Supone la venta indicada una degradación intolerable de las actividades sexuales de los seres humanos.

### 3. Derecho de cosas.

DA CAMARA PINTO COELHO, LUIS: *Da comunhao de propriedade e da comunhao de outros direitos reais*, BMI, núm. 102, enero 1961, págs. 181-206.

También formando parte de la serie de Anteproyectos para la reforma del Código civil portugués se articula en el presente la comunidad del derecho de propiedad o de otros derechos reales. No se ofrece exégesis de los textos, divididos en dos capítulos: disposiciones generales y disposiciones aplicables a los supuestos de insuficiencia de título o de falta de convención.

DA CAMARA PINTO COELHO, LUIS: *Da comunhao de propriedade e da comunhao de outros direitos reais*, BMI, núm. 103, febrero 1961, págs. 155-282.

Exégesis del artículo publicado en el número 102 de la misma revista reseñada en esta Sección (véase).

FABIANI, MARIÒ: *Osservazioni in tema di collaborazione nella creazione di opere del ingegno*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960. Segunda Parte, págs. 209-219.

Tomando como punto de partida una sentencia de la Corte de Casación italiana (7 de noviembre de 1959) se delimitan las figuras del autor, coautor y colaboradores en una obra colectiva. Trátase de determinar cuándo el editor tiene el derecho de utilización económica de la obra

por haber participado activamente en la realización de la idea creadora de dicha obra, sin necesidad de un contrato de edición. Colaboración propia o impropia.

GIANNINI, Amedeo: *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*. RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Primera Parte, páginas 340-369.

Para ser protegidas por la Ley italiana sobre derechos de autor, las obras han de tener un carácter creativo, han de suponer una creación. Significado de esta circunstancia y doctrinas en torno a la misma. Supuestos controvertidos. Obras no protegidas y de libre utilización. No se estima necesario ampliar el campo de esta utilización, dado el criterio adoptado por la Legislación italiana.

GRECO, Paolo: *Confisca di azienda sociale all'estero e legge del marchio in Italia*, RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, Segunda Parte, págs. 258-277.

La nacionalización, mediante confiscación, de una «azienda» perteneciente a una empresa checoslovaca (la famosa fábrica de lapiceros Hardtmuth) no tiene eficacia en Italia por chocar con el orden público internacional italiano. Los antiguos socios pueden por ello conservar la marca aun desprovistos de la «azienda» y dar vida a una nueva sociedad. Estas y otras cuestiones, relacionadas con la eficacia e ineficacia extraterritorial de la confiscación, son tratadas por la sentencia que el autor comenta (casación, 19-II-60).

KÜBLER, Friedrich Karl: *Eigentum verpflichtet. Eine zivilrechtliche Generalklausel?* ACP, Tomo 159, núm. 3-4, diciembre 1960, págs. 236-293.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece el principio de que «la propiedad obliga» (art. 14, II). Estudio de dicho postulado desde cuatro puntos de vista: ámbito de eficacia del mismo, validez inmediata, consideración como norma de Derecho privado y realización jurídico-privada en los casos concretos. El carácter de cláusula general del principio, dado el carácter constitucional, hace necesario su complemento; debe ser tomada en cuenta por los Tribunales como una orientación a fin de «buscar» el precepto aplicable en el caso concreto.

MAGRI, Benito: *Brevetto di procedimento e tutela del prodotto*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960, Segunda Parte, págs. 188-208.

Comentando una sentencia de la casación italiana (de 2 de octubre de 1959) se alude por el autor al problema de determinar si, y en qué

medida, la patente de un procedimiento o método de fabricación de un producto puede hacerse extensiva al posible «producto nuevo» resultante de dicho método. La legislación es oscura al respecto.

PASTERIS, Carlo: *L'impiego di marchio altrui come ditta*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960, Segunda Parte, págs. 220-227.

Supuesto de prohibición o no de utilización de marca, razón social y rótulo, determinando cuándo existe usurpación de las mismas. Prohibición de usar la marca ajena como razón social o rótulo. Sentencia de 27 de mayo de 1959 (Corte de Apelación de Florencia).

ROTONDI, Mario: *Diritto morale dell'autore e rimaneggiamento del film*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960, Segunda Parte, págs. 228-240.

Bajo el título «Il Pellegrino» se ha presentado como de Charles Chaplin, sin saberlo éste ni presentar su asentimiento, la refundición en una sola, con alteraciones, de cuatro viejas películas del mismo. Entre otras cosas se han sonorizado y se las ha añadido un comentario. Ilícitud de estos actos por atentar contra el derecho moral de autor. Sentencia del Tribunal de Roma de 28 de marzo de 1960. Dictamen en torno al caso.

VANZETTI, Adriano: *Equilibrio d'interessi e diritto al marchio*, RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, Primera Parte, págs. 254-287.

En la compleja situación que constituye la utilidad social de los «signos distintivos» se entrecruzan en un entramado difícil, ya que cada uno de los elementos que concurren tiene en los otros el presupuesto de su propia subsistencia, el interés del empresario a la identificación, el interés del consumidor a una efectiva libertad de elección y el interés social a un desenvolvimiento de la competencia basado en la cualidad.

#### 4. Obligaciones y contratos.

AURICCHIO, Alberto: *La c. d. rappresentanza di persona giuridica futura*, DG. año 75, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, págs. 541-566.

La sociedad por acciones adquiere personalidad jurídica al ser inscrita. Antes de la inscripción los que han actuado para la sociedad son ilimitada y solidariamente responsables hacia terceros. Nulidad de emisión y venta de acciones antes de la inscripción (art. 2331 C. c. italiano). Posibilidad de extender la disciplina específica del precepto al fenómeno general de la representación de las personas jurídicas futuras. Aspectos:

de la posición de la jurisprudencia en torno a la cuestión. Los que actúan «en nombre» de la persona jurídica futura están sometidos a una responsabilidad derivada de una obligación de garantía *ex lege*. Fundamentación de esta postura sobre la base de los contratos traslativos. Dificultades que entrañan otras concepciones.

BARCELONA, Pietro: *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Primera Parte, págs. 57-79.

La doctrina dominante y la jurisprudencia están claramente orientadas en el sentido de que tanto la participación en el error de la otra parte como el conocimiento del mismo hacen superflua, a más de contradictoria, la indagación sobre la reconocibilidad. Frente a esta tesis se eleva la que entiende que, dado el artículo 1.431, la reconocibilidad del error es un requisito del mismo a constatar en todo caso. Reconsideración del problema por el autor con un enfoque de confines más amplios. El problema del error bilateral implica y presupone la respuesta a otros no menos graves problemas que no han sido claramente tomados en cuenta por la doctrina.

CASTELLINI, Giuseppe Maria: *Consegna di aliud pro alio, mancanza di qualità e vizi della cosa venduta*, RDC, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Segundo Parte, págs. 363-370.

Delimitación de los vicios redhibitorios y falta de cualidades (prometidas o esencias) en la cosa por una parte, y entrega de *aliud pro alio* por otra. Este último caso está sujeto a una simple acción de resolución del contrato sin que le sean aplicables los plazos de prescripción y caducidad del artículo 1.495 Código civil italiano. Interesante supuesto de hecho resuelto por la sentencia de 11-II-60, que comenta el autor.

COCATRE-ZILGIEN, André: *L'usager du service public industriel ou commercial en Droit Français*, RTC, año 13, núm. 2, abril-junio 1960, págs. 265-282.

No es fácil lograr la distinción clara entre los servicios públicos administrativos y los servicios públicos industriales o comerciales. Es, por ello, delicada la calificación jurídica de la situación del usuario de estos últimos servicios. El autor estudia primeramente los elementos de Derecho público que caracterizan dicha situación y después sus aspectos de Derecho privado. En el primer caso el prestador es un «servicio público»; en el segundo, el usuario un cliente.

FALQUI-MASIDA, Carlo: *Compensazione*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Segunda Parte, págs. 61-102.

Reseña de jurisprudencia sobre compensación debidamente sistematizada. Conceptos y disciplina general. Compensación legal. Compensación

judicial. Compensación convencional. Compensación en el proceso civil y en los procedimientos concursales.

FERRARI BRAVO, Luigi: *Il luogo di commissione dell'illecito nel Diritto internazionale privato*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Primera Parte, págs. 80-113.

En Derecho internacional privado es un principio generalmente admitido el de que la responsabilidad *ex delicto* está sometida a la ley del lugar de comisión del acto ilícito. Esta afirmación supone la determinación de cuál es dicho lugar cuando los componentes del acto ilícito han ocurrido en distintos Estados: la acción u omisión en uno y el evento dañoso en otro. Aspectos y examen del problema a través del método comparativo. Referencia final a los actos ilícitos cometidos en espacio «nullius». Significado del lugar de comisión como criterio de conexión en relación a la *lex fori* y en relación a las leyes extranjeras.

KNAPP, Victor: *La nuova Legge sui rapporti economici tra gli organismi socialisti*, RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, Primera Parte, páginas 241-253.

Breve comentario a la nueva Ley checoslovaca de 1958 (Ley núm. 69, 1958) sobre los «contratos económicos» en el sistema de la economía socialista. La contraposición acreedor-deudor desaparece en ella en virtud de la armonía de intereses de las partes, de acuerdo con los propios de la comunidad y de la economía nacional. Los «contratos económicos» son de dos especies fundamentales: contratos de entrega (semejantes al tipo compraventa) y contratos de prestación de trabajos y servicios (semejantes al contrato de obra). Aspectos y significado de una y otra especie.

LAVALLÉE, Armand: *Evolution du credit*, LRN, vol. 60, núm. 10, mayo 1958, págs. 459-466.

Sobre todo en el ámbito agrícola y en el de la construcción, la evolución del crédito tiende a provocar la desaparición de los prestamistas individuales, debido a las facilidades y ventajas con que se manifiesta la obtención de dinero a través de las instituciones oficiales.

LORENZ, Werner: *Konsensprobleme bei international-schuldrechtlichen Distanzverträgen*, ACP, Tomo 159, núm. 3-4, diciembre 1960, págs. 193-235.

La diversidad de normas nacionales en torno a la conclusión del contrato entre ausentes es un constante y creciente factor de inseguridad en este tipo de relaciones contractuales. Es cuestión, por otra parte, que

se ha desglosado de los demás aspectos que en el ámbito internacional, plantea la venta de muebles. Examina el autor primeramente el estado actual del problema, que ha de resolverse a base de las normas de colisión, y tomando en cuenta la jurisprudencia de los principales Estados. Valoración de esta jurisprudencia y propuesta de solución. Significación de la Conferencia de La Haya de 1951 sobre compraventa. En la segunda parte del estudio se examina el estado actual de las propuestas de unificación.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Direito das obrigações* (Parte extensa), núm. 98, julio 1960, págs. 129-316; núm. 99, octubre 1960, págs. 267-526; número 100, noviembre 1960, págs. 161-413; núm. 101, diciembre 1960, páginas 163-408.

Articulado de conjunto de los resultados de los trabajos del autor sobre el Derecho de obligaciones, con destino a la reforma del Código civil portugués. La materia articulada queda distribuída así: Título I: Fuentes de las obligaciones, campo de aplicación del Derecho de obligaciones, eficacia, contenido y fijación de plazo. Título II: Modificación convencional. Título III: No cumplimiento. Título IV: Transmisión de créditos y deudas. Figuras afines. Título V: Garantía de los derechos de crédito (se incluyen los derechos reales de garantía). Título VI: Cumplimiento de las obligaciones. Título VII: Algunas modalidades de las obligaciones. Título VIII: Fuentes de las obligaciones (contrato, negocio unilateral, títulos de crédito, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, responsabilidad civil). Total: 1.212 artículos.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Direito das obrigações* (Parte resumida), BMI, núm. 98, julio 1960, págs. 13-128; núm. 99, octubre 1960, págs. 27-265; núm. 100, noviembre 1960, págs. 17-159; núm. 101, diciembre 1960, páginas 15-161.

Se trata del mismo articulado indicado en la referencia anterior, si bien suprimidos los preceptos que el autor no estima imprescindibles. El articulado resumido consta de 784 artículos en total.

PETRELLI, Domenico: *Il tema di decadenza del diritto del creditore verso el fideiussore*, RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, Segunda Parte, págs. 314-320.

Subsistencia o no de la obligación del fiador respecto al acreedor una vez operada la decadencia de su derecho contra el deudor principal. Actuación judicial del acreedor contra el fiador dentro de seis meses. Caducidad y reconocimiento del derecho (art. 1.957 Cód. civ. italiano). Comentario crítico a una sentencia del Tribunal de Roma de 6-XI-59.

SCHLESINGER, Piero: *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, IM, año XI, fascículo 3, septiembre 1960, págs. 336-347.

La circunstancia básica de la responsabilidad extracontractual o aquiliana radica en la causación a otro de un *daño injusto* (art. 2.043 C. c. italiano). Significado de la injusticia del daño, contrastando, sobre todo, los daños injustos de los daños jurídicamente irrelevantes.

##### 5. Derecho de Familia.

ANDERS, J: *Freiheitsentziehung durch den Inhaber de elterlichen Gewalt*, EF, año 9, núm. 12, diciembre 1960, págs. 475-478.

Arrancando de la sentencia citada en Maurer (cfr. en esta sección) se estudian y analizan los aspectos de la posible privación de libertad a los hijos por los padres, internándolos en un establecimiento de educación y corrección. Significado de la privación de libertad y posible aplicación o no al supuesto en estudio. La relación paternofilial tiene en sí unas especialidades que no permiten la aplicación sin más de las consecuencias de que la libertad es un derecho fundamental del menor.

AZZARITI, Giuseppe: *Presunzione di paternità e alterazione di stato*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Segunda Parte, págs. 103-122.

Alterando su anterior criterio la Corte de Casación italiana ha afirmado que no constituye delito de alteración de estado civil la inscripción de un niño nacido de relación adulterina de mujer casada y varón soltero como hijo de este último y de madre desconocida. Aspectos civiles y penales de la cuestión, así como de la presunción de paternidad en general, son expuestos en el comentario (sentencia 30-V-59).

BOEHMER, Gustav: *Zur Frage der zivilrechtlichen Bedeutung des § 170c StGB*, EF, año 7, núm. 12, diciembre 1960, pág. 481.

Apostilla al trabajo de Lange (vid. en esta sección) sobre el significado civil del § 170 c del Código penal alemán. En sus «Fundamentos» el autor había hecho afirmaciones que no han sido tenidas en cuenta por Lange.

GUGGUMOS, Michael: *Über die Grenzen des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäss Art 104 GG*, EF, año 7, núm. 12, diciembre 1960, págs. 478-479.

Aunque sin pronunciarse con respecto al problema la sentencia de 10-II-60 (cfr. Maurer) alude incidentalmente a la cuestión de si, conforme al artículo 104 de la Ley Fundamental, la decisión paterna de inter-

nar al hijo en un establecimiento de educación requiere o no decisión judicial. Breves sugerencias en torno a la solución del problema, utilizando el criterio de la adecuación social de las medidas acordadas.

HAMPEL, Herbert: *Unterhaltsverzicht unter Ehegatten bei bestehender oder später eintretender Hilfsbedürftigkeit der Frau*, EF, año 7, núm. 11, noviembre 1960, págs. 421-428.

Siendo admisibles los convenios entre cónyuges en relación a los alimentos a prestarse para el tiempo posterior al divorcio (§ 72 de la Ley alemana de matrimonio) cabe la posibilidad de renunciar para el futuro a los indicados alimentos. Aspectos prácticos y problemas de esta renuncia. Viniendo la mujer a una situación de necesidad o existiendo ésta *ab initio*, sólo en casos extremos puede pretenderse la impugnación de los convenios de renuncia a los alimentos por dicha mujer.

HERSCHEL, Wilhelm: *Jugendarbeitsschutz und Familie*, EF, año 7, núm. 10, octubre 1960, págs. 381-384.

Aspectos concretos de la problemática que, en relación con el Derecho de familia, plantea la entrada en vigor de la Ley alemana sobre protección a la juventud trabajadora. Distínguense tres grupos de hipótesis: juventud que trabaja en una empresa ajena, juventud que trabaja en la empresa de los padres y juventud que presta sus servicios en el hogar doméstico.

LANGÉ, Uwe H.: *Das Verhältnis von Zivil- und Strafrecht im § 170 c StGB*, EF, año 7, núm. 10, octubre 1960, págs. 385-387.

El § 170 c del Código penal alemán sanciona a aquel que niegue la ayuda necesaria a una mujer embarazada por él, siendo precisa dicha ayuda a causa del embarazo o del alumbramiento y dando lugar su negativa a un peligro para la madre o hijo. Uno de los problemas más delicados que la norma plantea es el de determinar sus aspectos de Derecho civil. Entiende el autor, en contra de otras opiniones, que el precepto en cuestión no crea una norma material del Derecho civil, sino que simplemente pretende proteger, en la vía penal, un deber de asistencia a la mujer.

LUTHER, Gerhard: *Zur künstlichen Insemination*, EF, año 7, núm. 11, noviembre 1960, págs. 429-431.

En el Proyecto de reforma del Código penal alemán se propone la sanción de la inseminación artificial de la mujer (§ 203, Proyecto 1960). Se castiga al inseminador y a la mujer. No se castiga la inseminación hecha

por un médico con semen del marido. Aspectos del problema. Referencia especial a la cuestión en Italia en el ámbito penal y civil: adulterio, impugnación de la legitimidad.

MAURER, Hartmut: *Das privatrechtliche Unterbringungsrecht und Art. 104 des Grundgesetzes*, EF, año 7, núm. 12, diciembre 1960, págs. 468-474.

El derecho que corresponde a los padres y tutores de determinar la residencia de los hijos y pupilos conforme al § 1.631 BGB comprende la facultad de internarlos en un establecimiento de salud en caso necesario. Se consideraba esta facultad como de Derecho privado y no afectada por el artículo 104 de la Ley Fundamental que preceptuaba la decisión judicial, en todo caso, de privación de libertad. Ha entendido lo contrario el Tribunal constitucional Federal en una sentencia de 10-II-1960 con respecto a un tutor de un mayor de edad. Estudio del problema en sí mismo y con relación al fallo mencionado. Naturaleza jurídica de la facultad de internamiento.

MAYRAND, Albert: *Commentaire sur trois mots: succession, titre équipollent*, LRN, vol. 60, núm. 10, mayo 1958, págs. 435-448.

Según el artículo 1.272, III, del Código civil de Quebec la comunidad de bienes en el matrimonio se compone de todos los inmuebles adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio. No entran en la comunidad, sin embargo, los inmuebles que a los cónyuges han correspondido por «succession ou à titre équipollent». Sentido de las expresiones «succession» y «à titre équipollent».

ROTH-STIELOW, Klaus: *Was ist versagter «Hilfe» im Sinne des § 170 c StGB, zu verstehen?* EF, núm. 12, diciembre 1960, págs. 482-483.

Se sanciona en el § 170 c del Código penal alemán a quien niegue ayuda necesaria a una mujer embarazada por él, siendo precisa dicha ayuda a causa del embarazo o del parto y dando lugar la negativa a un peligro para la madre o el hijo. Sentido en que ha de entenderse la expresión ayuda.

## 6. Derecho de Sucesiones.

HAMPEL, Herbert: *Nochmals: Zur Pflichtteilsregelung bei Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten*, EF, año 7, núm. 12, diciembre 1960, págs. 461-468.

No se considera acertada la fórmula del nuevo § 1.371 del BGB relativo al caso de terminación del régimen legal de bienes en el matrimonio (comunidad de ganancia) por muerte de uno de los cónyuges; la nivela-

ción de la ganancia se efectúa incrementando la porción hereditaria legítima. Aspectos concretos de la determinación de las «legítimas» en base a esa porción hereditaria incrementada. Especial referencia a los supuestos de repudiación de la herencia por el cónyuge sobreviviente. Necesidad de una nueva y más adecuada reglamentación legal.

MOREL, André: *De la permanence des textes légaux et de la relativité de eur interpretation*, LRN, vol. 60. núm. 11-12, junio-julio 1958, págs. 483-496.

El artículo 831 del Código civil de Quebec ha instaurado el principio de la libertad ilimitada de testar. Norma pacífica en su interpretación durante mucho tiempo, comienza a ser puesta en tela de juicio en el ámbito de los principios y en el de su interpretación.

TURGEON, Henri: *Quelques problèmes pratiques des successions légitimes*, LRN, vol. 60. núm. 9, abril 1958, págs. 397-410; núm. 10, mayo 1958, págs. 449-458; núms. 11-12, junio-julio 1958, págs. 497-504.

Ejemplos y problemas prácticos en torno a las sucesiones legítimas según el Código civil de la provincia canadiense de Quebec. Se estudian en los presentes números de LRN los órdenes sucesorios con respecto a la sucesión diferida a los descendientes y a los colaterales privilegiados. Numerosos ejemplos. Gráficos.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

D'ONOFRIO, Paolo: *In torno ad una interpretazione dell'art. 2.855 C. c.*, DG, año 75, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1960, págs. 679-681.

El artículo 2.855 del Código civil italiano, referente a la extensión en cuanto al crédito de la garantía hipotecaria, suele entenderse en el sentido de que la hipoteca garantiza los gastos e intereses sin necesidad de que sea indicada su cuantía, pero siempre dentro de los límites del precepto. No se acogen los intentos de Osti de destruir esta interpretación dominante.

## III. DERECHO MERCANTIL

### E. Parte general.

NASI, Antonio: *Osservazioni su di una recente teoria dell'impresa*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Primera Parte, páginas 383-398.

Comentario en torno a la tesis de Nicolo sobre la estructuración de la empresa en el Derecho civil que, de haberla suministrado una más ade-

cuada reglamentación hubiera podido ser representada dogmáticamente con el esquema de un derecho subjetivo absoluto. Importancia del elemento organización.

**PRIEUR, Raymond:** *Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché.* RTC, año 13, núm. 3, julio-septiembre 1960, págs. 500-540.

Estudio del conjunto del fenómeno de la conveniencia en el mercado, distinguiendo, por una parte, las situaciones de competencia y el análisis de los elementos que dan lugar a ellas, y, por otra, los principios de orden jurídico aplicables a dichas situaciones.

## 2. Comerciantes y sociedades.

**BOUREL, Pierre:** *L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif,* RTC, año 13, núm. 4, octubre-diciembre 1960, págs. 785-804.

A pesar del principio de que los administradores de sociedades anónimas y los gerentes de sociedades limitadas, por no tener la cualidad de comerciantes, no obligan con sus actos más que al patrimonio social, quedando sólo obligados, en caso de quiebra de la sociedad, a su aportación, se permite al tribunal condenar a los indicados dirigentes al pago de la totalidad o parte de las deudas sociales cuando la quiebra o la liquidación judicial dan un activo insuficiente. Los textos que permiten el establecimiento de esta responsabilidad personal pretenden luchar contra los abusos de la limitación institucional de la responsabilidad.

**BROGGINI, Gerardo:** *Sul rifiuto non motivato del consegno al trasferimento di azioni nominative nella società per azioni svizzera IAM,* año XI, fascículo 4, diciembre 1960, págs. 553-572.

Limitaciones y razón de las mismas a la transferibilidad de las acciones en el Derecho suizo. El *intuitus personae* en la sociedad y las razones históricas contrarias a la transferibilidad. Tipos de cláusulas al respecto y valoración de los intereses en protección. Se parte en la presente nota de una afirmación de Messineo, no compartida por el autor, de que la mayor o menor libertad en la transferencia de las acciones está en función de los regímenes políticos.

**COLOMBO, Giovanni E.:** *Riserve facoltative e riserve occulte nel bilancio delle società per azioni,* RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960. Primera Parte, págs. 176-228.

Estudio de conjunto referido especialmente a la Legislación italiana, del problema capital en los balances de las sociedades por acciones: la

constitución de reservas facultativas o estatutarias y la constitución de las reservas ocultas a través de una valoración baja del activo o alta del pasivo. Reservas en general. Derecho al dividendo y reservas facultativas. Reservas ocultas e ilicitud de las mismas.

COLOMBO, Giovanni E.: *Legato di azioni e attribuzione del dividendo deliberato dopo l'apertura della successione ma relativo all'esercizio conclusosi anteriormente ad essa*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Segunda Parte, págs. 351-362.

Sentencia de la Casación italiana de 28 de enero de 1960. Caso no resuelto hasta ahora por la jurisprudencia ni contemplado por la doctrina: A instituye heredero a B y legatario de determinadas acciones a C. La sucesión se abre entre el fin de un ejercicio económico y la deliberación de la asamblea que decide distribuir los dividendos del ejercicio en cuestión. Se discute si dichos dividendos corresponden a B o a C. Se atribuyen a C, fundamentando la solución en que el derecho a los dividendos sólo surge como verdadero derecho de crédito a través de la deliberación de la asamblea.

COMTOIS, Roger: *Le droit des compagnies en matière immobilière*, LRN, vol. 60, núm. 9, abril 1958, págs. 387-396.

Posición jurídica de las compañías inmobiliarias en la provincia canadiense de Quebec. Se distingue entre compañías provinciales, no provinciales y extranjeras.

DALSACE, A.: *La révision des bilans*, RTC, año 13, núm. 4, octubre-diciembre 1960, págs. 777-783.

Consideraciones críticas sobre la Ley francesa de 28 de diciembre de 1959 sobre la revisión de balances. Se estima mal concebida en sus principios y mal realizada en su ejecución.

DURODIER, R.: KÜHLEWEIN, R.: *De la prochaine réforme de la législation sur les sociétés par actions en Allemagne*, RTC, año 13, núm. 3, julio-septiembre 1960, págs. 545-548.

Está planteada en Alemania la reforma de la Ley de sociedades anónimas de 1937. Se pretende, con el Proyecto elaborado por el Gobierno, poner freno a los crecientes poderes de los órganos de gestión, dando una más acusada significación a los accionistas en cuanto a la expresión de su libre voluntad en la distribución de beneficios. Restricción de la iniciativa de los gerentes.

POSCINI, Marcello: *Conferimento ai sindaci della rappresentanza degli azionisti nell'assemblea*. RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, págs. 302-313.

Sobre la base de la afirmación de la Corte de Apelación de Roma (Sent. 21-IV-60) se hacen unas consideraciones en torno a la posibilidad de que los síndicos representen a los socios en las asambleas. No les es, pues, aplicable la prohibición que recae en este sentido sobre los administradores.

GUARINO, Antonio: *Alienazione di pacchetti azionari di proprietà dello Stato*, DG, año LXXV, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1960, págs. 661-667.

Dictamen del autor en torno a si el Ejecutivo, encontrándose en posesión de paquetes de acciones de sociedades privadas, es o no libre de enajenar dichas acciones a quien crea oportuno o si, por el contrario, la enajenación debe ser autorizada por ley o acuerdo equiparado. Regla general: no posibilidad de enajenación. Excepciones en casos concretos.

PÉREZ FONTANA, Sagunto F.: *Responsabilità limitata del commerciante*. RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Primera Parte, págs. 325-339.

Con referencia especial a los Derechos hispano-americanos se alude a la tendencia en pro de una limitación de la responsabilidad del comerciante individual. Considérase necesario que la ley estructure un procedimiento que consienta al comerciante limitar su responsabilidad o hasta una cierta suma o a determinados bienes debidamente valorados y con la garantía de la inscripción.

PIRAS, Antonio: *Effetti della omessa presentazione della relazione di stima dei conferimenti in natura*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Segunda Parte, págs. 334-350.

La no realización de la valoración de las aportaciones *in natura* en las sociedades no da lugar a la nulidad de la aportación, sino sólo a una responsabilidad de los administradores y a la eventual reducción del capital social cuando el valor de los bienes sea inferior en un quinto a aquél por el que se lleva a cabo la aportación. El aportante queda legitimado para ejercitar las acciones nacidas de la situación jurídica surgida de la aportación. Inaplicabilidad de las normas sobre resolución de contratos al contrato de sociedad (acto plurilateral con comunidad de fin y no contrato con prestaciones recíprocas). Corte de casación (Sentencia 21-XI-59). Comentario crítico.

RAULT, Jean: *Pour la création d'une société commerciale de type européen*, RTC, año 13, núm. 4, octubre-diciembre 1960, págs. 741-776.

La abogacía de París propone, en el marco de la Comunidad económica europea, creada por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, la institución de una sociedad anónima de tipo europeo. Aspectos jurídicos y dificultades principales: las relativas a la constitución de la sociedad, a la vida y funcionamiento de la misma y a las modificaciones estatutarias.

RODHE, Kunt: *La surveillance des sociétés par actions dans le Droit suédois* RTC, año 13, núm. 2, abril-junio 1960, págs. 283-289.

Aspectos del control y vigilancia de las sociedades por acciones en el Derecho sueco, distinguiendo entre vigilancia efectuada por las autoridades públicas y control ejercido por los órganos de la sociedad misma. La primera sólo existe en Suecia para determinadas sociedades de carácter especial: banca y compañías de seguros. Tiende a extender su ámbito el autocontrol de la sociedad.

SANTONASTASO, Felice: *Sulla legittimazione a proporre l'azione di annullamento e di nullità avverso una delibera assembleare della società per azioni*, RDC, año LVIII, núm. 7-8, julio-agosto 1960, págs. 295-301.

Para que pueda proponerse la impugnación de una deliberación de la asamblea ex art. 2.377 Cód. civ. italiano se requiere el depósito de una acción del impugnante inscrita en el libro de socios hasta el momento de la deliberación.

El giratorio de una acción no inscrita debe, como cualquier tercero, demostrar un interés concreto en la impugnación de la deliberación (artículo 2.379). Comentario crítico a estos principios sostenidos por la Corte de Apelación de Milán (Sentencia de 12-IV-1960).

### 3. Cosas mercantiles.

BESSON, André: *L'aval sans indication du débiteur garanti*, RTC, año 13, núm. 3, julio-septiembre 1960, págs. 493-500.

Como consecuencia de la Convención de Ginebra de 1930, el Código de Comercio francés determina que el aval en la letra de cambio debe indicar la persona para quien se otorga, reputándose para el librador en defecto de esta indicación. Posición de dicho librador, no siendo puesta en circulación la letra, frente al avalista: posibilidad o no de ejercer un recurso cambiario contra él, en base a la afirmación de que el avalista había garantizado al librado y no al librador. Discusión jurisprudencial.

BORSELLI, Edgardo: *Appunti sulla riforma del servizio dei protesti cambiari*, DG, año 75, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, págs. 567-568.

Ante la proyectada reforma del servicio de los protestos cambiarios en Italia se propugna, en contra de la práctica actual, la posibilidad de que el magistrado jurisdiccional pueda suspender no sólo la eficacia, sino la publicación misma del protesto.

GUGLIELMUCCI, Lino: *Circolazione dei titoli all'ordine girati in bianco*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960, Segunda Parte, págs. 321-328.

Aspectos y eficacia del endoso en blanco en la circulación de títulos a la orden. Simple tradición del título como modo de transmisión del mismo y del derecho a él incorporado. Dicha transmisión no constituye simple cesión y, por lo tanto, no son oponibles al poseedor actual las excepciones personales contra el precedente. Corte de Casación (Sentencia 13-IV-59). Comentario.

GREENE, Bruno H.: *La Legge cambiaria uniforme vista da un giurista americano*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960, Primera Parte, páginas 169-175.

Descritos previamente los aspectos esenciales de la práctica cambiaria americana, la Ley uniforme de Ginebra es objeto de críticas por los juristas anglosajones por el espíritu que la anima en sentido general y por ciertos puntos concretos de su contenido. En sentido general se critica su excesiva rigidez. En el aspecto particular se le achaca desde la vertiente de los anglosajones el no encajar en su sistema, el ser contraria al principio de que nadie puede sufrir un perjuicio, en caso de fuerza mayor, si ha puesto los medios posibles para evitarla y el excesivo formalismo con que está concebida.

#### 4. Obligaciones y contratos.

EPSCHTEIN, Samuel: *De l'action introduite contre la banque par l'ordonnateur qui n'a pas rejeté les documents*, RTC, año 13, núm. 2, abril-junio 1960, págs. 291-299.

Comentario de un supuesto concreto de crédito documentario, habiendo pasado el banco las facturas al beneficiario de las mismas, sin ir acompañadas de la nota concreta prevista, sino de otra análoga en su significado.

### 5. Derecho marítimo y aeronáutico.

DOMINEDO, FRANCESCO MARIA: *La pubblicità della proprietà nautica e il diritto comune*, RDC, año LVIII, núm. 9-10, septiembre-octubre 1960. Primera Parte, págs. 370-382.

Se comienza, como preliminar, haciendo la distinción entre publicidad de situaciones de derecho y de hecho. La publicidad náutica es compleja y siempre proyectada a terceros con referencia a un acto o a una situación. Es, además, una publicidad anticipada. Naturaleza declarativa, formas, efectos, legitimación.

TALASSANO, FRANCESCO: *Ancora sulla società di armamento tra comproprietari della nave*, RDC, año LVIII, núm. 5-6, mayo-junio 1960. Primera Parte, págs. 229-233.

Significado y sentido de la sociedad existente, como armadores, entre los propietarios de un buque. Se trata de unas apostillas a la tesis del autor, que ha sido aceptada, si bien de distinta forma, por Dominedó y Manca. Deberá entenderse existente el tipo de sociedad que en cada caso proceda. Aportaciones a la sociedad: goce y uso de la nave.

### 6. Derecho de quiebras.

DI LAURO, Attilio: *Bilancio della Legge fallimentare*, DG, año 75, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1960, págs. 668-679.

Aspectos concretos de la Ponencia del Magistrado Bianchi d'Espinosa en torno a algunos puntos de la Ley italiana sobre «fallimento»: Declaración, momento desde el que corren sus efectos, extensión de la declaración en materia de sociedades, medios de impugnación, sanciones por gastos, documentos justificativos del crédito insinuado, concordato. No se comparten siempre las afirmaciones críticas del ponente.

OPPO, Giorgio: *Mandato irrevocabile e vincoli di gestione nell'amministrazione controllata*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Primera Parte, págs. 25-56.

Señalado el significado del mandato en el «fallimento» o en la «administración controlada», entiende el autor que dicho mandato es oponible y plenamente eficaz, así como la cesión, en relación a la administración controlada. Desarrollo de la afirmación anterior. Distinción entre administración controlada del mandante, del mandatario y del tercero interesado en el mandato (de ahí su irrevocabilidad) o en la cesión.

VANZETTI, Fausto: *Rassegna di Giurisprudenza sul fallimento*, RDC, año LVIII núm. 7-8, julio-agosto 1960, Primera Parte, págs. 287-316.

Correspondiente al período 1958-1959 se recoge, debidamente sistematizada por materias, la jurisprudencia italiana sobre quiebra. Puntos concretos diversos: estado de empresario y de insolvencia, declaración, competencia, juicio de apelación, revocación de la declaración, efectos, masa activa, cesación del procedimiento, quiebra de sociedades.

### DERECHO NOTARIAL

GUY CARDINAL, Jean: *La pratique moderne du Notariat*, LRN, vol. 60, núm. 8, marzo 1958, págs. 335-340.

La evolución de la vida moderna ensancha los horizontes de la actividad notarial, haciendo imprescindible una mayor especialización en la profesión y acercando al notario en ciertos aspectos al hombre de negocios. Ello no significa de ninguna forma que el despacho notarial de venga establecimiento mercantil.

### V. DERECHO PROCESAL

#### 1. Introducción.

DA PALMA CARLOS, Adelino: *Projecto de alteração de algumas disposições dos Livros I e II do Código de Processo civil*, BML, núm. 102, enero 1961, págs. 5-139.

Propuestas de reforma y exégesis fundamentada de las mismas de determinadas disposiciones del Código portugués de proceso civil. Puntos de vista de la Comisión revisora de los textos.

#### 2. Parte general.

BALOSSINI, Cajo Enrico. *La responsabilità per le spese e i danni del processo e il dovere di lealtà delle parti*, IM, año XI, fascículo 4, diciembre 1960, págs. 573-579.

Comentando los aspectos esenciales de un libro de Pajardi en torno a la cuestión ofrece el autor unas sugerencias en torno a la naturaleza jurídica del deber de lealtad de las partes en el proceso.

BERNARDI, Paolo: *L'evoluzione della giurisprudenza americana relativa ai criteri speciali di competenza giurisdizionale*, IM, año XI, fascículo 2, junio 1960, págs. 264-282.

Distinguiendo entre jurisdicción *in personam* y jurisdicción *in rem*, llega el autor a la conclusión de que el Derecho americano ha llegado a

adoptar criterios de delimitación de la jurisdicción análogos a los de muchos países europeos, si bien haciendo posibles múltiples e impensados desenvolvimientos.

BROGGINI, Gerardo: *La prova nel processo romano arcaico*, IM, año XI, fascículo 3, septiembre 1960, págs. 348-385.

El problema de la prueba en el proceso romano arcaico se relaciona con la concepción misma del proceso primitivo. Significado de éste, proceso público y privado, prueba en el proceso penal y en el privado, procedimientos ejecutivos, laicización del proceso, pruebas en particular. Función de la prueba y formación de las máximas sobre la carga de ella.

DANIELE, Marcello: *Validità dell'atto introduttivo del giudizio sottoscritto dal procuratore esercente «extra districtum»*, DG, año LXXV, núm. 8, agosto 1960, págs. 461-464.

La mayor parte de la jurisprudencia italiana entiende que el «acto introductivo» del juicio, firmado por procurador no habilitado para el ejercicio profesional en el distrito de la Corte de Apelación en el que se propone la acción, es inexistente o afectado de nulidad absoluta. Consideraciones críticas en torno a esta concepción, no estimada correcta por el autor. Argumentos en contra de la misma basados en el Código de Procedimiento Civil italiano.

GIULIANI, Alessandro: *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, IM, año XI, fascículo 3, septiembre 1960, págs. 425-444.

Concepto clásico y moderno de prueba. La teoría de los signos en la retórica griega y la teoría de los *status* en la misma. Tránsito a la concepción de la prueba como *argumentum*.

MARRONE, Mateo: *Sulla funzione delle Formulae praejudiciales*, IM, año XI, fascículo 2, junio 1960, págs. 246-263.

No puede discutirse la afirmación de que los *praejudicia* en Roma eran esencialmente medios judiciales incidentales, proponibles en el curso de una cuestión principal y en función de ella se presenta la cuestión de su proponibilidad o no en vía autónoma. Sentido de la incidentalidad de las «Fórmulas prejudiciales» a base del examen de los textos.

PUGLIESE, Giovanni: *La prova nel processo romano classico*, IM, año XI, fascículo 3, septiembre 1960, págs. 386-424.

No son, a pesar de su abundancia, nada claros los textos sobre la prueba en el período clásico. Esbozo de un estudio de la misma: irracio-

nalidad de la prueba en el proceso antiguo y su influencia, penetración de la retórica griega en el ámbito de la prueba, abandono de ella y configuración de la prueba con arreglo a criterios jurídicos, la prueba clásica: distinción entre pruebas «inartificiales» y «artificiales» (indicación de unas y otras).

### 3. Procesos especiales.

MICHELI, Gian Antonio: *Il processo di fallimento nel quadro dell' tutela giurisdizionale dei diritti*, RDDC, año VII, núm. 1, enero-febrero 1961, Primera Parte, págs. 1-24.

El proceso de «fallimiento» se nos presenta, en cuanto a su naturaleza, como una manifestación de la jurisdicción objetiva, en la que podrá ser hecha entrar asimismo la jurisdicción voluntaria. Significado de la jurisdicción objetiva.

SCHRÖDER, Jochen: *Ansprüche auf nahehehlichen Unterhalt gemäss materiellen und Prozessrecht der Bundesrepublik Deutschland, der DDR und Polens*, año 7, núm. 10, octubre 1960, págs. 387-391.

Descrita a grandes rasgos la reglamentación material y los aspectos procesales de las pretensiones alimenticias entre cónyuges divorciados en las dos Alemanias y en Polonia, se delimitan las pretensiones propiamente «matrimoniales» de las «postmatrimoniales». Conducto procesal adecuado en cada caso.

### CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Anuales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletín da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.

- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LKN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción, Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generali delle Oblighazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).  
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDEA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).

- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).  
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 ROW = Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).  
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).  
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubbico (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 Jurídica (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 LEIVA Y ANDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

1. AMPLITUD DE LA FUNCION CALIFICADORA DE LOS REGISTRADORES. VALOR DEL TESTIMONIO NOTARIAL DE UN EJEMPLAR IMPRESO DE LAS CONSTITUCIONES DE UNA ORDEN.--LA LICENCIA CONCEDIDA A UN INSTITUTO PARA CONTRAER UN PRESTAMO NO AUTORIZA LA CONSTITUCION DE UNA HIPOTECA PARA GARANTIZARLO.--NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO QUE DECLARA VENCIDO EL PRESTAMO, EN EL CASO DE QUE LA FINCA SE HIPOTEQUE, SE GRAVE O ENAJENE

a) La libertad e independencia con que la Ley atribuye la calificación a los Registradores obliga a reconocerles amplias atribuciones en el ejercicio de su función, sin tener que subordinarse a criterios seguidos anteriormente por el mismo o sus antecesores en el cargo, y sin que la circunstancia de que hubiere sido inscrita alguna otra escritura para cuya formalización se haya utilizado el poder discutido, constriña a modificar el juicio formado cuando se calificó la que es objeto de este expediente.

b) En los testimonios, el Notario, al dar fe, asegura exclusivamente la fidelidad de la transcripción realizada por lo que lo consignado constituye su fiel reflejo mientras no se impugne la autenticidad, y al haberse insertado en un poder, que sirvió de base a la escritura calificada, determinados particulares que aparecían en un ejemplar impreso de las Constituciones de la Orden, no puede atribuirse a las cláusulas transcritas distinto valor del que tenga dicho documento, puesto que el testimonio no le confiere superior virtualidad.

c) Por la remisión hecha por el Canon 1.529 en materia de contratos a la legislación civil, en la que se distinguen y diferencian, atendidos su naturaleza y efectos, el contrato de préstamo y el derecho real de hipoteca, debe estimarse insuficiente para el acto realizado, por los términos en que aparece redactada, la autorización concedida por la Sagrada Congregación de Religiosos a que se refiere el primer motivo de la nota.

d) El pacto por el que se concede al acreedor la facultad de exigir la inmediata devolución del capital prestado si la finca hipotecada se enajena, grava, es objeto de embargo o anotación preventiva, carece de las condiciones necesarias para inscribirse, porque es contrario al principio de la libertad de contratación que inspira la legislación civil, porque es inútil en cuanto no

da más firmeza a la garantía estipulada, según proclama la exposición de motivos de la Ley hipotecaria, y además, porque así se deduce expresamente del número tercero del artículo 107 de la misma y de la doctrina de este Centro, que declara que tales limitaciones disminuyen para el dueño la posibilidad de constituir nuevas hipotecas, amplían las atribuciones del acreedor y contrarían el fomento del crédito territorial, todo lo cual autorizaría en la práctica a que se niegue la inscripción tan sólo del aludido pacto y no la del derecho real creado (Res. de 18 de noviembre 1960. «B. O.» del 6 de diciembre).

## 2. NO ES INSCRIBIBLE EL DERECHO DE NUDA PROPIEDAD DE PERSONAS INSTITUIDAS CON LA CONDICION SUSPENSIVA DE QUE FALLEZCA LA USUFRUCTUARIA SIN DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

### ANTECEDENTES:

1. Doña María de Patrocinio M. y G. falleció bajo testamento en el que se contienen las siguientes cláusulas: «Cincuenta y dos.—En el romanente de todos mis bienes, derechos y acciones instituyo en primer lugar única y universal heredera a mi sobrina doña P. M. M., hija de mi difunto hermano don V., y, subsidiariamente, en sustitución de ésta, a sus descendientes legítimos, habiéndose de entenderse una y otras instituciones en la forma y en los respectivos términos siguientes:

1. Respecto de los inmuebles, doña P. será heredera solamente en usufructo vitalicio relevada de prestar fianza.

2. Al fallecimiento de doña P. M., siendo ésta mi heredera y dejando descendientes legítimos, sucederán éstos en la posesión y usufructo vitalicio de todos los bienes inmuebles que de mí herede en igual concepto doña P., a cuyo efecto y para en su caso instituyo herederos usufructuarios de esos bienes inmuebles a los descendientes legítimos de la procreada doña P. y que a ésta sobrevivan, siendo llamados a la herencia por el orden legal de sucesión de la línea recta descendente de la madre, como si se tratara de la sucesión de ésta, con arreglo a los artículos 931 a 934 del Código civil.

3. Al fallecimiento de los descendientes de doña P. M., que sean usufructuarios vitalicios de bienes inmuebles que de mi caudal herede ésta en igual concepto, serán herederos de estos bienes los descendientes legítimos de aquéllos, siendo también llamados por el orden legal de sucesión del ascendiente que, en todo o en parte, hubiera usufructado dichos bienes.

4. En caso inesperado de que mi sobrina y heredera instituida en primer lugar, doña P. M., falleciere antes que yo y por esta causa no llegara a ser mi heredera y de que a su fallecimiento dejara uno o más descendientes legítimos, instituyo a éstos como herederos universales en el romanente de todos mis bienes y derechos y acciones en general, indistintamente en usufructo vitalicio, relevándoles de prestar fianza; y si al fallecimiento de éstos usufructuarios dejaren uno o más hijos legítimos, heredarán éstos en pleno

dominio todos los bienes de mi pertenencia que sus padres hubieren usufructuado.

5.º A falta de doña P. M. y de descendientes legítimos de ésta al ocurrir mi defunción, quedarán anuladas, sin ningún valor ni efecto, las precedentes instituciones, como si no hubieren sido hechas.

Cincuenta y tres.—Quiero y mando que si mi sobrina y heredera instituída en primer lugar, doña P. M., fallece sin dejar descendientes legítimos, el señor Obispo de esta diócesis y el Párroco del Carmen se apoderarán e incautarán de los inmuebles que doña P. herede en usufructo, los venda en pública subasta ante Notario, destinando su importe a obras religiosas y benéficas, en la forma que en dicha cláusula se detalla.

2. Por escritura de partición, se adjudicó a doña P. M. M. el usufructo de las fincas que le había sido dejado por su fallecida tía: que por otra escritura de 24 de septiembre de 1951 doña P. donó a sus hijos don F. y don V. Ch. M. el derecho de usufructo, en la que, además, se solicitaba la inscripción a nombre de los nietos de doña P. de la nuda propiedad de la porción indivisa de las fincas reseñadas, bajo las siguientes condiciones resolutorias:

A) Individual y total para el caso de que alguno de los nudo propietarios fallezca sin descendencia antes de su progenitor.

B) Conjunta y total en cuanto a cada grupo si don V. o don F. Ch. M. o ambos fallecen antes que su madre, doña P. M., y pasaren por tal motivo los nudos propietarios a segundos usufructuarios, conforme lo dispuesto por doña M. del P. M. y G.

C) Conjunta y parcial dentro de cada grupo a favor de los hijos de don V. o don F. Ch. que nazcan después de esta fecha.

D) A cuantas más se deriven de las cláusulas del testamento de la repetida doña María del P. M. y G.: y que por otra escritura de igual fecha y ante el mismo Notario de Madrid, señor Lacal Puentes, doña P. y sus hijos procedieron a la división material de los bienes hereditarios.

3. El Registrador inscribió la donación de usufructo, pero denegó la inscripción del derecho de nuda propiedad y la división material practicada.

Esta calificación fué confirmada por la Dirección General estableciendo la siguiente doctrina:

a) La voluntad del causante manifestada en el testamento constituye la Ley de la Sucesión y permite al testador establecer, con tal de no traspasar los límites impuestos por el Derecho, las cláusulas que estime convenientes para la disposición de sus bienes, como la de disociar el usufructo de la nuda propiedad o someter la adquisición del pleno dominio de los bienes de la herencia a determinadas condiciones, según ocurre en los llamamientos hereditarios hechos en favor de «nondum concepti», que cuando no revistan la forma prevista en el artículo 781 del Código civil, deben ser examinados con la máxima cautela, sin olvidar la regla general del ordenamiento jurídico de que la apertura de la sucesión es el momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero.

b) Las instituciones hereditarias hechas en usufructo llevan implícitas

un llamamiento a la nuda propiedad que debe reputarse hecho, bien por la Ley, cuando el de cujus no ha dispuesto de ella en su testamento, bien por el propio testador, y cuando fueren condicionales determinarán derechos eventuales o expectativas, cuyas titularidades no han de reflejarse en los asientos registrales hasta que resulten plenamente determinadas por el incumplimiento de la condición a la que quedan sujetos los actos dispositivos que hubieren podido realizar;

c) El testador puede hacer depender del cumplimiento de la condición el nacimiento del derecho de los herederos o bien su extinción o resolución, y en este caso la muerte del causante no impide la adquisición de la herencia, como si hubiese sido dejada pura y simplemente, aunque permanecerá incierta la subsistencia de tales adquisiciones, ya que el cumplimiento de la condición puede provocar la extinción de los derechos transmisibles a aquellas personas a las que el causante llama en esta eventualidad:

d) De las cláusulas 52 y 53 del testamento de la causante aparece que el momento decisivo para determinar el derecho de sus herederos es el de la muerte de doña P. M., puesto que sólo entonces podrá saberse quiénes serán los usufructuarios llamados en segundo lugar, ya que la condición impuesta impide conocer con anterioridad a dicho momento si corresponderá a los hijos que la sobrevivan o, en su caso, a los descendientes en línea recta, conforme a lo establecido en los artículos 931 a 934 del Código civil, por todo lo cual y dada la forma condicional y suspensiva en que han sido hechos los llamamientos no podrá accederse a la inscripción de bienes a favor de los nietos ni cabe la disposición en la forma pretendida en el título calificado (Res. de 19 de noviembre de 1960. «B. O.» de 6 de diciembre).

### 3. ADJUDICADA UNA FINCA AL ESTADO E INSCRITA A SU FAVOR EN CUANTO AL SUELO, PERO NO RESPECTO DEL VUELO POR APARECER EN EL REGISTRO A NOMBRE DE TERCERA PERSONA, NO PODRA ANOTARSE, EN BASE DEL NUMERO 10 DEL ARTICULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, EL MANDAMIENTO EXPEDIDO POR EL JUZGADO MILITAR ESPECIAL, PARA GARANTIZAR LOS INTERESES DEL ESTADO EN TANTO NO SE PRESENTE LA CORRESPONDIENTE DEMANDA

a) Para poder extender un asiento de anotación preventiva se ha de requerir que el título que le sirva de fundamento se base en alguna de las causas establecidas en el artículo 42 de la Ley, y aunque se ha pretendido apoyarla legalmente en el número 10, no cabe estimar correcta la fundamentación dado que para ello sería necesario que, conforme a lo dispuesto en las disposiciones hipotecarias o en otra Ley, se tuviese derecho a exigirla.

b) Aun cuando la finalidad perseguida por la anotación que se pretende, se contraiga, según el auto del Juez especial militar, en asegurar, a efectos registrales, los intereses del Estado, tampoco cabría extenderla en base del número 1 del repetido artículo 42 de la Ley, porque es a los Tribunales ordinarios a quienes corresponde ordenarlas una vez interpuesta la demanda

y no al Juzgado Especial cuya actuación ha finalizado totalmente, y además porque de llevarlo a efecto afectaría a un titular registral que no habría sido parte en el procedimiento.

c) La no constancia de la nota denegatoria en el documento calificado no constituye ningún defecto formal, de conformidad con el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, toda vez que no aparece se reclamase oportunamente su extensión (Res. de 3 de diciembre de 1960. «B. O.» del 20 de diciembre).

**4. NO PROCEDE PRACTICAR ANOTACION PREVENTIVA EN LA QUE SE HACE CONSTAR LA ADJUDICACION A FAVOR DE UN FIDUCIARIO, DE LOS DERECHOS QUE PUDIERAN CORRESPONDER AL FIDEICOMISARIO**

**ANTECEDENTES:**

En juicio ejecutivo seguido por un fiduciario contra el fideicomisario, se dictó sentencia de remate, adjudicándose al actor los derechos de fideicomisario. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia de remate y auto de adjudicación, se dictó providencia para la anotación de dicho auto, expidiéndose el correspondiente mandamiento, que fué suspendido por el Registrador. La calificación fué confirmada por la Dirección General, conforme a la siguiente doctrina:

La finalidad perseguida por el recurrente - advertir a los terceros que en el futuro no puede especularse con los eventuales derechos del fideicomisario - no es viable mediante una anotación basada en el número 3 del artículo 42, relativo a las de embargo -ya que por la naturaleza de la resolución judicial recaída, el documento constituiría un título inscribible a tenor del artículo 3 de la Ley -en cuanto implica verdaderas decisiones sobre los derechos debatidos en la litis y juegan a modo de las propias ejecutorias-, sin que pueda fundarse en ninguno de los restantes números del mismo artículo, y dado que no han de practicarse otras anotaciones distintas a las establecidas concretamente, de una manera expresa, en las disposiciones legales, se llega a la conclusión de ser improcedente el asiento pretendido (Res. de 14 de diciembre de 1960. «B. O.» de 4 de enero de 1961).

**5. RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO FUERA DE PLAZO. -EL PLAZO DE CUATRO MESES ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 113 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DEBERA CONTINUAR COMPUTANDOSE CON ARREGLO A LA LEGISLACION CIVIL.**

a) El recurso gubernativo contra la calificación registral de los documentos presentados tiene el efecto de admitir, suspender o denegar la práctica de algún asiento, recae sobre materias típicamente civiles, y si no aparece comprendido dentro del Código de 1889 se debe a una circunstancia histórica,

según pone de relieve la base 26, por lo que el conocimiento de las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que las partes, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley sustantiva, puedan acudir a los Tribunales de Justicia para contender entre sí acerca de la validez o nulidad de dichos títulos.

b) La excepción contenida en el número 7 del artículo 1 del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales a los que no se les aplican los preceptos contenidos en el título primero, capítulo segundo, títulos cuarto y sexto, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas, cuya materia es administrativa, y entre otros los regulados en los artículos 265 y 283 de la Ley Hipotecaria; 563 y 618 del Reglamento para su ejecución; 340 y siguientes del Reglamento notarial; pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto.

c) La moderna técnica hipotecaria, estima que el recurso gubernativo constituye uno de los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria; de ahí sus diferencias con los procedimientos de la contenciosa, puestas de manifiesto a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado inadmisibles la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de este Centro, dictadas en expedientes incoados por la calificación de los Registradores de la Propiedad, mientras que admite tal recurso en los demás casos.

d) En consecuencia, el plazo de cuatro meses establecido en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario deberá continuar computándose con arreglo a la legislación civil, por lo que es evidente que puesta la nota de denegación el día 2 de julio de 1959, expiró el término para impugnarla el día 30 de octubre y el recurso interpuesto en 2 de noviembre del mismo año se halla fuera del plazo legalmente prescrito (Res. de 23 de marzo de 1961. «B. O. del 3 de abril).

### 3. INSCRIPCIONES DE EXCESO DE CABIDA CONFORME AL NUMERO 5 DEL ARTICULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

a) En las inscripciones de excesos de cabida se debe proceder con especial cuidado y rigor, a fin de evitar que se produzcan dobles inmatriculaciones con sus perniciosos efectos, peligro más acentuado cuando se pretende inscribir extensiones superficiales que sean superiores a la de la finca matriz, por lo que el Reglamento Hipotecario si bien facilita en el artículo 298 que se procure la concordancia entre el Registro y la realidad, prohíbe a la vez que se practique inscripción alguna de exceso de cabida cuando hubiese duda fundada acerca de la identidad de la finca:

b) En el expediente tramitado son de advertir las siguientes particularidades: a) que la finca matriz procede de la agrupación de 165 parcelas inscritas, cuya extensión superficial de ciento treinta y seis hectáreas, sesenta y siete áreas, ochenta y tres centiáreas y cuarenta y cinco decímetros cuadrados corresponde a la suma de las superficies de todas las fincas que la integran.

lo que hace difícil suponer que se haya deslizado algún error; b) que se solicitó primero la inscripción del exceso de cabida de una finca que, conjuntamente con la extensión inscrita, constituía la totalidad de la jurisdicción del término de Valle de Urraul Alto, y al aparecer otra finca «El Boyeral», inmatriculada en dicho término a favor de los vecinos del pueblo, de treinta y cinco hectáreas y noventa y tres áreas, los otorgantes rectificaron la escritura y solicitaron que se inscribiera sólo la diferencia entre la extensión primeramente indicada y la que corresponda a esta última finca; c) que en la nueva descripción del inmueble se omitió indicar por dónde limita con la finca «El Boyeral», circunstancias que aconsejan la prudencia adoptada por el Registrador, apoyada en el respeto a un posible perjuicio de los colindantes y porque los datos castrales no demuestran suficientemente en este caso la contradicción de los asientos registrales:

c) Cuando fundadamente, según las circunstancias del caso, se dudare sobre la identidad del predio, por existir algún otro asiento contradictorio de dominio o posesión cuya descripción coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretende inscribir, los Registradores, de acuerdo con el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, tienen el deber, al igual que si se tratara de certificaciones de dominio, de suspender la inscripción solicitada hasta que el Juez de Primera Instancia, en vista de los antecedentes presentados dicte auto declarando o no inscribible el documento de que se trata, y sin que este procedimiento pueda ser desconocido por los interesados y sustituido por otra clase de pruebas ante el Registrador, porque ello equivaldría a inobservar la norma reglamentaria especialmente establecida para este supuesto (Res. de 9 de mayo de 1961. «B. O.» del 5 de junio).

## DERECHO CIVIL

### EXTINGUIDO UN USUFRUCTO POR MUERTE DE UNO DE SUS TITULARES SIN DESCENDENCIA, TIENE LUGAR EL ACRECIMIENTO EN FAVOR DEL OTRO COTITULAR NACIDO DESPUES DE LA MUERTE DEL TESTADOR

a) Ya el Derecho romano percibió la peculiar característica que ofrecía el problema del acrecimiento en el legado conjunto de usufructo, pues no sólo nos proporcionó una rica variedad de textos relativos al mismo, sino que en uno famoso (Ulp. D. 7. 2. 1) construyó la primera justificación técnica de lo que había de ser después dogmáticamente estimado como nota específica de este tipo de acrecimiento, es decir, la de que el derecho de acrecer surge en este caso no sólo cuando no existe adquisición por el colegatario, sino también en el supuesto de que con posterioridad a dicha adquisición una de las cotitularidades del derecho cese por muerte de uno de los usufructuarios: nota peculiar que se contrapone a lo exigido por nuestro artículo 982 en todos los casos de legados o instituciones en propiedad.

b) Esta peculiaridad del acrecimiento en caso de usufructo conjunto, formulada en las fuentes romanas, ha sido constantemente aceptada en el

Derecho intermedio, recogida en las obras francesas prerrevolucionarias, aceptada en la más moderna de las legislaciones civiles latinas y además justificado dogmáticamente, al superar la explicación de que el usufructo se constituía y se legaba diariamente —«quotidie constituitur et legatur...»— como una manifestación más del derecho de acrecer que existe, en teoría general, en todo llamamiento conjunto y solidario o como un supuesto normal de la fuerza expansiva de las cotitularidades en los derechos absolutos.

En esta línea hay que situar nuestros precedentes legislativos, puesto que el Código de 1851 expresamente reconocía en su artículo 819 que se daba el derecho de acrecer «entre los llamados conjuntamente a un usufructo... aunque haya aceptado el legado», decisión que su más autorizado comentarista admitía «porque es muy conforme a la naturaleza del usufructo» y porque el testador da a entender «con esto su voluntad de que sólo por la muerte o renuncia de todos (los usufructuarios) tuviese lugar la consolidación», «sin que en contra de esta evolución» pueda alegarse el artículo 987 de nuestro Código actual, que sólo se limitó a refundir los artículos 818 y 819 del Código de 1851, antecedentes legislativos que superan una interpretación rigurosamente gramatical y que es la máxima virtualidad en cuanto sirve para hacer prevalecer y cumplir la voluntad del causante, norma soberana en la sucesión.

c) Reconocida la posibilidad del acrecimiento, no puede plantearse el problema de la existencia de un nuevo llamamiento, a los efectos del artículo 781 del Código civil, ya que al tratarse de un legado conjunto de usufructo estamos en presencia de una vocación única y solidaria que subsiste y de la que surge precisamente en el momento del acrecimiento una nueva delación, que por así decir, renace cada vez que se produzca una causa de acrecer, que comprende en nuestro caso concreto los bienes anteriormente usufructuados por el colegiado fallecido, sin que signifique ni entrañe un nuevo llamamiento sucesorio.

d) Contra el anterior criterio, sólo podía prevalecer una expresa voluntad en contrario del testador, y de las últimas disposiciones del causante (en especial las cláusulas tercera a sexta y octava), resulta la inequívoca voluntad del de cujus de realizar una serie de legados en favor de sus hermanos y sobrinos teniendo en cuenta las ramas que representen, de tal forma que mientras subsista descendencia en una de ellas, no disfrutarán los bienes los pertenecientes a las restantes, quienes únicamente heredarán, si se cumple la condición de que fallecieren sin hijos, los legatarios o los descendientes de éstos (Res. de 1 de diciembre de 1960. «B. O.» del 13 de diciembre).

## **DERECHO NOTARIAL**

**PUEDE INSCRIBIRSE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA EN LA QUE EL NOTARIO DA FE DE CONOCER SOLAMENTE AL COMPRADOR Y ASEVERA DE ESTE QUE A SU VEZ CONOCE AL VENDEDOR**

a) Por el valor que la Ley atribuye al documento notarial, es la fe de conocimiento el acto más trascendental de todos cuantos emite el Notario,

por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el quedar fijada con absoluta certeza los sujetos que intervienen, y por ello, el artículo 23 de la Ley prescribe como requisito esencial de su validez, la obligación del fedatario de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios supletorios legalmente dispuestos.

b) El juicio que ha de formular el Notario no puede quedar sustraído a su libre apreciación, ya que habrá de ponderar y valorar todos los elementos que puedan tenerse en cuenta, y sólo cuando no conozca directamente a las partes, ha de emplear, bajo la responsabilidad que señala el último párrafo del citado artículo 23, el medio —entre los previstos— que considere más adecuado para la identificación.

c) Entre las innovaciones introducidas por la Ley de 18 de diciembre de 1960, destaca, en el apartado b) del artículo 23 de la Ley del Notariado, «la de establecer como medio supletorio la identificación de una de las partes contratantes con la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el Notario», procedimiento simplificado al permitir al fedatario dar fe de que sólo conoce a una de las partes y que ésta actúe a su vez como un auténtico testigo de conocimiento de la otra, y aunque parezca que este medio no sea el más idóneo en los supuestos en que el titular del derecho de disposición queda a merced para su identificación por quien lo va a adquirir, es ineludible reconocer que la Ley habla en términos generales, sin distinguir entre comprador y vendedor, y que de otra parte es el Notario quien elige el medio que le parece más adecuado, sin que la identificación esté a merced o al arbitrio del otorgante.

d) La aplicación de la Ley, con arreglo a su verdadero sentido, es la misión del intérprete, que no ofrecerá dificultades cuando aparezca redactada en términos claros y diáfanos y sin que pueda examinar el perjuicio que la norma pudiera producir, circunstancia que ha debido ser valorada por el legislador, y como los términos del precepto del artículo 23 son claros no puede hablarse de interpretación extensiva por parte del Notario autorizante, cuando, en uso de las facultades que se le confieren, eligió como medio de identificación el establecido en el apartado b) de dicho artículo (Res. de 27 de diciembre de 1960. «B. O.» del 20 de enero de 1961).

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca (Comentario a la Sentencia del T. S. de 4 de mayo de 1961) (\*)

Por MANUEL AMOROS GUARDIOLA  
Registrador de la Propiedad

#### RESUMEN DE LOS HECHOS

El 1 de enero de 1947 don J. G. P. y el padre de don R. G. C. celebraron un contrato de hipoteca sobre una finca propiedad de este último en garantía de un crédito a favor del primero, obligándose el deudor en la escritura de hipoteca a no celebrar contratos de arrendamientos inscribibles o en que se anticipara mayor cantidad que la correspondiente a un trimestre.

El 1 de enero de 1950 don R. G. C. tomó en arrendamiento a su padre —entonces propietario de la finca— un local de negocio, descrito en el correspondiente contrato como «naves, planta baja y porche, números 25 y 29 de la calle de la Concepción, sita en Campo de Criptana», para instalar en él sus negocios de vinos y maderas. El precio del arrendamiento era de el de 7.800 pesetas anuales y el plazo pactado el de dos anualidades, transcurrido el cual, se prorrogó de común acuerdo por diez años más con el mismo precio, suscribiéndose una segunda cláusula adicional, en la que se especificaba con mayor detalle el objeto del arrendamiento.

En virtud del procedimiento ejecutivo del artículo 131 L. H., tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Madrid, fué adjudicada a don J. G. P. la finca en pública subasta, en garantía del crédito que ostentaba sobre la misma. Dicho acreedor adjudicatario tomó posesión de la finca el 22 de julio de 1955, continuando el arrendatario en el uso y goce de los locales arrendados.

Don J. G. P. inició ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan el procedimiento del art. 41 L. H. contra el padre del arrendatario. El 5 de noviembre de 1955 se dictó en ese procedimiento auto ordenando poner en posesión efectiva de la finca a don J. G. P. y apercibiendo de lanzamiento al padre del arrendatario, don R. G. C. Y el 26 de noviembre del mismo año se dictó providencia ordenando al padre de don R. G. C. que desalojara la finca en el plazo de quince días, apercibiéndole de lanzamiento en caso contrario. El 3 de enero de 1956 se constituyó en la finca la Comisión del Juzgado para practicar el lanzamiento, y habiendo sido mostrado por el Procurador del demandado el contrato de arrendamiento que amparaba la posesión y disfrute de los locales de negocio, se suspendió la diligencia «por lo avanzado de la hora». Si bien el día 7 de enero dictó el Juez providencia en la que se acordó no haber lugar a unir al procedimiento el contrato presentado y que se procediera al lanzamiento.

(\*) Véase su recensión en este ANUARIO, págs. 1044 y 1061.

Y el día 10 del mismo mes compareció ante el Juzgado el Procurador de don R. G. C., y para evitar el perjuicio de lanzar a la vía pública los numerosos útiles y enseres existentes, hizo entrega al Procurador de don J. G. P. de las llaves del local, si bien reservándose todas las acciones correspondientes.

El 31 de enero se presentó ante el mismo Juzgado por el arrendatario demanda de interdicto de recobrar la posesión, que terminó por sentencia declarando no haber lugar al interdicto, sentencia pendiente de recurso de apelación ante la Audiencia de Albacete.

El 26 de agosto de 1957, antes de resolverse la apelación interdictal, don R. G. C. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan contra don J. G. P. pidiendo que se declarara: a), la vigencia del contrato de arrendamiento de local de negocio a favor de don R. G. C.; b) la subrogación legal de don J. G. P. en los derechos y obligaciones del anterior arrendador; c) la restitución al demandado de los locales arrendados en las mismas condiciones en que los ocupó, con entrega de maquinaria, útiles, enseres y existencias e indemnización de daños y perjuicios.

Tramitada la demanda según las normas de la L. E. C. y las complementarias de la L. A. U., el Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan dictó sentencia absolviendo a los demandados y condenando en costas al demandante.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó el fallo de Primera Instancia, sin expresa imposición de costas.

Contra ella, se interpuso recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, fundado en los siguientes motivos:

1.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 151 L. A. U. En cuanto que la subrogación subjetiva del adjudicatario en los derechos y obligaciones del arrendador, que se estima como la principal pretensión de la demanda y determinante de la posterior vigencia del arrendamiento, se funda en la propia Ley especial arrendaticia, frente al criterio tradicional del artículo 1.571 C. c. En consecuencia, es procedente para la reclamación el trámite procesal de la Ley especial arrendaticia, aunque junto con ella se mezclen cuestiones de índole civil general.

2.º Infracción, por violación y falta de aplicación, del artículo 57 L. A. U., que impone la subsistencia de la relación arrendaticia, a pesar de los posibles cambios en la titularidad de la propiedad de la finca, y sin necesidad de inscripción en el Registro.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo del presente año, no ha lugar al recurso, con base en la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO 2.º: Que igualmente tiene esencial valor en la presente resolución que en la demanda origen de estos autos se pide en primer término se declare la vigencia y efectividad del contrato de arrendamiento, y que el nuevo propietario queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador y, por consecuencia, ha de respetar la prórroga arrendaticia, debiendo restituirse al actor en la posesión del local, a lo que se opone la inadecuación del trámite especial por no ser de aplicación la Ley espe-

cial, tesis acogida por la sentencia recurrida, con base en el artículo ciento cincuenta y uno, que dispone que cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en esta Ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes.

CONSIDERANDO 3.º: Que basta la exposición de antecedentes y enunciación del tema litigioso para comprender la improcedencia del presente recurso, porque en el fondo lo que se pretende es la dejación sin efecto de la posesión otorgada por acuerdo judicial en el trámite especial que establece el artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria, que fué dictado en garantía y aseguramiento del derecho inscripto, donde se establecieron dos fases, una de pura ejecución y otra de cognición para defensa de los intereses lesionados, y la resolución que recaiga en este trámite no produce excepción de cosa juzgada, siendo susceptible de reproducir la misma cuestión en el juicio declarativo, normas de aplicación por analogía al caso en debate, porque aunque la providencia contra la que va la demanda origen de estos autos no recayó en trámite formal de contradicción y sí a virtud de una oposición e invocación de un derecho perjudicado, que es el mismo aquí discutido, por razón de similitud se ha de aplicar igual norma para declarar con carácter definitivo lo que allí se concedió en estado provisional, o sea, que el trámite correspondiente es el juicio declarativo.

CONSIDERANDO 4.º: Que reafirma la tesis desestimatoria del recurso el que la Ley especial, a cuyo amparo se interpone la demanda, se limita a regular las relaciones arrendaticias referidas a viviendas y locales de negocio con las excepciones que establece, y en el presente caso se pide la posesión derivada de un contrato de arrendamiento frente a la otorgada como consecuencia de una inscripción registral, es decir, que *se contraponen dos derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el debate, que hace inidóneo el proceso sumario* en que este litigio se ha desenvuelto, para ventilarse en otro más amplio, apto para dilucidar los diversos temas que el pleito plantea.

#### COMENTARIO

Dos son las cuestiones que fundamentalmente se plantean en el precedente caso litigioso: De una parte, si puede pedirse y, en su caso, declararse la eficacia del arrendamiento urbano frente al acreedor hipotecario anterior, adjudicatario de la finca y titular registral, a través del proceso establecido en la L. A. U. Cuestión de carácter procedimental e instrumental. De otra, dando por resuelta la primera, si en definitiva debe subsistir la titularidad del arrendatario especialmente protegido cuando el acreedor hipotecario anterior va a la ejecución y se enajena judicialmente la finca. Cuestión de fondo, en contacto con el Derecho civil, el hipotecario y el especial de A. U. Consideremos por separado ambos problemas.

#### I.—El proceso arrendaticio.

El artículo 151 L. A. U., expresamente apuntado como infringido en los motivos del recurso, establece que «cuando la acción, aunque propia

de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en esta Ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes». Viene así este precepto a acotar objetivamente el ámbito de aplicación del proceso especial arrendaticio (1). Sólo podrán sustanciarse a través de este procedimiento las acciones que se funden en derechos reconocidos por la L. A. U. La especialidad del proceso viene condicionada por la singularidad del derecho material en que se funda la pretensión (2).

A su vez, las alegaciones del recurrente contenidas en el motivo primero del recurso coincidían en señalar como petición principal del pleito la declaración de la subrogación del acreedor adjudicatario en la posición jurídica del hipotecante arrendador. Y partiendo de esa previa subrogación se deducía luego la subsistencia del arrendamiento como consecuencia necesaria. Pero sea cualquiera la prelación lógica de esa subsistencia legal —sin perjuicio de reconocer no sólo la eficacia de la voluntad del demandante para determinar el contenido de la demanda, sino también su correcto desarrollo cronológico—, lo cierto es que se justificaba la petición como basada en el derecho de subsistencia que la L. A. U. concede al arrendatario; y aun admitiendo la posible concurrencia de normas civiles e hipotecarias en la base de la pretensión deducida, consideraba el recurrente aplicable el proceso de la legislación especial, con apoyo doctrinal y jurisprudencial. El T. S. se opone a esta argumentación, afirma simplemente la inadecuación del proceso arrendaticio «por no ser de aplicación la Ley especial» y trata de justificar esta postura diciendo que en el pleito se contraponen dos derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el debate que hace inidóneo el proceso sumario en que este litigio se ha desenvuelto, para ventilarse en otro más amplio, apto para dilucidar los diversos temas que el pleito plantea».

En el caso que nos ocupa confluyen normas de naturaleza civil, arrendaticia e hipotecaria. Precisamente es en esta colisión de normas de distinta naturaleza donde nace su mayor nudo de problemas, como luego veremos. Ahora nos interesa considerar sólo una de las cuestiones de ahí derivadas: el posible sometimiento a la legislación arrendaticia del supuesto de hecho, y las consecuencias procesales derivadas de esa sumisión. La afirmación del T. S. de no ser de aplicación la Ley especial de arrendamientos, parece a primera vista sorprendente. La indudable existencia de un contrato de arrendamiento urbano de local de negocio parece postular su sujeción a los especiales preceptos que regulan esta peculiar realidad económico-social, salvo excepción legal en contra. Y no se diga que tal inaplicabilidad se esgrime como argumento de mero carácter procesal a efectos de determinar el juego de uno u otro proceso; porque, una de

(1) Usamos esta expresión en singular para significar los distintos caminos procesales que en dicha Ley se recogen. Sabido es que no se trata de uno sino de varios procedimientos. Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, págs. 1152 y 1154-55. Pero para no entrar en sublisticiones, se habla aquí de proceso arrendaticio como sinónimo de peculiaridades procesales contenidas en la L. A. U. frente al proceso normal de la L. E. C.

(2) Cfr. la caracterización objetiva que de estos procesos hace GUASP, *loc. cit.*, página 1152.

dos, o la relación jurídica contemplada debe regularse por los preceptos de la Ley especial —en confluencia, naturalmente, con las otras disposiciones aplicables. Ahí está el problema— con todas sus consecuencias normativas, o hay que predicar su exclusión, justificándola previamente.

La única razón que encontramos en la Sentencia para fundamentar tal exclusión es la de la complejidad de la pretensión. Se habla de colisión de derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el fondo del asunto no resoluble por un mero proceso sumario. Detengámonos un momento en esta argumentación. Los derechos en conflicto son indudablemente el del arrendatario a la subsistencia del vínculo arrendaticio y el del acreedor rematante a su extinción. El primero, nacido de la protección que al arrendatario concede la legislación especial, concretamente el art. 57 L. A. U.; el segundo, derivado de la L. H., que sigue el criterio de la extinción de las cargas posteriores a la hipoteca que va a la ejecución, considerando subsistentes únicamente las anteriores (cfr. artículo 131, reglas 8.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> y art. 133, 2.<sup>o</sup>, así como lo dicho más abajo). Derechos de distinta naturaleza, como nacidos de dos órdenes normativos diversos, uno de ellos de marcado carácter singular y excepcional. Ahora bien, ¿basta esa distinta naturaleza de derechos en pugna para excluir la aplicación del proceso sumario arrendaticio y exigir en todo caso un juicio declarativo ordinario? ¿No podrá el arrendatario, titular de un derecho reconocido en la Ley especial, utilizar para su defensa los trámites que esa Ley establece?

La postura del T. S. no parece del todo convincente, al menos en la letra del repetido artículo ciento cincuenta y uno L. A. U. Excluye éste solamente las acciones que no se funden en derechos reconocidos por esa Ley. Luego toda acción para hacer valer facultades que la ley especial reconozca debe tener cabida en sus procedimientos. Y aquí parece claro que el derecho del arrendatario a ser mantenido en su arrendamiento, aun después de la ejecución hipotecaria y de la liberación de cargas que implica el remate —si es que existe tal derecho, cuestión que ahora no se juzga, y que será aludida luego al tratar el problema de fondo— sólo puede derivar del criterio de prórroga forzosa establecido en el art. 57 L. A. U., no de la L. H. (ver preceptos aludidos) ni del C. c. (art. 1.571 en contra) (3).

La contraposición de los derechos de índole y origen distintos o, mejor diríamos nosotros, la valoración de la pugna entre dos normas de distinto alcance hace a nuestro T. S. reconducir a un juicio plenario la resolución del caso. Late bajo esta afirmación la preocupación por el problema de fondo —la subsistencia del arrendamiento a la hipoteca—, que aquí no se aborda pero se intuye. También es cierto que la importancia de la solución que se dé y el posible perjuicio de intereses jurídico-privados bien consistentes parecen aconsejar un marco procesal más amplio y de mayores garantías. Pero tan restrictiva aplicación del artículo 151 L. A. U. lo haría eficaz solamente en los casos en que el titular del arren-

(3) Como dice GONZÁLEZ: Sólo la invocación de la legislación especial en materia de A. U., resulte o no fundada, determina la aplicación del proceso especial (loc. cit., pág. 1154).

damiento entrara en litigiosa relación con el primitivo arrendador o con otros titulares de facultades derivadas del arrendamiento, no cuando la colisión se produjera frente a una situación jurídico-real dotada de singular protección en el ámbito civil e hipotecario. Tal reducción no parece fácil de encajar en la letra —quizá excesiva, por lo demás— del artículo 151. Además, el concepto de pretensión compleja no parece suficiente ni seguro, aunque pueda resultar realista. Ni es fácil determinar *a priori* hasta dónde un debate puede resultar «simple», ni el criterio cuantitativo de la complejidad debe sustituir aquí al cualitativo del fundamento legal de la titularidad discutida.

Esto sin tener en cuenta que la obligada remisión al juicio plenario —mayor tiempo y mayor gasto— puede dificultar la protección de la situación arrendaticia, tan enérgica en la ley actual, tanto más cuanto que la sumariedad del proceso especial es la simplemente incidental, siendo susceptible la vía procesal de dos instancias y de un auténtico recurso de casación como es el de injusticia notoria (Cfr. art. 126, 131-1ª y 135 L. A. U.).

En fin, la posible improcedencia del proceso arrendaticio para tramitar el caso propuesto se apoya en la Sentencia en una consideración tangencial, bien que conexa. Como el acreedor rematante, hoy recurrido, obtuvo la posesión de la finca adjudicada en virtud del procedimiento del artículo 41 L. H., entiende nuestro Alto Tribunal que no se puede dejar sin efecto la posesión judicialmente otorgada en virtud de dicho procedimiento, sino a través del juicio declarativo correspondiente; por ser un procedimiento de aseguramiento del derecho inscrito, con doble fase de ejecución y cognición, sin que su resolución produzca excepción de cosa juzgada (4). De donde deduce la insuficiencia del procedimiento contenido en la L. A. U. para enervar la eficacia del procedimiento registral. Sea cualquiera la tesis que se sustente sobre la naturaleza de tan discutido procedimiento (5), su estructura de proceso sumario —limitación en los medios de defensa del demandado; en el desarrollo del proceso de contradicción: incidental; y en la eficacia de la sentencia que no produce cosa juzgada— parece aconsejar que la remisión al juicio declarativo se haga al juicio plenario, y no a otro juicio de cognición sumario. Si bien es cierto que juicio ejecutivo se opone a declarativo o de cognición, y dentro de éste tienen cabida tanto el declarativo ordinario como los sumarios, la referencia del artículo 41 L. H. parece apuntar al declarativo ordinario. En tal sentido, se procedería el uso del proceso incidental arrendaticio y sería correcta la doctrina jurisprudencial que comentamos.

Frente a ello, deben tenerse en cuenta las consideraciones antes apuntadas de que no puede privarse al arrendatario del procedimiento especialmente previsto por la Ley para la defensa de su privilegiada posición, sobre todo cuando se trata del simple reconocimiento judicial de su derecho

---

(4) "La sentencia dictada en el procedimiento a que se refiere este artículo no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión". (Art. 41 L. H., párrafo último.)

(5) A favor de su configuración como proceso de ejecución, vid. GÓMEZ, loc. cit., página 1116 y siguientes. Un resumen de las teorías sobre su naturaleza puede verse en Roca, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1954, tomo I, pág. 321 y siguientes.

de prórroga forzosa contra terceros; que negarle tal posibilidad, como hace el T. S., puede originar una indefensión o una más difícil protección procesal de su situación jurídica, más allá de lo que en su función tuitiva quiso la L. A. U.; y en fin que, prescindiendo de que el adjudicatario acudiera o no a procedimientos de aseguramiento de su situación registral (6), el arrendatario pretendía únicamente la declaración judicial de subsistencia del arrendamiento, subsistencia basada en un singular precepto de la legislación arrendaticia, y parece lógico concederle el uso del proceso que tal ley establece. Podrá ser cierto que la eficacia del procedimiento del artículo 41 L. H. no puede desvirtuarse más que a través de un declarativo plenario; pero ello es en casos ordinarios, no cuando, como en el presente, se trata de una titularidad arrendaticia especialmente protegida por la ley y dotada de peculiares medios de defensa.

Lo hasta aquí dicho pretende sólo puntualizar el alcance de la defensa procesal que la L. A. U. establece en favor del arrendatario, maizando la argumentación del T. S. ya vista. Ni se trata de disminuir la eficacia del procedimiento ejecutivo registral del artículo 41 L. H., ni de defender la pluralidad de procesos especiales, en contra de la actual tendencia, que compartimos, de ir hacia una unificación de caminos en nuestra legislación procesal, ya excesivamente compleja. Pero, mientras no se derogue, la L. A. U. exige su respeto, bien que a veces no estemos de acuerdo con sus normas.

#### *II.—La subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca ejecutante.*

El segundo problema que plantea el caso que nos ocupa, a nuestro juicio mucho más importante que el primero, es el de determinar si el arrendamiento de local de negocio debe subsistir aun después de que sea enajenada en pública subasta la finca como consecuencia de la ejecución hastada por un acreedor hipotecario anterior. El segundo motivo del recurso de injusticia notoria planteaba esta cuestión al estimar infringido el artículo 57 L. A. U. que, en opinión del recurrente, amparaba la subsistencia de su situación arrendaticia. Pero, como hemos visto, el T. S. no ha llegado a pronunciarse sobre este problema de fondo por considerar que era improcedente el trámite procesal del recurso de injusticia notoria para resolverlo, reconduciendo al juicio declarativo ordinario para discutir tal cuestión. Y es lástima que este defecto meramente procesal —por lo demás, bien discutible en su aplicación, como hemos tra-

---

(6) Dejemos ahora de lado el problema de si frente a la pretensión defensiva del titular registral, demandante en el proceso del art. 41 y basada en la eficacia legitimadora del Registro, no podrá el arrendatario oponer su derecho de tal, que no necesita de la publicidad registral para su eficacia, sino que arranca directamente de la ley que lo establece, y despliega su virtualidad "ex lege", como limitación del dominio, aún frente a terceros; ello incide sobre el problema sustantivo de la subsistencia del arrendamiento al margen del Registro, a que luego se alude.

tado de apuntar en el apartado anterior— haya impedido la decisión de nuestro más Alto Tribunal sobre esta importante cuestión, relativamente ayuna de doctrina jurisprudencial.

1. El problema genérico de la subsistencia de los arrendamientos protegidos posteriores a la hipoteca ejecutante es relativamente reciente. Su existencia viene condicionada por la proyección de las modernas leyes reguladoras de los arrendamientos rústicos y urbanos. Aquí, sin embargo, va a ser limitado a través de una triple reducción conceptual: Nos referimos al arrendamiento urbano, y al regulado por su específica legislación protectora. Quedan así fuera de nuestra actual atención todo el amplio campo de los arrendamientos rústicos y el más limitado de los arrendamientos urbanos sometidos al C. c., excluidos de la Ley de 13 de abril de 1956 (7). La subdistinción, dentro de los arrendamientos urbanos, entre viviendas y locales de negocio, no altera en principio la solución buscada, como luego veremos. Por otra parte, consideramos sólo los arrendamientos cronológicamente posteriores a la fecha de la hipoteca, puesto que los anteriores no se ven afectados por la ejecución hipotecaria. Tales delimitaciones vienen impuestas no sólo por la conexión con el caso planteado sino también y sobre todo por la necesaria brevedad de estas notas (8).

2. Frente al criterio tradicional de la L. E. C. (vid. arts. 1.516 y 1.518), la L. H. de 1909 vino a establecer la norma, más acorde con la exigencias de la realidad práctica, de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores o precedentes a la hipoteca del acreedor ejecutante, ampliando la vigencia de tal norma en todo caso de venta forzosa en procedimiento ejecutivo judicial (9). (Cfr. art. 131, reglas 8.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> y art. 133, párrafo 2.º L. H. actual). Sólo las cargas o gravámenes anteriores —y las simultáneas. Vid. art. 227 R. H.— subsisten; las cargas posteriores se extinguen.

En relación con la eficacia de esta importante norma de subsistencia importa hacer una doble precisión. Primera: ¿La regla de extinción de car-

(7) El problema, aunque vigente, puede plantearse con menos virulencia en el plano del A. R. Cfr. arts. 9-4, 24-4 y 27-1 Regl. A. R. de 29 de abril de 1959, así como la Sentencia 5 febrero 1945 (ver Comentario de FLOREZ DE QUIÑONES en R. D. P., 1945, páginas 529 y siguientes) y lo dicho por Roca en Suplemento al D. H., Barcelona, 1960, página 159.

(8) El tema no ha sido desarrollado por la doctrina con excesiva amplitud. Recordemos entre la bibliografía más importante:

NART: *Ex-arrendamientos*, A. D. C., IV-III, págs. 935-936.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1954, tomo IV, pág. 878-9.

GINOT LLOBATERAS: *La Hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, A. D. C., VIII-IV, pág. 1167 y siguientes.

MORO LEDESMA: *La relación entre el arrendamiento y la hipoteca*. Dictamen en A. D. C., IX-IV, pág. 1325 y siguientes.

GINOT: *El arrendamiento otorgado por el usufructuario*, A. D. C., IX-IV, pág. 1233.

CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado práctico de A. U.*, Instit. Edít. Reus, Madrid, 1957, tomo II, pág. 455.

ROCA SASTRE: *Suplemento al D. H.*, Bosch, Barcn., 1960, tomo IV, págs. 155-161.

(9) "... será aplicable... también a aquellos otros (casos) en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles".

gas posteriores alude sólo a la hipoteca y al embargo —titularidades de realización de valor en funciones de garantía— o se extiende a todos los derechos reales inscribibles? Esta última parece ser la opinión más correcta. El artículo 225 R. H. hace referencia también a las «embrazaciones del dominio, derechos condicionales u otros que, por su rango, deban declararse extinguidos». ¿Cuáles son esos otros derechos que deben declararse extinguidos? La razón de la extinción debe encontrarse en el rango mismo, o sea todas las titularidades registrales de rango posterior a la hipoteca ejecutante. Y en este sentido se pronuncia la doctrina más autorizada (10). Por tanto también el arrendamiento, al menos en la medida en que pueda estimarse carga o afección de la finca susceptible de protección registral.

Segunda: La L. H. (ver art. 131, regla 17.ª, y 233 R. H.) expresamente ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que va a la ejecución. Ahora bien, como en virtud de la legitimación registral, la cancelación es sólo punto de partida para presumir la extinción del derecho cancelado, pero no implica la extinción misma (cfr. art. 97 L. H.), la norma del procedimiento ejecutivo hipotecario alude sólo a la cancelación formal en el Registro o exige la extinción sustantiva de los derechos posteriores, que pueden vivir civilmente al margen de la inscripción? De un lado, la letra del artículo 225 R. H. expresamente se refiere a los derechos que deban declararse extinguidos. De otro, la misma razón práctica que justifica la norma de subsistencia postula «a sensu contrario» la necesidad de no subsistencia o extinción. En fin, si partimos —con la tesis que nos parece más acertada— de que el deudor hipotecante es titular de un dominio resoluble condicionado en su existencia y efectos por el posible incumplimiento, la ejecución hipotecaria derivada de ese incumplimiento habrá de provocar la extinción de los gravámenes no preferentes, por venir condicionada su suerte a la de la hipoteca precedente. Ello por la propia función de garantía que está en la base de la institución hipotecaria. La L. H. habla de cancelación por contemplar el problema en el plano registral. Además, mal podría hablarse de eficacia de un derecho o afección real, desprovisto de publicidad registral, limitado si acaso inter partes, cabalmente cuando la finca gravada ha de pasar a manos de un tercero en virtud de la venta judicial. En resumen, la norma de subsistencia de las cargas anteriores comprende toda clase de afecciones reales e impone la extinción de las posteriores.

3. Al poner en relación la norma de la L. H. transcrita con el arrendamiento de local de negocio, la primera pregunta que surge es la de si este tipo de arrendamiento debe considerarse o no como carga a los efectos de su virtualidad frente a la hipoteca anterior. Ello nos lleva de la mano al problema, mucho más arduo, de la configuración institucional del arrendamiento urbano regulado en la Ley especial.

Sobre la naturaleza del arrendamiento urbano y de su especial legislación normativa se han sustentado no pocas opiniones (11). Se habla de

(10) Vid. Roca, *loc. cit.*, tomo IV, pág. 865, in fine, 866 y 877-879.

(11) Vid., entre otros, CASTÁN y CALVILLO: *Tratado práctico de A. U.*, vol. I, pá-

un derecho singular, imperativo y de tendencia social; que el derecho arrendaticio urbano es un derecho necesario; que hace tránsito hacia formas enfiteúticas; que participa de los caracteres de los derechos reales; que el contenido del derecho, voluntario en su origen, viene predeterminado por la ley, etc., etc. No vamos a entrar ahora en el fondo de tan difícil problema, dada la brevedad de esta modesta nota. Baste con recordar, a los efectos que aquí nos interesan, que si desde un punto de vista económico el arrendamiento de un local de negocio puede repercutir en el valor en cambio de ese local, por cuanto la estabilidad de la situación del arrendatario y consiguiente falta de libre disposición del local supondrá normalmente un menor precio de venta, desde un punto de vista jurídico la afección derivada de la titularidad arrendaticia y de su legal subsistencia no puede reflejarse en una mera relación jurídica crediticia, sino que entraña un auténtico gravamen de la cosa arrendada. A pesar de las causas legales de terminación del arriendo —precisamente por su carácter limitativo— y de los casos taxativos de posible excepción a la prórroga, la norma general es aquí la de prórroga obligatoria, irrenunciabilidad originaria, aunque parcial, de los derechos y derecho necesario o no modificable por la autonomía de la voluntad; todo ello en función de la ratio legal de otorgar una especial protección al arrendatario. El arrendamiento urbano, en su actual regulación de favor, entraña una carga para la titularidad del propietario arrendador, que puede traducirse en un gravamen o disminución económica del precio de venta del local.

Si llegar a plantearnos el problema de la estructura y eficacia de la posición arrendaticia (12), y aun partiendo de la crisis actual de la distinción entre derechos reales y de crédito (13), parece claro que la cualidad del arrendatario, protegido con el beneficio irrenunciable de la prórroga forzosa (art. 6 L. A. U.) aun frente a terceros adquirentes o sucesores en la posición jurídica del arrendador (art. 57 L. A. U.), está más cerca del concepto tradicional del derecho real. Si, en definitiva, la división ahora criticada descansa, tanto o más que en la estructura de las titularidades, en su virtualidad frente a terceros, o, mejor aún, frente a terceros adquirentes de la cosa gravada (14), la mayor eficacia del arrendamiento

---

gina 73 y siguientes, y el *Dictamen* de Moro, en A. D. C., IX-IV, pág. 1330 y siguientes. A favor de su configuración como derecho real, ver VALLET: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Editor., "Rev. de D. Privado", Madrid, 1951, pág. 20 y siguientes.

(12) Ello exigiría además la matización entre los distintos tipos de arrendamiento, de entre los sometidos a la ley especial: vivienda o local de negocio; viviendas suntuarias o no, con mobillario o sin él, etc.; en orden a precisar el alcance de cada situación, lo que excede con mucho de nuestro objeto.

(13) Véase, por todos, el trabajo de FAJEN: *Derechos reales y de crédito*, en "Revista de Derecho Notarial", núm. 23 (p. 95-256), 24 (p. 139-266), 25-26 (p. 155-362) y 31 (p. 171-341), y la Conferencia de VALLET: *Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral*, publicada en "R. Cr. D. L.", número extra conmemor. primer Centenario, L. H., 1861, Madrid, 1961, p. 164 y siguientes.

(14) El derecho personal es también jurídicamente eficaz frente a terceros o el tráfico jurídico en general, que no puede desconocer la existencia de un vínculo preconstituido y amparado por el derecho; la diferencia reside en que la eficacia del derecho real se da también frente a un tercero especialmente cualificado, el tercer adquirente que entra en relación con la cosa y viene obligado a respetar los derechos constituidos sobre ella con an-

protegido y su necesaria subsistencia frente al tercer adquirente de la finca, en contraste con el arrendamiento tradicional sometido al artículo 1.571 del Código civil, nos reconduce a ese otro grupo de titularidades más eficaces que se incluían entre los derechos reales.

Y aún más. La eficacia del derecho real frente al tercer adquirente que inscribe su adquisición estaba condicionada por su previa inscripción en el Registro. El mecanismo de la publicidad registral venía así a dotar de seguridad al tráfico legitimando las facultades del titular registral e imponiendo al tercero que inscribe sólo los derechos inscritos con anterioridad. Pero con el arrendamiento urbano esto no sucede. La titularidad del arrendatario subsiste frente a terceros adquirentes sin necesidad de inscripción. No es que el arrendamiento no sea inscribible, es que no necesita ser inscrito (15). El arrendamiento sigue vigente incluso frente a un tercero que sucede al arrendador en todos sus derechos y obligaciones, sin necesidad de inscripción. La ley dota de un plus de eficacia o publicidad legal a una situación jurídica normalmente necesitada de protección registral. El comprador que inscribe su derecho puede venir obligado a soportar un arrendamiento anterior de que no tenía noticia (16). Los moldes tradicionales de la publicidad del Registro se rompen ante la mayor protección del interés arrendaticio. El arrendamiento protegido goza así de una publicidad *ex lege*; afecta al tercero aún sin inscripción, como ocurre con las servidumbres legales de utilidad pública o con las limitaciones legales del dominio (arts. 26-1.º, 37-3.º L. H. y 5-3.º R. H.). En este sentido y con expresión más gráfica que exacta se podría decir que el arrendamiento urbano de la ley especial es no sólo derecho real, sino algo más, dado que es oponible a terceros aún sin inscripción (17)

Resumidamente, el arrendamiento de local de negocio constituye un derecho especial por su contenido y efectos, susceptible —aunque no necesitado— de inscripción registral, que actúa como una carga o gravamen sobre la finca que recae. Sometido a la ejecución hipotecaria derivada de una hipoteca de fecha anterior, el arrendamiento deberá extinguirse. Ello, tanto por el esfuerzo extintivo de la regla de subsistencia de las cargas

terrioridad, lo que no ocurre en la oponibilidad frente a terceros del vínculo meramente obligacional. Dicho sea esto como línea de trazo grueso, sin matices, y con todas las reservas que imponen las dudas de la actual dogmática.

(15) Buen argumento en favor de la conveniencia de su inscripción es el art. 15 R. H., reformado por D. 17 marzo 1959, que somete a publicidad registral el derecho de retorno arrendaticio, si bien la nueva regulación no deja de plantear importantes problemas.

(16) Dejemos de lado la improbabilidad de este supuesto, derivada no sólo de la apariencia posesoria del arrendamiento, sino también de la norma contenida en el art. 155 L. A. U. que exige la previa notificación al arrendatario o la declaración, en su caso, de no estar arrendado para que pueda inscribirse la transmisión del piso.

(17) Como dice LÓPEZ JACOINIS, "por esa razón ha perdido importancia la distinción entre arrendamientos inscribibles y no inscribibles. La virulencia de los preceptos de la legislación especial es tan intensa que dota al arrendatario de unos medios defensivos tan fuertes o más que los derivados de la inscripción registral. Efectivamente esas defensas, por partir directamente de la ley, gozan de una eficacia "erga omnes" superior a la que el Registro puede proporcionar" (*El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario*, A. D. C., IX-IV, p. 1241).

anteriores, ya vista, como por el argumento de fondo de ser este dominio del hipotecante sujeto a la posible resolución derivada de la hipoteca, resolución que afectará a las desmembraciones posteriores de la finca y, por tanto, también al arrendamiento (18). Tal es la solución a que parece conducirnos el puro juego de las normas que regulan los efectos de la ejecución hipotecaria.

4. Frente a esto, el artículo 57 L. A. U. viene a afirmar categóricamente la necesidad de prórroga obligatoria, tanto para el arrendador como para un tercero que suceda a éste en todos sus derechos y obligaciones. Se consagra así la subsistencia del arrendamiento *ex lege*, incluso frente al tercer adquirente de la finca. Y es precisamente en el choque entre ambas normas: la hipotecaria, que predica la extinción de cargas posteriores, y la arrendaticia, que impone la subsistencia del arrendamiento, donde se plantea el problema de cuál debe prevalecer y cuál será, en definitiva, la suerte del arrendamiento en un caso como el que nos ocupa (19).

Uno de los propósitos del legislador, al disciplinar los arrendamientos, fué cabalmente el de dotar de estabilidad a la relación arrendaticia, mediante un sistema de prórrogas obligatorias para el arrendador que permitieran al arrendatario continuar en el goce de la vivienda o local ocupado. Ello motivado por el problema general de escasez de viviendas y para evitar al inquilino el desalojo por simple voluntad del arrendador (20). La prórroga forzosa y la renta legal, junto con la limitación de causas extintivas y la necesidad de sus normas, son alguno de los instrumentos más enérgicos en esta política de estabilidad del arrendatario. El artículo 57, a que ahora nos estamos refiriendo, refleja la consagración de esa preocupación de estabilidad en la actual ley.

El ámbito objetivo de aplicación de este precepto —párrafo primero del artículo 57—, supuesta la existencia de un contrato de arrendamiento sometido a la Ley especial, viene acotado por un triple condicionamiento: 1), la voluntad del arrendatario, ya que para él la aplicación de la prórroga es, naturalmente, potestativa; 2), ausencia de causa legal de excepción a la prórroga; 3), identidad de arrendador o sucesión en su posición jurídica.—En relación con este tercer requisito, la vigencia del arrendamiento legalmente prorrogado frente al primitivo arrendador no plantea

(18) Entre un propietario en la plenitud de su derecho y un propietario que lo ha hipotecado existe, en caso de transmisión del derecho, una diferencia fundamental: que la transmisión realizada por este último no puede tener nunca la misma densidad jurídica que la realizada por un propietario normal, porque entre un caso y otro se interpone el derecho de hipoteca, cuyos efectos no puede eliminar en absoluto el propietario hipotecante al realizar la transmisión (GINOT: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, A. D. C., VIII-IV, p. 1184).

(19) Aunque el arrendamiento de viviendas y el de local de negocio encuadran realidades sociales de diversa índole y la ley protege con distinta energía ambos tipos contractuales, sin embargo, a los efectos que aquí interesan, no vamos a considerar por separado ambos supuestos, toda vez que la eficacia de la norma del art. 57 los abarca a los dos, y el de la prórroga, a diferencia de otros beneficios legales, es también irrenunciable en los locales de negocio.

(20) Vid. Cesáreo RODRÍGUEZ AGUILERA y José PERE RAMÍY: *La prórroga forzosa de los A. U.*, "R. Gral. de D.", julio-agosto 1961, p. 626 y sigs.

mayores problemas, fuera de los derivados de la propia prórroga: sí, en cambio, la consideración de los efectos de la subsistencia frente al causahabiente o sucesor del arrendador. En realidad, como ha señalado la doctrina (21), bajo la letra del artículo 57 se recogen dos cuestiones distintas: la prórroga del arrendamiento después del vencimiento del plazo y su subsistencia a pesar de la sucesión de un tercero en los derechos y obligaciones del arrendador. La prórroga se da frente al arrendador al terminar el plazo pactado; la subsistencia frente al tercer adquirente del local arrendado, sea cualquiera la fecha de su adquisición. La presunta resolución del contrato —en el Derecho civil común— jugaría en un caso por vencimiento del plazo y en otro por transmisión de la propiedad. Aquí interesa aludir ahora al segundo y más problemático de dichos supuestos: la sucesión de un tercero en los derechos y obligaciones del arrendador.

Partimos del concepto genérico y clásico de sucesión como cambio meramente subjetivo en una relación jurídica. El fenómeno viene caracterizado por una necesaria identidad objetiva de la relación simultánea con la variación del sujeto (22).

Por virtud de esta figura, una persona entra en el puesto que otra tenía en una relación jurídica, sin que ésta se extinga. Pero, como indica el profesor BERRI (23), al lado de este concepto amplio de sucesión podemos distinguir otro más estricto o técnico, que exige que la posición jurídica del sucesor esté ligada a la del predecesor por un nexo derivativo. O la sucesión se produce en todo caso de sustitución personal no extintiva o se subordina la apreciación del fenómeno sucesorio a la existencia de un vínculo inmediato y directo entre los dos titulares. Entendemos que el precepto comentado se refiere al primero de dichos conceptos, sucesión en sentido amplio, más bien que al segundo; y ello tanto porque la ley no distingue, y no parece lícito limitar su eficacia en materia tan imperativa, cuanto porque, como dice LACRUZ BERDEJO, «lo importante para que haya sucesión no es un acto de disposición del precedente titular (que no existe en la sucesión abintestato), ni menos el ejercicio del derecho mismo mediante transferencia voluntaria, sino la identidad del derecho sea cual sea la forma de derivación» (24). En este sentido podríamos decir que la idea de transmisión contempla el desplazamiento jurídico más bien desde su causa, desde el transmitente, mediante el ejercicio de las facultades dispositivas; mientras que la sucesión alude más bien a los efectos, al adquirente, con independencia de la titularidad anterior.

La distinción apuntada adquiere un nuevo relieve al poner en relación el supuesto del artículo 57 con la ejecución hipotecaria. Cuando el que sucede al arrendador es un comprador que adquiere la finca mediante una venta

(21) Ver CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado Práctico...*, tomo II, p. 217-8.

(22) Damos por resuelto el problema de la posibilidad de que subsista una misma relación con distinto titular (novación modificativa por cambio de sujeto sin efectos extintivos). Frente a ésto ver, entre otros, CARNELUTTI: *Teoría General del Derecho*, Edit. "Rev. D. Privado", Madrid, 1955, p. 240-2. Ver también la refutación de LACRUZ BERDEJO, en *Derecho de Sucesiones, Parte General*, librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 8-9.

(23) *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. "Rev. de D. Privado", Madrid, p. 29.

(24) *Derecho de Sucesiones*, citado, pág. 11.

voluntaria y privada, el juego de la subsistencia arrendaticia parece indudable. El problema surge cuando el adquirente del local lo es a través de la ejecución judicial. ¿Puede estimarse comprendido dentro del artículo 57 el supuesto de venta judicial o forzosa en que desemboca la ejecución de la hipoteca? He ahí el problema. Su solución dependerá, en definitiva, de la postura que se adopte al precisar la naturaleza de la venta judicial y de la sucesión arrendaticia.

Sobre la naturaleza del acto judicial de adjudicación con que termina el procedimiento de ejecución hipotecaria —nos estamos refiriendo ahora al procedimiento judicial sumario. Vid. art. 131, regla 17.<sup>a</sup>— se han mantenido diversas teorías (25). Se trata para algunos, con apoyo en la letra de la propia L. E. C., de un negocio jurídico de tipo contractual, de una auténtica venta (FLÓREZ DE QUIJONES); para otros, del ejercicio de un derecho de prenda que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor (KOHNER, ROCCO); o de la expropiación de la facultad de disposición que normalmente corresponde al dueño de los bienes y que aquí es actuada en nombre del Poder público mediante la intervención del Juez (CHIOVENDA, CALAMANDREI); o de un acto estatal o transmisión forzosa, distinto de la venta por la falta del consentimiento del titular (SATTA, PUGLIATTI); o se quiere ver un acto realizado por el órgano ejecutivo en representación del deudor, a través de una amplísima concepción del fenómeno representativo (CARNELUTTI).

La diferencia última entre venta voluntaria y adjudicación judicial parece estar en la ausencia de consentimiento del propietario en el acto judicial. El dueño de la finca —deudor hipotecante primitivo o tercer poseedor que adquiere con la carga de la hipoteca— podrá estar de acuerdo con que la transmisión se realice; pero no es necesario que preste su consentimiento, toda vez que basta el acto judicial en que se aprueba el remate y la adjudicación. Ello para mayor eficacia de la garantía, en función de la cual vive la hipoteca. Esta ausencia de consentimiento se traduce causalmente en que el juez actúa movido por una pretensión o instancia procesal de ejecución; subjetivamente, en que no interviene el dueño sino el órgano judicial; y formalmente, en que la adjudicación se exterioriza no en un contrato privado, sino a través de un auto judicial.

Pero si la diferencia entre ambos actos es grande en su estructura, resulta menor en sus efectos. El adquirente, en la subasta judicial, se coloca en el lugar del anterior dueño, si bien queda la finca libre de la hipoteca ejecutante y de las cargas posteriores. Fuera de esta variación, en cuanto a la extinción de cargas posteriores y de algunos otros extremos derivados de la propia estructura del contrato, que aquí no se dan igualmente —vicios del consentimiento; plazos para el ejercicio del retracto; evicción y sancionamiento, etc.—, el adjudicatario sucede económicamente al propietario anterior en la titularidad y disfrute de la finca subastada. El acto adquisitivo tendrá su origen aquí en la acción del acreedor o la actua-

(25) Ver un resumen de estas teorías en GUASP: *La ejecución procesal en la L. H.*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 163-167 y en el trabajo de GONZ: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, loc. cit., p. 1213-1219.

ción del órgano público, no en el consentimiento del dueño actual; pero el rematante vendrá a asumir la titularidad de la finca hipotecada. En cuanto a su eficacia, la adjudicación judicial produce efectos parcialmente coincidentes con los de la venta contractual. Obsérvese, además, que si esta similitud parece posible en cuanto al procedimiento judicial sumario, lo será aún más en el procedimiento ejecutivo ordinario en que la enajenación se hace por escritura pública (art. 1.514 L. E. C.) a no ser que se haga al acreedor no licitador (art. 224 R. H.), y en el procedimiento extrajudicial (art. 234, 1.º y 235, 10.º R. H.).

Algún autor, subrayando la distinta naturaleza de la venta voluntaria y la forzosa y acogiendo, sobre todo, la noción de sucesión en su sentido más limitado, ha querido excluir la adjudicación judicial de la sucesión en la posición del arrendador que contempla el artículo 57 (26). Para admitir la sucesión jurídica se exige, además de identidad objetiva y novación subjetiva, un nexo que ligue a los dos sujetos. Como en la venta forzosa ni se da una absoluta identidad objetiva en la titularidad del adjudicatario ni existe ese nexo vinculante entre ejecutado y adjudicatario, que aquí se sustituye por la intervención del juez, el rematante —se concluye— no es sucesor del arrendador, a efectos del artículo 57 L. A. U. Tal argumentación no parece convincente: a), porque se estima que no es necesario ese vínculo o nexo entre sucesor y sucedido, sino que basta la mera subsistencia de la relación con otro titular, de acuerdo con lo dicho más arriba y la opinión de LACRUZ BERDEJO; b), porque si bien el adjudicatario no se subroga en la total posición jurídica del ejecutado, dado que la ejecución precipita la extinción de las cargas posteriores, sin embargo, sucede al ejecutado en la titularidad jurídica y económica del dominio de la finca; c), porque la L. A. U. impone la subsistencia aunque se suceda al arrendador en todos sus derechos y obligaciones, expresión expansiva, no limitativa. Parece lógico pensar que si la sucesión se produce no en todos los derechos y obligaciones del arrendador, sino al menos en uno solo de esos derechos, cual es el de dominio —sucesión en la relación jurídica dominical—, con doble motivo habrá de jugar la solución legal; d), porque la L. A. U. —de no muy precisa técnica terminológica—, al recoger en su artículo 57 la idea de sucesión, probablemente no lo hizo matizándola en su más estricto sentido jurídico, sino en el más habitual y popular de que venga un tercero a colocarse en el lugar del arrendador; e), en fin, porque la solución contraria podría representar un fraude al precepto del artículo 57, que parece imponer imperativamente, en beneficio del arrendatario, la subsistencia del arrendamiento en todo caso, aunque cambie la persona del arrendador, a no ser que puedan esgrimirse una de las excepciones legales a la prórroga.

Estimamos, por tanto, que la adjudicación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 57 L. A. U. A favor de la extinción del arrendamiento nulifica la norma general hipotecaria de subsistencia de cargas preferentes y el argumento jurí-

(26) V. GINER: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, página 1217-18.

lítico, de no pequeño valor, de los límites intrínsecos de toda sucesión traslativa; no se puede disponer de más de lo que se tiene; el deudor hipotecante no puede desvirtuar por un acto posterior la eficacia de la garantía; el dominio del arrendador está sometido a la condición resolutoria del impago de la deuda, que arrastrará en su caso la resolución del arrendamiento posterior. Todavía podría encontrar la tesis extintiva un cierto apoyo legal en el párrafo segundo de dicho artículo 57 que, en su actual redacción, permite la extinción del arrendamiento concertado por el usufructuario a la extinción del usufructo, si bien sólo cuando las condiciones del contrato fueran notoriamente gravosas para la propiedad (27). Pero la distinta posición jurídica del usufructuario y del hipotecante hace inaplicable cualquier intento de analogía: el primero es titular de un derecho de disfrute sometido a plazo extintivo, normalmente la duración de la vida del usufructuario; el segundo, propietario resoluble, cuyo dominio viene inciertamente condicionado por el incumplimiento posterior; titularidad temporalmente limitada y situación jurídica de pendeencia, respectivamente, con diversa estructura y efectos. También podría invocarse como argumento en este sentido el actual texto del párrafo 2.º del artículo 213 R. H., en caso de arrendamiento fraudulento o con renta inferior a la debida. Pero, como enseguida veremos, tal norma sólo puede jugar como remedio subsidiario, pues ni autoriza la extinción del arrendamiento ni podría un precepto reglamentario ir en contra de lo establecido por una ley.

Por el contrario, no olvidemos que impone la solución extintiva la recta interpretación del artículo 57. Interpretar, es, ante todo, determinar la norma aplicable al caso para después averiguar su contenido normativo; la búsqueda de la norma puede hacerse más allá de la ley, pero sin olvidar nunca la autoridad del texto legal (28). La función supletoria del derecho común frente a los derechos especiales (vid., art. 16 C. c.) sólo actúa en defecto de regulación concreta. Entendemos que no existe aquí laguna legal y que la transmisión derivada de la ejecución forzosa hipotecaria está incluida en la *ratio legis* del artículo 57 L. A. U. Y aún admitiendo que no fuera así, la remisión que el artículo 8 L. A. U. hace a la analogía legal, impondría en su caso igual solución, antes de entrar en juego la norma general de extinción.

La norma contenida en el tantas veces repetido artículo 57 se nos aparece así dotada de la mayor eficacia. La subsistencia arrendaticia actúa frente a todos y *ex lege*. Se trata de un beneficio legal e irrenunciable concedido al arrendatario; sólo podrá ser renunciado por el propio inquilino después de entrar en juego la prórroga o la sucesión traslativa (renuncia de derecho ya adquirido), no al celebrarse el arrendamiento (renuncia de ley imperativa). Se hace repercutir sobre el tercer adquirente un contrato de arrendamiento anterior en el que no ha tenido

(27) Con ello ha venido a darse expresa solución legal al viejo problema de la posible extinción del A. U. concertado con el usufructuario del local arrendado.

(28) Vid. F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I. E. P., Madrid, 1949; tomo I, págs. 459-60.

parte. La publicidad de la titularidad arrendaticia como instrumento de protección frente a terceros adquirentes, discurre por un triple cauce: la posesoria, derivada de la mera ocupación física del local arrendado; la registral cuando se acude a la inscripción tabular; y la legal, que se superpone a las otras dos, dotando de la máxima eficacia a la posición del inquilino. Solo a través de una de las causas legales de excepción a la prórroga o de resolución del contrato podrá éste declararse extinguido. Por eso decíamos antes, con ciertas reservas, que el arrendamiento urbano puede llegar a jugar como una limitación legal del dominio, aunque no lo sea en sentido estricto. Partiendo del criterio legal parece preferible esta solución que propugna la subsistencia del arrendamiento mientras no se demuestre que fue concertado con simulación, fraude o abuso del derecho, que la solución contraria. La presunción del derecho no debe estar en favor de la actividad ilícita y afirmar lo contrario equivaldría a gravar al arrendatario con la prueba de su perjuicio o de la actitud maliciosa del arrendador, en contra de la finalidad protectora de la ley. Tal parece ser la conclusión a que nos conduce la L. A. U. y que excepciona las normas generales de ejecución hipotecaria en beneficio del inquilino.

5. Pero si admitimos, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, que el arrendamiento de local de negocio —y, en general, el A. U. protegido— no se extingue por la enajenación judicial de la finca arrendada, ello plantea una no pequeña dificultad práctica. Como el arrendamiento subsistente entraña un gravamen de la finca de fuerte entidad jurídica y difícil extinción, tal carga puede traducirse en un menor valor en cambio del local, dado que el adquirente ni puede ocuparlo ni disponer de él libremente. A la hora de su venta, el precio de un piso arrendado será lógicamente menor que el de ese mismo local vacío. La subsistencia del arrendamiento puede implicar una inferior postura en la subasta o un retraimiento de licitadores. Si, como consecuencia de la disminución del precio ofrecido, llega a adjudicarse la finca en un valor inferior a la cuantía de la deuda garantizada, se producirá la paradoja de que, a pesar de la ejecución, el acreedor no llega a cobrar el total crédito garantizado. Y esto, no por deterioro fortuito, sino por una actuación voluntaria y formalmente jurídica del arrendador, en combinación con una especial coyuntura del mercado de capitales. La consecuencia es clara: la legislación arrendaticia ha venido a dejar sin efecto la tradicional eficacia de la garantía hipotecaria y puede repercutir sobre la vida toda del crédito territorial. Ciertamente que la posible injusticia existirá sólo cuando no se encuentren licitadores o cuando el valor de la finca arrendada disminuya tanto que no llegue a cubrir el importe de la deuda. La necesidad de agotar la tercera subasta para obtener la adjudicación por un tipo inferior al de reducción legal y la realidad práctica de que el acreedor sólo aceptará en garantía una finca cuyo valor exceda —y normalmente duplique— de la deuda, pueden servir de remedio inmediato a aquella devaluación. Ello dependerá, en definitiva, del mercado de los locales habitables, de su necesidad y de su rentabilidad. Los extraños sólo acudirán a la subasta cuando el precio del piso o local, aún

después de arrendado, les convenga. Pero, en todo caso, basta la posibilidad de que quiebre la garantía hipotecaria para que la inseguridad crediticia se produzca; y para que el problema de la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca se plantee con una virulencia económico-social insospechada. Ya no se trata de si debe continuar el arrendamiento después de la venta judicial derivada de una hipoteca anterior —problema que desde un punto de vista técnico-jurídico, y en relación con la legalidad vigente, se ha tratado de resolver más arriba—, sino de cómo evitar la injusticia resultante de que un acreedor hipotecario no pueda cobrar porque la finca que se le hipotecó en garantía de su derecho haya sido después arrendada. Si esto es así, solo con que tal riesgo se produzca, el crédito territorial y la importante función social que con él se obtiene, pueden venir abajo. Entonces o el acreedor —normalmente condicionante del contrato de préstamo— impone la prohibición absoluta de todo arrendamiento posterior, o la hipoteca puede llegar a ser sustituida por otras formas, más o menos indirectas, de garantía. Una vez más, el Derecho y la Economía se influyen recíprocamente, como que son distintos planos de proyección de una misma realidad humana: la vida social.

Pues bien, supuesta la posible injusticia que para el acreedor resulta de esa norma de subsistencia arrendaticia, se impone averiguar cuáles son los remedios o soluciones con que pueda ser evitada. Veamos alguno de estos remedios.

a) El pacto de no arrendar por el que se obliga el hipotecante frente al acreedor. ¿Es lícito este pacto? En principio, sí (art. 1.255 C. c.), toda vez que el contrato de arrendamiento es todavía voluntario en su origen —con la sola excepción contenida en la disposición transitoria 2.ª, apartado a) L. A. U.—, pero los efectos de tal prohibición convencional sólo se producen *inter partes*, no frente a terceros, por lo que su eficacia resulta bien limitada. Ni dicho pacto tendrá acceso al Registro (argumento art. 107-3.º L. H.) ni obligará al tercer adquirente. Aún estipulando que el arrendamiento posterior produce el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, bastará con que el hipotecante venda la finca y el comprador luego la arriende, para incidir de nuevo en el peligro que se trata de evitar. El acreedor, para resultar garantizado, habrá de proponer al hipotecante que consienta no sólo que el contrato de arrendamiento produzca el vencimiento de la deuda —pacto que a pesar de su eficacia puramente civil *inter partes*, no hipotecaria o real, al determinar la extinción de la deuda provoca de rechazo la energía ejecutiva de la hipoteca— sino también que dicho vencimiento se considerará igualmente producido en caso de venta de la finca hipotecada. Y prescindiendo de la mayor o menor licitud de estas convenciones, realmente abusivas en beneficio del acreedor, la garantía discurriría aquí a través de un cauce tan indirecto que no parece aconsejable y eficaz, al menos en todos los casos.

b) Cuando el préstamo hipotecario se concierda sobre el solar para edificar una vivienda o local de negocio que va a ocupar el prestatario, la persona o entidad acreedora puede exigir al hipotecante el compro-

miso de no arrendar el nuevo edificio sin su consentimiento, con lo cual queda más salvaguardada la eficacia de la hipoteca (29). Pero, en definitiva, los efectos de tal pacto anejo al préstamo modal no exceden de la relación *inter partes*, siendo inoponible frente a terceros, por lo que nos encontramos en un caso semejante al anterior.

c) La necesidad de conservar intacto el valor de la finca hipotecada durante la primera fase de vinculación del valor en cambio anterior a su realización procesal, se ha traducido jurídicamente en la llamada tradicionalmente acción de devastación, que faculta al acreedor para solicitar medidas de aseguramiento ante el riesgo de ver disminuida su garantía. Tal acción se encuentra hoy regulada en los artículos 117 I. H. y 219 R. H. Ya el texto de la L. H. habla de un fundado temor de que la hipoteca sea insuficiente, en consideración al cual la posible subsistencia del arrendamiento posterior podría hacer aplicable el precepto. Pero ha sido el nuevo texto del párrafo 2.º del artículo 219 R. H., reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, el que ha venido a abordar más directamente el problema, al considerar al arrendamiento como causa del deterioro cuando se haga «en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor». Para que entre en juego la acción de devastación es preciso un deterioro o disminución del valor de la finca; tal deterioro puede ser de carácter físico o jurídico (30). Pues bien, el nuevo texto reglamentario muestra por vez primera el criterio legal de que pueda estimarse al arrendamiento como incompatible con la seguridad de la hipoteca anterior. Y no sólo esto, sino que se presume *iris tatum* tal propósito devaluador cuando la capitalización de la renta pactada al seis por ciento no cubra el importe de la responsabilidad asegurada. Se reconoce así expresamente dos nuevas causas de aplicación de la acción de devastación: el arriendo con intención de disminuir el valor o el simplemente concertado con renta inferior a la normal. Animo fraudulento en un caso, y presunción legal de fraude en otro; pero ambos con iguales efectos. Cuando esto ocurra, el juez puede no sólo ordenar la ampliación de hipoteca a otros bienes del deudor, sino incluso declarar vencido el crédito. Como apuntábamos antes, la ampliación del ámbito objetivo de la acción de devastación no parece argumento legal suficiente para fundamentar la extinción del arrendamiento (31). Por otra parte, se exige o arrendamiento fraudulento o presunción de tal a través de renta mínima. El mero hecho de arrendar la finca hipotecada —que, como vimos, puede poner en peligro la hipoteca— no parece bastante por sí solo para justificar este remedio, pero en todo caso puede resultar un enérgico correctivo del perjuicio derivado de la subsistencia arrendaticia, ya sea

(29) Véase el planteamiento de este supuesto en el Dictamen de MORO LEDESMA, ya citado, pág. 1345.

(30) En contra Roca, loc. cit., tomo IV, p. 736; que, con criterio restrictivo, sólo admite el deterioro resultante de una acción física o corpórea.

(31) Porque ni el precepto reglamentario, por su jerarquía, puede ir contra la norma legal de subsistencia, ni lo establece expresamente el nuevo texto del art. 219, ni puede considerarse incluida en «cualquier otra medida que estime procedente» el juez.

a través del vencimiento anticipado de la obligación y consiguiente ejecución procesal, ya, en fin, si dicha enajenación judicial resulta perjudicada por la inamovilidad del arrendatario, mediante la ampliación de hipoteca, aparte de la presión moral que sobre el dueño de la finca hipotecada pueden ejercer estos recursos. La trascendencia de la nueva realidad social ha sido recogida en la reforma del Reglamento, aunque sea simultáneamente.

d) ¿Cabe estimar abuso del derecho en la conducta del hipotecante que arrienda luego la finca? Porque si se estima así, la calificación de tal conducta como abusiva podría servir de cauce eficaz para impugnar el arrendamiento.

De los tres requisitos que la jurisprudencia exige para admitir la existencia de abuso de derecho (32): uso de un derecho objetiva o externamente legal; daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; inmoralidad o antisocialidad del daño, vamos a considerar solo los dos últimos, toda vez que, en principio, el dueño de la finca hipotecada puede cederla en arrendamiento libremente en ejercicio de su derecho de dominio. Que el arrendamiento concertado por el hipotecante produce un daño —o puede producirlo— al interés del acreedor hipotecario de conservar indemne su garantía, es evidente. Aunque no se admitiera en los casos de daño potencial —lo cual es problemático porque el riesgo derivado de ese daño ya es de por sí un perjuicio—, al menos cuando tal daño fuera real y el acreedor no llegara a cobrar todo, podría pedir la nulidad del arrendamiento abusivo. Más todavía, ¿cabe pensar que el interés del acreedor perjudicado no se halla protegido expresamente? Estimamos que sí. El acreedor obtiene su defensa a través de las normas de la L. H. ya vistas, pero frente a ellas o por encima de ellas, el precepto especial de la L. A. U. le impone la continuidad arrendaticia. Frente al arrendatario protegido, el titular de la hipoteca no tiene más protección que la derivada de la acción de devastación en la forma limitada ya aludida (33). Puede hablarse, por tanto, de una no protección o de falta de protección suficiente de la posición del acreedor hipotecario.

En cuanto al tercer requisito, la inmoralidad o antisocialidad del daño puede manifestarse en forma subjetiva (intención de perjudicar) u objetivo (exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). En el caso que nos ocupa, la actuación determinante del perjuicio puede ser de dos clases: o bien se arrienda con ánimo de defraudar al acreedor cuando ejecute su hipoteca o el arriendo se hace sin tener en cuenta estas previsiones, simplemente para asegurarse la percepción de la renta convenida. Fraude

(32) Cfr. S. T. S. 14 febrero 1944, 24 febrero y 22 septiembre 1959. Vid. también el trabajo de FAJEN MARTÍNEZ: *El abuso del derecho*, "Rev. de D. Not.", enero-marzo, 1960, núm. 27. págs. 245 y siguientes.

(33) Dejemos de lado el problema de si en una valoración legal de ambos intereses, debe prevalecer el del arrendatario urbano sobre el del acreedor garantizado, o viceversa, problema de política jurídica al que se apunta más abajo. Lo que ahora interesa simplemente es la posición del titular hipotecario frente al arrendatario posterior y su posible indefensión.

intencional o mero perjuicio objetivo. La matización del motivo —dentro del reducido ámbito en que los motivos pueden ser valorados por el Derecho y de la dificultad de su prueba— tiene importancia para hacer aplicable o no la acción de devastación, y la tiene también en relación con el abuso del derecho. En efecto, sólo el fraude intencional o subjetivo desata la energía del artículo 219 R. H. Pues bien, igual ocurre aquí. Sólo cuando se demuestre que el arrendador actuó con la intención de perjudicar al acreedor, podrá el arrendamiento ser impugnado como abusivo. En cambio, la posible valoración objetiva del perjuicio derivado tan solo del hecho del arrendamiento posterior, no parece suficiente para legitimar la invocación de abuso del derecho. A pesar del formal reconocimiento que de este principio limitativo se hace en el artículo 9 L. A. U. El dueño que arrienda simplemente sin ulterior propósito fraudulento no parece que ejercite su derecho en forma anormal, inmoral o antisocial, ni en contra de los fines para los que tal titularidad le fué concedida por el ordenamiento; el resultado podrá ser antisocial, si así se estima; pero, en principio, su actitud es lícita. La alegación de un daño puramente objetivo no es fácil de encajar en el abuso del derecho, al menos en un caso como el presente y dada la orientación de nuestro Tribunal Supremo. Pero si, en nuestro juicio, sólo el fraude intencional podrá servir de base al abuso del derecho, tal voluntad fraudulenta podrá apreciarse más fácilmente en los casos de renta inferior a la normal u otros indicios parecidos —confróntese la amplitud del supuesto de hecho del actual artículo 219-2.º R. H.—.

En fin, aún admitida la posible concurrencia de abuso del derecho, esta valoración sólo podrá oponerse al hipotecante-arrendador no al arrendatario, tercero contratante de buena fe que arrienda fiado en la aparente legitimación del arrendador y desconociendo el *animus fraudandi*. Ello nos reconduce al importante problema de la eficacia frente a terceros del abuso del derecho, en que ahora no podemos entrar (34). En todo caso, esta consideración restringirá no poco la eficacia del abuso del derecho como recurso defensivo del acreedor.

e) No es fácil descubrir en el arrendamiento estudiado la existencia de un contrato hecho en fraude a la ley y, por tanto, nulo. Ni la validez del arriendo supone aquí la violación de una ley (35) ni la L. A. U. en que se ampara el inquilino tiene otra finalidad que la de su protección (36). Sólo cuando el arrendamiento se celebre con la exclusiva finalidad de perjudicar al acreedor estaremos en camino de descubrir un posible fraude a la ley con sus consecuencias represivas. Vale aquí lo dicho antes, al tratar del abuso del derecho, en cuanto a la distinción entre fraude

(34) Cfr. S. T. S. 24 febrero 1959.

(35) La L. H. podrá quedar ineficaz frente a la norma imperativa de la L. A. U. —plano de la jerarquía de normas—, pero no resulta necesariamente violada porque el arrendamiento se celebre —plano de la eficacia "praeter legem"—.

(36) Vid. requisitos del fraude en F. DE CASTRO: Derecho civil citado, I, pág. 546-48. Como apunta el profesor De Castro, cuando el acto presuntamente fraudulento encuentra efectiva protección en la norma a que se acoge, no hay fraude sino choque o concurrencia de leyes, a resolver según su respectiva jerarquía, que es cabalmente lo que aquí ocurre.

intencional y perjuicio objetivo. Sólo el primero parece susceptible de impugnación.

f) Igualmente cuando se prueba que el contrato de arrendamiento constituye un negocio simulado, por carecer de realidad económico-jurídica y pretender sólo la disminución de la garantía, podrá atacarse mediante la acción de simulación. En definitiva, a través de distintos procedimientos, el ámbito de lo ilícito jurídico parece ser el mismo. El arrendamiento de local de negocio concertado por el propietario después de la hipoteca, simplemente y sin otro propósito fraudulento, no parece pueda quedar extinguido cuando la finca se adjudique al rematante en la subasta judicial, al menos dentro de las leyes actuales, dejando a salvo en todo caso las excepciones vistas.

\* \* \*

La solución apuntada, nacida de la glosa de un precepto de la L. A. U. frente a la norma hipotecaria general, creemos que es la única defendible en base a la legalidad vigente. Pero no nos convence en su fundamentación última ni parece del todo justa. Imponer al acreedor hipotecario en todo caso la subsistencia del arrendamiento posterior, con la consiguiente devaluación del inmueble y reducción de la garantía, parece excesivo y particularmente perturbador para la vida del crédito territorial. Pero la L. A. U., mientras no se derogue, no puede ser desconocida en toda su eficacia; el respeto a su jerarquía normativa —norma de primer rango, aunque impregnada de *ius singulare*— no puede quedar a merced de una interpretación más o menos generosa. Tal parece ser el criterio legal de *lege lata*. Sin embargo, *de lege ferenda*, con vistas a un próximo retoque en la legislación arrendaticia, podría proponerse una modificación en el texto legal en el sentido de declarar extinguido el arrendamiento urbano posterior a la hipoteca cuando el acreedor fuera a la venta judicial, a no ser que el impago y la ejecución se hicieran en fraude del arrendatario. Tal reforma vendría apoyada, en el orden técnico-jurídico, por el mecanismo del fenómeno traslativo: los titulares de derechos posteriores derivados vienen condicionados por la existencia del derecho anterior. Y en el orden económico-social, por la necesidad de no privar al acreedor hipotecario de su garantía, en atención a cuya estabilidad es posible buena parte del movimiento crediticio actual.

Se dirá que el interés del arrendatario a ocupar su vivienda o local de trabajo debe prevalecer sobre el del acreedor a cobrar su crédito mediante la realización de la garantía. En definitiva, el problema de política jurídica está en valorar ambos intereses según criterios de justicia y en otorgarles la protección adecuada. Pero tal valoración no puede hacerse de un modo simplista. Si es importante dotar de estabilidad al inquilino y evitar la especulación de locales arrendados en momento de escasez de habitaciones, también lo es fomentar el crédito territorial, como uno de los medios más eficaces de promoción económico-social. No olvidemos tampoco en qué medida los préstamos hipotecarios han servido para la construcción de viviendas, y cómo el arrendamiento urbano pro-

tegido es un medio, pero sólo uno y no el más eficaz, para luchar contra la escasez de locales. Al lado del arrendamiento, están las medidas de acceso a la propiedad de las viviendas, préstamos a fondo perdido, bonificaciones para la construcción, exenciones tributarias, etc., medidas todas ellas que por incidir sobre el dominio mismo de la vivienda, resultan a largo plazo más eficaces.

En fin, si se estimara tan enérgica la necesidad de proteger al arrendatario, aun a costa de los intereses del deudor y del adjudicatario, con la quiebra consiguiente de la seguridad hipotecaria, podría pensarse en la conveniencia de crear una Institución oficial de crédito, en mayor o menor conexión con el Ministerio de la Vivienda, que enjugara a través de subvenciones o indemnizaciones a fondo perdido, y con criterio político, ese déficit de garantía.

Sin embargo, no creemos que haga falta llegar a tal extremo. La simple modificación de la L. A. U., con una norma expresa relativa a la hipoteca, como apareció en la última reforma para el arrendamiento concertado por el usufructuario, y en la medida en que tal modificación se estimara prudente, podría bastar para evitar la posible injusticia apuntada.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Carlos FERNANDEZ-NOVOA, Gabriel GARLÍA CANTERO, Antonio del HOYO, Rafael IZQUIERDO, Antonio MORO y José PERE RALUY, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. ACTOS PROPIOS: CONCEPTO: *La eficacia de los actos propios lo que viene a sancionar es una conducta humana que, conforme a las normas legales, la buena fe, el uso y las costumbres, determina una situación de derecho en contra suya que le obliga a su observancia en aras de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre los hombres.* [S. 16 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

Habían pleiteado, fundamentalmente, la Junta Administrativa del pueblo de Escaño y don Juan de P. La Junta demandante pretendía que se declarase que eran de su propiedad las fincas denominadas «Socolinas» y «La Ribera» y, por tanto, suyos también los árboles que en dichas fincas había cortado el demandado. Este sostenía que las fincas debatidas formaban parte del monte «La Consuna», adquirido por sus causantes desde la época de la desamortización. Fue este criterio del demandado el que, en definitiva, prevaleció en las sentencias de instancia.

La Junta recurrió alegando la infracción del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. El demandado, decía la Junta, va contra sus propios actos al sostener que «La Ribera» y «Socolinas» forman parte del monte «La Consuna» y va contra sus propios actos, porque al solicitar de la Administración Forestal autorización para cortar árboles, ha presentado las fincas como totalmente distintas e independientes del monte. Su alegación no debió, por tanto, ser admitida y de hacerlo, la sentencia recurrida ha incido en una infracción de ley.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y razona la desestimación en los párrafos que transcribimos.

Por la parte recurrente «se apela al tan manoseado valor de los actos propios, invocados en centenares de sentencias sin llegarse con seguridad a un exacto concepto perfilado en los mismos, diferenciándose de otros afines, pero ateniéndonos al que, como expresión de consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho (S. 10 de marzo de 1890): aquellos que por carácter fundamental o por constituir convención causan estado, delimitando de modo inalterable la situación jurídica de su autor (S. 7 de diciembre de 1896 y con mayor claridad las de 17 de mayo de 1941 y 9 de febrero de 1948), es indudable que no se ajustan a esta doc-

trina —venire contra factum proprium— las declaraciones separadas de las fincas objeto del debate que pudo hacer el recurrido ante la Administración demandando autorización para la tala de árboles de las mismas, lo cual no quiere decir, ni que no formaron parte de «La Consuna» comprada por los P. y otros, ni menos que implique una dejación o renuncia de sus derechos, es decir, que, conforme a esa misma jurisprudencia, esos actos no tienen una significación contraria a la acción intentada, ni existe una conexión íntima de causa a efecto entre los derechos dominicales pretendidos por el actor y recurrente y los actos imputados a los recurridos (SS. 3 de enero de 1913 y la mencionada de 17 de mayo de 1941), ya que en esas declaraciones y peticiones no se reconoce derecho alguno de la Junta recurrente, ni implican decaimiento de ninguno de los que ostenta el recurrido; y es que la eficacia de los actos propios lo que viene a sancionar en realidad, expresando de manera concisa y aproximada su verdadero concepto, está referido a una conducta humana que conforme a las normas generales, la buena fe, el uso y las costumbres, determina una situación de derecho en contra suya que le obliga a su observancia en aras de la protección que se debe a la apariencia en servicio de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre los hombres, de la seguridad jurídica en suma, notas jurisprudenciales y conceptuales que no concurren en este motivo, por lo que debe ser desestimado, ya que de ella no se deriva ningún derecho para el recurrente ligado o que se derive de esa conducta en la que pudiera confiarse o contenerse al respecto real aparentemente y fuera en este caso protegido).

Esta sentencia parece importante. Hay en ella como una crisis del concepto tradicional de actos propios —«invocados en anteriores sentencias sin llegarse con seguridad a un exacto concepto perfilado de los mismos»: el concepto, «que hasta ahora merecieron a este T. S.»—. Hay también algo así como el aparte de un nuevo camino, buena fe, apariencia jurídica, etc., con lo cual parece que el T. S., quiere ponerse de acuerdo con las más modernas direcciones doctrinales: vid. PUIG BRUTAU, «La doctrina de los actos propios», en Estudios de Derecho Comparado, Barcelona 1951. (L. D. P.)

2. ACTOS PROPIOS: *Deben ser existentes, válidos y capaces para obligar,* [S. 9 de febrero de 1961; no ha lugar.]

3. TÍTULO NOBILIARIO: SUCESIÓN DEL HIJO LEGITIMADO POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO: *Aunque los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutan de los mismos derechos que los hijos legítimos, tal legitimación sólo surte efectos desde la fecha del matrimonio; en materia de títulos nobiliarios tal equiparación no se da cuando la carta de sucesión exige que se trate de hijos concebidos en legítimo matrimonio.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD: *Las acciones y derechos para reclamar los títulos son imprescriptibles.*

**DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *No pueden servir de base a la casación las infracciones de preceptos administrativos.* [S. 20 marzo de 1961; no ha lugar.]

4. **TÍTULO NOBILIARIO: JERARQUÍA DE NORMAS:** *El mejor derecho a la posesión de los títulos nobiliarios debe discernirse: 1.º) Por el acto soberano de su concesión; 2.º) En su defecto, por las normas que regulan tradicionalmente la sucesión a la Corona de Castilla, contenidas en las leyes de Partida, en la Novísima Recopilación, en el artículo 60 de la Constitución de 1876, hoy derogada, y en el Decreto de 4 de junio de 1948.*

**IMPRESCRIPTIBILIDAD:** *Los títulos nobiliarios tienen carácter vincular, y según la Ley 45 de las de Toro, dichas vinculaciones se rigen por la posesión civilísima, que impide el que puedan adquirirse por prescripción.*

**CESIÓN:** *No constituye cesión por parte del que ostenta preferente derecho, una colaboración encaminada a facilitar algún dato o documento.* [S. 20 de mayo de 1961; no ha lugar.]

5. **TÍTULO NOBILIARIO: CESIÓN Y RENUNCIA DE DERECHOS:** *Esta prohibido alterar el orden de suceder en el uso y disfrute de las mercedes nobiliarias, por lo cual es nula una cesión y renuncia de derechos que trata de convertir a la persona favorecida en cabeza de línea.*

**LEGITIMACIÓN PASIVA:** *En los procesos de mejor derecho no se ventila quién es el que tiene un derecho indiscutible a la merced controvertida, sino sólo el reconocimiento de un derecho relativo enfrentado a otro.*

**ERROR DE HECHO:** *No puede estimarse con base en la Real Carta de sucesión otorgada por Isabel II, pues tales documentos se expiden con la cláusula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho».* [S. 19 de octubre de 1961; ha lugar.]

6. **INCAPACITACIÓN: IMPUGNACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS DEL INCAPACITADO: RETRACCIÓN DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN:** *Son impugnables los negocios jurídicos realizados por el incapacitado después de la fecha a la cual se retrotraen las consecuencias de la incapacidad mental.*

**INCAPACITACIÓN: EFECTO RETROACTIVO DE LA SENTENCIA Y COSA JUZGADA:** *El pronunciamiento de la sentencia de incapacitación retrotrayendo sus efectos a una fecha anterior, no puede ser discutido en el pleito seguido por el tutor del incapacitado sosteniendo la nulidad en determinados negocios jurídicos de éste.*

**LETRA DE CAMBIO: NULIDAD DE LA ACEPTACIÓN POR INCAPACITACIÓN DEL ACEPTANTE:** *Es nula la letra de cambio aceptada por un incapacitado.* [S. 17 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

El marqués de A., Consejero del Banco P, había aceptado una serie de letras de cambio, creadas por dicho Banco, con el fin de descontarlas en el Banco de España. En estas letras intervenían, además del marqués, los restantes consejeros del Banco P. Declarado éste en suspensión de pagos, trató el Banco de España, portador de las letras, de hacerlas efectivas del marqués, su aceptante. En este momento, los parientes del marqués promovieron contra éste un pleito con el fin de incapacitarlo a consecuencia de la demencia senil que padecía. Este pleito, en el que fué parte el Ministerio Fiscal, terminó con una resolución judicial dictada en 5 de junio de 1953, en la que se declaraba la «total incapacidad para regir su persona y administrar sus bienes desde fecha en ningún caso posterior a primero de enero de 1950, con todos los efectos y consecuencias legales que, a partir de la expresada fecha, se deriven de tal incapacidad».

Declarada la incapacidad, el tutor del marqués demandó, frente a todos los intervinientes en las letras, la nulidad de las aceptaciones por haber sido puestas en época a la que alcanzaban las consecuencias de la incapacidad declarada. La demanda fué estimada y el T. S. declara no haber lugar al recurso.

Toda la argumentación para desestimar la postura de los demandados se hace radicar en la fuerza de cosa juzgada de la resolución de incapacidad. Es posible, se piensa, que esta resolución no sea correcta en cuanto retrotrae sus efectos a una época anterior, pero es evidente que esta incorrección y esta irregularidad no pueden ser debatidas en este pleito. Aquella resolución ganó firmeza y posee hoy fuerza de cosa juzgada. Esta eficacia se produce además, incluso frente a terceros que no fueron parte en el pleito de incapacitación, porque en las cuestiones relativas al estado civil la presunción de cosa juzgada es, según el artículo 1.252 del C. c., eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado, la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en este tipo de pleitos suple la ausencia de estos terceros frente a los cuales la sentencia va a ser eficaz.

Se llega de esta manera a unas consecuencias que parecen contrarias a la buena doctrina: a) la sentencia es el título constitutivo, no declarativo, del estado civil de persona incapacitada. La incapacitación surge con la sentencia y despliega sus efectos hacia el futuro, pero nunca hacia el pasado; b) los negocios jurídicos anteriores podían ser impugnados, pero no con base en la incapacitación, creada por la sentencia y, por ello, inexistente en el momento de celebración del negocio, sino únicamente alegando y probando la existencia de un vicio de la voluntad, falta de conocimiento, de consentimiento, etc. (L. D. P.)

7. INCAPACITACIÓN: SORDOMUDO QUE SABE LEER Y ESCRIBIR: TUTELA LIMITADA: *Es admisible la incapacitación y la tutela limitada de un sordomudo que sabe leer y escribir y que no padece enfermedad mental, pero que presenta rasgos psicológicos de puerilidad que dificultan su conocimiento y comunicación.* [S. 25 de marzo de 1961; no ha lugar.]

8. NACIONALIDAD: PRINCIPADO DE ANDORRA: *La posibilidad de naturalizarse en el Principado de Andorra y la realidad de haberlo verificado el recurrente, es suficiente para que sin necesidad de considerar las características políticas de Andorra, no pueda conceptuársele español, al tratarse de una comunidad sobre la que España no ejerce plena soberanía y cuyos miembros se hallan exentos de cumplir las obligaciones y ejercitar los derechos que a todo español corresponden.*

CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS: NULIDAD DE VENTA DE EMISORA: *Al exigir imperativamente el artículo 1.º del Decreto de 8 de diciembre de 1932, ratificado por posteriores disposiciones, la condición de español para conseguir la concesión de emisoras, es evidente la nulidad de la venta de una concesión, hecha a quien ostentaba la nacionalidad del Principado de Andorra. [S. 18 de octubre de 1960; no ha lugar.]*

9. BIENES ECLESIASTICOS: TITULARIDAD: *Son de dominio público de la Iglesia universal y diocesana, los bienes legados a cualquier iglesia parroquial cuando, por voluntad de la causante y adscripción de la Iglesia, se destinan a la satisfacción directa de un servicio público de ésta. Respecto a tales bienes, la Diócesis es miembro gestor autónomo aunque subordinado al Supremo Pontífice, correspondiéndole, en tal concepto, la condición de arrendadora de los bienes.*

LEGITIMACIÓN DEL VICARIO GENERAL PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS: *El Vicario General de la Diócesis, quien por razón de su jerarquía eclesial tiene capacidad para instar juicios a nombre de su iglesia episcopal, está legitimado activamente «ad processum» para ejercitar una acción resolutoria respecto a bienes de la iglesia diocesana.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRIVILEGIO DE LOS SUJETOS SOBERANOS DE DERECHO PÚBLICO: *La ley da por probada la necesidad, a efecto de denegación de prórroga, de los entes o sujetos soberanos de Derecho público, entre los que figura la Iglesia. [S. 2 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

10. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: INMUEBLES POR INCORPORACIÓN: *Son bienes inmuebles los elementos adheridos o incorporados de manera fija y permanente a una casa, tales como instalaciones de calefacción, tuberías interiores para el servicio de la misma, instalaciones sanitarias, cocinas, etc. [S. 18 de marzo de 1961; ha lugar.]*

El pleito había surgido entre los dueños de un inmueble y la arrendataria del mismo, que había venido explotando en él un negocio de hotel. Ambas partes habían convenido que la arrendataria desalojase el edificio en una determinada fecha, quedando de su propiedad y pudiendo ser retirados por ella -- se decía -- «los muebles y enseres todos que actualmente existen y que están afectados al negocio de hotel». El problema se planteó a la hora de determinar cuáles eran estos muebles y enseres que la arrendataria podría retirar

y si en este concepto debían entenderse incluidos los elementos de la calefacción, cocinas, bañeras, lavabos, etc. La arrendataria lo entendió así unilateralmente llevándose los objetos citados y los dueños exigieron indemnización. Ambas partes sometieron el litigio a un árbitro de derecho, quien decidió que la arrendataria podía retirar, aparte los enseres del negocio de hotel, aquellos elementos adheridos o empotrados que ella misma había incorporado al inmueble.

El T. S. casa la sentencia del árbitro y decide que la arrendataria no puede retirar ninguno de los elementos adheridos a la finca y físicamente incorporados a ella.

Se aplica fundamentalmente el número tercero del artículo 334 del C. c. y se consideran los objetos discutidos como cosas unidas al inmueble de manera fija, de suerte que no pueden separarse de él sin deterioro o quebrantamiento del mismo. (L. D. P.)

11. ARRENDAMIENTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN: FACULTADES DEL ADMINISTRADOR: *El arrendamiento es un acto de administración; el administrador, tanto de la cosa como de sus frutos civiles o rentas, se halla facultado para disponer dicha explotación y para arrendar, si no le estuviere expresamente prohibido por quien puede discernirle el cargo. El administrador legitimado para arrendar lo está para el ejercicio de las acciones derivadas de tal derecho, entre ellas las resolutorias.*

MANDATO REPRESENTATIVO: EXTINCIÓN: RATIFICACIÓN POR EL SUCESOR CESOR DEL MANDANTE: *Si bien cesa la representación en el caso de transmisión de los derechos que originaron el apoderamiento, porque en tal caso desaparece la causa misma de la actuación del representante que es el ejercicio del derecho por su titular, esta razón no existe cuando el nuevo titular, causahabiente del primitivo mandante, mantiene vivo el mandato y ratifica y convalida los actos de gestión y representación. [S. 8 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

12. SIMULACIÓN: ESCRITURA PÚBLICA: *La fuerza probatoria de los documentos públicos sólo alcanza a los extremos que establece el art. 1.218 C. c., pero no a garantizar la veracidad de las manifestaciones hechas por los interesados, cuya exactitud puede ser combatida y desvirtuada por los demás medios de prueba.*

NULLIDAD: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO: *La inscripción en el Registro de la Propiedad no convalida el negocio anulable, ya que no tiene sustantividad para otorgar la titularidad limitándose a recoger la constancia del título acrecentando en algún aspecto su valoración y efectos.*

TERCERÍA DE DOMINIO: RECONVENCIÓN: *Puede discutirse en el proceso de tercería la reconvencción en que se solicita la declaración de nulidad del título alegado por el tercerista. [S. 21 de abril de 1961; no ha lugar.]*

13. SIMULACIÓN: PRUEBA: *Pese al valor que el artículo 1.218 C. c. atribuye a la escritura pública, su eficacia probatoria sólo alcanza en materia*

de contratos a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del Notario, pero, no a la realidad intrínseca de tales declaraciones, ni al propósito que oculten o disimulen, extremos que escapan a la apreciación notarial, por lo que no obsta a estimar simulado un contrato su constancia en escritura pública. [S. 13 de febrero de 1958; no ha lugar.]

14. SIMULACIÓN: PRUEBA: ESCRITURA PÚBLICA: El rango probatorio que a los documentos públicos concede el artículo 1.218 C. c. no impide que las declaraciones contenidas en ellos, puedan ser controvertidas, en cuanto a su eficacia jurídica, por los demás medios de prueba. [S. 19 de enero de 1961; no ha lugar.]

15. PRUEBA DE TESTIGOS: VALORACIÓN: El artículo 1.248 del C. c. en relación con el artículo 659 de la L. E. C. sólo contiene una advertencia acerca de la valoración por sí sola de la prueba testifical y no impide que se dé fuerza probatoria al testimonio de una sola persona si el Juezador estima su veracidad evidente. [S. 11 de mayo de 1961; ha lugar.]

16. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: CARÁCTER DE LA EXCEPCIÓN: ACCIÓN PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL. [Véase S. 16 de febrero de 1961; III, 23.]

## II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: ACCIÓN DECLARATIVA DE PROPIEDAD: No se desvirtúa la acción reivindicatoria ejercitada aunque como medio de obtener la finalidad recuperatoria se pretende también la declaración del título en que tiene su origen y por ello estimada la prescripción de la acción recuperatoria no procede hacer ningún pronunciamiento declarativo.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: POSESIÓN DE BUENA FE: Habiendo estimado la Sala de instancia la prescripción extintiva de la acción del demandante conforme el artículo 1.962 C. c., es indiferente la buena o mala fe del poseedor, como igualmente el que haya poseído o no en concepto de dueño. [S. 16 de febrero de 1961; no ha lugar.]

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: No puede prosperar si el demandante no ha poseído los bienes en ningún momento por haberle sido vendidos sin que tuviera lugar en forma alguna la entrega de los mismos.

DONACIÓN REMUNERATORIA: CAUSA: La referencia que el artículo 1.274 C. c. hace a la culpa en los contratos remuneratorios es aplicable al supuesto de donación remuneratoria, en que el servicio que se remunera, lo es por mera liberalidad del donante, sin estar obligado a ello legalmente. [S. 22 de marzo de 1961; ha lugar.]

3. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS: LEGITIMACIÓN PASIVA PARA LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: Disuelta la sociedad que tenía registradas las marcas y

*transmitido su activo y pasivo al demandado no puede decirse que éste como poseedor de la marca carezca de acción para defender su derecho, aunque no se haya acreditado la transmisión de la marca en el Registro de la Propiedad Industrial.*

**EXCEPCIONES DILATORIAS; FALTA DE PERSONALIDAD DEL ACTOR Y DE SU PROCURADOR:** *Existe este defecto cuando el Procurador litiga en nombre de una sociedad extranjera sin que se hayan transcrito o testimoniado en la escritura de poder las facultades del otorgante y los documentos de donde estas facultades derivan. [S. 25 de febrero de 1961; no ha lugar.]*

**4. NORMAS JURÍDICAS; SU NATURALEZA; NATURALEZA DE LA NORMA Y NATURALEZA DEL LITIGIO:** *El hecho de que las disposiciones aplicadas están contenidas en una disposición administrativa no atribuye al litigio suscitado carácter administrativo.*

**PROPIEDAD INDUSTRIAL; SIGNIFICADO Y RANGO DEL ESTATUTO:** *El Estatuto de la Propiedad Industrial no puede calificarse como norma administrativa, no pudiendo tampoco desconocerse el aspecto civil que sus normas poseen.*

**PROPIEDAD INDUSTRIAL; MARCAS; EL USO COMO MARCA DE UN NOMBRE Y APELLIDO Y LAS MARCAS ANTERIORES:** *Puede registrarse como marca el nombre y los apellidos, con el aditamento de ciertas características suficientes para evitar los peligros de confusión en el mercado con otras marcas ya registradas o adquiridas por el uso en que también se contengan dichos nombre y apellidos.*

**REQUISITOS DE LA SENTENCIA; CONGRUENCIA; SU DELIMITACIÓN:** *La congruencia ha de referirse no sólo a la pretensión del actor, sino también a la oposición del demandado ya que las actividades de ambos delimitan el objeto del proceso.*

**REQUISITOS DE LA SENTENCIA; CONGRUENCIA:** *Es incongruente la sentencia que resuelve la cuestión litigiosa de manera distinta y por motivos diferentes de los alegados por las partes litigantes, sin que quepa alegar que no puede tildarse de incongruente a una sentencia absolutoria ya que, si bien esto es cierto en términos generales, hay casos especiales en que puede producirse el vicio de incongruencia si en el fallo se deciden los temas de modo y por fundamentos no aducidos oportunamente.*

**REQUISITOS DE LA SENTENCIA; CONGRUENCIA; CONSECUENCIAS JURÍDICAS:** *El hecho de que la sentencia recurrida haya incidido en el vicio de incongruencia no acarrea inexcusablemente su casación si el fallo de la misma se puede mantener por los mismos razonamientos alegados por los litigantes. [S. 12 de abril de 1961; no ha lugar.]*

La Sociedad «Victor Gruber y Cia., S. L.» había venido utilizando desde hacía mucho tiempo su denominación social como marca de sus productos.

Separado de la Compañía uno de los socios, Víctor Gruber, registró como marca las palabras «Vigruma-Víctor Gruber».

La Sociedad pidió la nulidad de la marca fundando su pretensión en el hecho de que durante un cuarto de siglo había usado como marca su razón social; el demandado se opuso a la demanda alegando sustancialmente: 1.º que la entidad actora no tenía derecho a usar como marca su denominación social; 2.º que la pretendida anulación de la marca del demandado llevaría implícita la prohibición del uso de su nombre y apellido; 3.º que cuando un nombre y apellido han sido registrados por otro como signo distintivo de actividades industriales, el titular puede solicitar y obtener su registro si lleva alguna modificación, elemento o característica adicional que evite todo peligro de confusión en el mercado.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero sin examinar el fundamento de la pretensión del actor, consistente, como sabemos, en el uso extramagistral e inveterado de la denominación como marca.

El T. S. declara no haber lugar al recurso. La sentencia es incongruente, por no haber decidido el litigio en los términos planteados por las partes —es decir, teniendo en cuenta las pretensiones deducidas y los fundamentos de las mismas—, pero esta incongruencia no da lugar a la casación. La marca del demandado —su nombre y su aditamento que evitará la confusión— es válida. La demanda es, por ello, desestimada. (L. D. P.)

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NULIDAD DE PATENTE: CONCEPTO DE PERJUDICADO: *El vigente Estatuto no da el concepto de perjudicado a efectos de la acción de nulidad del art. 115 por lo que hay que buscar este concepto en el art. 102 de la Ley de 16 de mayo de 1902 que considera parte interesada a todo fabricante o comerciante que se dedique en España a la fabricación o comercio de un objeto igual o similar al de la patente impugnada.* [S. 4 de diciembre de 1959; ha lugar.]

5. NULIDAD DE PATENTES: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La posee todo aquel que se estime perjudicado por la patente impugnada y, por ello, quien pueda verse impedido para fabricar objetos que hayan entrado en la libre explotación, aunque fueran protegidos por una patente anterior ya caducada.* [S. 27 de enero de 1961; no ha lugar.]

7. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS DE FÁBRICA: SIMILITUD: *No existe similitud que pueda inducir a confusión en el mercado entre las marcas «Frigor» y «Fridor».*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS DE FÁBRICA: CARÁCTER MUEBLE: USUCAPIÓN: *A efectos de la prescripción, las marcas de fábrica están sometidas al régimen jurídico de los bienes muebles.* [S. 5 de abril de 1961; no ha lugar.]

8. PRECARIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *Si el arrendador renunció expresa y voluntariamente a su condición de tal, convirtiéndose por su propia determinación en precarista, no le es posible discutir en el juicio sumario de desahucio*

por precario la validez de tal renuncia y tampoco puede estimarse la existencia de cuestiones complejas que obstaculicen el desahucio solicitado. [S. 17 de octubre de 1958; no ha lugar.]

9. PRECARIO: POSESIÓN REAL: *Inscrito el dominio del inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre del actor, tiene éste la posesión real Precisa conforme a los arts. 1.534 L. E. C. y 38 L. H. para demandar el desahucio por precario, contra quien ocupa determinadas dependencias de la finca sin pagar renta, ni ostentar título alguno que justifique su situación posesoria.* [S. 21 de febrero de 1958; no ha lugar.]

10. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: LITISCONSORCIO NECESARIO: *El uso del derecho a la luz y vistas, contenido real de la servidumbre discutida, no afecta al uso del común de los titulares dominicales de los distintos pisos del inmueble, sino exclusivamente del titular dominical demandado a cuya propiedad particular divisa y horizontal tiene acceso la luz o vistas objeto de la servidumbre.* [S. 16 de febrero de 1961; no ha lugar.]

11. PRESCRIPCIÓN: PRESCRIPCIÓN «SECUNDUM TABULAS»: BUENA FE: *El artículo 35 L. H. concede al titular inscrito, y por serlo, el requisito de justo título, pero en cuanto a la buena fe, se limita a establecer una presunción y por ello no se ha infringido tal precepto si el Tribunal sentenciador no lo aplicó por afirmar la mala fe de los poseedores.*

SIMULACIÓN: ESCRITURA PÚBLICA: *La fuerza probatoria de las escrituras públicas no impide a los Tribunales enjuiciar sobre la realidad o simulación de los contratos a que se refieren y la veracidad de las manifestaciones de los que en ellos intervienen.* [S. 6 de mayo de 1961; no ha lugar.]

PROCEDIMIENTO DEL ART. 41 L. H. SU IMPUGNACIÓN: IMPROCEDENCIA DEL PROCESO SUMARIO ARRENDATICIO: NECESIDAD DE JUICIO DECLARATIVO: *El trámite correspondiente para dejar sin efecto la posesión otorgada por acuerdo judicial en el trámite especial que establece el art. 41 L. H. es el del juicio declarativo, y no se puede pretender a través del proceso establecido en la L. A. U.* [S. 4 de mayo de 1961; no ha lugar.]

12. VENTA DE FINCA HIPOTECADA: PACTO DE DISTRIBUCIÓN DE HIPOTECAS SOBRE FINCA SEGREGADA: AUSENCIA DE CAUSA: *Carece de causa la entrega de una suma en compensación del gravamen resultante de un acuerdo de distribución de hipotecas entre comprador y vendedor de finca hipotecada cuando tal distribución no se lleva a efecto.* [S. 4 de junio de 1960; no ha lugar.]

De una finca, sobre la que pesaban tres hipotecas, se segrega una parte y se vende a un tercero. Inicialmente se acuerda una distribución de hipotecas entre la finca segregada y la finca matriz, a la cual no consiente el acreedor hipotecario. Por tal motivo, entre comprador y vendedor se acuerda una nueva distribución, y para compensar al vendedor del mayor gravamen re-

sultante de haber convenido que la mayor hipoteca pese sobre la finca matriz, el comprador le abona la cantidad de 150.000 pesetas. Posteriormente, el acreedor hipotecario accede a la primitiva distribución, y el comprador reclama la suma que entregó por carecer de causa la entrega.

### III. Obligaciones.

1. PLURALIDAD DE DEUDORES: NO PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD: Véase *Sentencia de 15 de febrero de 1961* (III. 23).

2. OBLIGACIÓN ALTERNATIVA: OBLIGACIÓN CON FACULTAD ALTERNATIVA: *Deben distinguirse de las obligaciones alternativas, las obligaciones con facultad alternativa, aquellas en que se debe una sola prestación, pero, teniendo el deudor derecho a liberarse mediante otra sin necesidad de asentimiento del acreedor, pues aun oponiéndose a ellas en principio, el art. 1.166 C. c., caben mediante el pacto modificativo de esta regla o en el caso del art. 1.153 C. c.*

OBLIGACIÓN ALTERNATIVA: FIANZA: *Hay obligación con facultad alternativa si el fiador solidario de un arrendatario tiene concedido el derecho a subrogarse en el lugar de éste por impago de la renta y si no hizo uso de este derecho queda sujeto a las responsabilidades que le corresponden como fiador.* [S. 28 de febrero de 1961; no ha lugar.]

3. CONDICIÓN POTESTATIVA: CALIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL: *No constituye una condición potestativa ni es nula, conforme al art. 1.115 del C. c., una cláusula por la que se subordinaba el pago de parte del precio de unas acciones a que el concesionario se hallase a cubierto de las cantidades invertidas en la sociedad, bien por haberse reintegrado de ellas o porque existiese superávit en la misma.* [S. 26 de febrero de 1960; no ha lugar.]

4. ASUNCIÓN DE DEUDA: CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR: *Es posible la asunción de deuda, construyéndola sobre las normas que regulan la novación de las obligaciones por cambio de la persona del deudor en los arts. 1.203, núm. 2, 1.204 y 1.205 C. c., ya que cabe la novación modificativa y para que se produzca la extintiva es necesario atender al segundo de los artículos citados, pudiendo prestarse el consentimiento del acreedor en cualquier momento y forma.*

TRANSACCIÓN: *Del art. 1.809 C. c. se deduce que la característica esencial de este contrato es poner fin a la incertidumbre de una relación jurídica, o sea que versa sobre una cuestión dudosa, entendida no por el valor racional de la deuda, sino por su valor real nacido de la contradicción de juicio de las partes cualquiera que sea su fundamento.*

TRANSACCIÓN: FORMA: *Ninguna disposición legal exige el requisito de forma especial para la transacción sin que se imponga tampoco para la validez de negocio por el art. 1.280 C. c.* [S. 3 de mayo de 1953; no ha lugar.]

5. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: MOMENTO DE LA PRUEBA: *El art. 1.101 del C. c. presupone que los perjuicios deben ser probados en el pleito y estimados por el Tribunal sentenciador; para el trámite de ejecución de sentencia no puede quedar relegada la prueba de su existencia, sino tan sólo la determinación de su cuantía.* [S. de febrero de 1960; ha lugar.]

6. CAUSA: ENTREGA DE LA COSA VENDIDA: *El art. 1.275 C. c. se refiere a los contratos sin causa o con causa ilícita, sin que pueda hablarse de causa ilícita por la existencia de un pacto, referente a la entrega de la cosa vendida y que se reputa ilícito por contravenir determinadas disposiciones administrativas, que sólo significa una modalidad de la ejecución del contrato y nunca su causa.* [S. 8 de febrero de 1958; no ha lugar.]

7. AUTORIZACIÓN PARA SUBARRENDAR: ALCANCE TEMPORAL DE LA AUTORIZACIÓN: VENTA DEL INMUEBLE: *La autorización para subarrendar, concedida sin limitación de plazo, no se halla limitada, en su eficacia, por el tiempo de duración del arrendamiento prevista en el contrato y surte efecto en el período de prórroga forzosa y a través de ulteriores transmisiones del dominio del inmueble.*

JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Cuando se invoque la jurisprudencia como norma de interpretación de los contratos, se tendrá en cuenta que aquélla se dicta a la vista del negocio jurídico sometido a su examen y que la decisión recaída para un supuesto específico no se puede generalizar a otros casos que, aunque semejantes, pueden tener puntos o matices que los diferencian.* [S. 5 de junio de 1961; ha lugar.]

8. RESCISIÓN: FRAUDE DE ACREEDORES: *La doctrina jurisprudencial que exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, no excluye aquellos casos en que no ocurra así, pero, existe intención defraudatoria antes del nacimiento del crédito, cuando éste había de tener próxima y segura existencia.*

RESCISIÓN PARCIAL: INDETERMINACIÓN: *No hay indeterminación en el fallo que ordena la rescisión del contrato hasta donde sea necesario para que el acreedor perciba el importe de su crédito, dado el carácter limitado y subsidiario de la rescisión.*

RESCISIÓN: CARÁCTER SUBSIDIARIO: *No es indispensable para el éxito de la acción rescisoria que previamente se haya ejercitado una acción encaminada específicamente a cobrar el crédito en bienes de la deudora cuando éstos no existen.* [S. 14 de junio de 1958; no ha lugar.]

9. CONTRATO DE SUMINISTRO DE FLÚIDO ELÉCTRICO: NATURALEZA JURÍDICA: *Es un contrato de compraventa, con fisonomía especial dado el objeto sobre que recae.*

CONTRATO DE SUMINISTRO DE FLÚIDO ELÉCTRICO: INDETERMINACIÓN DEL PRECIO: FIJACIÓN JUDICIAL: *No infringe el art. 1.447 C. c. la sentencia que, teniendo*

*en cuenta el carácter de servicio público del contrato en cuestión, ordena una fijación judicial del precio no determinado por las partes. [S. 28 de abril de 1961; no ha lugar.]*

La empresa demandante, ENHER, constructora de dos grandes líneas de conducción eléctrica de alta tensión, carecía de zona donde distribuir dicha energía, por lo que en enero de 1951 entró en relación con la empresa demandada, FECSA, que venía distribuyendo energía en Cataluña. Se inició sobre esta base un contrato de suministro de la primera a la segunda de las citadas empresas, «en la creencia de que llegarían a un acuerdo que regulara la forma y condiciones del suministro y el precio que se había de satisfacer. El suministro se inició y se continuó sin llegar a concluir el contrato sobre el precio porque no les pareció prudente a los contratantes demorar la entrega del fluido al mercado nacional en un momento de fuertes restricciones eléctricas en el país.

El acuerdo sobre el juicio no llegó a producirse, porque la demandada no aceptó las tarifas pretendidas por la actora. Para resolver el conflicto, ambas partes acudieron a la Dirección General de Industria, la cual en marzo de 1955 fijó los precios de los suministros efectuados hasta el 31 de diciembre de 1954, indicando que para los posteriores ambas empresas establecieran los acuerdos pertinentes, acudiendo en caso de discrepancia a la Dirección General. En resolución posterior se aclaró que el recurso a la Dirección General sólo era obligatorio tratándose de suministros ordenados e impuestos por ella, pero no en los demás casos en que la contratación era libre. La resolución de la Dirección General fué recurrida por ambas partes.

Fundándose en que la contratación entre empresas productoras y distribuidoras de electricidad era libre, ENHER insistió para el periodo posterior a 1954 en los precios por ella establecidos, a lo que oponía FECSA que era necesario atender a las tarifas establecidas en la legislación vigente.

ENHER formuló demanda sosteniendo que a los suministros realizados entre 1951 y 1954 debían aplicárseles los precios señalados por la Dirección General de Industria y a los realizados en 1955 los que ella había fijado por haber sido tácitamente aceptados por la demandada. Subsidiariamente pidió la nulidad del contrato por indeterminación del precio y la restitución de la energía suministrada. FECSA se opuso y reconvinó: en cuanto al periodo 1951-1954 mostró su conformidad con los precios de la Dirección General de Industria y en cuanto al periodo de 1955 solicitó que el precio fuera fijado judicialmente.

En definitiva, prosperó la tesis de FECSA y ENHER interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1.445 y 1.447 del C. c. y manteniendo la obligatoriedad del precio por ella fijado en cuanto que había sido tácitamente aceptado por la sociedad demandada, y la imposibilidad de llegar a una fijación del precio del contrato, que debía por su indeterminación objetiva, considerarse nulo.

Observaciones: La tesis que, en definitiva, triunfa en el pleito, es decir, la posibilidad de una fijación judicial del precio de la compraventa cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre él, pero han ejecutado el contrato, parece inspirada en las especiales características que poseía el

contrato litigioso —idea de servicio público, contratación cuasoadministrativa, etc.—. No parece, por esto, que pueda atribuirsele carácter general. El tema, sin embargo, es sugestivo y merece alguna reflexión. (L. D. P.)

10. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS SIN DURACIÓN DETERMINADA: MANDATO: REVOCACIÓN: *Si bien inicialmente el vínculo contractual pudo ser calificado de arrendamiento de servicios técnicos, más tarde al conferirse a la actora poderes de representación, se perfila un mandato, y en ambos supuestos es decisiva, para acordar el despido, la voluntad unilateral de la demandada.*

INCONGRUENCIA: *Las sentencias absolutorias no son incongruentes.* [S. 13 de mayo de 1961; no ha lugar.]

La actora agotó la jurisdicción laboral, la cual se declaró incompetente para conocer de su reclamación, basada en un despido unilateral por parte de la empresa. En la vía civil, la reclamación fué desestimada en ambas instancias. La posibilidad de ruptura del contrato de arrendamiento de servicios por acto unilateral del arrendatario (terminología ex art. 1.546), se apoya en una interpretación a contrario del artículo 1.586 C. c.

11. CONTRATO DE MEDIACIÓN: AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: COMPRA DE ACCIONES PARA ADQUIRIR UNA FINCA: FINALIDAD DE LA OPERACIÓN: *Se le deben al agente los honorarios por su mediación, aunque la operación de adquisición de un terreno se hiciera mediante compra de todas las acciones de la sociedad propietaria.* [S. 27 de mayo de 1961; no ha lugar.]

12. PRÉSTAMO USURARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No está legitimado para ejercitar la acción de nulidad de un préstamo que se estima usurario quien no resulta contratante perjudicado y por el contrario ha intervenido en la operación cooperando con el prestamista y lucrándose, aunque figure como aceptante o avalista en las letras giradas.*

DOCTRINA LEGAL: *Aunque su infracción puede dar lugar al recurso de casación en el fondo, para que pueda estimarse que existe, es preciso que se haya establecido en repetidas y uniformes sentencias del Tribunal Supremo, sin que baste una sola.* [S. 11 de octubre de 1958; no ha lugar.]

13. TRANSACCIÓN: EFECTOS: TRANSACCIÓN Y NOVACIÓN: *La transacción puede estar encaminada a sustituir por otra no sólo una relación jurídica incierta o puesta en litigio, sino también una relación jurídica simplemente susceptible de serlo, creándose en tal supuesto un nuevo vínculo obligacional, que sustituye al anterior, en su totalidad o en parte, modificando sus condiciones. produciéndose en tal caso, un supuesto novatorio extintivo o modificativo.* [S. 19 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

14. TRANSACCIÓN: VALIDEZ DEL PACTO DE ARRENDAMIENTO TRANSACCIONAL: ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR INCUMPLIMIENTO DE LA TRANSACCIÓN: INAPLICABILIDAD DE LA L. A. U.: *Es lícito y válido un contrato de transac-*

*ción del que deriva un arrendamiento, por lo cual la infracción de las obligaciones de la transacción permite el ejercicio de la acción de resolución del arriendo prevista en el contrato, sin que pueda invocarse la nulidad del pacto al amparo de la L. A. U. [S. 19 de diciembre de 1966; ha lugar.]*

Había existido entre las partes un primitivo arrendamiento que había dado lugar a un juicio de desahucio. Hallándose este juicio decidido por una sentencia de la Audiencia Territorial, favorable al arrendador y pendiente el pleito del recurso de injusticia notoria interpuesto por el arrendatario, ambas partes llegaron a una transacción que plasmó en cuatro actos o negocios distintos: a) Desistimiento por el arrendatario del recurso interpuesto; b) Celebración de un nuevo arrendamiento; c) Entrega de una suma de dinero por el arrendatario al arrendador; d) Obligación del arrendatario de pagar al arrendador, con independencia de la renta, una cantidad mensual por consentirsele en su beneficio la comunicación de los locales que antes eran independientes, con un pacto expreso de resolución del arriendo en caso de incumplimiento de esta obligación.

El arrendador formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, pidiendo la resolución del arriendo a virtud del documento o negocio mencionado sub d), por haber incumplido el demandado la obligación de pago mensual.

El demandado reconvino la nulidad del negocio que servía de base a la demanda y en especial la del pacto expreso de resolución del arrendamiento en caso de incumplimiento.

El Juzgado estimó la demanda y rechazó la reconvencción. La Audiencia revocó totalmente la sentencia del Juzgado, absolvió al demandado de la demanda y, dando lugar en parte a la reconvencción, declaró nulo el pacto en virtud del cual cabría la resolución del arriendo por incumplimiento de la obligación transaccional de pago periódico. Fundaba esta nulidad la Audiencia en el hecho de hallarse sujeto a la L. A. U. el contrato de arrendamiento cuya resolución se pedía.

El T. S. declara haber lugar al recurso del arrendador, casa la sentencia recurrida y confirma la que inicialmente había dictado el Juzgado. (L. D. P.)

15. TRANSACCIÓN: DERECHOS HEREDITARIOS: NULIDAD: *Para conceder en una transacción mayor porción de la legal correspondiente a un hijo natural, es necesario el consentimiento expreso de todos los herederos interesados, por lo que faltando el de alguno, aunque posteriormente repudie la herencia, dicha concesión es inexistente y como tal no convalidable e igualmente cuanto de ella se derive, como la cesión posterior que de su derecho hizo el hijo natural.*

DERECHO HEREDITARIO: ENAJENACIÓN: *La venta de una participación en un bien concreto de la herencia sin más legitimación que la que proporciona el derecho hereditario, infringe los artículos 1.261 en relación con el 1.270 y 1.068, todos del C. c. pues sin estar realizada la participación, es imposible adquirir una participación material y concreta.*

**PRESCRIPCIÓN: PARTICIÓN:** *El plazo de prescripción de la acción de nulidad de la partición, no comienza desde que se tiene conocimiento de haberse hecho, sino desde la fecha en que se llevó a cabo. [S. 7 de febrero de 1958; ha lugar.]*

**16. ARBITRAJE DE EQUIDAD: EJECUCIÓN DEL LAUDO:** *Corresponde, en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos jurisdiccionales del Estado, sin el requisito de la previa homologación, equiparándose de este modo los laudos arbitrales a las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios en los negocios a ellos sometidos.*

**ARBITRAJE DE EQUIDAD: EJECUCIÓN DEL LAUDO: RECURSO DE CASACIÓN:** *Contra las resoluciones dictadas en ejecución de un laudo cabe el recurso de casación únicamente al amparo del artículo 1.395 L. E. C., de naturaleza singular o excepcional, limitándose, por tanto, los motivos que pueden invocarse en dicho recurso a los supuestos establecidos en dicho precepto legal. No es, pues, admisible que al socaire formal de esta norma se denuncien infracciones de ley.*

**ARBITRAJE DE EQUIDAD: EJECUCIÓN DEL LAUDO: INTERPRETACIÓN POR EL ÓRGANO EJECUTOR:** *Si es cierto que el órgano que entienda en la ejecución debe respetar lo ya estatuido con firmeza, nada impide, en cambio, que interprete su contenido con razonamientos acordes con los que sustentaron el fallo*

**ARBITRAJE DE EQUIDAD: ACLARACIÓN DEL LAUDO POR LOS COMPONEDORES:** *La aclaración forma parte del laudo mismo y el órgano ejecutor debe atenerse a ella, cuando, aun siendo dudosa su procedencia temporal o su adecuación material al compromiso, quedó firme al no ser impugnada por las partes.*

**ARBITRAJE DE EQUIDAD: DOCUMENTO PRIVADO COMPLEMENTARIO:** *El documento privado suscrito por las partes y los amigables componedores para la mejor ejecución del laudo, no puede estimarse como adición de éste, que debe constar en escritura pública, aunque pueda originar las acciones pertinentes para exigir el cumplimiento de lo estipulado. [S. 11 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

**17 ARBITRAJE DE EQUIDAD: NATURALEZA Y SIGNIFICACIÓN:** *La finalidad que el legislador buscó al crear el arbitraje de equidad, de características mucho más simples o sencillas que el arbitraje de derecho, tanto en el aspecto sustantivo como en el formal, fué la de permitir dirimir las cuestiones que se susciten entre partes, en un amplio marco, sin sujetarse a los términos rígidos del derecho, buscándose la conciliación de aquéllas y apoyándose, por el contrario, de modo preferente, en las normas morales o de conciencia que el artículo 4.º de la L. A. U. de 22 de diciembre de 1953 recoge o ampara bajo la expresión de leal saber y entender del árbitro.*

**ARBITRAJE DE EQUIDAD: ACCIÓN DE NULIDAD DEL COMPROMISO: ALCANCE:** *Ha de ser examinada con criterio restrictivo, puesto que, de lo contrario, se daría*

paso de modo inmediato a que los laudos dictados en arbitraje de equidad pudieran ser combatidos con análoga amplitud a los recaídos en arbitrajes de derecho, burlando la finalidad que persiguió el legislador. [S. 21 de enero de 1961; no ha lugar.]

18. ARBITRAJE DE EQUIDAD: EXTRALIMITACIÓN DE LOS COMPONEDORES: No constituyen extralimitación las apreciaciones contenidas en los considerandos o fundamentos del laudo, sino las decisiones contenidas en la parte dispositiva del mismo. [S. 10 de febrero de 1961; no ha lugar.]

19. ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO: ÁMBITO OBJETIVO DEL ARBITRAJE: Sólo pueden ser sometidas a arbitraje las cuestiones regidas por normas de carácter dispositivo y no las que son reguladas por normas de derecho necesario.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: INEFICACIA DEL PACTO COMPROMISORIO: No es eficaz el pacto compromisorio establecido en el contrato de arrendamiento, ni obliga a someter a árbitros el litigio en torno a la resolución de un contrato, sometido a prórroga legal, por subarriendo no autorizado. [S. 3 de mayo de 1961; no ha lugar.]

20. ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: CONTRATO PRELIMINAR: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: No procede la excepción de incompetencia de la jurisdicción ordinaria cuando, no obstante existir en la escritura social un pacto compromisorio, el arbitraje no ha llegado a ser formalizado voluntaria o judicialmente.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: NULIDAD DE ACUERDOS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN: PACTO SOCIAL DE FORMACIÓN DE LAS JUNTAS CON TODOS LOS SOCIOS: Es nulo el acuerdo, cuando, establecido en la escritura social que las juntas se formarían con todos los socios, no se convocó a los demandantes, no obstante haberse producido el quorum y la mayoría señalados en la ley. [S. 24 de mayo de 1961; no ha lugar.]

21. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL PADRE: ACUERDO DEL TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES: La jurisdicción tutelar de menores no se extiende a la determinación de las responsabilidades civiles, que quedan a cargo de la jurisdicción civil.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Denunciándose la incongruencia, es inexcusable la cita del art. 359 L. e. c.: debe expresarse con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crean infringidas y el concepto en que lo hayan sido: en el ámbito del núm. 7 del art. 1.692 L. e. c. no caben cuestiones de calificación. [S. 21 de abril de 1961; no ha lugar.]

HECHOS: Un menor de dieciséis años arroja una piedra a otro menor de dicha edad, causándole diversas lesiones que originaron la pérdida casi total de visión en un ojo. Intervinieron los Tribunales Tutelares, que declararon

la culpabilidad del menor y le impusieron una sanción. El padre del lesionado reclama una indemnización de 100.000 ptas. en la que incluye gastos por valor de 3.614 pesetas y el resto en concepto de indemnización de perjuicios. En primera instancia hubo condena, sin fijación de cantidad; en apelación se señaló un total de 53.614 pesetas por ambos conceptos.

COMENTARIO: Sorprende la fundamental argumentación del recurso, consistente en una calificación de los hechos más desfavorable para el propio recurrente que la contenida en la sentencia: en ésta se condena al padre como legal representante del hijo menor, con base en el art. 1.093, 2.º C. c., mientras que el recurrente pretendía que la norma aplicable era la del artículo 1.092 C. c. ya que la conducta del menor causante del daño constituía un delito de lesiones al que aplicaba la eximente 2.ª del art. 8.º C. p. Acertadamente declara el T. S. en el tercer considerando que, ya se califiquen los hechos como delictivos, ya como meramente negligentes, las consecuencias en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del padre son las mismas.

Debe observarse, respecto al art. 1.093 C. c., que la S. 17 abril 1928 había declarado que este artículo es ineficaz por sí solo para fundar un recurso de casación, porque no contiene en sí un precepto sustantivo que pueda ser violado, limitándose a referirse a otras disposiciones del Código, que son las que deben aplicarse. Nótese además la regla 1.ª del art. 20 del Código penal.

No se ha discutido el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de los padres, la cual apoya la doctrina en la falta presunta al deber de vigilancia ligado al derecho de guarda (BLANC, *La responsabilité de parents*, París 1953, p. 29). Ni la posibilidad de aplicar el párrafo 7.º del propio artículo 1.093 C. c., que tiene semejanza en el artículo 1.384-7.º del Código francés y en el 2.048-3.º del Código italiano vigente, y que algún sector de la doctrina extranjera se esfuerza por interpretar extensivamente (Cfr. BLANC, op. cit., página 119). (G. G. C.)

22. RESPONSABILIDAD DE ARQUITECTO Y CONTRATISTA POR RUINA, RESPECTO DEL ADQUIRENTE DE LA FINCA: *El art. 1.591 C. c. no distingue si la finca ha cambiado, o no, de propietario; por ello el adquirente del inmueble adquirió también el derecho a ejercitar las acciones derivadas de aquel precepto.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Procede contra todos los presuntos responsables de la ruina de un edificio ya que está basada en la misma causa de pedir.*

PRUEBA EXTRAJUDICIAL: *Las pruebas pre-constituidas, practicadas sin intervención de las partes y fuera de la presencia judicial, sólo constituyen un principio de prueba.*

SOLIDARIDAD PASIVA EX ARTÍCULO 1.591 C. c.: *Si la ruina fué originada, tanto por los defectos del suelo y de cálculo, como de la dirección y falta de vigilancia de la obra, y también por vicios de la construcción y por mala calidad de los materiales empleados, sin que pueda determinarse la proporción en*

*que dichos diversos elementos influyeron en la ruina, debe apreciarse solida-  
ridad entre el contratista y el arquitecto.*

**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL APAREJADOR:** *La responsabilidad del aparejador no se modifica por el hecho de que su remuneración se pactó en forma fija, en vez de cobrar sus derechos como tal aparejador, ya que su función era la misma. [S. 5 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

**23. RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑOS CAUSADOS POR LABORES MINERAS:** *Las compañías mineras deben indemnizar los daños que las labores realizadas en las minas, ocasionaron en las fincas e inmuebles de los demandantes.*

**PLURALIDAD DE DEUDORES: NO PRESUNCIÓN SI LA SOLIDARIDAD:** *La solidaridad no se presume, aunque concurren dos o más deudores en una misma obligación.*

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: CARÁCTER DE LA EXCEPCIÓN:** *Es una excepción autónoma, que no puede ser acogida de oficio por los tribunales sin incurrir en vicio de incongruencia.*

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: ACCIÓN PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL:** *Refiriéndose la demanda a daños producidos en tiempo coetáneo a la misma o inmediatamente anterior y limitada la condena a los producidos «desde un año con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda», no pueden estimarse infringidos los arts. 1.961 y 1.968 del C. c. [S. 16 de febrero de 1961; no ha lugar.]*

**24. RESPONSABILIDAD CIVIL: HUMOS EXCESIVOS: CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA:** *Condenada la parte demandada no sólo a indemnizar los daños y perjuicios causados por los humos, sino también a poner término inmediato a las causas productoras de los mismos, es claro que la sentencia no queda cumplida con la instalación de elementos que, si bien atenuarán considerablemente las salidas de humos, no los hicieron desaparecer totalmente. [S. 2 de junio de 1961; no ha lugar.]*

**25. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ORDINARIA:** *Es de naturaleza civil la acción de reclamación de daños y perjuicios por muerte de una persona, sin que la circunstancia de que el hecho determinante ocurriera con ocasión de una actividad laboral, óbste al ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria.*

**RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: CONCURRENCIA DE CULPA O NEGLIGENCIA:** *La responsabilidad civil del empresario —no obstante el matiz en cierto modo objetivista que la jurisprudencia de esta Sala viene imponiendo— presupone siempre la existencia de una acción u omisión culposa en el agente.*

**PRUEBA:** *Es insuficiente una única declaración testifical, no prestada en el pleito, para demostrar la culpa o negligencia del demandado.* [S. 3 de octubre de 1961; ha lugar.]

La hermana de un obrero fallecido en accidente de trabajo reclama, con base en los arts. 1.902 y 1.903 C. c. una indemnización a la empresa. Estimada la demanda en primera instancia, se revoca en apelación admitiéndose la excepción de incompetencia de jurisdicción. Recurrida esta sentencia por la actora, el T. S. revoca la de la Sala, y entrando en el fondo, absuelve a la empresa por ausencia de culpa. Cfr. art. 53 Ley Accidentes de Trabajo.

**26. ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO: EJERCICIO SEPARADO ANTES DE QUE LA PENAL QUEDARA RESUELTA POR SENTENCIA FIRME: ACTOS PROPIOS: CUESTIÓN NUEVA:** *No se viola el art. 111 Ley Enjuiciamiento Criminal, cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.ª) Que al ejercitarse separadamente la acción civil había recaído sentencia definitiva en la vía penal, en la que se reservaba aquélla al actor; 2.ª) Que el responsable civil se había opuesto a la suspensión solicitada por el actor en espera de una resolución penal firme; 3.ª) Que, pendiente el proceso civil, recayó sentencia firme en vía penal, quedando sin variación los pedimentos solicitados en la demanda; 4.ª) Que se trata de una cuestión nueva.* [S. 5 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

Al realizar obras de vaciado en un solar, se produjo un derrumbamiento en la finca vecina por haberse omitido las necesarias medidas de seguridad. Seguido el correspondiente sumario, el perjudicado se reserva la acción civil, la cual ejercitó después de que la Audiencia dictara sentencia condenatoria en la que expresamente se reservaban las acciones civiles que pudieran corresponder a aquél. El recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia se desestima estando pendiente el proceso civil.

A simple vista se revela una infracción del art. 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que consagra el principio clásico: «Le criminel tient la civil en état», al disponer que «mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercerá la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme». La acción civil se entiende ejercitada con la demanda, y a este momento debe referirse la resolución firme en la vía penal. A partir de este momento —o de la fecha del auto de sobreseimiento libre o provisional— se cuenta el plazo de prescripción de la acción civil ex delicto (art. 1.969 C. c.). Hay que concluir, por tanto, que en el presente caso hubo una anticipación en el actor. Pero el T. S. no la tiene en cuenta, y de la lectura de la sentencia no resulta con claridad cuál sea el argumento definitivo para desestimar el recurso, si alguna de las razones alegadas (la doctrina de los actos propios procesales, el tratarse de cuestión nueva), o la meramente insinuada de economía procesal. (G. G. C.)

#### IV. Arrendamiento de cosas.

**1. ARRENDAMIENTO DE MINAS: FALTA DE FORMA Y DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: INADMISIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD:** *No puede el arrendata-*

rio prevalerse del incumplimiento de requisitos de forma o de solemnidades administrativas, que incumbe a la Administración exigir, para excepcionar la nulidad del contrato tratando de privar de realidad a una situación de hecho que ha venido siendo consentida.

**ARRENDAMIENTO DE MINAS: POSESIÓN DEL ARRENDATARIO:** *No puede el arrendatario negar la posesión de las minas cuando, conforme al contrato, pactó un subarriendo de las mismas y comenzó su explotación el subarrendatario, pues la posesión inmediata de ésta ha de reputarse que es en nombre del arrendatario subarrendador.* [S. 20 de abril de 1961.]

2. **ARRENDAMIENTO DE SOLAR: EXCLUSIÓN DE LA LAU:** *Los arriendos de solares, por razón, fundamentalmente, de la falta de habitabilidad, quedan excluidos de la LAU; no obsta a la exclusión, la edificación que el arrendatario haya podido realizar, aun autorizado en el contrato.* [S. 15 de junio de 1961; no ha lugar.]

3. **ARRENDAMIENTO URBANO: FINCA NO HABITABLE: EXCLUSIÓN DE LA LAU:** *Queda al margen de la LAU, el arriendo de un patio no edificado ni habitable, sin más construcciones, en el momento de concluirse el contrato, que unas cuadras de rudimentaria construcción, y es irrelevante que, con posterioridad a la firma del contrato se llevaran a término algunas edificaciones cuyo coste no se acercaba al valor del solar, ni alteraba la naturaleza, acci-  
tada por los interesados en el contrato.* [S. 22 de junio de 1961; no ha lugar.]

4. **SOLAR: LOCAL DE NEGOCIO:** *La nota de diferenciación esencial y más ostensible entre el solar y el local de negocio está en que sea el local arrendado un lugar habitable en el momento mismo de celebrar el contrato con independencia de lo que con posterioridad a esa fecha ocurra.* [S. 20 de enero de 1961; no ha lugar.]

5. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL PARA COCHERA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO:** *Arrendado un local para «cochera, depósito o análogo», la interpretación del contrato, según la cual, el arrendatario puede ejercer en aquél, la industria de garaje, no puede calificarse de absurda.*

**RELACIONES CONTRACTUALES: INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ADMINISTRATIVOS O FISCALES:** *En las relaciones civiles entre contratantes, no varían los respectivos derechos u obligaciones nacidos del contrato por la falta de algunos requisitos fiscales o administrativos.* [S. 19 de abril de 1961; no ha lugar.]

**NOTA:** La máxima segunda no deja de ofrecer algunas excepciones; recuérdese, por ejemplo, la repercusión, en la renta, del incumplimiento por el arrendador de la obligación de declarar al órgano fiscal correspondiente la verdadera renta.

6. **LOCAL DE NEGOCIO: RENUNCIA A LA PRÓRROGA:** *Las normas protectoras obligatorias contenidas en los arts. 11 y 70 LAU de 1946, se refieren al tiem-*

po de la constitución de la relación contractual, pero no cuando se trata de derecho incorporado al patrimonio, en cuyo caso como acto de disposición libre de la coacción ambiental que origina la escasez de viviendas, cabe su renuncia por el arrendatario.

**INTERPRETACIÓN:** *Es problema de interpretación de contratos la cuestión referente a si el contrato celebrado entre arrendador y arrendatario, ya ligados por uno anterior, es un nuevo arrendamiento con la consiguiente nulidad de la renuncia de prórroga que en él se contiene o, por el contrario, una transacción sin novar la primitiva relación, tesis de la Audiencia, y por ello debieron acusarse como infringidos los artículos del C. c. referentes a la interpretación de contratos. [S. 17 de febrero de 1958; no ha lugar.]*

**7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO:** *No obra con abuso de derecho el que, al amparo de un precepto legal, ejercita acción resolutoria de contrato de arrendamiento recabando la finca para su uso, pues ello no implica exclusivo propósito de dañar, sino defensa de legítimo interés.*

**RESOLUCIÓN POR ACTIVIDAD INMORAL: FALSIFICACIÓN DE BILLETES:** *El hecho de que el arrendatario haya destinado el laboratorio y estudio fotográfico instalado en el local arrendado a la falsificación de billetes de banco es causa de resolución por actividad inmoral. [S. 17 de abril de 1961; no ha lugar.]*

**8. ARRENDAMIENTO URBANO: INCREMENTO DE RENTA: ACCIÓN DE REVISIÓN:** *El plazo legal de tres meses señalado para el ejercicio de la acción de revisión por el arrendatario de los incrementos verificados en la renta arrendaticia, empieza a correr a partir del hecho que dé origen a dicha acción o facultad de revisión, que no es otro que el momento en que nace la facultad del arrendador de exigir el pago de la renta incrementada.*

**CADUCIDAD:** *Transcurrido ese plazo, se hace impropcedente el ejercicio de dicha facultad de revisión. [S. 22 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

**9. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE JUNTA DE ESTIMACIÓN: NATURALEZA DEL FALLO DE LA JUNTA:** *El fallo de la Junta de estimación prevista en la LAU, reviste el carácter de una auténtica peritación: dada la índole discrecional de la fijación de las sumas indemnizatorias no es posible que prevalezca el criterio de la Junta sobre las apreciaciones del Tribunal de instancia que haya convalidado la impugnación.*

**PLAZO PARA LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA JUNTA:** *Una cosa es el pago de la indemnización de desalojo por necesidad y otra el ejercicio de la acción impugnatoria y si bien para el primero la Ley establece un plazo más o menos definido, no lo ha fijado de modo específico para el segundo. Nada se opone a que el arrendador, aun antes del desalojo y del pago, ejercite la acción impugnatoria. [S. 4 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

10. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE DERECHO ARRENDATICIO: PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO: *Quien invoque la condición de heredero del arrendatario, debe acreditar dicha cualidad y, por ello, el poseedor de la cosa arrendada que afirme ser heredero del arrendatario está obligado a justificarlo mediante el último testamento del causante o la declaración judicial de heredero, únicas formas que la ley reconoce para tal justificación.*

VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO: *La certificación de nacimiento del hijo de una persona determinada no acredita la condición de heredero de aquél respecto a esta última, sino sólo el hecho del nacimiento y su filiación legítima.* [S. 23 de octubre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Afirmación un tanto aventurada la del primer párrafo, *in fine*; aventurada y peligrosa para el heredero del arrendatario que se vea súbitamente demandado sin tiempo para obtener oportunamente la declaración de heredero abintestado ya que, de prevalecer la doctrina transcrita, se verá expuesto a ser despojado de su derecho arrendaticio, aunque sea hijo del arrendador, pruebe la inexistencia de testamento y su filiación y acredite la *pro herede gestio*.

También sugiere reservas el segundo de los párrafos transcritos, en cuanto a la afirmación de que la certificación del asiento de nacimiento acredita la filiación legítima del inscrito; en realidad, aunque el artículo 115 del C. c. afirme que la filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, el especial mecanismo de la inscripción en el nuevo ordenamiento —en el que ni siquiera consta explícitamente en la inscripción de nacimiento la clase de filiación y en el que la legítima sólo puede deducirse de la confrontación de los folios de nacimiento del hijo y matrimonio de los padres, en relación con las respectivas fechas de ambos hechos— y la cautelosa fórmula del artículo 41 de la Ley registral impide que la norma del C. c. pueda considerarse vigente, al menos para las inscripciones practicadas a partir del año 1959. En cuanto a las anteriores, téngase en cuenta la orientación jurisprudencial que, desde los primeros tiempos del C. c. tendió a deducir la prueba de la legitimidad, del juego conjunto de los asientos de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres (Vid S. de 24 junio 1887).

J. P. R.

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE VIVIENDA: REDUCCIÓN DEL ESPACIO DISPONIBLE: *Es causa de necesidad, asimilable al supuesto de aumento de necesidades familiares, la reducción del espacio disponible por el beneficiario de la denegación, derivada de una sentencia de desahucio decretada contra el mismo.*

CARGA DE LA PRUEBA: *En materia de prueba «reus in exceptionibus actor est».* [S. 28 de enero de 1961; ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAUSA 2.ª (DERUBO Y RECONSTRUCCIÓN): NOTIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: *No hay obstáculo a que la notificación de haber obtenido la autorización gubernativa se haga por medio de mandatario y que el mandato se con-*

*fiera verbalmente, con tal de que la notificación se haga fehacientemente y en ella se haga constar el carácter de mandatario con que actúa el notificante.*

**OPCIÓN DE RETORNO AL INMUEBLE RECONSTRUIDO:** *La facultad de opción por el derecho de retorno al inmueble reconstruido debe ser ejercitada dentro del plazo legal de preaviso; si el arrendatario continúa en el local hasta después de dicho plazo convierte, por su voluntad, la excepción a la prórroga en causa de resolución y pierde el derecho de opción.*

**LEGITIMACIÓN ACTIVA: ACTOS PROPIOS:** *El arrendatario que ha venido reconociendo la condición de arrendador del actor al abonar los recibos de alquiler firmados por orden del demandante, no puede negar la legitimación activa de este último.*

**MANDATO VERBAL:** *A lo único que está obligado el mandatario verbal es acreditar, en forma, las facultades que de palabra le confiera el mandante, cuando trate de ejercerlas con relación a terceras personas.*

**RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS:** *No cabe plantear en el recuso una excepción no utilizada formalmente en la contestación a la demanda. [S. 28 de junio de 1961; no ha lugar.]*

**NOTA:** La doctrina de la anterior sentencia sobre la viabilidad de mandato en forma verbal supone un cambio de frente total, respecto a la mantenida en una sentencia de 22 de septiembre de 1955 relativa a un problema de notificación idéntico, aunque con la diferencia de que en aquella ocasión el notificante era el arrendatario y en la actual ha sido un arrendador. Indudablemente la doctrina de la sentencia del pasado 28 de junio es la correcta --especialmente si se tiene en cuenta los elementos de hecho que se deducen de la motivación del recurso y que vienen a desvirtuar, en cierto modo, las restricciones que parecen apuntar en el párrafo cuarto-- aunque el contraste entre ambas sentencias viene a probar, una vez más, cómo en el conflicto de intereses entre arrendadores y arrendatarios, el Tribunal Supremo se inclina generalmente a una interpretación extensiva de los derechos de los primeros y restrictiva de los de los segundos: dicha inclinación puede tener como fundamento el deseo de equilibrar la balanza supuestamente desnivelada por la LAU en favor de los arrendatarios aunque lo cierto es que, salvo en cuanto hace referencia a una excesiva congelación de las rentas de remota fecha no puede decirse que la Ley arrendaticia haya ido más allá de lo debido en la necesaria tutela de la estabilidad de los arrendamientos, antes bien pudiera decirse que se han multiplicado excesivamente las causas de resolución y limitado, en exceso, las facultades de transmisión del derecho arrendaticio. (J. P. R.)

**15. DERECHO DE RETORNO AL INMUEBLE RECONSTRUIDO: COMPROMISO DE RETORNO: EFICACIA DEL DOCUMENTO RESPECTO A ULTERIOR PROPIETARIO DEL INMUEBLE:** *La fecha del documento privado de retorno suscrito por el arrendatario y el que en tal ocasión era propietario del inmueble, no puede contarse respecto de los terceros que no intervinieron en el acto, ni tiene eficacia con respecto a los mismos. [S. 27 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

La anterior sentencia considera como terceros, a los adquirentes del inmueble en cuestión, con posterioridad a la fecha en que aparece fechado el documento .

14. RESERVA DE LOCAL AL ARRENDATARIO DESALOJADO POR RAZON DE RECONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO CON MAYOR NÚMERO DE VIVIENDAS: DEFICIENCIAS DE LA VIVIENDA RESERVADA: *El hecho de que la vivienda reservada tenga sus balcones dando a calle distinta de aquella a la que daban los de la desalojada no supone deficiencia que dé lugar a indemnización al inquilino, la analogía de posición que deben ofrecer ambas viviendas, se refiere, exclusivamente a su condición de interiores o exteriores. [S. 21 de junio de 1961; no ha lugar.]* (Recurso de casación en interés de la Ley).

15. EDIFICACIONES PROVISIONALES: *Para determinar si una edificación es provisional, es irrelevante el grado de conservación o ruina y la consistencia y calidad de los materiales y la voluntad de las partes; lo que determina la calificación, es la estructura del edificio, en relación con el destino o con la configuración exterior que lo haga inadecuado para el lugar donde está emplazado. [S. 22 de junio de 1961; no ha lugar.]*

NOTA: La anterior doctrina puede amenazar gravemente la estabilidad arrendaticia; si se llega a considerar como provisional cualquier edificio que, por ejemplo, por razón de su altura no se acomode el aspecto general de los de la zona en que radique, el régimen de prórroga forzosa de un gran número de viviendas y locales habitables se hallará en grave peligro dadas las facilidades que a los arrendadores de viviendas provisionales brinda el artículo 91 de la LAU. La calificación de edificación provisional depende, exclusivamente, de la estructura de la misma, con independencia de las características de la zona urbana en que radique.

16. LOCAL DE NEGOCIO: LEY 13 DE ABRIL 1956: NO USO: JUSTA CAUSA DE CIERRE: *Lo es el motivado por la paralización de las obras necesarias para adaptación del local, debida a los considerables gastos ocasionados por la última enfermedad del arrendatario y a la difícil situación económica creada a su viuda. [S. 22 de marzo de 1961; desestimatoria.]*

17. ARRENDAMIENTO TRANSACCIONAL: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR INCUMPLIMIENTO DE LA TRANSACCIÓN. [Véase S. 19 de diciembre de 1960; III, 14.]

18. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO CONSENTIDAS: DERECHO TRANSITORIO: *Realizadas las obras antes de la vigencia de la LAU de 1946, infringe la disposición transitoria 13.ª de la misma el Tribunal a quo que aplica tal Ley por estimar que éstas han persistido, dejando signo evidente de su existencia, con posterioridad a su promulgación, ya que es únicamente a la fecha de realización a lo que se debió atender. [S. 9 de diciembre de 1958; ha lugar.]*

19. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS: ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL: *La jurisprudencia no ha marcado un criterio permanente*

*e inflexible respecto al concepto de configuración, sino que le ha asignado un carácter contingente y circunstancial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.*

**CONSTRUCCIÓN DE OBRA MUEBLE:** *La realización de una obra portátil, provisional o cambiable no modifica la configuración del local arrendado por cuanto el carácter movable de la obra, le da consideración de cosa mueble.*

**ERROR DE HECHO ACREDITADO PERICIALMENTE:** *Sil el dictamen pericial afirma que la obra es de carácter portátil, provisional o cambiable, por no tener carácter fijo y la valora en 500 pesetas, es errónea la apreciación de la Audiencia que entiende que dicha obra altera la configuración. [S. 14 de octubre de 1961; ha lugar.]*

**20. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: HECHAS POR ORDEN DE LA AUTORIDAD:** *La doctrina de necesidad del consentimiento no juega cuando las obras viene impuestas por la autoridad a virtud de exigencias legales, pues en tal supuesto no actúa por su libre voluntad o determinación el usuario que obedece a una conminación de la autoridad, cuya desobediencia cuando la propiedad enterada no la acata, lleva consigo el cierre del local, y en tal caso una interpretación lógica induce a estimar que el consentimiento, o más bien la falta de cumplimiento de las obligaciones por el arrendador que el contrato le impone de conservar la cosa en estado útil al fin pactado, viene suplida por la orden de la autoridad, lo que le exonera de las consecuencias resolutorias del contrato, sin perjuicio de los derechos que le asisten sobre reintegro de lo gastado. [S. 15 de abril de 1961; no ha lugar.]*

**21. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS: CONSENTIMIENTO BUENO: PRESUNCIONES:** *Si al arrendatario, en el instante del arrendamiento, se le autorizasen en forma directa obras de importancia para la adecuación del local a su nueva finalidad, cabe la posibilidad de que le fueran concedidas las de transformar un cuarto en ducha destinado a higiene del local, por lo que resulta un enlace preciso entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano. [S. 21 de octubre de 1961; no ha lugar.]*

**22. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: LEVANTAMIENTO DE TABIQUE:** *El levantamiento de un tabique dividiendo en dos una habitación, al variar la disposición que ésta tenía anteriormente dando una nueva figura a la totalidad del recinto, produce un cambio esencial y sensible, y no meramente accidental, en la cosa arrendada, y cuando se lleva a efecto sin el consentimiento del arrendador da lugar a la resolución del contrato. [S. 13 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

**23. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NO CONSENTIDAS:** *La construcción de un departamento destinado a oficina en el local arrendado no es bastante para dar lugar a la resolución del contrato, mientras no se precisen las:*

*condiciones del departamento construido, naturaleza de los materiales, que lo integran, su permanencia, adherencia del mismo al suelo, techo y paredes y cuantas características fueren precisas para determinar si la modificación en la configuración de la cosa arrendada ha llegado a producirse o no.* [S. 23 de marzo de 1961; no ha lugar.]

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO NO CONSENTIDO: SOCIO: *El artículo 73 L. A. U. de 1946 se refiere al supuesto de que el local esté arrendado a una sociedad y vigente el contrato fallezca uno de los socios, pero no autoriza que siendo arrendatario una persona individual, ésta asocie a un tercero en la explotación del negocio y consiguiente ocupación del local sin cumplir lo dispuesto en cuanto a traspaso.*

RESOLUCIÓN: DERECHO TRANSITORIO: *No se infringen las disposiciones transitorias 13 y 27 L. A. U. de 1946 al aplicar el Decreto de 21 de enero de 1936, declarando resuelto el arrendamiento por traspaso ilegal realizado en 1945 ya que era, precisamente, dicho Decreto el aplicable en tal caso.* [S. 19 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

25. MODIFICACIÓN DE RENTA Y NOVACIÓN DEL ARRIENDO: *La modificación meramente cuantitativa de la renta arrendaticia no entraña novación extintiva del arriendo.*

VINCULACIÓN DEL SUBARRIENDO A LA RELACIÓN ARRENDATICIA: *Aunque el subarriendo se extingue, al extinguirse, por cualquier causa, el arrendamiento, mientras el subarrendador conserve la facultad de usar la cosa subarrendada, incluso si la conserva por adquirir su dominio, no puede extinguirse el subarriendo por tal motivo.* [S. 2 de junio de 1961; no ha lugar.]

26. LAU.: PRETENSIONES COMPLEJAS: INADECUACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL ARRENDATICIO: *La Ley especial se limita a regular las relaciones arrendaticias referidas a viviendas y locales de negocio con las excepciones que establece; y cuando se pide la posesión derivada de un contrato de arrendamiento frente a la otorgada como consecuencia de una inscripción registral, se contraponen dos derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el debate que hace inidóneo el proceso sumario de la Ley especial, debiendo ventilarse en otro más amplio, apto para dilucidar los diversos temas que el pleito plantea.* [S. 4 de mayo de 1961; no ha lugar.]

## V. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO CIVIL DE BAUTIZADOS DURANTE LA REPÚBLICA: IRRETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN DEROGATORIA: *Son válidos los matrimonios civiles de bautizados contraídos al amparo de la ley de 1932, ya que la legislación derogatoria no tuvo efecto retroactivo, salvo contadas excepciones, y tampoco lo tuvieron la Orden de 1941 y el Concordato de 1953.*

**CONSENTIMIENTO CONDICIONADO: MATRIMONIO A PRUEBA:** *Es inadmisibile la condición —no probada— de que les fuera bien en la vida matrimonial, la cual no está comprendida en las normas del art. 101 del C. c. como causa de nulidad.*

**JURISDICCION CIVIL Y JURISDICCION ECLESIASTICA:** *No invade la jurisdicción de la Iglesia la sentencia que declara indisoluble un matrimonio civil anterior al Concordato. [S. 16 de diciembre de 1960; no ha lugar.]*

Se reitera la doctrina de la validez de las uniones meramente civiles contraídas por bautizados al amparo de la legislación republicana. (G. G. C.)

**2. MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN ZONA ROJA DESPUÉS DE LA LEY DE 1938: CATORCIDAD DE AMBOS CONTRAYENTES:** *Celebrado el matrimonio civil en Barcelona el 20 de octubre de 1938 por dos bautizados, es inexcusable declarar su nulidad por haber sido atentado con infracción del art. 1.º y disposición final de la Ley de 12 de marzo de 1938, y art. 1.º de la Orden de 22 de marzo de 1938, que también obligaban en territorio liberado.*

**VIOLACION DEL ART. 42 DEL C. C.:** *Conforme a las sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, el caso de ser católico por lo menos uno de los contrayentes, está integrado en forma inequívoca en el art. 42, sustancial en la materia, cuya violación, según el art. 4.º acarrea la nulidad radical del matrimonio. [S. 16 de febrero de 1961; ha lugar.]*

**3. LITIS EXPENSAS: REQUISITOS: NECESIDAD:** *Aun cuando la mujer tenga bienes, si éstos no llegan con sus productos a poder cubrir las atenciones más preteritorias de alimentación, no puede privársela de las litis expensas necesarias para la defensa de sus derechos, cuando en la sociedad de gananciales existan bienes suficientes para poder atender a dicha necesidad.*

**LITIS EXPENSAS: CUANTIA:** *La fijación compete al arbitrio del juzgador y, en consecuencia, no puede ser materia de casación, a menos que haya un evidente error en la apreciación de la prueba aportada para su discusión y fijación. [S. 27 de abril de 1961; no ha lugar.]*

**4. SOCIEDAD DE GANANCIALES: SOCIEDADES SUCESIVAS: LEGITIMACION DE ROTURACIONES ARBITRARIAS:** *Si la finca en cuestión fué ocupada, roturada y poseída constante el primer matrimonio del causante aunque la legitimación de la roturación conforme el R. D. de 1.º de diciembre de 1923 se concediese durante el segundo, hay que estimar que dicha finca corresponde a la sociedad de gananciales del primer matrimonio y no a la del segundo, ya que es precisamente a esa roturación y posesión a la que el citado R. D. concede la virtualidad de convertirse en plena propiedad. [S. 18 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

**5. BIENES PARAFERNALES: ADMINISTRACION:** *La explotación del monte pinar, implica su corta y subsiguiente replantación, como exige la legislación de*

Montes, sin que por ello se destruya el monte, por lo que la enajenación que de los pinos hace la mujer, que no ha entregado al marido la administración de sus parafernales no es acto de disposición, sino de simple administración, aunque luego deba entregar al marido el importe de las ventas que forma parte del haber de la sociedad conyugal. [S. 30 de septiembre de 1958; no ha lugar.]

6. TÍTULO NOBILIARIO: FILIACIÓN ADULTERINA: *Rechazada la legitimidad de la actora por ser hija adulterina, corresponde la sucesión en el título al pariente más próximo del último poseedor del mismo.*

LEGITIMACIÓN POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO: DIVORCIO CIVIL DE LA REPÚBLICA: NULIDAD DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO, Y DEL MATRIMONIO CIVIL: VALOR DEL ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931: *Ostenta ilegítimamente el estado de legitimada por subsiguiente matrimonio, una hija adulterina cuando su padre obtuvo el divorcio civil al amparo de la ley de 1932, y contrajo matrimonio civil con la madre, anulándose posteriormente tal divorcio y matrimonio civil con arreglo a la legislación del Nuevo Estado; el art. 43 de la Constitución de 1931 era un precepto de carácter programático, que por sí solo no derogó el Código civil.*

IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA LEGITIMACIÓN POR MATRIMONIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Los arts. 128 y 138 del C. c. con frases diferentes, pero fundamentalmente coincidentes, atribuyen legitimación activa para impugnarlos a quienes la subsistencia de tales actos privaría de los títulos nobiliarios que se discuten, y obligaría a compartir el uso de unos apellidos con persona a quien, sin aquéllos, no le corresponden.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *La acción de impugnación prescribe a los quince años, cuyo plazo comienza a contarse desde que pudo ejercitarse; concretamente, en el presente caso desde que entró en vigor la legislación derogatoria de las leyes matrimoniales de la República.* [S. 4 de febrero de 1960; no ha lugar.]

ANTECEDENTES: En 1907 contrajeron dos personas matrimonio canónico, pero en 1928 se dictó sentencia canónica de divorcio por adulterio del marido, habiéndose comprobado el nacimiento en 1926 de una hija adulterina de éste. En 1932, el marido obtuvo una sentencia de divorcio vincular y al año siguiente contrae matrimonio civil con la madre de la adulterina, a la cual reconoce en testamento y legitima por dicho matrimonio civil. En 1939 la esposa canónica solicita y obtiene la declaración de nulidad de la sentencia de divorcio y del posterior matrimonio civil.

En el presente pleito, la hija aparentemente legitimada por el matrimonio civil de su padre, demanda a un hermano de éste sobre su mejor derecho a ostentar ciertos títulos nobiliarios que procedían de su padre. El demandado se opone a la demanda, y en reconvencción solicita la declaración de

nulidad del reconocimiento y subsiguiente legitimación por matrimonio de la actora.

COMENTARIO: Como presupuesto de la resolución de un pleito en materia de títulos nobiliarios, se ofrece al Supremo volver acerca de la legislación derogatoria de las leyes republicanas sobre la familia, con especial referencia a su repercusión en materia de filiación. Con tal motivo se ha proclamado el principio de que por ningún cauce, ni por ningún razonamiento se puede dar entrada en la filiación legítima o asimilada, a los hijos ilegítimos, por ser ello contrario en absoluto a la disciplina de la familia española (Considerando 3.º). Concretamente se trataba de la eficacia de los párrafos tercero y quinto del art. 43 de la Constitución de 1931, según los cuales: «Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos de él»; «No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción, ni en filiación alguna». Estos preceptos dieron lugar a abundantes dudas de interpretación, por falta de un ulterior desarrollo legislativo. Según ROMERO VIERTEZ la doctrina llegó, tras de algunas vacilaciones, a configurarlos como declaraciones de principios, sin efectos derogatorios inmediatos sobre las normas vigentes anteriores. Con razón observa SERRANO (*El Fuero del Trabajo*, Valladolid 1939, página 40) que no es posible sustituir el Derecho de familia del Código por un solo artículo de la Constitución. Además, de ningún modo la legislación republicana podía ser medio indirecto de mejorar la condición de los hijos nacidos antes de su entrada en vigor, como ocurría en el caso presente. La sentencia nos parece perfectamente ajustada a los principios que rigen nuestra familia, bien alejados de las tendencias favorables a la legitimación de hijos adulterinos que inspiran a otras legislaciones. Por lo que a Francia se refiere, un autor nada sospechoso reconoce que tales tendencias favorecen el divorcio y no dejan de representar un instinto poligámico en total desacuerdo con lo que hay de más esencial en nuestra civilización jurídica (CARBONNIER, *Droit civil* 1955, I, p. 551 y 554).

En cuanto al plazo de prescripción de la acción para impugnar el reconocimiento indebido de hijo natural —una de las ejercitadas por vía de reconvencción— también estima ser de quince años SANCHO REBULLIDA, *Ámbito y duración de la acción nacida del art. 138 del Código civil* en este ANUARIO 13 (1960), 206. (G. G. C.)

## VI. Sucesiones.

1. DESHEREDACIÓN IMPROCEDENTE: EFECTOS: ART. 851 C. C.: *En el art. 851, junto a la nulidad limitada o restringida de la institución de herederos, se salvan las mandas y legados que el testamento contenga y todas las demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima, incluso la misma institución de heredero en lo que no afecte a ésta.*

**DESHEREDACIÓN DE UN HIJO LEGÍTIMO: RESPETO A LA LEGÍTIMA CORTA:** *Debe entenderse que la legítima a que tiene derecho el hijo injustamente desheredado, es la legítima estricta o corta.* [S. 23 de enero de 1959; ha lugar.]

La sentencia acoge, en esta materia de los efectos de la desheredación injusta, la interpretación mantenida por MANRESA, *Comentarios VI* (Madrid 1898), p. 533 ss., y últimamente por SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil I* (Madrid 1958), p. 833, frente a la tesis de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios VI* (Madrid 1910), p. 1111. (G. G. C.).

2. **CONDICIÓN DE HEREDERO: LEGITIMACIÓN:** *El hecho de ser pariente con derecho a heredar no basta para ser reputado heredero, para lo que es necesario además la vocación por el causante o la constatación judicial del llamamiento legal.* [S. 28 de octubre de 1960; ha lugar.]

### DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDAD ANÓNIMA: INDIVISIÓN DE ACCIONES:** *El art. 40 de la L. S. A. es perfectamente aplicable cuando la indivisión se da no en una, sino en considerable número de acciones cuya ausencia en las Juntas puede tener la trascendental consecuencia de entregar el gobierno de la sociedad a una minoría exigua.* [S. 19 de abril de 1960; no ha lugar.]

2. **SOCIEDAD ANÓNIMA: CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN:** *Fijado en la escritura de fundación que el número de consejeros fuera, cuando menos, el de tres y pudiéndose aumentar hasta siete, no es posible limitarlo en la adaptación a dos y a cinco, por entrañar ello un perjuicio para los futuros accionistas.*

**SOCIEDAD ANÓNIMA: INTERPRETACIÓN DE LA L. S. A.:** *En las sociedades de tipo familiar y capital más modesto las normas de la L. S. A. han de aplicarse con mayor flexibilidad y prudencia, sin sujeción a un criterio automático.* [S. 20 de abril de 1960; no ha lugar.]

3. **SOCIEDAD LIMITADA: NULIDAD DE ACUERDOS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN: FACTO SOCIAL DE FORMACIÓN DE JUNTAS CON TODOS LOS SOCIOS:** (Véase S. 24 de mayo de 1961, D. c. III, 20).

4. **LIBROS DE LOS COMERCIANTES: FUERZA PROBATORIA:** *Los arts. 38, 43 y 48 número cuatro del C. de C. se refieren de modo inequívoco a las formalidades y eficacia probatoria de los libros propios de un comerciante llevados unilateralmente, pero no cuando se trata de una contabilidad común a ambos litigantes, aunque por simplificarla girara a nombre de uno de ellos.* [S. 26 de febrero de 1960; no ha lugar.]

5. **EMPRESA: RESPONSABILIDAD DEL ADQUIRENTE:** *La empresa no ha llegado en la legislación patria, a diferencia de otras extranjeras, a constituirse en sujeto de derechos y obligaciones a punto de que le puedan ser imputadas*

al sucesor las contraídas por su antecesor, sin pacto expreso que así lo imponga.

Al admitir lo contrario la sentencia recurrida interpreta erróneamente los artículos 1.088, 1.089, 1.254, 1.203, 1.204 y 1.205 del C. c. [S. 25 de febrero de 1960; ha lugar.]

6. LETRA DE CAMBIO: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: INTERRUPCIÓN: *La prescripción de las acciones procedentes de letras de cambio se interrumpe por la presentación de la demanda, no importando que su tramitación se produjese algún tiempo después por supeditarse a la presentación de un certificado del acto de conciliación.* [S. 7 de abril de 1960; no ha lugar.]

7. COMPRAVENTA MERCANTIL: PAGO DEL PRECIO: *Los artículos 332 y 339 del C. de C. establecen una norma general que puede ser modificada por los contratantes, como ocurrió en el caso de autos al obligarse el comprador a abonar el precio antes de la entrega de la mercancía, en cuyo caso no entran en juego los preceptos citados, sino el art. 1.124 del C. c.* [S. 2 de junio de 1960; no ha lugar.]

8. CONFLICTOS DE COMPETENCIA: JUEZ ESPECIAL DE LA QUIEBRA Y JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: *La jurisprudencia de esta Sala que en las contiendas de jurisdicción entre los Tribunales ordinarios y los especiales se inclina en la duda por los primeros, no es aplicable a las cuestiones de competencia entre jueces de un mismo grado y de la jurisdicción ordinaria como son el Juez especial de la quiebra y el Juez de primera instancia.* [S. 9 de febrero de 1961; no ha lugar.]

9. QUIEBRA: RETROACCIÓN ABSOLUTA: EFECTOS: *El art. 878 del C. de C. declara la nulidad de pleno derecho de todos los actos de administración y dominio del quebrado, cualquiera que sea la situación de ignorancia o buena fe en que se halle el tercero que haya recibido el pago o adquirido cualquier otra ventaja patrimonial.* [S. 27 de mayo de 1960; no ha lugar.]

10. CONDOMINIO DE UN BUQUE: NATURALEZA: *Cuando dos o más personas son partícipes en la propiedad de un buque, no existe a pesar de la declaración del art. 789 del C. de C. una compañía, sino un condominio de tipo especial, intermedio entre la sociedad y la copropiedad.* [S. 23 de febrero de 1961; no ha lugar.]

11. NAVIERO: RESPONSABILIDAD: *Aunque el art. 585 del C. de C. parece concretarse a los actos del capitán, la doctrina admite que la responsabilidad del naviero propietario se extiende a las obligaciones contraídas por los servidores del buque, como la compra de vituallas por el mayordomo en un puerto de escala.* [S. 28 de enero de 1960; no ha lugar.]

## DERECHO PROCESAL

1. **COMPETENCIA:** *El giro de letras sucesivas por el importe de las mercancías vendidas, al lugar de residencia de la demandada, sólo representa según reiterada Jurisprudencia, una facilidad para el pago que no altera las reglas de la competencia, y, por tanto, al tratarse del ejercicio de una acción personal, se considera competente el Juez del lugar de entrega de las mercancías, que es aquel en que se facturaron a porte debido.* [S. 4 de marzo de 1961.]

2. **EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE PERSONALIDAD DEL ACTOR Y DE SU PROCURADOR.** [Véase S. 25 de febrero de 1961; D. c. II, 3.]

3. **«LITIS PENDENCIA»:** PROCESOS SOBRE NULIDAD Y RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO URBANO: *Si al ser formulada demanda sobre resolución de un contrato de arrendamiento, existía planteado otro proceso, sobre nulidad de dicho contrato, entre las mismas partes, debe estimarse la excepción de litispendencia.* [S. 7 de octubre de 1961; ha lugar.]

4. **REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: CONSECUENCIAS DE LA INCONGRUENCIA.** [Véase S. 12 de abril de 1961; D. c. II, 4.]

5. **BENEFICIO DE POBREZA:** *La realización de actos procesales anteriores dentro de un determinado litigio, sin solicitar la declaración de pobreza para litigar da origen a la creación de un estado o situación procesal de litigante rico que impide la concesión de este beneficio procesal.* [S. 7 de febrero de 1961; no ha lugar.]

6. **BENEFICIO DE POBREZA: GARANTÍA TÁCITA:** *El artículo 37 L. E. C., no establece una garantía tácita sobre la tercera parte de los bienes obtenidos por el litigante vencedor, asistido del beneficio de pobreza y la anotación preventiva de prohibición de enajenar acordada con tal artículo para aseguramiento de las costas sólo veda el ius disponendi respecto de actos posteriores a su fecha, pero, no afecta a los realizados antes.* [S. 25 de febrero de 1958; ha lugar.]

7. **APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: ERROR DE HECHO; L. A. U.:** *Un acta notarial y un plano suscrito por un arquitecto, no son suficientes «per se», para reputar notoriamente equivocada la afirmación judicial de que las obras reconocidas, no modifican la configuración del local arrendado, ya que no es impugnabile la apreciación judicial, si no se demuestra que es evidentemente contraria a toda lógica o razón.* [S. 5 de abril de 1961; no ha lugar.]

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE JURCES Y MAGISTRADOS: PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN PARA EXIGIRLA:** *Quedan cumplidos los requisitos señalados en los artículos 907 y 908 L. E. C. cuando las actuaciones esenciales del pro-*

ceso figuran aportadas por certificación literal, siendo irrelevante la falta de algunas de mero trámite y de otras de significación preparatoria o accesorias.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS: PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN: *La circunstancia de silenciar la finalidad de la certificación interesada no supone infracción procesal, ni impide que el que va a ser interpelado acredite, por su parte, los hechos o adicione los aportados de adverso.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS: PLAZO DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA: CÓMPUTO: *El plazo del artículo 905 L. E. C. se computa a partir de la fecha en que hubiere sido dictada la sentencia o el auto firme que pusiera fin al pleito causa de que dimana.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS: *Ningún precepto impone a los Jueces y Tribunales cuando por razón de su cargo interviene en la exacción y entrega de cantidades para satisfacer indemnizaciones sobre trabajo personal que retengan e ingresen en el Tesoro el impuesto sobre rendimientos del trabajo.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS: COSTAS: *Se imponen al demandante cuando la sentencia absuelve de la demanda al funcionario contra quien se dirige.*

8. RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS: PROCEDIMIENTO: *Se tramita con arreglo a la L. E. C. por así disponerlo el artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. [S. 4 de abril de 1961.]*

Un Magistrado de Trabajo dictó sentencia, en juicio laboral, declarando improcedente el despido del actor y condenando a la sociedad demandada a que, a opción del actor, le readmitiese en su cargo o le abonase la indemnización que se fijaba. Advirtió, además, a la parte demandada que, en caso de recurrir la sentencia, debía readmitir al actor a su puesto de trabajo o abonarle los salarios sin contraprestación alguna, mientras durase la sustanciación del recurso.

La sociedad demandada interpuso recurso de casación y optó durante la tramitación del recurso, por readmitir al empleado despedido. El día de su reingreso en el trabajo el empleado despedido fué requerido para firmar unos recibos de cantidades que se le entregaban, lo que hizo, añadiendo a su rúbrica unos dibujos que la empresa consideró ofensivos y contrarios al decoro. Por esta razón se le prohibió la entrada en los locales y se pretendió que no existía ya obligación de pago de salarios. El empleado por su parte solicitó la ejecución de la sentencia y así se acordó con embargo de bienes de la sociedad demandada.

Finalmente, firme ya la sentencia de despido, en el momento de pagar la indemnización, la empresa pidió que se retuviera el importe del impuesto sobre rendimientos del trabajo personal, a lo que el Magistrado no accedió.

Con base en estos hechos, la empresa formuló su demanda de responsabilidad civil contra el Magistrado, que es desestimada por el T. S. Entiende el T. S. que estuvo bien decretada la ejecución contra la empresa, para hacer efectivo el pago del salario, toda vez que ésta había infringido su obligación de readmitir al empleado dándole trabajo y pagarle durante la sustanciación del recurso. Entiende igualmente el T. S. que no existe norma alguna que imponga a los jueces y tribunales la obligación de recaudar el impuesto cuando hacen pago de cantidades debidas en virtud de trabajo profesional. (L. D. P.)

9. RECURSO DE CASACIÓN: *No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos debatidos en el pleito; apreciada la prueba en su conjunto no cabe separar sus elementos para denunciar el error de hecho; el mero error de cálculo no constituye error de hecho en casación.* [S. 27 de octubre de 1960; no ha lugar.]

10. RECURSO DE CASACIÓN: SENTENCIA EJECUTORIA: *No puede prosperar el recurso previsto en el artículo 1.395 de la L. E. C. cuando se ha omitido traer al recurso testimonio fehaciente de la ejecutoria objeto del mismo.* ..

*A este recurso sólo puede dar vida la contradicción con lo resuelto en la sentencia ejecutoria y no con cualquier otra resolución judicial dictada en los autos.* [S. 19 de abril de 1960; no ha lugar.]

11. RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER EXTRAORDINARIO: *No puede prosperar el recurso extraordinario de revisión cuando por una omisión imputable a los recurrentes, no pudo ventilarse la apelación al no acreditarse que se hallaba al corriente en el pago de las rentas.*

DOCUMENTOS RECOBRADOS: CARÁCTER DECISIVO: *No procede la revisión cuando los documentos recobrados no tienen carácter de decisivos, ni contradicen en forma alguna el resultado probatorio a que se llegó en la sentencia recurrida.*

OCULTACIÓN FRAUDULENTA: *No la hubo cuando los documentos recobrados estaban en poder de un tercero que los entregó, sin estar obligado a ello, al primer requerimiento notarial de los recurrentes.* [S. 1 de marzo de 1961; no ha lugar.]

12. RECURSO DE REVISIÓN: SENTENCIA ATACABLE: *La revisión ha de referirse a la sentencia de instancia, sea cualquiera el grado en que resulte su firmeza, que es la que debe rescindirse, y no a la de casación que desestimó el recurso contra aquélla; debe evitarse que la revisión constituya una tercera instancia, o una especie de casación contra la casación.*

DOCUMENTOS DETENIDOS: CARACTERES: *La noción de documento «detenido» no puede extenderse a los obrantes en archivos públicos con indicaciones obrantes en los autos, y de cuyo conocimiento estuvo privado el recurrente no por fuerza mayor, sino por falta de diligencia, pues lo normal y corriente es que tales documentos estén al alcance de aquéllos a quienes interesen.* [S. 9 de febrero de 1961; no ha lugar.]

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

#### I. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de José BONET CORREA

1. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: SELECCIÓN DE LOS INQUILINOS DEL ARTÍCULO 64: Que con arreglo a las normas contenidas en dicho artículo respecto al orden que ha de seguir el arrendador en la selección del inquilino a quien deba denegarse la prórroga de su contrato, nos encontramos con que, en defecto de pisos deshabitados habitualmente, debe dirigirse la acción contra la vivienda que no sirva de hogar familiar. (Sentencia de 1 de abril de 1961.)

2. RESOLUCIÓN POR FALTA DE CONVIVENCIA: SUBROGACIÓN (MORTIS CAUSA): Que si no existe el requisito de la convivencia faltan los presupuestos y circunstancias exigidos por los artículos 58 y 59 de la L. A. U. para que proceda la subrogación arrendaticia *mortis causa*, siendo entonces de indudable aplicación la causa de resolución del arrendamiento comprendida en el número 11 del artículo 114. (Sentencia de 4 de abril de 1961.)

3. VIVIENDA DESOCUPADA: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: Que la infracción que se alega del artículo 62, número 3 de la L. A. U. ha de rechazarse, pues conforme a esa disposición, lo que se sanciona con aquella medida no es el no uso, y a ello equivale la desocupación acogida por el Juez de instancia, sin que le afecte a la vivienda el que continuase amueblada.

Que debe interpretarse restrictivamente la aludida disposición legal por tratarse de ley de protección social, ya que, dados los términos precisos y concretos del texto legal, su aplicación es automática. (Sentencia de 8 de abril de 1961.)

4. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: TRANSFORMACIÓN: Que al ejercer el inquilino su profesión de protésico dental, según se hizo constar en el contrato, no desvirtúa la conceptualización de «pequeña industria doméstica», según califica el Juez de instancia, a propósito del artículo 4.º de la L. A. U. De aquí que no pueda deducirse que la vivienda sufrió transformación en su destino y no puede aplicarse la referida causa de resolución. (Sentencia de 14 de abril de 1961.)

5. FALTA DE DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA: PRUEBA: Que no se acreditó la desocupación de la vivienda litigiosa durante más de seis meses en el plazo de un año como exige el número 3 del artículo 62 de la

L. A. U., prueba que incumbía al que solicita su aplicación conforme al artículo 1.214 del Código civil. (Sentencia de 17 de abril de 1961.)

6. CESIÓN INCONSENTIDA : FALTA DE CONVIVENCIA : Que la convivencia alegada no es más que una simulación de la cesión de vivienda y probado que se trataba de una cesión inconsentida por la propiedad, se estima que es correcta la apreciación de la sentencia recurrida, pues como claramente deduce para que haya convivencia hay que convivir. (Sentencia de 18 de abril de 1961.)

7. NECESIDAD PROPIA : DELEGACIÓN DE PRÓRROGA : Que al declarar la decisión judicial impugnada que el actor necesita esa vivienda para ocuparla por sí, por haber contraído matrimonio y deber residir en esta localidad, interpreta acertadamente los preceptos que se denuncian como infringidos, pues disponen claramente la procedencia de la denegación de la prórroga contractual. (Sentencia de 18 de abril de 1961.)

8. SUBARRIENDO : Según el artículo 114 de la L. A. U., en su caso segundo, se puede resolver a instancia del arrendador el arrendamiento en caso de haber subarrendado la vivienda o local de negocio de modo distinto de la autorización escrita y expresa del arrendador. Basta la introducción en el arrendamiento de una tercera persona para tenerlo por probado. (Sentencia de 18 de abril de 1961.)

9. NECESIDAD DE VIVIENDA : SU SENTIDO : Que aun reconocida la amplitud del piso de los padres nada impide legalmente que el hijo viva independientemente, sin que pueda imponerse una convivencia, no deseada, subsistiendo la necesidad, aunque la persona para quien se reclame el piso pueda convivir en casa de los padres. (Sentencia de 20 de abril de 1961.)

10. PROFESIONES COLEGIADAS : Para la aplicación del artículo 122 de la L. A. U. a las profesiones colegiadas son precisos tres requisitos, a saber : que la profesión sea colegiada, que se ejerza en el local arrendado y que se satisfaga contribución. (Sentencia de 25 de abril de 1961.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA : NECESIDAD PROPIA : Que resulta claramente acreditado que el actor hizo saber al demandado que necesitaba para él mismo la vivienda y que la causa de ello era por razón de matrimonio que entonces pensaba contraer y que en efecto ha contraído, según consta documentalmente, sin que sea necesario hacer constar además el lugar donde prestaba su trabajo. (Sentencia de 28 de abril de 1961.)

12. REQUISITOS PARA LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA : Que según la causa quinta del artículo 62 de la L. A. U. se establecen además otros dos requisitos para que pueda prosperar la denegación de prórroga : que sea apta la vivienda propia de la arrendataria para la satisfacción de sus ne-

cesidades, y que sea de características análogas a la que tiene arrendada. (Sentencia de 12 de mayo de 1961.)

13. OBRAS Y REPARACIONES URGENTES: Cuando el arrendador no mantiene en estado de uso y disfrute la cosa arrendada, el artículo 110 de la L. A. U. faculta al arrendatario a realizar las obras que revistan el carácter de urgencia y la autoridad así lo consienta, sin que la autorización suponga una libertad absoluta en cuanto a su extensión hasta el punto de que sea modificada la forma o estructura de la cosa arrendada. (Sentencia de 9 de mayo de 1961.)

14. PAGO Y CONSIGNACIÓN DE RENTAS: Que el artículo 146 impone a los arrendatarios, como requisito indispensable para la interposición eficaz de los recursos contra las resoluciones judiciales, el pago o la consignación de la rentas que debieran estar satisfechas. Que no basta limitarse a consignar la renta del mes en curso, sino que es necesario acreditar que se halla al corriente en el pago de las vencidas con anterioridad, condición legal que debe ser cumplida. (Sentencia de 23 de mayo de 1961.)

15. CONVIVENCIA: SUBROGACIÓN: La subrogación regulada por el artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1951 atribuyó a todos los individuos de la familia del arrendatario que habitasen con él a la fecha de su óbito la posibilidad de subrogación y aunque la disposición adicional 8.ª de la vigente Ley arrendaticia concede plazo para notificar al propietario del inmueble, las situaciones de hecho existentes en los arrendados, el artículo 4.º del Decreto de 28 de septiembre de 1950 dispone que la omisión de ese requisito no producirá otro efecto sino en su día al no conceder nuevas subrogaciones, según los artículos 58 y 59 de la Ley, pero no el de enervar derechos nacidos al amparo de otros preceptos anteriores. (Sentencia de 31 de mayo de 1961.)

16. SUBARRIENDO: CESIÓN DE VIVIENDA: Que tanto la L. A. U. vigente como las especiales de arrendamientos bonificables prohíben el subarriendo sin permiso del arrendador, teniéndose en cuenta para ello la constante y copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo de que para la resolución de un contrato de arrendamiento basta con la introducción en el local arrendado de persona extraña. (Sentencia de 20 de mayo de 1961.)

17. SUBARRIENDO TOTAL: Que al no tratarse de un situación de convivencia sino de un subarriendo total hay que rechazar el recurso, pues se exige como condición indispensable la autorización expresa y escrita del arrendador, circunstancia que aquí no concurre. (Sentencia de 12 de mayo de 1961.)

## II. Derecho procesal.

1. CARGA DE LA PRUEBA: IMPOSIBILIDAD DE ACEPTAR LAS EXCEPCIONES: No basta citar el precepto que se estima infringido, sino que es indispensable expresar el concepto de la infracción ya lo sea por violación, interpretación errónea o aplicación indebida. Que en los recursos por infracción de ley no puede entrarse en la valoración de los elementos probatorios y en los de suplicación tal facultad está vedada al Tribunal, salvo el supuesto excepcional que contempla el artículo 132 de la L. A. U. (Sentencia de 10 de abril de 1961.)

2. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: De acuerdo con el artículo 132 de la vigente L. A. U. no se puede fundar este recurso en quebrantamiento de forma, puesto que para poder alegarla es imprescindible denunciar el proveído judicial que la hubiera causado y haber agotado todos los recursos contra el mismo. (Sentencia de 25 de abril de 1961.)

3. RESOLUCIÓN DONDE NO PROCEDE VALORAR LA PRUEBA: PRESUPUESTO DE HECHO: En la resolución de los recursos de suplicación, deducidos al amparo del artículo 132 de la L. A. U. de 22 de diciembre de 1955, articulada por Decreto de 13 de abril de 1956, ha de examinarse exclusivamente si la sentencia recurrida aplica correctamente los preceptos legales o los principios sancionados por la doctrina legal, sin que sea dado examinar el desarrollo de la prueba practicada en el proceso ni hacer clase alguna de consideraciones sobre la valoración de que la misma se haga en la sentencia recurrida. (Sentencia de 5 de abril de 1961.)

4. VICIOS «IN PROCEDENDO»: VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS: Es doctrina de esta Sala que los vicios *in procedendo* quedan fuera del área del recurso de suplicación; por consecuencia procede rechazar el motivo que se funda en la violación del artículo 1.580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que contiene una regla de mero trámite procesal, cuya infracción no supone motivo válido para el recurso de suplicación. (Sentencia de 5 de abril de 1961.)

5. «LITIS PENDENTIA»: Que es procedente la excepción de *litis pendencia*, ya que en ambos pleitos se discute si el título que en la cognición esgrime el actor es o no válido y si procede o no la resolución del contrato de arrendamiento fundado en la causa primera del artículo 62 de la L. A. U., pudiéndose dictar resoluciones contradictorias que es lo que trata de evitar la excepción de *litis pendencia*. (Sentencia de 20 de abril de 1961.)

6. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS: Para una nueva valoración de las pruebas practicadas en los autos originales es requisito fundamental la alegación oportuna y reproducción en suplicación de la errónea aplicación del abuso del derecho. (Sentencia de 20 de abril de 1961.)

7. **INFRACCIÓN DE LEY O DOCTRINA LEGAL: ABUSO DEL DERECHO:** Que esta clase de recursos sólo se da por infracción de ley o de doctrina legal o por la errónea aplicación del abuso del derecho, permitiéndose únicamente en el último supuesto la denuncia de la equivocada valoración de la prueba. (Sentencia de 2 de mayo de 1961.)

8. **RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FUNCIÓN REVISORA:** Que el recurso de suplicación de carácter extraordinario sólo permite al Tribunal una función revisora de la aplicación que por los Tribunales inferiores se haya hecho de los preceptos y doctrina legales, fundamento del fallo recurrido y sólo de aquellos que se hayan expresamente citado como infringidos. (Sentencia de 4 de mayo de 1961.)

9. **QUEBRANTAMIENTO DE FORMA:** Al alegarse la infracción de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina legal que los interpreta (SS. 30 abril 1909, 15 febrero 1917, 11 julio 1927, 4 abril 1942, 5 abril 1954), por haberse admitido en el juicio determinados documentos no acompañados a la demanda, dicho motivo se funda en infracción de preceptos procesales y quebrantamiento de forma ajenos por completo a un recurso por infracción de ley del que se escapa la vulneración de normas de procedimiento. (Sentencia de 4 de mayo de 1961.)

10. **COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN:** Que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la competencia jurisdiccional ha de fijarse atendiendo a los términos del contrato y a la acción ejercitada. (Sentencia de 6 de mayo de 1961.)

11. **INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES:** Esta Audiencia Territorial tiene declarado en múltiples ocasiones que el recurso de suplicación establecido en el artículo 132 de la L. A. U., sólo es admisible por infracción de Ley sustantiva o de doctrina legal que a ella haga referencia, pero no por infracción de normas procesales. (Sentencia de 10 de mayo de 1961.)

12. **ACCIÓN RESOLUTORIA DEL CONTRATO: LITIS CONSORCIO PASIVA:** Que al ser el único motivo en que se intenta basarse la infracción de lo dispuesto en el artículo 71 de la derogada L. A. U. de 1946, la acción resolutoria del contrato debió dirigirse contra los tres titulares en razón a la litis consorcio pasiva, que impide se condene a los que no han sido citados en juicio. (Sentencia de 10 de mayo de 1961.)

13. **INCONGRUENCIA DE UN FALLO: ORDEN DE PETICIONES:** Que la incongruencia de un fallo, resuelve todas las cuestiones que en el suplico de la demanda se plantean, incluso las excepciones que se razonaron en el escrito de uno de los demandados, aunque sus pronunciamientos no se ajusten al orden numérico o a la letra de peticiones. Así lo tiene reconocido en numerosísimas sentencias el Tribunal Supremo (SS. 19 diciembre 1946, 6 mayo y 22 noviembre 1955, 5 julio 1951 y 10 mayo 1954. Sentencia de 26 de mayo de 1961.)

## 2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: INDUSTRIA DOMÉSTICA: *No procede la resolución al amparo de la causa 6.ª, si la única actividad que se desarrolla en la vivienda consiste en la enseñanza de corte y venta de los patrones confeccionados, realizada por la mujer del inquilino en una pequeña habitación, sin ayuda de personas extrañas y con la simple finalidad de ayudar al sostenimiento de la familia; dicha actividad es la propia de una pequeña industria doméstica.* [S. 3 de febrero de 1961; no ha lugar.]

2. ABUSO DE DERECHO: NECESIDAD: *No constituye abuso de derecho el tratar de recuperar una finca, que sólo sirve para el recreo de su inquilino, con la finalidad de proporcionar hogar a quien carece de vivienda independiente.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DE PLAZO: *El plazo de un año se cuenta desde el día siguiente al primero de no ocupación, bastando que en el transcurso del mismo sumen más de seis meses, el tiempo de no ocupación, para que opere la causa, aunque los seis meses no sean seguidos o consecutivos.* [S. 13 de octubre de 1961; no ha lugar.]

3. ABUSO DE DERECHO: RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Cabe interponer el recurso de suplicación con base en la aplicación indebida de la doctrina del abuso de derecho, pero no puede fundarse dicho recurso en la inaplicación de la misma.*

RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: DEFECTO DE MOBILIARIO: *La falta de entrega de mobiliario, por el subarrendador al subarrendatario, no puede ser óbsculo a la resolución del arriendo por subarriendo ilegal.* [S. 3 de noviembre de 1961; no ha lugar.] (Idéntica doctrina a la de la primera máxima en Sentencia 30 de octubre de 1961).

4. CONVIVENCIA NO SUBARRENDATICIA: *No hay infracción legal, si el Juez de instancia declara probado: que la pretendida subarrendataria tenía su residencia en vivienda distinta de la de autos, y la inexistencia de subarriendo, pese a la permanencia, más o menos prolongada de dicha persona y sus hijos en el piso en litigio.*

PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN: *No puede estimarse probado el fallecimiento de una persona si no se aportó a los autos certificación del Registro civil acreditativa de tal hecho.* [S. 25 de abril de 1961; no ha lugar.]

NOTA: La sentencia de suplicación viene a aceptar la tesis del órgano de instancia que, acertadamente, entendió que el mero hecho de que determinada persona conviva con el inquilino no constituye, *en todo caso*, subarriendo ni acto ilícito causante de resolución. En la propia sentencia viene a afirmarse implícitamente que la autorización para tener un subarrendatario se extiende a la mujer e hijos del mismo.

5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN FEFACIENTE: *Realizada una notificación verbal de la subrogación, en ocasión del entierro del inquilino de la vivienda—hecho reconocido por el administrador del inmueble a presencia judicial— y habiéndose cobrado al subrogado las rentas de la vivienda, con subsiguientes incrementos, durante más de dos años posteriores al fallecimiento del inquilino, es improcedente la resolución del arriendo por el incumplimiento del requisito de notificación fehaciente.* [S. 7 de junio de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Sigue siendo frecuente la alegación de notificaciones al arrendador realizadas por los subrogados con ocasión del entierro del inquilino o de visitas de pésame: los Tribunales suelen mostrar cierta inclinación a admitir la realidad de tales notificaciones, salvando con ello la difícil situación que, a muchos familiares subrogables, plantea el incumplimiento --al menos en la forma legalmente exigida-- del requisito de notificación. En el caso de autos la sentencia desestimatoria tenía el fuerte apoyo que suponía no sólo la amplia doctrina de la Audiencia de Barcelona --según la cual debe equipararse a la *notificación fehaciente*, la *notificación fehacientemente acreditada* en el proceso--, sino el juego del principio de respeto a los actos propios vulnerado por el arrendador al pretender desconocer la condición de arrendatario del subrogado que, con anterioridad al proceso, había reconocido de modo implícito.

6. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN: INCAPACIDAD DEL EVENTUAL SUCESOR: *Es errónea la afirmación de que el plazo de noventa días para la notificación de la subrogación no corre respecto al eventual sucesor incapaz, sino a partir del momento en que se nombre a dicho incapaz un tutor encargado de su guarda.* [S. 30 de octubre de 1961; no ha lugar.]

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CAMBIO DE RESIDENCIA: *El hecho de que una madre haya de trasladar su residencia a la capital de la provincia para cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, viviendo con su hija menor de edad que cursa estudios en una Escuela Superior de dicha capital, es causa de necesidad, a efectos de denegación de prórroga arrendaticia sin que obste a ello la temporalidad y periodicidad de la fase de estudios ni la proximidad --unos 50 kilómetros-- del lugar de residencia a la capital.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *No puede tenerse en cuenta, a efecto de la selección, un piso entresuelo comunicado directamente con el local de negocio de los bajos y arrendado con él de modo conjunto.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO PREVIO: *Para expresar los motivos de selección basta con indicar que se selecciona la vivienda del requere-*

rído por ser éste el de menor número de familiares y el de contrato más moderno; no es preciso razonar, en el requerimiento, el origen de la necesidad. [S. 3 de mayo de 1961; no ha lugar.]

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: AUMENTO DE NECESIDADES FAMILIARES: *La causa de necesidad basada en el aumento de exigencias familiares debe interpretarse más restrictivamente que la fundada en la falta de hogar. Si no hay variación en el número de personas y sólo se alega, como alteración de hecho, el haber llegado a la ancianidad alguno de los ocupantes de la vivienda, es improcedente que se pretenda obtener un mayor espacio a costa de privar de su hogar a un arrendatario.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SUPPLICACIÓN: *La noción de necesidad es un concepto jurídico sometido a la censura de suplicación.* [S. 21 de febrero de 1961; no ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE ARRIENDO DE VIVIENDA POR CAUSA DE NECESIDAD: PROYECTO DE INSTALAR UN ASILO DE ANCIANOS: *La denegación de Prórroga del arriendo de una vivienda basada en la necesidad de instalar en la misma un asilo de ancianos, en cumplimiento de una disposición testamentaria, es improcedente ya que dicha denegación de prórroga sólo cabe para cubrir necesidad de vivienda del arrendador o de sus ascendientes o descendientes y no para otras finalidades, por altruistas que sean.* [S. 10 de abril de 1961; no ha lugar.]

NOTA: De todo el conjunto de preceptos del capítulo VIII de la LAU, se infiere que sólo cabe denegar la prórroga del arriendo de locales de negocio para cubrir necesidades de locales de dicha clase y de viviendas para atender a las necesidades de esta índole, tesis reforzada en cuanto a este último extremo por la Disposición adicional 1.ª de la LAU que prohíbe destinar de modo primordial a fines distintos de los de hogar familiar, a los locales anteriormente destinados a dicha finalidad. Excepcionalmente la Disposición transitoria 10.ª, de la propia Ley, autoriza que, para cubrir necesidades de vivienda, se deniegue la prórroga de arriendos de local de negocio referentes a locales que, con anterioridad a la vigencia de la LAU, se hubieran construido para servir de casa-habitación.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ENFERMEDAD: *Constituye causa de denegación de prórroga, la enfermedad crónica —asma con insuficiencia cardíaca— que obliga a un cambio de clima.* [S. 14 de junio de 1961; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *La necesidad dimana del hecho de no tener vivienda independiente. La propietaria de una vivienda puede denegar la prórroga del arriendo de la misma, para proveer de hogar independiente a su madre, sin que sea obstáculo a ello, el que esta última carezca de medios de fortuna y haya vivido siempre dependiendo económicamente de sus familiares.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *El concepto de necesidad es revisable en suplicación.* [S. 24 de enero de 1961; ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO CONTRAÍDO DURANTE EL PERÍODO DE PREAVISO: *El hecho de que el proyectado matrimonio —base de la necesidad— se haya contraído durante el año del preaviso y que la nueva familia se haya instalado en el hogar de los padres hasta obtener la disponibilidad de la vivienda reclamada, no es obstáculo a la estimación de la demanda denegatoria de prórroga.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ESCRITO DE FORMULACIÓN DEL RECURSO: *Es inútil la inserción de antecedentes en el escrito de formulación.* [S. 5 de julio de 1961; no ha lugar.]

13. SELECCIÓN DE VIVIENDA A EFECTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: JUSTIFICACIÓN DEL TÍTULO DE LOS DEMÁS OCUPANTES DE VIVIENDAS: *El arrendador no se halla obligado a justificar el título jurídico que faculta a los vecinos de las viviendas que no sean objeto de denegación de prórroga para el uso y disfrute de las mismas, sino el número de personas que las habitan, con independencia del título. Es indiferente, a efectos de la selección, que el propio inquilino viva o no en el piso —salvo que éste se halle totalmente deshabitado—. [S. 7 de abril de 1961; ha lugar.]*

NOTA: Debe resaltarse el acierto de la anterior doctrina que permite eludir, a efectos de la selección, los graves problemas que, en muchos casos, suscitaría la determinación de la exacta titularidad de los diversos ocupantes de las distintas viviendas del inmueble —frecuentemente nada clara como consecuencia del juego de cesiones, subrogaciones, etc.—: nótese también el acierto que supone tomar en consideración el número de personas habitantes de los distintos pisos, independientemente de cualquier otra circunstancia e incluso que entre ellas se encuentre el arrendatario. Claro es, que si el piso se halla deshabitado por el inquilino y cualquier otra persona quedará afecto, en primera línea, a la denegación de prórroga y a ello se refiere la salvedad del inciso final.

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: NÚMERO DE FAMILIARES: *A efecto de la selección, son familiares, los beneficiarios del derecho de subrogación, que son los relacionados con el inquilino por el vínculo de patria potestad o el deber de alimentos. También cabe incluir a otros parientes necesitados de asistencia física, moral o económica del inquilino aunque, en este caso, deberá acreditarse la realidad de dicha asistencia. No cabe incluir en el cómputo de familiares a una prima hermana del inquilino si no se acredita la dependencia económica respecto a este último.* [S. 3 de octubre de 1961; ha lugar.]

NOTA: De nuevo surge el empeño de distinguir donde la Ley no distingue y de buscar artificiosas nociones del concepto familia que, en términos generales, y sobre todo en los específicos del art. 64 de la LAU, comprende a toda clase de parientes, sin limitación de clase y grado —en tanto el parentesco sea determinable— del inquilino u ocupante principal. Es inadmisibile

reducir la familia a las perronas con derecho a la subrogación —variables según la clase y grado de subrogación—, o a las vinculadas por deberes y derechos de tipo alimenticio, especialmente si se tiene en cuenta que el propósito del legislador, al establecer el orden de prelación del art. 64 no pudo ser otro que el de conseguir que la denegación de prórroga obligara al desalojo del mínimo posible de personas y no el de atender al gravamen para que el inquilino puedan suponer las personas a su cargo ya que, en este caso, lo lógico hubiera sido tener en cuenta la posición económica del inquilino.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; SELECCIÓN: VIVIENDA INADECUADA: *No es preciso tener en cuenta, a efecto de la selección, la vivienda de menor extensión que la elegida e insuficiente, por sus características, para cubrir la necesidad en que se funda la denegación de prórroga.* [S. 29 de mayo de 1961; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *No es necesario detallar las circunstancias de posposición concurrentes en cada uno de los inquilinos del inmueble. Basta con indicar que los demás arrendatarios son de familia más numerosa que el seleccionado y que la vivienda de éste se halla habitualmente deshabitada.* [S. 2 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO: *Basta con que en el requerimiento denegatorio de prórroga se diga que la vivienda se pide para el hijo mayor del arrendador, aunque no se especifique su nombre y apellidos, máxime tratándose de pequeña población, en que se posee conocimiento directo de las personas.*

LEGITIMACIÓN DEL MARIDO PARA EJERCITAR ACCIONES RESOLUTORIAS EN LEGAL REPRESENTACIÓN DE SU CÓNYUGE: *Dada la norma general del art. 60 del Código civil, el marido se halla legitimado, activamente, para ejercitar acciones resolutorias de arrendamiento en representación de la mujer.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear, en suplicación, cuestiones no suscitadas en la instancia.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES SOBRE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *El tema relativo al pretendido defecto de legitimación activa del marido para ejercitar acciones resolutorias en nombre de su esposa, como representante legal de ésta, por referirse a un supuesto vicio «in procedendo» no puede ser planteado, eficazmente, en el recurso de suplicación* [S. 17 de marzo de 1961; no ha lugar.]

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA; CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *Basta que en el requerimiento denegatorio de prórroga se manifieste que el requerido es el inquilino con menos familiares a su cargo y el más moderno —aunque no se haya relación de todos y cada uno de los inquilinos— para que se entiendan debidamente expresadas las circunstancias de selección.*

**DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD BASADA EN PROYECTO DE MATRIMONIO:** *Debe entenderse acreditada, en la medida de lo posible, la realidad del propósito de contraer matrimonio, si se aporta un informe parroquial acreditativo de la iniciación del expediente matrimonial.* [S. 14 de junio de 1961; ha lugar.]

19. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA:** *Ocupación supone toma de posesión. Debe considerarse ocupada la vivienda si el arrendador inició, dentro del plazo legal, obras en la misma y amuebló en ella una habitación.* [S. 14 de febrero de 1961; ha lugar.]

20. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: DERECHO INTERTEMPORAL:** *La causa de denegación de prórroga basada en la disponibilidad de más de una vivienda sólo es aplicable cuando la tenencia, por el inquilino, de la pluralidad de viviendas se haya iniciado en fecha anterior a la vigencia de la actual LAU. No procede la denegación por esta causa si el arrendatario no ocupa más que una de las dos viviendas de que dispone, habitando la otra unos familiares y subarrendatarios del mismo.* [S. 4 de marzo de 1961; no ha lugar.]

Nota: La disposición transitoria 15.<sup>a</sup> de la LAU abona decimonovamente el criterio de la irretroactividad de la causa 4.<sup>a</sup> de denegación de prórroga, causa que, por tanto, sólo será aplicable cuando la disponibilidad de ambas viviendas se haya iniciado tras la vigencia de la actual LAU, según doctrina virtualmente unánime de las diversas Audiencias. También es acertada la doctrina sentada en la segunda parte de la anterior máxima ya que la causa 4.<sup>a</sup>, complemento, en cierto modo, de la de no uso, tiene como razón de ser el propósito del legislador de evitar la insuficiente ocupación de viviendas y entra en juego no por la disponibilidad de dos o más viviendas, sino porque tal disponibilidad supere las necesidades de vivienda del arrendatario y personas vinculadas de una u otra forma al mismo.

21. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR HABER TENIDO EL INQUILINO VIVIENDA A SU LIBRE DISPOSICIÓN:** *No cabe la denegación de prórroga por esta causa si no se da el requisito de haber tenido el arrendatario vivienda a su libre disposición por la totalidad del plazo de seis meses señalados en el art. 62 causa 5.<sup>a</sup>.* [S. 23 de mayo de 1961; ha lugar.]

Nota: La expresión legal «con un plazo de seis meses... hubiese tenido a su libre disposición» plantea la duda de si basta para la aplicación de esta causa con haberla tenido a su disposición *durante algún momento en el plazo de seis meses* -- como se ha entendido en resoluciones de las Audiencias de Valencia y Oviedo --, o si es preciso que se haya tenido la vivienda disponible *durante todo el plazo de seis meses*. El criterio restrictivo con que deben interpretarse las causas de denegación de prórroga abona la tesis de la Audiencia de Barcelona.

22. **REALIZACIÓN POR EL ARRENDATARIO DE REPARACIONES URGENTES:** *El arrendatario puede realizar las reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave, sin necesidad de previo requerimiento al arrendador.* [S. 28 de abril de 1961; no ha lugar.]

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN PASIVA: ARRENDATARIO FALLECIDO: *En el supuesto de fallecimiento del arrendatario contractual, deben ser demandados todos los interesados en la subrogación; debe desestimarse la demanda dirigida contra un arrendatario fallecido con varios años de anterioridad a la presentación de la misma.* [S. 6 de julio de 1961; no ha lugar.]

24. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *El hecho de que el arrendatario tenga una industria doméstica de casa de huéspedes, tolerada gubernativamente, no le autoriza a introducir en la vivienda, bajo distintos títulos, a un número de personas extrañas mayor que el legalmente autorizado.*

SUBARRIENDOS TOLERADOS POR LA LAU: *El arrendatario debe notificar los sucesivos cambios de los subarrendatarios que la ley le autoriza a introducir en la vivienda.* [S. 19 de abril de 1961; no ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ENTRE EL INQUILINO Y UN TERCERO: *El arrendamiento de servicios, con derecho a ocupar y disfrutar determinadas dependencias de un piso, implica, frente al dueño del inmueble que no prestó su autorización, un subarriendo parcial causante de resolución.* [S. 24 de enero de 1961; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: CARGA Y TEMA DE LA PRUEBA: *El arrendador sólo necesita probar la introducción de un tercero en el uso de la vivienda, sin que precise acreditar si se trata de subarriendo, cesión o traspaso.*

CONVIVENCIA CON CUATRO PRIMOS HERMANOS: PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *Es causa de resolución la introducción, en la vivienda, de cuatro primos hermanos del inquilino sin consentimiento del arrendador. No cabe presumir que la convivencia de dichos parientes se realice a título gratuito, sobre todo si se tiene en cuenta que el arrendatario es un jornalero y que con él conviven varios hermanos más jóvenes.* [S. 23 de febrero de 1961; no ha lugar.]

27. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD: DIES A QUO: *En la cesión producida al disolverse una sociedad y transferir el local, conceptuado como vivienda, a otra persona, no puede considerarse como «dies a quo», para el cómputo del plazo de dos años, el día de la disolución, si, por las circunstancias de ésta, no fue conocida por el arrendador.* [S. 5 de junio de 1961; no ha lugar.]

NOTA: No se estima bastante para acreditar el conocimiento de la cesión por el arrendador —hecho que se considera, en este caso, por la sentencia, como punto de arranque del plazo de caducidad— la inscripción del acto de disolución en el Registro mercantil. Se cita en apoyo de la tesis mantenida la S. del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1954.

28. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CAMBIO DE COCINA: *No supone alteración de configuración el cambio de cocina eléctrica.* [S. 25 de octubre de 1961; no ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: AMANCEBAMIENTO DEL ARRENDATARIO: *El amancebamiento del inquilino no constituye causa de resolución del contrato de arrendamiento.* [S. 30 de enero de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Bajo el influjo de la S. del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1960 a la que expresamente se remite la anterior sentencia, y que ciertamente no resuelve la cuestión en los términos tan generales y rotundos que aparece suponer la resolución de la Audiencia, se niega que la vida marital, en una vivienda, de dos personas no unidas en matrimonio, constituya actividad inmoral. La cuestión es muy delicada y de difícil solución y la indicada sentencia del Tribunal Supremo, a través de su interesante y prolija fundamentación pone de manifiesto la dificultad del problema que, de todos modos, dado el criterio restrictivo que debe imperar en materia de causa de resolución, debe resolverse en el sentido en que lo ha hecho la Audiencia, al menos en tanto la inmoralidad de las relaciones extramatrimoniales no se exteriorice en forma que cause escándalo y llegue a tener la entidad de *actividades inmorales*.

## II. Derecho procesal.

DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen jurisprudencia.* [S. 8 de marzo de 1961; no ha lugar.]

### 3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Jefe de Primera Instancia e Instrucción

#### I. Derecho civil.

1. NECESIDAD: CONCEPTO: CONCURRE EN EL PADRE DEL NIÑO DE CORTA EDAD QUE EN HA DE RECORRER CIERTA DISTANCIA PARA ASISTIR A LA ESCUELA: *El término «necesidad» no puede ser objeto de fijación apriorística, sino que ha de tenerse en cuenta el concurso de las diversas circunstancias concurrentes para su apreciación, de modo que se orille aquello que pueda implicar una mera conveniencia o comodidad. En sentido estricto puede concebirse la necesidad, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo, como lo que es preciso satisfacer para que el hombre continúe su existencia según su naturaleza individual y social, esto es, lo contrapuesto a lo superfluo. Y por ello no puede dejar de reconocerse que la distancia a que se encuentra la Escuela a la que tiene que asistir el hijo del actor, con grave riesgo para aquél, unido a su corta edad (once años) constituyen un supuesto de necesidad estricta, máxime teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la enseñanza elemental.* [S. 30 de septiembre de 1961; estimatoria.]

2. NECESIDAD: CONCURRE EN QUIEN NO DESEA CONVIVIR CON FAMILIARES: *Concurre en la actora que se ha visto forzada por las circunstancias a ejercitar la acción resolutoria, y ante el temor de quedarse sin domicilio, pues si hasta la fecha ha convivido con su hija e hijo político, tal convivencia no puede imponérsele desde el momento en que los interesados han decidido separarse, por no haber precepto legal que obligue a la pervivencia de tal situación.* [S. 21 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

3. NO CONSTITUYE NECESIDAD LA SATISFACCIÓN DE UN DESEO POR MUY INTENSO QUE SEA: *Un deseo no puede ser considerado como causa resolutoria, por muy intensamente que pueda operar en un sujeto; y, por tanto, si al óbito del marido de la actora, ésta pretende denegar la prórroga al arrendatario, por considerarse incurso en el caso 1.º del número 2 del artículo 63 de la LAU, aduciendo en el requerimiento que necesita vivir en Z..., por no poder sufragar con su pensión los gastos del piso de B... y, además, el natural deseo de trasladarse a Z..., donde residen sus hermanos, única familia cercana, no sólo no se justificó la necesidad estricta, sino que se expuso como razón determinante de la denegación, un deseo que, por muy intenso que*

*pueda ser, no produce el efecto de resolver el contrato. [S. 3 de octubre de 1961; estimatoria.]*

4. PRESUNCIÓN DE NO ACREDITAMIENTO DE NECESIDAD: NO CONCORRE SI LAS VIVIENDAS, DE PRESUNTAS CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS, SE ENCUENTRAN EN EDIFICIOS INDEPENDIENTES: *Cuando las viviendas de características análogas a las que se refiere el número 3 del artículo 63 de la LAU, se hallan en edificios que, no obstante estar unidos por razón de colindancia, constituyen o integran, material o formalmente, fincas independientes con acceso por vías públicas distintas, aunque la titularidad de las mismas corresponda a una misma persona; y ello no sólo como reflejo lógico del espíritu de la Ley, sino por revelar-se la «mens legislatoris» de una manera más acusada cuando establece, dentro de un mismo edificio, la distinción entre viviendas interiores y exteriores a los efectos de concretar la selección a unas y otras. [S. 11 de noviembre de 1961; desestimatoria.]*

5. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: SU APRECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES: NO CONCORRE POR EL HECHO DE SER SOLTERO Y PREFERIR VIVIR EN FONDA, EL DIRECTOR DE UNA SUCURSAL BANCARIA, CON RESPECTO AL PISO ALQUILADO PARA VIVIENDA SUYA O DE LOS DEMÁS EMPLEADOS: *La apreciación de lo que debe entenderse por justa causa de desocupación, al no aparecer definido en la Ley, se deja a la interpretación de los juzgadores y éstos deben considerar como tal, aquélla que justifique de una manera rotunda el incumplimiento del precepto que, sin la concurrencia de la misma, obligaría de una manera inequívoca.*

*No es justificable la no ocupación de un piso arrendado a una sucursal bancaria «por ser, en aquél entonces, soltero el Director y preferir vivir en fonda», pues aparte de que no es obstáculo la soltería para tener piso puesto y habitado, es evidente que pudo ser ocupado por otro empleado, como autoriza el contrato celebrado entre las partes, evitando así la desocupación. [S. 25 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

6. ABUSO DE DERECHO: NO CONCORRE: *Una exacta orientación del contenido jurídico de la teoría del abuso de derecho, a la luz de su interpretación jurisprudencial, no permite llegar a la conclusión del ejercicio abusivo del derecho que ampara al actor, quien teniendo a su libre disposición una vivienda cuando estaba proyectado el matrimonio de su hija, para la que pide la que es objeto de autos, la arrienda a un tercero, celebrándose el matrimonio dentro del plazo de los seis meses fijado en el artículo 63 de la LAU, yendo a convivir los cónyuges por el tiempo que restaba de dicho plazo, con los padres del marido; sino solamente de una discrepancia de intereses en la que debe prevalecer, por su carácter superior, el del propietario que solicita la denegación de la prórroga legal del arrendamiento en beneficio de un descendiente sobre el del inquilino, máxime cuando se dan las circunstancias requeridas por la Ley.*

*La interpretación conjunta de los artículos 63 núm. 3 y regla 3.ª del 64 de*

de la LAU unida a la justificación plena de la causa de necesidad alegada, excluyen la aplicabilidad del artículo 9, cuando, por otro lado, la posibilidad de su ejercicio en orden al tiempo, es facultativo del actor, y en todo caso siempre cuenta el arrendatario con la garantía del artículo 68. [S. 11 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

7. SUBARRIENDO: RESOLUCIÓN: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Si no se dan las circunstancias que requiere el art. 10 de la LAU para que el subarriendo sea tenido como tal, y, en consecuencia, el Juez de apelación aprecia la falta de legitimación del actor, por no merecer el concepto de arrendatario, única persona que podía concertar el subarriendo, no procede la resolución.* [S. 3 de octubre de 1961; desestimatoria.]

8. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILEGAL DE VIVIENDA: ARRENDATARIO POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» DEL PRIMITIVO INQUILINO: *Tanto los artículos 58, y 59 de la LAU como el precepto contenido en el 24 --que por su naturaleza excepcional a la regla general prohibitiva de la cesión o traspaso de viviendas, necesariamente ha de ser objeto de interpretación restrictiva-- imponen la condición inequívoca, para que se produzca la subrogación «mortis causa» o la cesión «intervivos», de la concurrencia en el cedente o transmitente que haya sido «parte» en el contrato de inquilinato cuyos derechos trata de atribuir.* [S. 28 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

9. NO ES SELECCIONABLE LA VIVIENDA QUE, AUN SIENDO OBJETO DE CONTRATO INDEPENDIENTE DEL DE UN HORNO CON PANADERÍA, VIENEN VINCULADOS ENTRE SÍ A TRAVÉS DE DOS TRASPASOS SUCESIVOS Y A VIRTUD DE LO ESTIPULADO EN LA CLÁUSULA ADICIONAL DEL DOCUMENTO REFERENTE AL ARRENDAMIENTO DE AQUÉLLA: *Si el arrendamiento vigente de un horno con panadería y vivienda, construcciones superpuestas, sin comunicación exclusiva entre sí, deriva de traspaso y éste, a su vez, de otro anterior que se operó en cuanto a ambos locales como vinculados entre sí, hecho que robustece la estipulación del documento referente a la vivienda --en cuya cláusula adicional se consigna que su suerte ha de seguir la misma que el local mercantil --es obvio que el contrato locativo de ambas piezas urbanas en único--, al celebrarse el mismo día aunque se redactase en dos documentos y se pactasen dos precios, pues no se ha probado, ni alegado siquiera, que lo fuera en ocasiones distintas y con finalidades diferentes--con objeto mixto: una parte correspondiente a la industria y otra a la vivienda. Y aplicando el criterio de analogía, preceptuado en el artículo 8 de la LAU, habrá que calificarlo como un arrendamiento de local de negocio, por ser éste el elemento de mayor importancia (Artículo 2, 4), no siendo, por tanto, seleccionable la vivienda.* [S. 3 de octubre de 1961; desestimatoria.]

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE APELACIÓN: FALTA DE FIRMA DE LETRADO: *Es inconcuso la inadmisibilidad del recurso como derivación del carácter de «ius cogens» de que participan las normas procesales, cuyo aspecto formal se destaca en los*

artículos 125, 145 y 146 de la LAU y 62 y 28 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, pero a esa circunstancia es preciso adicionar la imposibilidad subsumatoria que se pretende por el recurrente, puesto que la facultad del órgano judicial para acusar los defectos atinentes a la capacidad, legitimación y postulación de las partes, sólo tiene plena efectividad en la fase inicial del proceso, conforme a los artículos 34 y 35 de aquel Decreto, sin que le sea dable acusar las deficiencias que ulteriormente se susciten en cualquier fase; y, por tanto, habiendo sido admitida improcedentemente la apelación por el juzgador no puede ser sanada la omisión de la firma de Letrado en momento extemporáneo. [S. 27 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

2. PETICIÓN DE DECLARACIÓN DE LEGALIDAD DE ELEVACIONES DE RENTA POR REPERCUSIONES DE CONTRIBUCIÓN Y RESOLUCIÓN POR IMPAGO: INCONGRUENCIA; COSTAS: *Incide en incongruencia la sentencia que, sin pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de las elevaciones de renta pretendidas, por repercusiones de contribución y arbitrios, absuelve a la parte demandada de la petición de resolución, aún formulada como principal, por haber mediado consignación de aquéllas en momento oportuno.*

*Accediéndose en parte a la demanda, por desestimarse la resolución pretendida y no poderse aplicar el precepto sobre costas del núm. 3.º del artículo 149 de la LAU en los casos que contempla el 101, como dice la sentencia del T. S. de 27 de junio de 1950, no procede hacer expresa imposición de aquéllas en primera instancia.* [S. 3 de octubre de 1961; estimatoria.]

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PUEDE ENTRARSE A VALORAR LA PRUEBA, AUN SIN ALEGAR ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO, PARA ESTIMAR O DESESTIMAR CONCEPTOS JURÍDICOS: *Aun sin alegarse la errónea aplicación del abuso de derecho, el Tribunal puede entrar a examinar y valorar la prueba practicada cuando se trata de estimar o desestimar conceptos jurídicos, como el de justa causa de desocupación opuesta a la pretensión de resolución del contrato de arriendo.* [S. 25 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CONSIDERACIÓN POR EL JUZGADOR DE APELACIÓN DE ELEMENTOS Y CAUSAS DE SUPUESTA NECESIDAD NO CITADOS EN EL REQUERIMIENTO PREVIO, NI ALEGADOS EN EL PROCESO EN MOMENTO OPORTUNO: CONDUCTA DESLEAL DE LA ACTORA AL EXPONER EN EL REQUERIMIENTO LOS ARGUMENTOS EN PRO DE LA CAUSA RESOLUTORIA Y SU SANCIÓN: *Se infringe el artículo 359 de la LEC en la sentencia suplicada, al recoger el Juzgador de apelación consideraciones de carácter influyente para la formación de la convicción judicial, que no encuentran un exacto reflejo en los supuestos de hecho que se dan como indubitados, que por la esencia de la misma causa resolutoria alegada, pudieran integrar la necesidad que se invoca.*

*Si toda manifestación de la vida de relación debe estar presidida por una conducta leal, cuando se trata de relaciones que han de tener consecuencias jurídicas, esa forma de proceder debe constituir el «substratum» de ese actuar,*

*exigiéndose tal conducta a través de nuestro ordenamiento positivo; de aquí que la ausencia de esa «bona fides» puesta de relieve en la falta de veracidad entre lo que se argumentó como base de la causa resolutoria y la realidad de la situación de la actora, se traduzca en la estimación del recurso, como sanción civil ante la ocultación de circunstancias que, en su momento, pudieron haber sido tenidas en cuenta por el inquilino, al objeto de adecuar sus intereses a los términos del párrafo 3.º del artículo 65 de la LAU. [S 3 de octubre de 1961; estimatoria.]*

#### 4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Jefe de Primera Instancia e Instrucción

##### I. Derecho civil.

1. PRESUNCIONES DE NECESIDAD: NÚMERO 2 DEL ARTÍCULO 63: REQUISITOS PARA QUE OPERE: *La presunción fundada en el aumento de las necesidades familiares de la persona para la que se reclama la vivienda, requiere, de modo expreso, la residencia continua en la misma población en que radique la finca.* [S. 18 de enero de 1961; desestimatoria.]

2. PRESUNCIONES DE NECESIDAD: NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 63: REQUISITOS PARA QUE OPERE: *La presunción fundada en el matrimonio y el deber de residir en la localidad en que esté situada la finca de la persona para la que se reclama la vivienda, requiere, de modo implícito, la residencia continua, y en cuanto al matrimonio ha de ser inmediato a la denegación de la prórroga, y en ningún caso tan distanciado del anterior a ésta, como el celebrado por el actor y recurrente, cuando incluso no había adquirido la copropiedad de la vivienda reclamada.* [S. 18 de enero de 1961; desestimatoria.]

3. NO CONSTITUYE SUBARRIENDO NI CESIÓN LA REANUDACIÓN DE LA CONVIVENCIA CON EL TITULAR ARRENDATARIO, DE UN SOBRINO POR AFINIDAD, UNA VEZ CASADO, CON SU ESPOSA, HIJO Y SIRVIENTE: *La doctrina jurisprudencial de que la presencia en la vivienda arrendada de una tercera persona, distinta del arrendatario, hace presumir la existencia de subarriendo o cesión, no puede ser aplicada con carácter de generalidad, sino en vista de las circunstancias que concurren en cada caso, pues puede tratarse de situación tan distinta como la de convivencia, que la Ley implícitamente admite, si bien no la define ni fija sus límites; por lo que más que en ningún otro caso, deberá tenerse en cuenta la situación familiar y las circunstancias que concurren. Y éste es el caso de autos, en el que el sobrino del arrendatario con el que había vivido desde su niñez, por fallecimiento de sus padres, interrumpió la convivencia al casarse y hasta que su hermana, también convivente, contrajo igualmente matrimonio, abandonando la población donde radicaba la vivienda, momento en el que aquél volvió al domicilio de sus tíos en unión de su esposa e hijo, reanudando la situación anterior; hechos que no llevan a la presunción de subarriendo o cesión, porque evidentemente se halla ausente toda idea de precio y temporalidad y falta la sustitución de la persona del arrendatario en el goce de la cosa, ya que la vivienda, según se admite por las propias actoras, resulta usada en común por ambos demandados, sin que contra ello*

*Pueda oponerse la circunstancia de figurar el conviviente como cabeza de familia y patrono de una sirvienta, lo que no supone una vida separada e independiente.* [S. 11 de febrero de 1961; estimatoria.]

4. OBLIGACIÓN DE RESPETAR EL NÚMERO DE LOCALES DE NEGOCIO EN LA FINCA REEDIFICADA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN ORDEN A LA RENTA A SATISFACER POR EL INQUILINO QUE HACE USO DEL DERECHO DE RETORNO, SEGÚN LA LEY DE 1946: *No se puede pretender reducción de la renta en un 10 por 100 o subsidiariamente su nulidad, con base en que el titular de la finca reedificada haya aumentado el número de locales de negocio, pues el término «respetar» que se emplea en el artículo 102, apartado a) de la Ley de 31 de diciembre de 1946, significa en sentido jurídico tanto como mantenimiento del estado que tuviese una determinada cosa o un derecho. Si, pues, el precepto aludido estatuye que el titular de una edificación que demuele y reedifica tiene la obligación de respetar los locales, destinados a comercio, que en la primitiva existieren, ello no quiere decir que no pueda aumentar su número en la nueva edificación, porque de no ser así la Ley no se hubiese valido del vocablo «respetar» que impide una disminución o desaparición, mas no un aumento. Ahora bien, éste será lícito siempre que no lesione para nada el número de viviendas que tiene que aumentar por ministerio de la Ley.* [S. 17 de febrero de 1961; desestimatoria.]

5. RESOLUCIÓN POR TENER EL ARRENDATARIO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA DESOCUPADA, DENTRO DE LOS SEIS MESES INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA: *PROCEDE AUNQUE EN USO DE SUS FACULTADES DOMINICALES, LA VIVIENDA DESTINADO A HABITACIÓN DE UNA HIJA CASADA Y SU FAMILIA: Declarado en la sentencia recurrida que en abril de 1960 le fué entregada al demandado la vivienda, que le había sido adjudicada por la Cooperativa de viviendas protegidas «Virgen del Pilar», en condiciones de habitabilidad y con mayor número de dependencias de no inferiores condiciones que la que ocupa como arrendatario, resulta claro que la sentencia impugnada ha aplicado bien los artículos 62, núm. 5 y 114, causa 11, de la vigente LAU, por cuanto que, si bien es cierto que el demandado, en su condición de dueño, puede dar a la vivienda de que es propietario, el destino que estime conveniente, también lo es, que ello en nada afecta al derecho que la Ley otorga al arrendador para resolver el contrato de arrendamiento de la que es objeto del pleito.* [S. 18 de febrero de 1961; desestimatoria.]

6. RESOLUCIÓN POR DERRIBO DE LA FINCA: *NO PUEDE Oponerse por los arrendatarios demandados el no haberse efectuado el requerimiento ordenado en el artículo 78 número 2 de la LAU a otro de los arrendatarios, ausente del procedimiento: La obligación impuesta por el número 2.º del artículo 78 de la LAU se refiere — como expresa la sentencia del T. S. del 16 de febrero de 1952 — al resultado final de la pretensión del actor sin que establezca vínculos de solidaridad entre los diversos arrendatarios del inmueble cuya demolición se pretende, no permitiendo, por tanto, que puedan oponerse*

por unos demandados excepciones que puedan corresponder a otros arrendatarios que litiguen separadamente o que no hayan sido comprendidos en la demanda; for lo cual es evidente que no puede estimarse infringida la disposición legal antes citada, por el hecho alegado de no haber sido requerida una de las que los recurrentes consideran arrendataria de otra vivienda del inmueble litigoso, o por estimarse que, en todo caso, el requerimiento no reunía los requisitos necesarios. [S. 28 de febrero de 1961; desestimatoria.]

7. NECESIDAD: LA CONSTITUYE EL PONER FIN VOLUNTARIAMENTE A UNA RELACIÓN DE SERVICIO DOMÉSTICO PARA CONSTITUIRSE EN DOMICILIO PROPIO E INDEPENDIENTE: La necesidad invocada por la actora para la resolución arrendaticia que pretende, se explica perfectamente en la sentencia recurrida contemplando la inestabilidad propia de la relación que el servicio doméstico implica, a la que cualquiera de los interesados puede poner fin en cualquier momento y recordando con la cita de la sentencia de 16 de junio de 1956 aquella doctrina que el Tribunal Supremo tiene establecida, conforme a la cual nadie está obligado a mantenerse en convivencia con persona o familia ajena, sino que puede ponerle fin en el momento que tenga por conveniente y realizar el indeclinable derecho a constituirse en domicilio, en hogar propio e independiente. [S. 6 de marzo de 1961; desestimatoria.]

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DEFECTUOSO POR NO EXPRESAR CONCRETAMENTE LA CAUSA DE LA NECESIDAD: Se frustra la finalidad que el legislador se propuso al establecer dicha exigencia, cual fué la de procurar al inquilino el conocimiento de aquellas circunstancias concurrentes en el caso y con conocimiento de las cuales, pueda aquél decidir fundadamente si resiste o se aquieta frente a la denegación de la prórroga que se anuncia, con la escueta notificación por la actora al demandado de que precisa para sí la vivienda litigosa «por no tener otro inmueble en esta ciudad», pues no le ha dado a conocer cuál sea la causa de la necesidad de disponer de alguna de las viviendas de dicho inmueble. [S. 6 de marzo de 1961; estimatoria.]

9. LOS HIJOS MENORES DEL MATRIMONIO DEMANDADO SON HUÉSPEDES A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 21,2 DE LA LAU: NO PROCEDE LA APLICACIÓN POR ANALOGÍA DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18: Si el artículo 21 cuando se refiere a los huéspedes lo hace con esta sola designación equivalente a personas sin distinguir parentesco, edad ni ninguna otra característica, no es ésta, circunstancia que haya podido escapar a la previsión del legislador, porque el artículo 27 de la Ley antigua, aludía y el 18 de la vigente, también se refiere a los hijos de los conviventes, entonces y subarrendatarios ahora, para excluirlas del cómputo de personas que pueden permanecer con el inquilino en el local arrendado, sin motivar infracción contractual: luego, si en este caso no se hace esta exclusión, su número debe forzosamente tener que contar a todos los efectos. Tampoco es acogible la razón de analogía que se pre-

tenden con el artículo 18, pues sólo viene establecida para los supuestos de algunas en el ordenamiento positivo, que no es el de autos. [S. 25 de marzo de 1961; desestimatoria.]

10. DISPOSICIONES TRANSITORIAS 15.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>: NO PRODUCE RESOLUCIÓN LA TENENCIA DE HUÉSPEDES EN NÚMERO SUPERIOR A DOS SI DATA DE 1937, CONOCIÉNDOLO EL ACTOR E INCLUSO COOPERANDO A DICHA ACTIVIDAD DE LA INQUILINA PROCURÁNDOLE HUÉSPEDES; NI TAMPOCO EL CAMBIO DE LAS PERSONAS DE ÉSTOS: *La realidad probada es la tenencia de huéspedes por la arrendataria en número superior a dos, y sin autorización escrita del arrendador, que atraería la aplicación de la causa resolutoria 2.<sup>a</sup> del artículo 114, más debe completarse con otros dos elementos: uno temporal, que la misma data de 1937 y subjetivo, el segundo: que el mismo recurrente conoció desde aquella fecha esa actividad de la inquilina e incluso cooperó a ella facilitándole huéspedes, lo cual equivale a consentir o autorizar ese ejercicio, por lo que según la Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> no puede comprender la variación legal ahora establecida, a un hecho iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley última, como tampoco puede ejercer influencia el cambio de las personas de los huéspedes porque el precepto que a ese cambio hace referencia —Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup>— alude a las situaciones de convivencia creadas al amparo de la autorización del artículo 27 de la Ley de 1946 y no a las de hospedaje.* [S. 25 de marzo de 1961; desestimatoria.]

11. NECESIDAD: CONCURRE AUN CUANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA DE LA ARRENDADORA FUESE ANTERIOR A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA RECLAMADA A FAVOR DEL DEMANDADO, SIEMPRE QUE POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO U OTRAS CIRCUNSTANCIAS, QUISIERA AQUÉLLA PONERLE FIN: *La tesis de que en las situaciones sobrevenidas después de la celebración del contrato, la causa de necesidad desaparece cuando la convivencia de la arrendadora con su hermana, en el domicilio de ésta, existía con idénticas características al tiempo de la celebración del arrendamiento con el demandado, quiebra en el supuesto de autos, pues, si se admiten, como hechos probados, que el arrendamiento se llevó a cabo hace diecisiete años, la avanzada edad de la arrendadora (setenta años), su afección cardíaca de toda la vida, su convivencia con la hermana desde la infancia, el no haber habitado nunca la casa que reclama y la ayuda que presta a su hermana en los servicios de costura, es evidente que las circunstancias que concurren hoy no existían con la misma intensidad en la época en que se celebró el contrato: su edad era entonces de cincuenta y tres años, su trabajo manual para ayudar a su hermana, más asequible por ser más joven; la convivencia resultaba más familiar y quizá más grata en cuanto que era mayor el número de personas que la integraban. Y si ninguna de estas circunstancias entonces creaban una necesidad, hoy la sientan para que el derecho se pronuncie en favor de quien se sienta afectada por ella para poder ocupar una vivienda propia e independiente.* [S. 29 de marzo de 1961; estimatoria.]

12. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: NO ES NOTIFICACIÓN FENACIENTE LA ACRADITADA POR MEDIO DE TESTIGOS: *No hay que conjundir la prueba de los actos ejecutados por el arrendador, que pudieran conducir a la certeza de que había consentido la subrogación «mortis causa» sin estar ésta notificada fehacientemente, con la prueba del hecho de esta notificación al arrendador por parte del presunto arrendatario. La primera, evidentemente, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho: los recibos girados a nombre del sucesor, la permanencia de éste por tiempo superior al plazo señalado por la Ley para la prescripción de la acción, etc., más la segunda, sólo puede ser probada en juicio, acreditando el inquilino subrogado que dentro del plazo legal, notificó fehacientemente su propósito de subrogarse en el arrendamiento del familiar fallecido, al arrendador. Solamente esta forma de notificación es la que puede crear el derecho consolidado del pretendido arrendatario para poderse elevar a la categoría de tal; y como fehaciente es aquello que hace fe por sí sólo, sin acudir a otro medio de prueba que lo advere, y así se dice del instrumento que tiene todos los requisitos necesarios para que a su vista pueda acceder el Juez a lo que, en su consecuencia, pide la parte que lo ha producido; es evidente que, al no dar el juzgador de la apelación a la prueba de testigos, la eficacia que encierra el acto fehaciente, no ha infringido el artículo 58 de la LAU. [S. 20 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

13. RESOLUCIÓN POR DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA: NO CONCURRE JUSTA CAUSA EN LA EMPLEADA DE UN COLEGIO MAYOR QUE NO TIENE OBLIGACIÓN DE COMER NI PERNOCTAR EN ÉL: *Es evidente que el caso de la demandada --Jefe del personal de servicio de un Colegio Mayor-- no se halla comprendido en los que el Decreto de 31 de octubre de 1958 establece como justas causas de desocupación, si bien tal disposición no hace una enumeración exhaustiva pero requiere, a no dudar, para la estimación de una justa causa distinta, la existencia de un motivo suficientemente poderoso para crearla. Por ello, si la demandada no está obligada a pernoctar ni comer permanentemente en el Colegio, ni aun durante el período de duración del curso, podía y debía, de querer atenerse al cumplimiento de las disposiciones sobre arrendamientos urbanos, cumplir con la obligación de residir en su domicilio durante el período mínimo legal y si no lo ha realizado no puede hablarse de justa causa, pues ésta supone impedimento obligatorio que imposibilite el uso de la vivienda arrendada o al menos con un grave quebranto. [S. 28 de octubre de 1961; estimatoria.]*

14. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: EXTENSIÓN DEL TÉRMINO «FAMILIA» EMPLEADO EN EL ARTÍCULO 64 DE LA LAU: *En la expresión «familia» usada en el artículo 64 de la LAU, para señalar uno de los criterios a considerar cuando haya de efectuarse la selección de demandado, entre varios inquilinos, no pueden dejar de entenderse incluidos a la hija de uno de ellos con su esposo y descendientes de ambos, cualquiera que sea la disposición legal a la luz de la cual se interprete el concepto dicho, y desde luego, si al efecto se creyera*

utilizable el de la propia LAU, en la que, para punto de mayor trascendencia, como el de la posibilidad de acceder al arrendamiento por subrogación, irían comprendidos dado el texto de sus artículos 24 y 58. [S. 30 de octubre de 1961; desestimatoria.]

15. NO PROCEDE LA RECUPERACIÓN DE LA VIVIENDA DE LA QUE FUÉ LANZADO EL INQUILINO POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR, SI OCUPADA POR LA PERSONA PARA QUIEN FUÉ RECLAMADA, QUEDA DESPUÉS TRANSITORIAMENTE DESOCUPADA: *Supone grave equivocación equiparar los supuestos de hecho, de encontrarse una vivienda arrendada y disfrutada por el inquilino o cerrada y a disposición de su dueño. Y como el artículo 68 de la LAU establece que para que el arrendatario primitivo pueda recuperar la vivienda de la que fué desahuciado, será requisito indispensable, por ser un precepto sancionador para el arrendador, que éste antes de los tres años, desde que la vivienda fué puesta a su disposición, bien para ocuparla él o para que la ocupe la persona para quien la reclamó, la arrendase o cediese su uso o goce a un tercero, es claro que no puede decirse infringido por la sentencia recurrida, que no da lugar a la recuperación, en base a que el piso en cuestión no se encuentra arrendado, ni se ha cedido su uso o goce a terceros, sino únicamente cerrado y amueblado por sus titulares y en espera de ser nuevamente disfrutado por sus poseedores, tan pronto vuelva el cabeza de familia a ser destinado, en virtud de su petición de traslado, a la localidad donde radica la vivienda que abandonó por traslado no voluntario.* [S. 8 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

16. VIVIENDAS SELECCIONABLES: ORDEN DE POSICIÓN: INTRASCENDENCIA DE SI LA INDUSTRIA QUE SE EJERCE EN LA VIVIENDA ES BASTANTE O NO PARA TRANSFORMARLA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Dado que en el artículo 34 de la LAU se da posposición para la selección de demandado entre los inquilinos, al que o a los que al mismo tiempo que usan como vivienda la arrendada, ejercen en ella profesión u oficio por el que satisfagan contribución, circunstancia que concurre en el ocupante del piso 1.º de la casa de autos, donde el arrendatario se dedica a la de hospedaje, se hace clara la intrascendencia para la ejecución de la selección entre inquilinos, del dato de si la industria que se ejerce en la vivienda, es bastante o no para transformar ésta en local de negocio, supuesto éste último en que ni siquiera sería seleccionable el arrendatario.* [S. 10 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: COMPUTO DEL PLAZO PARA CONTESTARLO CUANDO TANTO EL REQUERIMIENTO COMO LA CONTESTACIÓN SE VERIFICAN POR MEDIO DE SENDOS ACTOS DE CONCILIACIÓN: *Como, según establece la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1952, el acto de conciliación, hasta la comparecencia del citado, no proporciona el conocimiento de las circunstancias que expresa la papeleta, salvo en el caso de que expresándolas todas conste firmado el recibo del original y aquí no existe esa acreditación, obvio será que ha de tenerse como fecha del requerimiento, la del 12 de septiembre de 1960, en cuyo día se celebró el acto de conciliación, a instancias del arrendador. Mas en cuanto al término final, hay que tener en cuenta que la de-*

mandada contestó a ese requerimiento por medio de otro acto conciliatorio, cuya demanda presentó al Juzgado el 18 de octubre de 1960, celebrándose el acto el 3 de noviembre siguiente; y como el artículo 65, 3 expresa literalmente que «el inquilino deberá constestar de modo fehaciente» y el inquilino contesta en el momento en que emite su declaración de voluntad, haciéndolo en la forma fehaciente que supone su presentación ante el Juzgado, lo que ocurra en adelante —la contingencia del señalamiento del acto— ya no depende de su voluntad y, por tanto, no puede perjudicarlo. Además la interpretación de que aquél debe hacer llegar su contestación al arrendador en los 30 días, significaría un entendimiento extensivo de la Ley. [S. 10 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

## II. Derecho procesal.

1. EL NO ACOMPAÑAR A LA DEMANDA DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD, FUNDADA EN ENFERMEDAD DE LA ESPOSA DEL ACTOR, LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL ACREDITATIVA DEL MATRIMONIO, NO CONSTITUYE INFRACCIÓN DEL ART. 3.º DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952: Si bien el artículo 3.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952 establece la obligatoriedad de acompañar a la demanda el documento o documentos en que la parte interesada «funde su derecho», no hay infracción del precepto cuando el documento dejado de aportar es la certificación del monio del actor que pide la resolución por necesidad, en base a la enfermedad que padece su cónyuge, pues es claro que el derecho que sirve de base a la acción ejercitada no se funda en ese documento, aunque tenga relación más o menos directa con la litis. [S. 11 de enero de 1961; desestimatoria.]

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: OMISIÓN EN EL SUPPLICO DEL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE PETICIÓN ALGUNA RESPECTO A LO ACORDADO EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA: No trasciende esta omisión hasta el punto de ocasionar por sí misma la desestimación del recurso, ya que su interposición y fundamentación con cita de la Ley o doctrina legal que se supone infringida en la sentencia impugnada, lleva implícito su designio de obtener la revocación de tal sentencia e invocación en ese sentido, a la jurisprudencia del Tribunal llamado a decidirlo. [S. 18 de enero de 1961; desestimatoria.]

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO CONCURRE: Aparte de que en ninguno de los hechos de la demanda se establece definitivamente que la cesión de la vivienda entre los demandados se hubiera verificado dos años antes, ni siquiera cuando el titular del arrendamiento cambió de residencia, como pretenden aquéllos, la incongruencia ha de deducirse principalmente de la parte dispositiva del fallo, cuando, interpretándole a través de sus razonamientos y fundamentación, no guarde conexión con los motivos de hecho y de derecho sustancialmente básicos de las pretensiones de las Partes; y es incuestionable que al de la cesión y sus consecuencias jurídicas planteado en la demanda y controvertido en la contestación, se ha acomodado, para deducir de lo estimado probado, las disposiciones legales aplicables, la sentencia

*recurrida en la que, por ello, no se ha producido la incongruencia denunciada.* [S. 18 de enero de 1961; desestimatoria.]

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: NO CONCURRE CUANDO LA ACTORA ACTÚA EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA FINCA, AUNQUE NO CONSTE EL ASENTIMIENTO DEL RESTO DE LOS COMUNEROS: *Según reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 394 del Código civil, cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos y la sentencia dictada a su favor aprovechará al resto de aquéllos; de donde se deduce que la actora, al alegar su condición de copropietaria y ejercitar la acción en nombre y beneficio de la comunidad ni dejó de acreditar el carácter con que litigaba, ni tampoco estaba carente de las cualidades necesarias que implicasen, cuando menos, una defectuosa personalidad y el pretender que el recurrente que aquélla aportase en el juicio prueba del asentimiento del resto de los comuneros, por la que acreditase que ejercitaba el derecho con la conformidad de todos, equivaldría a que toda la comunidad de propietarios impulsase la acción.* [S. 26 de enero de 1961; desestimatoria.]

5. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: NO SE DA EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA SI, ADEMÁS DE A LA PRESUNTA SUBROGADA, SE DEMANDA A SUS DOS HIJAS, UNA DE ELLAS MENOR, QUE HABITAN EN SU COMPAÑÍA: *Sólo podía prosperar la infracción del art. 533, núm. 4 de la LEC, si las hermanas demandadas hubieran acreditado que no eran, bajo ningún concepto, ocupantes del piso de autos, o, en otro caso, lo ocupaban en forma legal, pero por otro concepto diferente al imputado por la actora; mas no, cuando señaláncolos con el carácter y la representación con que se las demanda, como tales vienen al proceso y la legitimidad o no de su condición es lo que en síntesis viene a constituir la cuestión de fondo.* [S. 26 de enero de 1961; desestimatoria.]

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: HECHOS NUEVOS: INTRASCENDENCIA A LOS EFECTOS DEL PROCESO: *La alegación en el escrito de interposición del recurso de suplicación de la existencia de abuso de derecho, por haber quedado a disposición del actor una vivienda en edificio de su propiedad de análogas características a la reclamada por necesidad, antes de pronunciarse la sentencia de apelación, es intrascendente a los efectos del pleito, que ha de resolverse, teniendo en cuenta exclusivamente, la situación existente al tiempo de su iniciación.* [S. 18 de febrero de 1961; desestimatoria.]

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE ALEGARSE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL A MENOS QUE SE MOTIVE EL RECURSO EN LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Refiriéndose la aplicación del artículo 1.214 del Código civil a los efectos de la eficacia de la prueba, tal materia está excluida de la que los recursos de suplicación pueden conocer, salvo los casos de aplicación del abuso de derecho, que no lo ha sido en la sentencia recurrida.* [S. 28 de febrero de 1961; desestimatoria.]

8. ES CUESTIÓN DE HECHO DETERMINAR SI LA VIVIENDA DE QUE DISPONEN LOS ARRENDATARIOS DEMANDADOS DE RESOLUCIÓN, A LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL NÚM. 5 DEL ARTÍCULO 62 DE LA LAU, ES DE CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS A LA QUE OCUPAN: *No es dable acoger el tercer motivo del recurso —infracción del artículo 62, apartado 5.º de la LAU en relación con el 54— por cuanto en los Considerandos 3.º y 5.º de la sentencia recurrida se declara probado que el piso propiedad de los demandados y que tenían a su disposición libre en la fecha de interposición de la demanda, es apto para satisfacer sus propias necesidades y de características análogas al que la acción resolutoria se contrae; afirmaciones las expuestas que versan no sobre una cuestión de derecho, sino sobre cuestiones de hecho (así la califican también las sentencias de la Sala 1.ª del T. S. de 6 de febrero y de 23 de junio de 1960), por lo que se denuncia en suplicación ha de basarse necesariamente en la errónea aplicación del abuso de derecho. [S. 4 de marzo de 1961; desestimatoria.]*

9. NO CONSTITUYE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA LA CONDICIÓN DEL DEMANDADO DE SER CESIONARIO PARCIAL DE UNA VIVIENDA: *Si el concepto de legitimación va unido al de interés y éste lo ha demostrado el demandado de modo patente con sus actos, oponiéndose de forma activa a la demanda, esa su misma actitud está proclamando que tiene la capacidad que de palabra se niega. Cosa distinta es que no fuera necesario demandarle y esto es lo único que establece la doctrina jurisprudencial alegada, pero no hay ningún precepto legal que lo prohíba. [S. 25 de marzo de 1961; desestimatoria.]*

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN INTERPUESTO EN FORMA CONJUNTA CONTRA LAS SENTENCIAS DE APELACIÓN Y DE 1.ª INSTANCIA: *Hay que calificar de antiProcesal, cuando menos, el recurso de suplicación en cuanto que el recurrente, con obrido total del artículo 132 de la LAU, lo interpone en forma conjunta contra las sentencias de apelación y de 1.ª Instancia, lo que sería motivo suficiente para desestimarlo, toda vez que sólo cabe contra las sentencias dictadas en apelación por el Juez de 1.ª Instancia, conforme al artículo 130 de la citada Ley. [S. 30 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN INTERPUESTO SIN ACREDITAR EL PAGO O LA CONSIGNACIÓN DE LA RENTA: EFECTOS: *Si conforme a lo prevenido en el artículo 148 de la LAU, es requisito indispensable para que el inquilino interponga válidamente el recurso de suplicación, que pague o consigne la renta que hubiera venido abonando a la iniciación del litigio en el plazo y modo previstos en el contrato, al aparecer incumplido en el presente supuesto este requisito por el demandado, es visto que procede estimar nulo e inane de admisión del recurso con todas las consecuencias legales inherentes a la nulidad. (Auto de 11 de noviembre de 1961 por el que se declara nula la providencia del Juez de Primera instancia por la que se admitió a trámite el recurso de suplicación y todas las actuaciones posteriores y, en consecuencia, indebidamente admitió aquel recurso, quedando la sentencia de 2.ª instancia de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada.)*

## 5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Pamplona

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Juez de Primera Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil.

1. CONTRATOS INDEPENDIENTES DE ARRENDAMIENTO DE DOS PISOS, UNO PARA CASA-HABITACIÓN Y OTRO PARA CONSULTORIO MÉDICO; COMPETENCIA FUNCIONAL PARA LA RESOLUCIÓN DEL PRIMERO: *En orden a la competencia funcional, es inconcusa la doctrina del Tribunal Supremo que declara que habrá de estarse fundamentalmente a los términos del contrato y a la adecuación a los mismos de las acciones entabladas, sin que las infracciones que hayan podido realizarse puedan dar lugar a una modificación de las normas determinantes de aquélla.*

*Sentado por la resolución objeto de impugnación, que existen dos contratos independientes, uno el que se pretende resolver en esta litis, en el que expresamente se conviene por los contratantes el destino de lo arrendado, únicamente como casa-habitación y otro posterior, de diferente piso, arrendado igual y exclusivamente para consultorio médico, como quiera que para entrar en juego el artículo 122 de la LAU ha de concurrir, entre otros requisitos, el en que en la vivienda de que se trate donde precisamente ejerza el arrendatario la profesión colegiada sujeta a tributación, no hubo infracción de dicho precepto legal si conoció en primera instancia el Juez Municipal. [S. 17 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD; LEGITIMACIÓN PARA PEDIRLA; CARÁCTER DE LA CUESTIÓN DE SI LA VIVIENDA DISPONIBLE ES DE CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS A LA QUE ES OBJETO DEL PROCESO: *Los términos claros, precisos y concluyentes del artículo 114 de la LAU aplicado en la sentencia del T. S. de 15 de febrero de 1960, otorgan la titularidad del derecho a resolver el contrato de arrendamiento urbano y de la acción para lograrlo, el arrendador con exclusión de todo problema de Posesión real a título de dueño, de la vivienda arrendada. por lo que el actor no tiene que justificar esa Posesión real, ni que aportar con la demanda los documentos que la adveren, sino solamente demostrar que otorgó el contrato en concepto de arrendador o que sucedió al que lo pactara.*

*Es de hecho la cuestión de si la vivienda desalojada de la que pudo disponer el arrendador, a los efectos del apartado 3.º del artículo 63 de la LAU, es de características análogas a la reclamada en el proceso. [S. 31 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INADMISIÓN: FALTA DE ACREDITAMIENTO DEL PAGO O CONSIGNACIÓN DE LA RENTA: *Conforme dispone el artículo 148 de la LAU para que el inquilino pueda interponer los recursos a que se refiere el capítulo lo XII, entre los que se encuentra el de suplicación, es requisito indispensable que pague o consigne la renta que hubiere venido abonando a la iniciación del litigio, en el plazo y modo previstos en el contrato: y siendo así que aparece aceptado el hecho de que el demandado paga 50 pesetas mensuales de renta y al interponer el recurso no acredita haber pagado las rentas vencidas hasta ese momento, ni hace consignación alguna, es claro que la admisión de tal recurso sin llenar este requisito legal, es un acto nulo y, por tanto, se impone la declaración de firmeza de la sentencia. [S. 11 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

NOTA: Es diverso el criterio conseguido por las Audiencias ante el supuesto contemplado en esta sentencia, pues mientras la de Pamplona, con base en los razonamientos que quedan extractados, llega a la conclusión de desestimar el recurso, aplicando, además, por analogía el criterio sentado por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias relativas a recursos en los que se exige la consignación o el pago de rentas —entre otras, las de 26 de noviembre de 1945 y 12 de mayo de 1955—, la de Zaragoza en sentencia de 3 de junio pasado (cfr. ANUARIO, fascículo III de este año, página 805) estima, en el fallo, indebidamente admitido el recurso, declarando firme la sentencia del Juez de apelación, quien no debió haber admitido a trámite el recurso, y al no hacerlo así, y por no existir en la LAU trámite de instrucción ni ningún otro en que así pueda declararse por la Audiencia, debe hacerse en la sentencia. Y, en fin, la de Valladolid (cfr. este mismo fascículo, página ...), basándose pura y simplemente en el precepto contenido en el artículo 148 de la LAU, dicta el Auto de 11 de noviembre último, declarando la nulidad de la providencia del Juez de apelación y de todas las actuaciones posteriores e indebidamente admitido el recurso de suplicación, con la consiguiente firmeza de la sentencia recurrida. Nos parece más correcta la tesis mantenida por la Audiencia de Zaragoza.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *El recurso de suplicación, por su especial naturaleza, no constituye una tercera instancia, y sólo ha de verse en él la posibilidad de una infracción de Ley o de doctrina legal, entendida ésta en su verdadero y único sentido de reiteración de criterios por el Tribunal Supremo; por lo que la mera apreciación hecha por el juzgador de instancia, de que no concurre justa causa para la desocupación de la vivienda, aunque se halle en contradicción con la del recurrente e incluso, en ciertos casos, con la del Tribunal Superior, no puede ser objeto de modificación cuando no implique la infracción mencionada, salvo que el criterio del juzgador resulte evidentemente absurdo o plenamente inverosímil, como establece la sentencia del TS. de 21 de marzo de 1961. [S. 16 de octubre de 1961; desestimatoria.]*

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico.*

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *El “favor debitoris” en el Derecho Español.*

CASTRO-RIAL CANOSA, J. M.: *El Convenio de La Haya sobre “protección de menores”.*

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *El párrafo 3º del artículo 820 del Código Civil.*

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática.*

PARRA ABAD, Adolfo: *Un comentario al artículo 18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia.*

EICHLER, Hermann: *La idea de copropiedad.*

BORDA, Guillermo A.: *Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y al error como causa de nulidad.*

## 3. VIDA JURÍDICA

## 4. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

## 5. BIBLIOGRAFÍA

## 6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 7. JURISPRUDENCIA.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca.*