

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 XII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLIX

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.—Rdgoz. San Pedro, 32. Madrid.

Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil

FERNANDO SANCHEZ CALERO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de
Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de Bilbao

I. INTRODUCCIÓN.—LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ESTE PUNTO

Las normas relativas a la obligación del vendedor de garantía por los vicios de la cosa vendida son quizá las de mayor importancia dentro de las que regulan la compraventa mercantil. Es nuestro deseo en este trabajo ocuparnos simplemente de un punto que afecta a esas normas, como lo es el problema de la relación entre el examen de la mercancía y el deber de denuncia de los vicios de la cosa que pesa sobre el comprador si no quiere que decaigan sus derechos de repetición contra el vendedor por esos vicios.

Esta cuestión tiene especial trascendencia en nuestro Derecho, ya que según una reiterada interpretación jurisprudencia¹ del Tribunal Supremo es presupuesto esencial para la validez de la denuncia del comprador de los vicios de la cosa que previamente se haya realizado un *examen o reconocimiento judicial* de la misma (1). Ciertamente, esta doctrina del Tribunal Supremo, si es reiterada, no puede decirse que sea constante, pues no faltan sentencias en las que ha establecido la doctrina opuesta (2), la cual parecía que iba a rectificar la posición tradicional, pero fallos recientes contradicen esa previsión (3). Queda, pues, como doctrina jurisprudencial dominante, tanto para el caso de la denuncia de los llamados vicios «aparentes» o «reconocibles» del artículo 336,

(1) V. las sentencias de 6 de julio de 1915, 3 de marzo de 1919, 27 de mayo de 1926, 15 de junio de 1926, 3 de febrero de 1928, 21 de febrero de 1957 y 24 de abril de 1958.

(2) En forma expresa para los vicios ocultos la sentencia de 2 de diciembre de 1954, sobre la que puede verse nuestro comentario titulado *Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil*, «Rev. Der. Merc.», 60 (1956), pág. 448 y sigs. Implícitamente, con relación a los vicios manifiestos y ocultos, las sentencias de 28 de junio de 1946, 9 de marzo de 1948 y 3 de enero de 1957.

(3) Sentencia de 21 de febrero de 1957 y 24 de abril de 1958 cit.

como para el supuesto de los vicios internos u ocultos del artículo 342, que «las reclamaciones de esta índole se han de anunciar practicando lo que dispone el artículo 2.127 de la Ley Rítuaria, en garantía para todos los interesados, sin que las reclamaciones de índole particular tengan igual eficacia jurídica que el llamamiento judicial que, de modo expreso, previene dicho artículo de la Ley de Enjuiciamiento» (4).

En esta doctrina del Tribunal Supremo se establece un doble resultado en cuanto a la denuncia de los vicios de la cosa, pues no sólo se considera al procedimiento de jurisdicción voluntaria del artículo 2.127 como *presupuesto* necesario para la validez de la denuncia, sino también como la *forma* en que ésta ha de ser realizada. Esta segunda afirmación, que como la primera no nos parece admisible, tiene una importancia práctica inferior, porque probado que sea ineludible acudir a ese procedimiento del artículo 2.127, poca trascendencia tiene que se diga que la forma de la denuncia se hace por medio de ese procedimiento (5). Lo que es verdaderamente importante es el contenido de la primera afirmación, esto es, que en nuestro Derecho pesa sobre el comprador en estos casos no sólo el deber de denuncia al vendedor de los vicios, sino también la obligación de acudir al juez dentro de los plazos señalados por los artículos 336-2.º y 342 para que reconozca el estado de las mercancías.

Como fundamento de la necesidad de la intervención judicial a estos efectos se aducen por la propia Jurisprudencia varias razones. En primer lugar, se dice que de esta forma nuestro ordenamiento pretende garantizar con un examen judicial la identidad de la mercancía. En segundo lugar, se afirma que se intenta proteger al vendedor mediante un examen realizado a corto plazo de la entrega de aquellos deterioros de la cosa que no sean debidos a vicios de la misma, sino a una actividad fraudulenta del comprador. También se aduce, por último, que interesa a las partes que se determine por el reconocimiento judicial, o por el de los peritos que nombre el juez, el estado defectuoso de los mercancías (6). Pero

(4) Sentencia de 15 de junio de 1926. La sentencia de 24 de abril de 1958 reitera la necesidad de acudir al procedimiento adecuado al caso, definido en el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en garantía de todos los interesados, sin que las reclamaciones de índole particular tengan igual eficacia jurídica, según las sentencias de 6 de junio de 1915, 27 de mayo y 15 de junio de 1926.

(5) Pero ese procedimiento del artículo 2.127 no es adecuado como forma o medio para realizar la denuncia, aparte de otras razones que iremos viendo, por motivos puramente procesales basados en la naturaleza del mismo. Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, como tal, no tiene carácter contencioso, cfr. artículo 1.817 de la LEC, y GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, 2 ed. (Madrid, 1948), pág. 271, sino que en este caso concreto va dirigido a realizar una información *ad perpetuam rei memoriam*. Cfr. PRIETO CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*, I (Zaragoza, 1949), pág. 309.

una cosa es que con el reconocimiento judicial se puedan alcanzar todos esos objetivos, y otra distinta que *sólo* a través de él puedan obtenerse. Lo que se discute aquí precisamente es si tales fines únicamente pueden lograrse por medio del reconocimiento practicado en la forma indicada por el artículo 2.127.

La doctrina jurisprudencial que requiere en forma necesaria la práctica del procedimiento del artículo 2.127 de la L.E.C., para que sea eficaz la denuncia del comprador de los vicios de la cosa vendida, tiene el grave inconveniente de que deja prácticamente sin protección al comprador ante esos vicios, porque los compradores mercantiles son reacios a iniciar cualquier clase de actuación judicial sin conocer previamente si el vendedor está dispuesto o no a satisfacer sus reclamaciones por los vicios de la cosa entregada. Un ordenamiento jurídico moderno sólo puede exigir a un comprador que inicie una actuación judicial del tipo de la del artículo 2.127 cuando sepa o presuma que el vendedor no va a atender voluntariamente a su reclamación. Si nuestro C. de c. exige mayor diligencia al comprador, difícilmente puede conciliarse esa exigencia con la buena fe—esto es, mutua confianza—que debe presidir el cumplimiento de los contratos, según dice su artículo 57. Pero es que no sólo desde este punto de vista choca esa interpretación con las necesidades de la vida del tráfico, que para todo el que conciba el Derecho como ordenador de la vida social deben de ser muy tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las leyes, sino también tal interpretación no puede admitirse si se observa que la obligatoriedad del examen judicial previo a la denuncia de los vicios de las mercancías resulta incompatible con el tráfico en masa que caracteriza, como es sabido, la actividad industrial y mercantil de nuestra época. De exigirse la necesidad del reconocimiento judicial, una gran empresa con movimiento intenso de mercancías requeriría una actuación judicial casi permanente para el examen de las mercancías averiadas. Por otro lado, resulta indudable que la rigidez y falta de flexibilidad de los plazos de denuncia de los vicios establecidos por los artículos 336 y 342 de nuestro C. de c., que están determinados en cuatro y treinta días a contar del momento de la entrega, se ven agravadas por el rigor de esa interpretación jurisprudencial (7).

Las consideraciones indicadas, a nuestro entender, ya serían por sí solas suficientes para abandonar dicha interpretación del Tribunal Supremo, que impone el previo examen judicial como

(6) V. especialmente la sentencia de 3 de febrero de 1928.

(7) La rigidez de los plazos que deriva de la propia ley, se ve aumentada no sólo por la interpretación jurisprudencial a la que nos hemos venido refiriendo de considerar ineludible el reconocimiento judicial, sino también porque esa misma jurisprudencia estima que esos plazos están fijados por normas de Derecho imperativo. Contra tal afirmación, véase más adelante párrafo VI, A).

condición de validez de la denuncia del comprador. La indudable crisis de nuestro Derecho mercantil, que se manifiesta por la falta de adecuación de buena parte de su disciplina tradicional para satisfacer las necesidades de la vida económica actual, ha de ser superada, aparte de la utilización de algunas medidas que superan el campo metodológico, cuidando de realizar la interpretación de las normas vigentes con una gran sensibilidad para esas necesidades.

Pero es que en este punto, osamos aventurar, que la falta de adaptación de las normas vigentes a las necesidades del tráfico, no está en el Código de comercio, sino en la interpretación que de él hace nuestro Tribunal Supremo. Es decir, creemos que en esta materia no es preciso hacer ninguna interpretación modificadora o modernizadora de nuestro Derecho positivo, para llegar a afirmar que éste no impone, como el propio Tribunal Supremo ha reconocido en algunas ocasiones, la necesidad del examen judicial previo a la denuncia de los vicios, sino que es otro el sistema que deriva de nuestro ordenamiento vigente. Pasamos, por ello, a estudiar este sistema.

II. FUNCIÓN DEL EXAMEN DE LA MERCANCÍA

Para la mejor comprensión del sistema de nuestro Código de comercio en este punto, contenido esencialmente en sus artículos 336 y 342, creemos que es esencial determinar previamente cuál es la función que cumple el examen de la mercancía a los efectos de la responsabilidad del vendedor por los vicios (manifiestos y ocultos) de la cosa vendida.

A estos efectos queremos indicar que nuestro Código de comercio ha asignado al examen de la mercancía una función que podríamos denominar como *liberatoria* para el vendedor, en el sentido de que si el comprador examina a su contento la mercancía en el momento en que la recibe «no tendrá acción para repetir contra el vendedor, alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías» (art. 336-I.º). Pero nótese que la liberación del vendedor no se produce por el mismo hecho del examen, sino que éste es *presupuesto de la aprobación* de la mercancía por el comprador. Lo que sucede es que al no exigir el Código de comercio que el comprador apruebe la mercancía en forma expresa, basta su recepción después del examen sin hacer ninguna reserva sobre vicio de calidad o cantidad para que el vendedor se considere liberado de la responsabilidad por esos vicios (8).

(8) En este sentido es, pues, diverso del sistema del C. de c. alemán. El artículo 377 de este Código separa, como dos momentos diferentes, el examen de la mercancía y la denuncia de los vicios que sean reconocibles. El comprador debe realizar el examen «inmediatamente después de la entrega», y si descubre algún defecto debe denunciarlo «inmediatamente». La interpretación de este párrafo ha dado lugar a una amplia casuística en la

El artículo 336 se refiere al examen del comprador que puede hacer «al momento de recibir las mercaderías». Se trata, por tanto, de un examen de la cosa en un momento de la ejecución del contrato y que va dirigido a controlar la prestación del vendedor, todo lo cual da por descontado que el contrato está ya perfecto. Por esta razón consideramos acertada la doctrina de la sentencia de 24 de abril de 1958 que implícitamente afirma que la disciplina de la denuncia de los vicios de la cosa no se aplica «si el vínculo contractual fué creado con alguno de los siguientes pactos: a) el de *displacentiae* o facultad de separarse del contrato *ad libitum*; b) con reserva de agrado o *ad gustum*, que subordina la venta al previo agrado del comprador sin más criterio valorativo; c) a prueba o ensayo de la cosa para determinar su idoneidad o aptitud para el destino económico previsto según un criterio normal y no en virtud de un simple arbitrio o agrado, pues siempre queda la facultad de acreditar tal idoneidad en pro de la plena eficacia del contrato (*arbitrium boni viri*)». En efecto, cuando hablamos de la denuncia de los vicios estamos dentro del tema de la disciplina de la obligación del vendedor de saneamiento de los vicios de la cosa, que, como es sabido, surge del contrato de compraventa y presupone no sólo que el contrato esté perfeccionado, sino también que se haya ejecutado la obligación de entrega. Por el contrario, los pactos mencionados en la sentencia se refieren directamente al acuerdo de las partes, pues son pactos en los que, si bien nuestra doctrina no está de acuerdo sobre la naturaleza, está fuera de

que dominan criterios bastante elásticos. Dentro de ese código, el examen de la mercancía actúa simplemente como presupuesto para que en un momento posterior el comprador denuncie al vendedor los vicios que la cosa pueda tener, mas ni el examen constituye un deber jurídico para el comprador, ni es un presupuesto ineludible para la denuncia, pues el comprador puede tener conocimiento de los vicios por otro medio diverso. «Lo principal—dicen STAUB y KOENIG—es la denuncia de los vicios, no el examen», *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, IV, 12 y 13 ed. (Berlín Leipzig), pág. 148; en igual sentido, GIERKE, Julius von: *Derecho comercial y de la Navegación*, II (trad. argentina) (Buenos Aires, 1957), pág. 81, y SCHLEGELBERGER-HILDEBRANT: *Handelsgesetzbuch*, III, 3.ª ed. (Berlín Frankfurt, 1956), pág. 1740.

El «Proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales» se ha inspirado en este punto en el sistema alemán al establecer el deber del comprador de examinar la cosa en un breve plazo (art. 47) y el de denuncia, también en breve plazo, a partir del momento en que ha constatado o hubiese debido constatar el defecto (art. 48). (Puede verse la traducción española del Proyecto definitivo de 1956 en el AN. DER. CIV., XI (1958), pág. 1117 y sigs.). Es de hacer notar que RABEL concebía como función esencial del examen de la cosa la de ser presupuesto del deber de denuncia. Cfr. RABEL, E.: *Das Recht des Warenkaufs*, II (Berlín-Tübingen, 1958), pág. 199. Sin embargo, como indica mos en el texto, en nuestro C. de c. el examen de la cosa en el momento de la entrega, al que se refiere el artículo 336, tiene una función liberatoria para el vendedor, si se produce a su contento, y por otro lado, nuestro Código ha desvinculado—como indicamos más adelante—los plazos de denuncia de los vicios del hecho del examen de la mercancía.

dudas que se trata de modalidades de compraventas que afectan a la formación del contrato, y que por tanto están, en principio, fuera de la aplicación de las normas a las que nos venimos refiriendo, pues el Código de comercio establece un precepto especial para ellos (cfr. art. 328) (9).

(9) Aunque no queremos entrar en esta cuestión para no alejarnos del punto de la denuncia de los vicios que nos ocupa, no dejaremos de hacer notar que el pacto que la sentencia señala con la letra a)—es decir, el de *displicentiae* o facultad de separarse *ad libitum*—, difícilmente puede considerarse compatible con el artículo 1.115 del C. civil si se considera independiente de la venta con reserva de agrado o *ad gustum* y de la venta «a prueba de ensayo».

Las ventas mercantiles con reserva de agrado y las «a prueba de ensayo» son consideradas sin género de dudas válidas, pero nuestra doctrina mercantilista dista de estar de acuerdo en cuanto a su naturaleza, y en manera especial sobre si tales ventas son pactadas con condición suspensiva o bien con condición resolutoria. Es decir, si la venta se perfecciona cuando el comprador manifiesta su agrado (cuando es *ad gustum*) o cuando la prueba dé un resultado favorable (si es «a prueba»), o bien si la condición es resolutoria, esto es, si la venta es perfecta en ambos casos desde el momento de la estipulación, pero puede resolverse si la cosa no es del agrado a gusto del comprador (en las *ad gustum*) o cuando la prueba arroje un resultado desfavorable (en la ventas «a prueba»). Como decimos, nuestra mejor doctrina mercantilista está dividida en este punto, pues mientras el maestro GARRIGUES estima que si bien el C. civil en su artículo 1.453 considera a estas ventas sometidas a condición suspensiva, «el C. de c., en su artículo 328, estima que la venta es perfecta, pero sometida a la condición resolutoria de la desaprobación del comprador», *Cursos de Derecho mercantil*, II (2.ª ed. revisada por E. VERDERA, Madrid, 1956), página 96, el profesor URÍA—partiendo del carácter dudoso de la naturaleza de esta modalidad de venta—indica que el «Código tiende a considerar a esta venta como sometida a condición resolutoria, y en la doctrina parece dominar su configuración más correcta como venta sujeta a condición suspensiva, no faltarían razones para sostener que la venta sólo se perfecciona cuando el comprador dé su conformidad a la cosa vendida», *Derecho mercantil* (Madrid, 1958), página 391. Diversa es también la postura del profesor LANGLE, que dice: «Obsérvese que la condición abarca dos casos diferentes. Si visto el resultado de la prueba el comprador da su conformidad al objeto, conceptuándolo aceptable, el contrato se perfecciona, o como dice la ley civil, la venta queda «hecha» (si *placuerit empti erit res*); pero si el comprador lo considera inaceptable, sucede lo contrario (si *displicuerit empti erit res*). El Código de comercio se refiere al efecto resolutorio de la condición, pero de él se desprende su efecto suspensivo en la hipótesis contraria. Es decir, que la condición es suspensiva en el sentido de que la eficacia del negocio depende del resultado de la prueba, o de lo que el comprador decida, mientras que la prueba es resolutoria, si la prueba es desfavorable, o el comprador rehúsa la mercancía. Se trata, pues, de una condición de efecto doble según hechos alternativos». (*El contrato de compraventa mercantil* (Barcelona, 1958), págs. 116-117.)

Aventurándonos a manifestar nuestra opinión sobre este punto, hemos de indicar que la solución que nos conviene más es la que apunta el primer autor citado. En efecto, nótese que el carácter suspensivo o resolutorio de la condición de estas ventas, tanto civiles como mercantiles, depende de la voluntad de las partes. El Código civil, en su artículo 1.453, presume que se someten a condición suspensiva, pero esta presunción debe considerarse *iuris tantum* y, por consiguiente, cabe la posibilidad de que pueda

Para que el examen de la mercancía realizado a contento del comprador produzca sus efectos liberatorios para el vendedor, el artículo 336 requiere únicamente que se efectúe ese examen («al tiempo de recibir las mercancías»). Pero el momento del examen puede cambiarse por medio de la voluntad de las partes, y debe entenderse que aunque se adelante o se atrase ese momento también ha de producir los efectos liberatorios indicados (10). Por otro lado, para que el párrafo 1.º del artículo 336 entre en juego no se requiere que se trate de una compraventa genérica, como al contrario era preciso, de acuerdo con el artículo 370 del Código de comercio de 1829 (11), ni tampoco que sea una compraventa de plaza a plaza, como presuponían a otros efectos las Ordenanzas de Bilbao (12), sino que tal párrafo es de aplicar a todas las compraventas mercantiles.

demostrarse que las partes han deseado considerar que la compraventa ya era perfecta, aunque sometida a condición resolutoria. Por el contrario, el artículo 328 frente al artículo 1.453 establece la *presunción*—también *iuris tantum*—de que las partes han querido dar a la condición un efecto resolutorio. Y el que la presunción sea diversa en el C. de c. que en civil puede explicarse—a nuestro entender—por el deseo de mayor seguridad del tráfico que late en los preceptos mercantiles, seguridad a la que sin duda se satisface mejor considerando que la venta queda perfecta en estos casos en el momento en que se estipula, aunque se someta a condición resolutoria, que sí, por el contrario, se estimase que la venta todavía no era perfecta hasta que se cumpla la condición (como sucede cuando se da a ésta el carácter suspensivo).

(10) Sobre este punto, véase más adelante, en el apartado VI, B).

Cuando no existe pacto especial sobre este punto, no existe duda en la doctrina sobre el momento a que se refiere el artículo 336-1.º, que se trata del instante en que el comprador efectivamente recibe la mercancía y está en condiciones de examinar la cosa. V. nuestro trabajo *Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones*, cit. pág. 469, y bibliografía allí citada.

(11) El artículo 370 del Código de comercio de 1829 comenzaba diciendo: «Después de recibidos por el comprador los géneros vendidos no será oído sobre vicio o defecto en su calidad, ni sobre falta en su cantidad, siempre que al tiempo de recibirlos los hubiese examinado a su contento, y se le hubiesen entregado por número, peso y medida.»

(12) En el número X del Capítulo XI de las Ordenanzas de 1737 se decía: «Todas las veces que se negociare sin muestras, o con ellas, también sobre generos á venir por Mar, ó Tierra, si al tiempo de entregarlos, ó después de haverlos recibido, se reconociere no corresponder en calidad, ó cantidad á lo estipulado en materia substancial, y este defecto no proviniere de fraude del comprador, ó vendedor, quedara disuelta la negociacion, como si no se hubiese celebrado; y volviéndose los generos al vendedor, estara este obligado a restituir al comprador el dinero, o generos que hubiese recibido de él para el pago del todo, ó parte de dichos efectos negociados.» Como se ve, este precepto no establecía plazo de denuncia de los defectos de la cosa recibida, sino simplemente permitía la resolución del contrato sin indemnización de daños y perjuicios. (Esta interpretación se ratifica con la lectura del número XI del mismo Capítulo de las Ordenanzas de Bilbao.) La norma contenida en el número XI, como decimos en el texto, sólo se aplicaba a las ventas a distancia, pues, como hemos visto, expresamente se refiere a las ventas de «géneros a venir por Mar, o Tierra»

En otros países también se pone de manifiesto que las normas sobre

En consecuencia, la liberación del vendedor de su responsabilidad por los vicios o defectos de cantidad o de calidad—que la doctrina denomina vicios «externos» o «reconocibles»—se produce por el examen del comprador siempre que concurren estas dos circunstancias: 1.ª Que no exista una reserva o reclamación del comprador, pues el examen ha de ser «a su contento», y 2.ª Que el reconocimiento se realice en el momento de la recepción de la cosa por el comprador, a no ser que las partes hayan acordado adelantar o retrasar ese momento. Diversa es, por tanto, esta liberación del vendedor por los vicios «externos» en la compraventa mercantil, de la otra liberación de responsabilidad del vendedor por los vicios «externos» o «reconocibles» de la que se ocupa el artículo 1.484 del Código civil, porque este artículo se refiere a los vicios manifiestos, «o que estuvieren a la vista», o fueran fácilmente reconocibles en el *momento de la celebración del contrato*, lo cual presupone que la cosa en este momento se tenía a la vista (13), pero no necesariamente que se haya examinado la mercancía. En este caso del artículo 1.484 puede decirse que la aceptación de la cosa vale como aprobación, en el sentido de que, háyase reconocido o no la mercancía, el vendedor no responde de los vicios reconocibles de la cosa que el comprador tuvo a la vista antes del momento de la perfección del contrato (14).

Nuestro Código de Comercio no ha llegado a tanto en cuanto a los vicios reconocibles en el momento de la recepción de la cosa, sino que parte del principio de que el efecto liberatorio del vendedor sólo se produce cuando el comprador «examina a su contento las mercaderías» (15). Pero la protección del vendedor sería muy

la denuncia de los defectos de la cosa han ido ampliando su campo de aplicación. Así, por ejemplo, el artículo 347 del Código de comercio alemán de 1861—precedente del art. 377 del Código alemán vigente—se aplicaba sólo a las compraventas de plaza a plaza, condición que no aparece en dicho artículo 377 (que sin embargo se aplica únicamente a las compras que tengan carácter mercantil por ambas partes). En el Derecho italiano se percibe una evolución parecida si se compara el artículo 70 del Código de comercio de 1882 y el artículo 1.495 del Código civil vigente.

(13) Cfr. DE BUEN, D.: *Vicio redhibitori*; «Enciclopedia Jurídica Española», XXX, pág. 798.

(14) Este sistema de nuestro Derecho no deja de tener similitud en cuanto a los vicios reconocibles con el sistema germánico antiguo, pues como hace notar PLANITZ, «Mediante el contrato de compraventa obtenía el comprador, en el Derecho antiguo, una pretensión a la entrega de una cosa libre de vicios: no estaba obligado a aceptar una cosa con vicios. Ahora bien, si la había aceptado, no podía ya hacer responsable al vendedor de los vicios que la cosa tuviese. La aceptación valía como aprobación. Por esta razón era de gran interés para el comprador examinar la cosa antes de la conclusión del contrato: «Quien no abre los ojos, abra la bolsa» (*Wer die Augen nicht aufhut, tut den Beutel auf*). Otra cosa sucedía si la mercancía enviada no podía examinarse hasta después de la conclusión del contrato», *Principios de Derecho germánico* (trad. de C. MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957), pág. 237.

(15) El Proyecto de C. de c. de 1828 de la Comisión, por el contrario, establecía una vez recibida la cosa por el comprador, el vendedor no res-

escasa si el Código se limitase a establecer ese principio, porque el efecto liberatorio no se produciría siempre que el comprador no quisiera examinar la mercancía. Por esta razón el Código ha dictado algunas normas complementarias, una de las cuales tiende a establecer un examen o reconocimiento obligatorio de la mercancía si lo pide el vendedor (art. 336-4.º) y otras a fijar unos plazos de denuncia de los vicios independientes del hecho de que el comprador examine o no la mercancía (arts. 336-2.º y 342).

III. EL EXAMEN OBLIGADO DE LA COSA

Como acabamos de ver, el artículo 336 parte del principio de considerar liberado al vendedor de la responsabilidad por los vicios externos de la cosa cuando el comprador la ha examinado a su contento en el momento de la entrega. El examen y la aprobación de la cosa puede realizarse, y frecuentemente así sucede, en forma voluntaria por el comprador. Pero como hemos indicado, el Código de comercio trata de reforzar la posición del vendedor concediéndole la facultad de exigir «en el acto de la entrega, que se haga reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador» (artículo 336-4.º) (16). Esto no quiere decir que el comprador esté obligado a examinar la cosa si el vendedor lo solicita, sino simplemente que el vendedor tiene la facultad de exigir que se haga el reconocimiento de la mercancía. El medio procesal para llevar a efecto ese examen obligado o forzoso de la mercancía es el expediente de jurisdicción voluntaria previsto por el artículo 2.127 de la LEC.

Pero el Tribunal Supremo, según vimos al principio de este trabajo, en lugar de reducir la utilización de este procedimiento de jurisdicción voluntaria a dicha misión en este campo, afirma que es necesaria su utilización por el comprador como presupuesto para la validez de la denuncia de los vicios de la cosa. Sin embargo, esta tesis del Tribunal Supremo no sólo no encaja dentro del sistema del Código de comercio que hemos venido exponiendo, sino que únicamente podría admitirse si se demostrase la existencia de una norma que estableciese un deber o carga que pese sobre el comprador de verificar necesariamente, bajo la sanción de la decadencia de los derechos de repetición del comprador, el examen

pondría por los vicios reconocibles. En efecto, su artículo 191 decía: «El comprador, después que recibió la cosa vendida, no tendrá derecho a hacer reclamación alguna, salvo que proceda de vicio oculto de la cosa, con respecto a lo cual le quedarán expeditas las acciones establecidas en derecho.» (Reproducido por RUBIO, J.: *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil* (Madrid, 1950), pág. 258.)

(16) Justamente GARRIGUES distingue entre reconocimiento *obligado*, que es al que se refiere el párrafo 4.º del artículo 336, del reconocimiento *espontáneo* del párrafo 1.º del mismo artículo, *Cursus de Derecho mercantil* citado II, pág. 85.

judicial de las mercancías dentro de los plazos establecidos por los artículos 336-2.º y 342. Pero no encontramos ningún precepto en nuestro derecho que establezca tal deber. Al contrario, la jurisprudencia—y allí creemos que está el origen de su interpretación equivocada—partió del presupuesto de que el propio artículo 2.127 de la LEC. es el que impone ese deber (17).

Es, pues, de interés demostrar que de este artículo de la LEC., no surge tal deber, ya que si conseguimos ese resultado habremos privado de fundamento, también por este camino, a la indicada interpretación jurisprudencial. Para ello conviene tener en cuenta, en primer lugar, que de la lectura detenida de dicho artículo 2.127, se desprende que ese precepto no indica en qué casos es necesario el reconocimiento de la mercancía, sino que se limita a precisar que «*cuando proceda* hacer constar el estado, calidad o cantidad de los géneros recibidos o de los bultos que los contengan, *conforme a lo dispuesto* en los artículos 219, 302 y párrafo segundo del 370 del Código, y demás casos análogos, el interesado acudirá al Juez...», o sea que, como corresponde a la naturaleza procesal de ese artículo, *no determina* cuándo el comprador está obligado a pedir el examen judicial de la mercancía, *sino que elude el problema con el remisión a los preceptos del Código de comercio*. Pero es que, además, si vamos a examinar el precepto del Código de comercio al que se remite el artículo 2.127 en el punto del que nos estamos ocupando, vemos que el párrafo segundo del artículo 370 coincide con el párrafo final del artículo 336 del Código vigente (18), con lo que se demuestra que por esa vía sólo se establece la facultad del vendedor de exigir en el acto de la entrega el reconocimiento judicial de los géneros vendidos. Por otra parte, nótese que el interesado en el reconocimiento judicial, como se desprende claramente del artículo 336, párrafo final (de la misma forma que del párrafo 2.º del art. 370), es el vendedor, porque de ese reconocimiento puede derivarse la liberación de su responsabilidad por los vicios externos de la cosa. Frente a esto la doctrina jurisprudencial que combatimos, obliga a tomar la iniciativa al comprador, para pedir el reconocimiento judicial bajo la pena

(17) En efecto, el error se desliza ya en la primera de las sentencias que dan lugar a esa interpretación jurisprudencial (v. la lista de ellas en la nota 1), pues la sentencia de 6 de julio de 1915 dice: «No basta el simple requerimiento de simple particular que dirija el comprador al vendedor dentro de dicho plazo del párrafo segundo del artículo 336 para que se tenga por ejercitada la acción, no sólo porque este concepto implica, al menos, la necesidad de un llamamiento judicial, sino porque así lo da a entender de modo expreso la Ley de Enjuiciamiento civil cuando preceptúa que las reclamaciones de esta clase han de iniciarse acudiendo al Juzgado para que practique lo dispuesto en su artículo 2.127.»

(18) El artículo 370 del Código de 1829 consta únicamente de dos párrafos, y el segundo dice así: «El vendedor puede siempre exigir, en el acto de la entrega, que se haga reconocimiento íntegro en calidad y cantidad de los géneros que el comprador reciba, y en este caso no habrá lugar a dicha reclamación después de entregados.»

de la decadencia de los derechos que le concede el propio artículo 336 en sus párrafos segundo y tercero.

Por todo lo cual, creemos que no tiene fundamento legal dicha doctrina, que si bien ha tratado de fundarse en el artículo 2.127, se ha visto favorecida también por la dicción del artículo 336, párrafo 2.º, que en forma equívoca habla del «ejercicio de la acción» y esta expresión ha dado pie para relacionar la denuncia de los vicios con el procedimiento a que se refiere ese artículo de la LEC. (19). Pero esta conexión no es posible, tanto porque el procedimiento del artículo 2.127 carece de carácter contencioso y, por consiguiente, no sería apto para el ejercicio de ninguna acción (20), como por la razón de que cuando el artículo 336-2.º habla de que el comprador «ejercite su acción» no ha querido emplear este término en sentido técnico, sino como equivalente a la actividad necesaria para realizar la denuncia de los vicios, pues en caso contrario, no tendría sentido decir que en todos estos supuestos de responsabilidad del vendedor por vicios de la cosa la acción debe ejercitarse por el comprador dentro de los seis meses señalados por el artículo 1.490 del Código civil (21).

IV. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA MERCANCÍA

El reconocimiento judicial de la mercancía ha de considerarse, por tanto, como el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico a favor del vendedor para que el comprador pueda realizar el examen de la cosa cuando no lo haya hecho ya en forma espontánea en el momento de la entrega, de tal manera que por medio del reconocimiento del juez o de los peritos que nombre se produce el examen obligado de la cosa.

Los efectos que produce ese reconocimiento judicial en este supuesto de examen obligado se concretan en ofrecer al comprador una descripción de la cosa para que formule en ese momento las reservas oportunas denunciando los vicios de la cosa o bien, en forma expresa o tácita, manifieste su aprobación. De tal forma que entendemos que el reconocimiento judicial de la mercancía practicado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.127 no tiene unos efectos decisorios en el sentido de que su resultado no determina

(19) V. el párrafo de la sentencia de 6 de julio de 1915 reproducido en la nota 17. Incidentalmente en nuestro trabajo *Los vicios ocultos*, cit. pág. 466, caímos también en el error de considerar que cuando el artículo 336-2.º habla de que el comprador «ejercite su acción» se refiere a que acuda al procedimiento del artículo 2.127 de la LEC.

(20) Sobre la naturaleza procesal de este expediente V. la nota 5 anterior.

(21) Que los seis meses del artículo 1.490 son el término para el «ejercicio de la acción», en estos casos lo tiene reconocido expresamente el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1954 para los vicios ocultos del artículo 342 y en la sentencia de 16 de diciembre de 1955 para los vicios externos del artículo 336.

en forma automática si las mercancías son o no de recibo, porque después del reconocimiento de las mercancías ha de venir la aprobación del comprador. Esta interpretación se impone no sólo teniendo en cuenta que el artículo 336-4.º habla de «reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador» (22), sino también si observamos que dada la naturaleza de ese procedimiento del artículo 2.127, por medio de él no puede determinarse si las mercancías son o no de recibo, porque para ello, además del reconocimiento de la mercancía es necesario juzgar si la cosa entregada es precisamente la fijada en el contrato, con todas sus cualidades, labor ésta que *requiere una previa interpretación de la voluntad de las partes* y que, como es evidente, no puede realizarse a través de un simple reconocimiento judicial.

En contra de estas consideraciones podría aducirse que el Código de comercio, en su artículo 327, da un carácter decisorio al dictamen de los peritos nombrados por el juez por medio del procedimiento del artículo 2.127 (23). Pero aquí el supuesto de hecho es distinto y por tanto no podría aplicarse por analogía lo dispuesto en ese artículo 327 al caso del 336-4.º, porque el primer artículo se refiere a la venta sobre muestra o sobre «calidad conocida» en el comercio y por tanto la cuestión que se discute en este punto es el simple hecho de determinar si la cosa entregada corresponde a esa muestra o a esa «calidad conocida», y esta cuestión puede ser resuelta por los peritos (24). Por el contrario, en las ventas a las que se aplica el artículo 336 no aparece predeterminado lo convenido en la misma forma que en las del artículo 327, que lo está por la muestra o la referencia a la «calidad conocida», sino que hace falta previamente, como hemos dicho, interpretar la voluntad de las partes para conocer cuál ha sido lo pactado.

Pero el reconocimiento judicial de las mercancías en la forma prevista por el artículo 2.127, aparte de ser el instrumento para realizar el examen obligado de la mercancía al que se refiere el artículo 336-4.º, es indudable que puede ser solicitado por cualquiera de las partes que esté interesada en dejar constancia, a efectos probatorios, del estado en que se encuentran las mercan-

(22) En este sentido, GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, pág. 85. Equívoca era en este punto la redacción del artículo 370-2.º del Código de 1829. V. el texto de dicho párrafo en la nota 18 anterior.

(23) El carácter decisorio está reconocido expresamente por el párrafo final del artículo 327 en el sentido de que si los peritos declaran que las cosas son de recibo se entiende que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega y, en caso contrario, se puede resolver el contrato. Sobre la utilización del procedimiento del artículo 2.127 para el nombramiento de los peritos, no cabe duda porque este artículo menciona el artículo 362 del C. de c. de 1829, que coincide en su contenido totalmente con el artículo 327 del Código vigente.

(24) Como atinadamente hace notar LANGLE, la especialidad de la disciplina de estas ventas radica en las «reglas particulares sobre la correspondencia de lo convenido y lo entregado», *El contrato de compraventa mercantil*, cit., págs. 137-138.

cias en un determinado momento, bien para valerse de tal reconocimiento en un ulterior proceso, o bien simplemente con la finalidad de evitar un posible litigio. Estos son los fines que presiden el examen judicial previsto por el artículo 1.513 del Código civil italiano, que se han inspirado directamente en el artículo 71 del Código de comercio derogado aunque con algunas modificaciones. Pero tal examen en el Derecho italiano no altera los principios generales de la carga de la prueba (25), ni su falta lleva consigo la decadencia de los derechos de repetición del comprador (26), sino que únicamente produce el efecto de facilitar la prueba sobre el estado y calidad de las mercancías (27). Este es, a nuestro entender, el único efecto que produce el reconocimiento judicial practicado por medio del expediente del artículo 2.127 cuando se utilice al margen del supuesto contemplado en el párrafo final del artículo 336.

V. LA DENUNCIA DE LOS VICIOS EN UN MOMENTO POSTERIOR A LA RECEPCIÓN DE LA MERCANCÍA

A) *Supuesto de los vicios «reconocibles».*

El derecho de repetición del comprador por los vicios de la mercancía pende de la denuncia de los vicios, en el sentido de que si no se realiza esa denuncia *decae* tal derecho. Como hemos visto, cuando se examina la mercancía en el momento en que el comprador la recibe, éste, si encuentra algún «vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercancías» debe denunciarlo en el mismo momento, de tal forma que si no lo hace se entiende que acepta la mercancía y esta aceptación con el examen produce la liberación del vendedor por la responsabilidad que pudiera tener por esos vicios. Pero si el comprador, en el momento de la recepción, no ha exa-

(25) V. RUBINO, D.: *La compravendita* (Vol. XXIII del *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO) (Milano 1952) págs. 628-629 con amplias referencias a la doctrina y jurisprudencia italiana.

(26) RUBINO: *La compravendita*, loc. cit. En la nota 83, pág. 628 dice: «Es pacífico que ninguna de las dos partes incurre en decadencia alguna por no haber recurrido al reconocimiento preventivo».

(27) RUBINO: *La compravendita*, loc. cit. En pág. 627 afirma que el reconocimiento judicial o el de los peritos no impide que en el proceso posterior se puedan aducir otros medios de prueba, incluso hacer un nuevo examen judicial, y el juez es libre de valorar los resultados alcanzados en el primer reconocimiento.

En el Derecho francés la prueba de los defectos de la cosa puede hacerse por todos los medios, aunque para evitar discusiones se recurre al peritaje en las formas previstas por los artículos 302 y sigs. del C. porc. civil., pero «La jurisprudencia admite, sin embargo, que sus resultados pueden ser retenidos por el juez a título de simples indicaciones si tuvo lugar antes de la entrega de la mercancías» HEMARD, J.: *Les contrats commerciaux, I Les ventes commerciales. La gage commercial* (Paris, 1953), pág. 152.

minado la mercancía tiene un determinado plazo, fijado por el artículo 336-2.º, para denunciar los vicios o defectos que sean «reconocibles», no produciéndose, por tanto, la decadencia del derecho de repetición hasta que no haya transcurrido ese plazo.

A nuestro entender, cuatro son los requisitos para que no se produzca la decadencia del derecho de repetición del comprador: 1.º Que se haya efectuado la prestación de la entrega. 2.º Que existan vicios llamados reconocibles o externos en la cosa entregada. 3.º Que no se haya verificado examen de la cosa en el momento de la entrega; y 4.º Que se produzca la denuncia de los vicios reconocibles dentro de un término de cuatro días, contados a partir del momento de la recepción de la mercancía. El estudio de estos cuatro requisitos nos alejaría del objeto de nuestro trabajo, que como indicamos se reduce a examinar el problema de la relación entre el examen de la mercancía y el deber de denuncia de los vicios, y por esto nos limitamos a ocuparnos del tercero de los requisitos apuntados, cuya delimitación precisa no resulta tarea fácil.

Decimos que uno de los presupuestos para que no decaiga el derecho de repetición del comprador es que no se haya verificado el examen de la mercancía en el momento de su recepción por el comprador, pero con ello no olvidamos que ese derecho puede mantenerse vivo también si efectuado el examen del comprador (espontáneo u obligado) no se produce su «contento», en el sentido de que denuncia inmediatamente al vendedor la existencia de vicios. Sin embargo dejamos aparte este caso porque a él ya nos hemos referido, de la misma forma que lo hemos hecho al supuesto contrario de que el comprador no haga ninguna reserva y surja la presunción de que aprueba la mercancía, que, como en el caso de aprobación expresa, produce los efectos indicados de liberar al vendedor de su responsabilidad por los vicios «reconocibles» de la cosa.

La dificultad mayor con relación a ese presupuesto surge porque el párrafo 2.º del artículo 336, a primera vista, parecer exigir, más que el que no se haya verificado el examen de las mercancías en el momento de su recepción por el comprador, el que éstas sean recibidas «enfardadas o embaladas». Pero no creemos que deba admitirse tal solución, en primer lugar porque aunque se reciban las mercancías embaladas o enfardadas, el vendedor puede eliminar la posibilidad de reclamar por parte del comprador, si exige «en el acto de la entrega que se haga reconocimiento, en cuanto a calidad y a cantidad, a contento del comprador» (art. 336, párrafo final). En segundo lugar—y desde el punto de vista diverso—no se puede olvidar que, como indican los párrafos primero y último del artículo 336, el comprador sólo pierde su derecho de repetición contra el vendedor por vicios, defecto de cantidad o calidad de las mercancías entregadas cuando el comprador ha examinado (voluntaria u obligatoriamente) esas mercancías a su contento en el

momento de la entrega. Ciertamente el contenido de estos párrafos (1.º y 4.º del art. 336) no coincide del todo con la dicción literal del párrafo 2.º del mismo artículo que, como hemos visto, habla únicamente de que el comprador tiene derecho a repetir contra el vendedor en el plazo que indica cuando se trate de mercancías enfiardadas o embaladas. Aparece, pues, una contradicción dentro del art. 336, pero creemos que debe superarse concediendo preferencia al principio que deriva de los párrafos inicial y final del artículo 336 de que el comprador pierde su posibilidad de repetir cuando haya examinado la mercancía a su contento, y, en consecuencia, cuando no haya realizado este examen está obligado, so pena de caducidad de su derecho de repetición, a denunciar los vicios «reconocibles» de la cosa en los cuatro días previstos por el párrafo 2.º del artículo 336 (28). De esta forma nos apartamos de dos soluciones extremas que no creemos satisfactorias para el caso de que la mercancía no venga «embalada o enfiardada» y el comprador no haya hecho el examen de la mercancía a su contento en el momento en que la recibió. Una solución extrema sería considerar que en este caso el comprador ha perdido el derecho a repetir contra el vendedor por los vicios «reconocibles». El admitir esta solución llevaría implícito afirmar que según nuestro Código de comercio el comprador está obligado a examinar la mercancía en el momento en que la recibe cuando no venga enfiardada o embalada, bajo la pena de la pérdida de la acción contra el vendedor por esos vicios si no lleva a efecto ese examen. Pero tal obligación no parece poderse deducir del párrafo primero del artículo 336, el cual presupone por el contrario *una actividad del comprador* (examen a su contento) para que ese efecto de decadencia del derecho de repetición se produzca. Además esta interpretación nos permite alejarnos de la solución contraria, que daría el resultado injusto de hacer perder al comprador su derecho de repetición cuando, por cualquier circunstancia, no hubiese podido examinar la mercancía en el momento de la entrega, aunque llegase sin fardos o embalajes.

La otra solución extrema sería considerar que cuando el comprador no ha examinado a su contento la mercancía que recibió sin embalar o enfiardar queda al margen de la disciplina del artículo 336 del Código de comercio, por ser un supuesto no expresamente previsto en ese artículo, y, por tanto, se regiría por las normas del Derecho civil de no existir, naturalmente, usos mercantiles aplicables al caso. Esto implicaría que cuando el comprador tenga derecho a la repetición por los vicios «reconocibles», no estaría obligado a denunciar esos vicios en el término de los cuatro días de que habla el párrafo 2.º del artículo 336 para mantener vivo ese derecho de repetición. Pero esta solución, como resulta

(28) Esta interpretación sobre la base de un artículo de RAHEL, ya la indicamos en nuestro trabajo *Los vicios ocultos*, cit., pag. 453, nota 18.

evidente, no es de admitir, porque no sería lógico que el Código de comercio haya previsto la decadencia de la acción del comprador si no denuncia en el plazo de cuatro días los vicios de las mercancías que recibió enfardadas o embaladas, sin tener en cuenta si ha examinado o no la mercancía, y que no se someta a un plazo de decadencia similar al comprador de mercancías no enfardadas o embaladas, que aunque no examinó las mercancías en el momento en que las recibió, tuvo, a partir de ese momento, la posibilidad de examinarlas.

B) *Supuesto de vicios ocultos.*

En este caso los requisitos para que no decaiga el derecho de repetición del comprador consisten simplemente en que, aparte de que se haya verificado la entrega de la cosa, existan vicios ocultos y éstos sean denunciados dentro de los treinta días siguientes al momento de la entrega (cfr. art. 342). Pero dejando aparte aquellas cuestiones que no encajan plenamente dentro del objeto de nuestro estudio, queremos hacer resaltar que la posibilidad de repetición del comprador en el caso de vicios ocultos es independiente del hecho de que en el momento de la recepción de las mercancías se haya realizado o no el examen (espontáneo u obligado) de la cosa. Aunque esto es cierto, no puede olvidarse que una de las notas más características del concepto de los vicios ocultos es precisamente que tales vicios no hubieran podido ser reconocidos o descubiertos por el examen verificado o que se hubiese podido verificar en ese momento de la recepción. Lo relevante, pues, no es que se trate de vicios que no se reconocieron, sino que *no era posible* reconocerlos. El Código de comercio de 1829 aclaraba con precisión este punto cuando decía: «Las resultas de los vicios internos de la cosa vendida que no pudieren apercibirse por el reconocimiento que se haga en el momento de la entrega, recaerán en el vendedor...» (29).

El Tribunal Supremo, como ya indicamos, establece que también en este caso de los vicios ocultos la demanda debe ir acompañada de la práctica del procedimiento del artículo 2.127 (30). Sin embargo, no creemos que sea de admitir esta doctrina jurisprudencial, por una parte, porque como en el caso de los vicios manifiestos o reconocibles falta todo apoyo legal a esa car-

(29) Sobre esta nota del carácter oculto de los vicios, véase nuestro trabajo *Los vicios ocultos*, cit. pág. 458-460. Allí indicamos que mientras el C. c. en su art. 1.484 refiere el carácter de oculto al momento de la celebración del contrato porque presupone que el comprador examina la cosa antes de ese momento, el art. 342 lo refiere al momento de la entrega, porque parte de la idea de que en ese instante es cuando el comprador examina, o puede examinar, la cosa.

(30) V. las sentencias citadas en notas 1 y 2.

ga o deber del comprador (31). Pero es que, por otra, tal doctrina no es de admitir si se piensa lo absurdo que resultaría que nuestro ordenamiento haya exigido para el caso de una mercancía reconocida judicialmente en el momento de la entrega, sobre la base del artículo 336-4.º, un segundo reconocimiento judicial antes de los treinta días para que tenga validez la denuncia al vendedor de los vicios ocultos.

Como hemos repetido, esta interpretación jurisprudencial al mismo tiempo que establece un sistema rígido que no satisface las necesidades del comercio, olvida que la finalidad de la denuncia es simplemente la de que el comprador ponga en conocimiento del vendedor en un tiempo no muy lejano al momento de la entrega que no está conforme con la ejecución del contrato (32). De esta forma, aparte de establecerse una fuerte protección para el vendedor en cuanto que pasados los términos de denuncia está a cubierto de cualquier reclamación del comprador por los vicios que no fueron denunciados a tiempo, dicha denuncia permite

(31) V. par. A) de este mismo apartado en el que indicamos que el T. S. parte de la creencia de que ese deber está impuesto por el art. 2.127 y allí tratamos de refutar esta afirmación. Ahora queremos hacer notar que está tan arraigada esa creencia en el T. S. que en la Sent. de 2 de dic. de 1954—en la que frente a su doctrina tradicional señala expresamente que el comprador no está obligado a recurrir al procedimiento del art. 2.127 en el caso de vicios ocultos—se basa precisamente en que dicho art. 2.127 de la LEC no menciona el art. 342 del C. de c. Pero aunque el resultado de esa sentencia nos parezca acertado, el argumento que utiliza no es convincente, pues el art. 2.127, como vimos, ni impone ni deja de imponer obligación alguna en cuanto a la realización del reconocimiento judicial, sino que aquella—si existiese—surgiría de los preceptos del Código de comercio.

(32) De la formación del artículo 342 quizá puede deducirse que fue intención de los redactores del C. de c. establecer no un término de denuncia de treinta días, sino un plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria o de la *quantum minoris*. V. nuestro trabajo *Los vicios ocultos*, páginas 463-464. Pero como indicábamos en ese lugar, tal interpretación no se acepta justamente por nuestra moderna doctrina, que considera que los treinta días señalados por el artículo 342 son para la denuncia de los vicios ocultos, mientras que para el ejercicio de las acciones que derivan de los vicios ocultos rige el término de los seis meses señalados por el artículo 1.490 del C. c. En este sentido, RABEL—que tuvo en cuenta una indicación de nuestro compañero A. MENÉNDEZ—considera los treinta días del artículo 342 como plazo de denuncia (*Rügefrist*) *Das Recht des Warenkaufs*, II, cit., pág. 210, mientras que el término del artículo 1.490, que estima también aplicable a las compraventas mercantiles, es plazo para el ejercicio de la acción (*Klagefrist*) *ob. cit.*, pág. 277).

Esta interpretación de considerar los treinta días del artículo 342 como simple término de denuncia es aceptada expresamente por nuestro T. S. en la sentencia de 2 de diciembre de 1954 y fué propuesta por GARRIGUES en la 1.ª ed. de su *Curso II* (1940), pág. 143.

De seguir esta orientación ha de entenderse que la denuncia de los vicios tiene como función normalmente la de realizar una manifestación de los vicios de la cosa del vendedor. V. sobre este punto, RABEL: *Ob. cit.*, pág. 216, donde contrapone el sistema continental en esta materia al angloamericano en que la denuncia tiene conjuntamente la función de ser manifestación y repulsa (*rejection and notice*) con lo que se complica su alcance.

al vendedor en ciertos casos poner rápidamente remedio a la prestación defectuosa, bien reparando la cosa, entregando otra diversa o concediendo un descuento en el precio. Toda esta actividad realizada por el vendedor sin ninguna intervención judicial tiene la máxima importancia en la vida de los negocios, en cuanto que al mismo tiempo que pretende mantener la justa contraprestación de los intereses en juego, cosa que constituye la base del contrato, favorece la reputación de los productos del vendedor y su crédito a la vez que permite a éste estar informado de los contratos en estado de ejecución.

Sin embargo, aun desechando la interpretación jurisprudencial de estimar inválida la denuncia de los vicios ocultos si no se ha realizado el reconocimiento judicial de la mercancía, ciertamente el sistema de nuestro C. de c. en cuanto al término de denuncia de los vicios resulta poco flexible, ya que su artículo 342 —de igual manera que sucede en el caso de los vicios «reconocibles» del artículo 336-2—ha independizado el término concedido al comprador para la denuncia de los vicios ocultos de cualquier referencia al examen o control de la cosa, pues el término de los treinta días comienza a contarse desde el momento de la «entrega», esto es, desde el instante en que el comprador recibe la cosa. En otros ordenamientos, como es sabido (33), los plazos de denuncia comienzan a correr desde el «descubrimiento» de esos vicios, el cual en cierto sentido presupone la utilización o el examen de la cosa por el comprador. De esta manera el comprador tiene en esos ordenamientos una mayor protección que dentro de un sistema como el del artículo 342 del C. de c. que establece una decadencia de su derecho de repetición por los vicios ocultos pasados de los treinta días a partir de la entrega, aun cuando el comprador no haya tenido ocasión u oportunidad de examinar la cosa con el detenimiento que permita el reconocimiento puramente superficial realizado en el momento de recibir la mercancía.

En algunos casos se ponen de manifiesto los resultados injustos a los que puede conducir un sistema como el establecido por el artículo 342 del C. de c. Uno de ellos, y al que ya incidentalmente en otra ocasión nos hemos referido, es el caso en que el comprador, por ser un comerciante que ha de revender las cosas compradas, no puede examinar la mercancía que viene empaquetada, embalada y precintada, porque no ha de romper estas envolturas o sus precintos que son garantía del carácter genuino del producto. Efectuada la reventa, el nuevo comprador, si examina la cosa porque la utiliza o la consume, puede reclamar contra el revendedor por los vicios ocultos de la cosa, pero éste como primer comprador no puede—si seguimos lo establecido por el artículo 342 del C. de c.—reclamar a su vez contra el que le vendió

(33) Un amplio cuadro de derecho comparado puede verse en RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, II, pág. 205 y sigs.

esa cosa si han pasado treinta días desde la primitiva entrega. Se llega de esta forma a hacer recaer la responsabilidad por los vicios ocultos de la cosa vendida en estos casos sobre el revendedor y no sobre el primer vendedor, que si es fabricante de la cosa, debía, por el contrario, ser responsable de los vicios que puedan serle imputados (34). Otro supuesto similar al anterior es el caso de la venta de una mercancía cuyo reconocimiento no puede realizarse hasta el momento de su consumo. Planteada esta cuestión ante nuestro Tribunal Supremo, éste no ha dejado de ser sensible al hecho de que la aplicación del artículo 342 hubiera dado lugar a una situación injusta al dejar sin protección al comprador, y en sentencia de 7 de mayo de 1957 estimó que no debía de aplicarse ese artículo, porque se trataba de una mercancía «cuyos vicios no podían ser reconocidos hasta el momento crítico de su consumo y no en el de su entrega o recibo, y es también doctrina razonable que debe prevalecer la justicia y la equidad a una aplicación rígida de formalismos legales que ha de actuarse en servicio y no en obstáculo y prohibición de aquélla, si los términos de la *ratio legis* no lo excluyen, como así ha procedido en excepcionales casos esta Sala, como, por ejemplo, en la sentencia de 29 de marzo de 1932».

(34) En el caso de que el comprador no reciba la mercancía, sino que ésta sea remitida directamente por el vendedor al cliente del comprador (esto es, al nuevo comprador en la reventa), lógicamente no pueden entrar en juego los arts. 336 y 342 con relación al primer comprador, porque estos artículos presuponen que éste haya tenido la posibilidad de examinar la cosa al mismo tiempo que parten del supuesto de que haya recibido la cosa. Pero como por otra parte sería injusto dejar al vendedor sin ninguna protección en este campo que derive del deber de denuncia del comprador por un hecho que beneficia a éste, como lo es el envío directo a su cliente, debe escogerse entre alguna de estas soluciones: 1.ª Señalar que los términos de la denuncia se contarán a partir del momento en que la mercancía se recibe por el cliente. 2.ª Considerar que el destinatario no debe reclamar al revendedor, sino directamente al vendedor. 3.ª Estimar que el revendedor tiene el deber de transmitir diligentemente la denuncia de los vicios de la cosa que haya recibido de su cliente al primer vendedor, siempre que el cliente haya realizado la denuncia válidamente, con lo cual no decaerá el derecho de repetición del revendedor. Esta última solución parece más justa, porque la 1.ª, dado que en nuestro Derecho los plazos de los artículos 336 y 342 se cuentan a partir del momento de la entrega, el revendedor con tal solución tendría que soportar las consecuencias de tales vicios cuando recibiese la denuncia de su cliente en los últimos días del plazo y en consecuencia no tuviese tiempo para reclamar contra el primer vendedor. Tampoco la segunda solución parece que se debe de aceptar, porque puede suceder que el segundo comprador desconozca quién ha sido la persona que le ha remitido la mercancía. La 3.ª solución, como decimos, nos parece más justa, porque mediante ella se satisfacen mejor los intereses en juego, ya que se evitan los inconvenientes apuntados en las otras dos soluciones. El proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional ha adoptado la 1.ª solución (v. art. 47). Pero tal solución, inspirada en la jurisprudencia alemana (cfr. GIERKE: *Derecho comercial*, cit., II, pág. 82), resulta razonable si se parte de la elasticidad del plazo de denuncia. El artículo 47 del Proyecto internacional habla simplemente de «breve plazo».

Estos casos nos demuestran la insuficiencia del sistema del C. de c. en este punto, cuyo inconveniente principal radica en haber independizado la responsabilidad por los vicios de la cosa, del hecho del examen de la mercancía y en particular de la posibilidad de verificar ese examen (35). Por esto se nos ofrecen como más razonables aquellos sistemas en los que, para que se produzca la decadencia de los derechos de reclamación del comprador, se presupone que se ha realizado el examen de la mercancía o, al menos, la posibilidad de que el examen haya podido ser efectuado. Quizá como modelo de estos sistemas puede mostrarse el del «Proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales», que, aparte de haber superado la separación de la disciplina de la prestación viciosa o defectuosa y la de la diversa (36), ha establecido que «el comprador pierde el derecho de prevalerse de una falta de conformidad de la cosa si no se la ha denunciado al vendedor dentro de un breve plazo a partir del momento en que *la ha constatado* o hubiese debido constatarla» (art. 48), precepto que debe ser interpretado teniendo en cuenta el deber del examen de la cosa que el artículo 47 impone al comprador.

(35) Sin embargo, no puede ocultarse que desde el punto de vista de la seguridad en el cómputo de los plazos el sistema de los artículos 336 y 342 consigue plenamente esa certeza, y desde este punto de vista no le han faltado elogios por parte de alguno de nuestros autores. Pero es precisamente esa seguridad la que en este punto es incompatible con la justicia, dada la enorme variedad de supuestos que ofrece la distinta naturaleza de las cosas vendidas, que influyen no sólo en la clase de defectos que pueden afectar a cada una de ellas, sino también en las circunstancias del examen de las mismas.

(36) Esta unificación sólo se ha realizado de una manera amplia en el Proyecto de 1956. El Proyecto de 1935 hablaba de «Garantía del comprador en razón de los defectos de la cosa» (Sec. II del Cap. III) y en él se había conseguido unificar la disciplina relativa a los vicios y defectos de calidad, pero era diferente la regulación de la prestación que consistiese en una cosa totalmente diversa (caso de *aliud pro alio*). El Proyecto de 1939 mantenía esa distinción, pero su artículo 38 establecía que en el caso de duda de si la prestación era simplemente defectuosa o totalmente diversa, se aplicaban las normas referentes a la garantía del vendedor en el caso de prestación defectuosa. Con este criterio práctico seguramente se quisieron superar los problemas que se habían de plantear sobre si la prestación era defectuosa (por vicios o defectos de calidad) o era diversa. RABEL—que, como es sabido, tuvo una parte de primer orden en la redacción de esos proyectos—era consciente de la dificultad de precisar el concepto de defecto o vicio de la cosa, y también la línea tortuosa que separa la prestación diversa de la defectuosa; «teoría y jurisprudencia—decía—están llenas de complicación e inseguridad» (*Das Recht de Warenkaufs*, II, págs 282 y sigs.). El Proyecto de 1956 ha unificado aún más esta disciplina en el sentido de que considera que el vendedor no ha dado una cosa conforme al contrato, tanto si ha dado una cosa distinta de la prevista en el contrato, como si ha dado una cosa defectuosa o viciada (v. art. 40). Sobre este punto, véase ANGELONI, V.: *La conformidad al contrato de la cosa vendida*, «A. D. C.», XI (1958), pág. 1053 y sigs.

VI. MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LA DISCIPLINA
DEL C. DE C. EN ESTA MATERIA

Las partes frecuentemente establecen cláusulas que tienden a modificar el régimen legal establecido por el C. de c. en esta materia. Limitado este trabajo a un aspecto del régimen de la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos de la cosa, sólo haremos una referencia a las modificaciones convencionales que afectan a dicho aspecto.

A) *Naturaleza dispositiva del régimen de los artículos 336 y 342.*

Pero antes de entrar directamente en ese punto conviene indicar, como cuestión previa, que entendemos que en principio las normas contenidas en los artículos 336 y 342 deben considerarse de derecho supletorio y que, por tanto, el régimen que se deriva de ellos puede ser modificado por la voluntad de las partes (37). Nuestro Tribunal Supremo, aunque no ha afrontado con carácter general esta cuestión, parece inclinarse en el sentido contrario de considerar que tal disciplina tiene naturaleza imperativa. Claramente ha afirmado esta naturaleza con relación a los términos de denuncia de los vicios (38) y parece partir de la misma convicción cuando establece, en la forma que hemos expuesto al principio de este trabajo, el carácter ineludible del examen judicial de la mercancía para que no decaigan los derechos del comprador (39). Sin embargo, y a pesar de la indiscutida autoridad

(37) En el trabajo tantas veces citado de *Los vicios ocultos*, pág. 468, ya afirmamos, de pasada, el carácter dispositivo de las normas que regulan la materia de los vicios de la cosa.

Sobre esta cuestión de la autonomía de la voluntad y los problemas que plantea especialmente en el campo de la compraventa, véase el magnífico trabajo de DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley uniforme sobre la venta*, «A. D. C.», XI (1958), pág. 1.003 y sigs. En él se apunta en forma dubitativa que el artículo 342 es de derecho necesario (pág. 1047, nota 46).

(38) En la sentencia de 21 de febrero de 1957 se dice: «Cuando la Ley señala plazos fijos para el ejercicio de las acciones lo hace en sentido imperativo, sin que las partes contratantes puedan alterarlo lo más mínimo, y, siendo así, es preciso atenerse exclusivamente a las normas del Código mercantil, no a lo consignado en la factura que los modifica, circunstancia que obliga a rechazar el segundo motivo del recurso.»

Obsérvese que esta sentencia, aparte de afirmar el carácter imperativo de los artículos 336 y 342 (artículos que aunque no son mencionados en el «considerando» que transcribimos, son aludidos de modo indudable en la sentencia, como lo prueba la lectura del «considerando» precedente), los califica como «plazos para el ejercicio de las acciones», lo cual, como vimos, es inexacto porque el plazo para el ejercicio de la acción son los seis meses del artículo 1.490 del C. c. (V. el apartado III anterior y especialmente notas 19 a 21).

(39) V. las sentencias citadas en la nota 1, con la salvedad de que —como también indicamos allí— el T. S. en ocasiones ha afirmado lo contrario.

de la doctrina jurisprudencial, creemos que dentro de nuestro ordenamiento tal interpretación no es admisible. Si nos alejamos de una interpretación puramente literal de los textos y tenemos en cuenta su *ratio*, mirando en manera especial cómo ordenan la vida social para cuya regulación han sido dictados, vemos que es absurdo que puedan obtenerse los ideales de la justicia y la seguridad del tráfico en esa ordenación aplicando los mismos plazos de denuncia de los vicios de cuatro y treinta días a partir de la entrega, sin tener en cuenta la naturaleza de la mercancía vendida y las circunstancias de cada caso (40). La experiencia de la propia jurisprudencia nos demuestra las dificultades que entraña este sistema de considerar imperativo el régimen de los artículos 336 y 342, y cómo el Tribunal Supremo en ciertos casos, al ser consciente de la injusticia que llevaba consigo la aplicación de ese rígido sistema, ha tenido que acudir a soluciones que, si desde un punto de vista de técnica interpretativa dejaban bastante que desear, trataban de satisfacer los postulados de la justicia (41). Estas dificultades y los esfuerzos del Tribunal Supremo por superarlas, podrían haberse evitado partiendo de la consideración del régimen de los artículos 336 y 342 de Derecho dispositivo. Y no es que ésta sea simplemente la solución más cómoda, sino que es la que se adapta mejor a la «naturaleza de las cosas», esto es, a las necesidades de la vida de los negocios. Pero es que además—y esto nos parece decisivo—el carácter de Derecho voluntario de este régi-

(40) Varían grandemente las circunstancias de una venta de madera labrada (sentencia de 6 de mayo de 1895), vinos (sentencias de 30 de diciembre de 1927 y 3 de febrero de 1928), dulce de membrillo (sentencia de 2 de diciembre de 1954), alubias (sentencias de 16 de diciembre de 1955), migas de bonito (sentencia de 21 de febrero de 1957), pimentón (sentencia de 11 de marzo de 1957) margarina (sentencia de 24 de abril de 1958), etcétera, tanto para el reconocimiento de la mercancía como para el descubrimiento de los vicios, lo que debe influir en el plazo de denuncia. Y estas circunstancias cambian aún más si se piensa en las ventas mercantiles de automóviles, viguetas de cemento, productos en conserva, medicamentos, etcétera.

(41) Así, por ejemplo, el T. S. en sentencia de 27 de enero de 1945, referente a una reventa de tres tornos que resultaron defectuosos, declaró que no se podían aplicar los preceptos especiales del C. de c., porque esa compraventa por tratarse de una reventa no era mercantil. Contra tal afirmación se manifestó en un documentado comentario POLO, A.: *La calificación mercantil de la reventa*, «Rev. Der. Priv.», 1945, pág. 285 y sigs.; GIRÓN PENA, J.: *Reseña de doctrina, legislación y jurisprudencia españolas de los años 1936-1945*, «R. D. M.», 1 (1945), pág. 159, además de criticar la afirmación de esa sentencia, con agudeza hizo notar que en tal solución parecían «haber influido los efectos que llevaba aparejada la calificación mercantil del contrato de autos». Esto es, que el Tribunal Supremo, precisamente para huir de la injusticia de privar al comprador de protección al aplicar el artículo 336, no encontró otro camino que declarar que la compraventa no era mercantil. También tiene la misma buena intención, pero sin acertar—a nuestro entender—en la vía a seguir la sentencia de 7 de mayo de 1957 sobre los barriles de cerveza a la que antes nos hemos referido en el apartado V, B).

men deriva expresamente de nuestro Derecho positivo. Según se desprende del artículo 1.485 del Código civil, la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida puede ser eliminada por pacto entre las partes, siempre que el vendedor ignore la existencia de esos vicios. De tal forma que si se establece ese pacto se llega, de acuerdo con el Código civil, a una situación que resulta en extremo favorable para el vendedor, en cuarto que deja de pesar sobre él la obligación de saneamiento por los vicios ocultos de la cosa. Al ser lícito dentro del régimen del Código civil que pueda eliminarse por completo la obligación del vendedor de garantía por los vicios ocultos si es que desconoce su existencia, parece lógico que pueda al menos modificarse convencionalmente la disciplina establecida por el Código de comercio en este punto, teniendo en cuenta que lo que hace en definitiva este Código es paliar, con fines de seguridad del tráfico, la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa vendida. Porque, como resulta evidente de la comparación del régimen mercantilista con el que deriva del Código civil, aquél está dictado con la finalidad de conceder por regla general una mayor protección al vendedor mercantil que al civil, bien estableciendo una liberación completa de la responsabilidad del vendedor por los vicios «reconocibles» en la entrega cuando el comprador haya examinado la cosa a su contento cuando la recibió, o bien imponiendo al comprador un deber de denuncia dentro de unos determinados términos bajo la sanción de la decadencia de sus derechos de repetición. En consecuencia, sería un contrasentido que al vendedor mercantil no se le permitiera aligerar convencionalmente su responsabilidad, al menos hasta el límite permitido al vendedor civil (42).

Nótese que la eliminación convencional de la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa, aun impuesta por las condiciones generales del vendedor, no significa siempre de por sí una violación de la reciprocidad de intereses propia de los contratos onerosos (reciprocidad querida por el artículo 1.289 del Código civil) (43), sino que precisamente viene impuesta para satisfacer esa reciprocidad, porque en ocasiones esa cláusula de eliminación de garantía es justa contraprestación del bajo precio (44). Y, al contrario, el aumento de la garantía por el vendedor más

(42) Límite que, como hemos visto, está señalado por el artículo 1.485 del C. c. en que el vendedor desconozca la existencia de los vicios. La misma solución es aceptada para las compraventas mercantiles por la jurisprudencia y doctrina francesas. (V. HEMARD, J.: *Les ventes commerciales*, cit., pág. 152, y MALAURIE, Ph.: *Vente commerciale, Répertoire de droit commerciale*, II (Paris, 1957), n. 259-261, pág. 904.

(43) V. DE CASTRO: *Las leyes nacionales, autonomía de la voluntad y los usos*, cit., pág. 1031.

(44) En tal sentido, véase DE MARTINI, A.: *Profilo della vendita commerciale e del contratto estimatorio* (Milano, 1950), pág. 258, y bibliografía allí citada.

allá del régimen establecido por el Código de comercio, a veces puede verse compensado por el incremento del precio, o bien simplemente por el deseo del vendedor de prestigiar sus productos más que los de sus competidores.

Por esto se comprende, y parece razonable, que el ordenamiento positivo deje en este punto amplio margen a la autonomía de la voluntad, para que se puedan sustituir las normas que ha establecido con carácter dispositivo por otras que se adapten más a las necesidades de cada caso.

B) *Supuestos concretos de modificación.*

De los problemas que se plantean en torno a la modificación convencional del régimen del Código de comercio en esta materia, aparecen algunos supuestos que creemos ofrecen especial interés, y por ello vamos a referirnos a continuación a algunas cláusulas que afectan a la forma, al momento y a la exoneración del examen de la mercancía entregada.

En cuanto a la *forma* del examen parece que no deben existir dudas sobre la posibilidad de que las partes determinen la manera en que desean que sea realizado, que una vez efectuado cumplirá los efectos que vienen fijados por el artículo 336 del Código de comercio. El Proyecto de la ley uniforme sobre la venta ha querido remitirse expresamente a la voluntad de las partes para determinar la forma del examen, y así en el párrafo último de su artículo 47 se dice «la forma de este examen está regulada por el acuerdo, por la ley o los usos del lugar donde este examen debe efectuarse» (45).

Mayores dificultades ofrece el problema de la posibilidad de alteración del *momento* del examen. El artículo 336 se refiere, como es sabido, «al tiempo de recibir las mercancías» el comprador como momento en que se debe efectuar el examen (46). Sin embargo, ya vimos anteriormente que en determinados supuestos no

(45) SCHLEGELBERGER-HILDEBRANT: *Handelsgesetzbuch*, III, cit., página 1714, hacen notar respecto al Derecho alemán que la forma o clase del examen no puede ser determinada con carácter general, sino que depende de la clase de la mercancía, de los usos de comercio y de la práctica que predomine en el ramo determinado de los negocios de los comerciantes.

Para referencias a otros países, véase RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, II, cit., pág. 203-203. Allí se dice que las formas del examen «se prescriben frecuentemente a través del contrato o de los usos, rara vez legalmente» (pág. 204).

(46) A la determinación del momento del examen va unida la fijación del lugar en que ese examen ha de verificarse y, en consecuencia, en nuestro Derecho debe entenderse que el examen ha de realizarse en lugar en que el comprador recibe la cosa. El Proyecto de ley uniforme de la venta ha establecido que «en el caso de transporte de la cosa, el comprador debe examinarla en el lugar de destino (art. 47-2.º). STAUB-KOENIGE, para el Derecho alemán decían que, cuando las partes no hayan establecido otra cosa, el lugar del examen es normalmente el lugar de la entrega (*Kommen-tar zum Handelsgesetzbuch*, IV, cit., pág. 158.)

le es posible al comprador realizar el examen en ese instante (47), y en todos estos casos precisamente para superar las dificultades de determinar en qué momento debe verificarse dicho examen parece no sólo razonable, sino más bien conveniente, que las partes fijen convencionalmente ese momento para resolver todas las dudas (48).

Pero fuera de esos casos creemos que también las partes pueden convencionalmente adelantar o atrasar el momento del examen de las cosas. Es más frecuente en la actualidad que las partes acuerden adelantar el examen a un período de tiempo anterior al envío de la mercancía al comprador. Esto, se debe, principalmente, a que el vendedor desea eliminar las reclamaciones en cuanto a la calidad y al peso de la mercancía, las cuales no sólo pueden ser perjudiciales para su prestigio comercial o industrial, sino también pueden significar una gran pérdida de tiempo al ser inútil la actividad que ha desarrollado para el envío de una mercancía de la que su cliente no esté satisfecho. Además esas reclamaciones pueden ser origen de otros gastos de diversa naturaleza, como los que provienen de hacerse cargo de nuevo de la mercancía, gastos judiciales, etc. Junto a estos inconvenientes hay que colocar las dificultades que para el vendedor implica el reconocimiento de la mercancía en el lugar de destino. Pero es que, por otro lado, dadas las formas de financiación de ciertas compraventas, especialmente las internacionales que se pagan por medio de un «crédito documentario», es deseo del comprador que se examine la mercancía antes de su envío por una persona competente que pueda asegurar la calidad y el peso de la misma. Este deseo del comprador está basado, no ya sólo en el interés normal de todo comprador de

(47) V. supra, ap. V.

(48) Así, por ejemplo, como vimos en la nota 34, surgen serias dudas cuando el comprador se limita a reexpedir la mercancía sin recibirla materialmente, bien porque revende la mercancía sobre la base de los documentos representativos de la misma, o simplemente cuando un comerciante vende una cosa que no posee y se la ha procurado de su proveedor, el cual la remite directamente al cliente del comprador.

Este caso ha sido previsto por el Proyecto de ley uniforme y lo ha resuelto diciendo que «si la cosa ha sido reexpedida por el comprador sin transbordo, siempre que el vendedor haya conocido o debido conocer, en el momento de la conclusión del contrato, la posibilidad de esta reexpedición, el examen de la cosa vendida será pospuesto hasta la llegada de la mercancía a su nuevo destino (art. 47-3.)». Este párrafo condiciona, pues, el retraso del momento del examen a la concurrencia de una doble circunstancia: a) Que el vendedor reexpida la mercancía sin transbordo. b) Que el vendedor haya conocido o debido conocer esa reexpedición. Con lo cual se ha limitado esta excepción mucho más que en la redacción de los proyectos anteriores, pues el Proyecto de 1939 ponía solamente como condición que el comprador reexpidiese la mercancía sin transbordo (v. art. 43-2.º), mientras que el proyecto de 1935 no establecía ninguna, sino que empleaba la fórmula más elástica de decir que «si la cosa es reexpedida por el comprador, el examen debe efectuarse en el primer lugar en que esto es razonablemente posible» (art. 47-2.º).

recibir una mercancía sin defectos de calidad o cantidad, sino también en que paga el precio de la misma antes de recibirla, a diferencia de lo que prevé, con carácter general, el artículo 339 del Código de comercio (49).

Todas estas variadas razones han motivado diversas cláusulas que tienden a adelantar el momento del examen de la mercancía, al propio tiempo que se pretende hacer producir al examen, siempre que sea satisfactorio, los mismos efectos que el realizado por el comprador en el momento de recibir la mercancía. Para ello, se establece en ocasiones la necesidad de que antes de que la mercancía se ponga a disposición del comprador, el vendedor debe hacer reconocer la mercancía por determinadas instituciones públicas o privadas que mediante los oportunos certificados acrediten el buen estado de la mercancía, su calidad y el peso. Este examen se verifica frecuentemente en el momento del embarque, aunque también se realiza en otras ocasiones nada más que se ha producido la descarga (50). Otras veces, como sucede más a menudo en el comercio interior, se establece que el reconocimiento de la mercancía se efectuará en el establecimiento del vendedor, bien con la participación directa del comprador o con la de un representante suyo, con la finalidad de que dada la aprobación por el comprador o su representante aquél no pueda, en un momento posterior entablar reclamaciones sobre los extremos comprobados o que pudieron ser comprobados (51). Pero conviene tener en cuenta que la decadencia del derecho

(49) Como es sabido, de la técnica del crédito documentario resulta que el banquero paga al beneficiario, que normalmente es un vendedor, una vez que ha comprobado la regularidad de los documentos. Las mercancías se reciben por el comprador en un momento posterior, y hasta entonces, por regla general, no puede examinarlas directamente. Sobre la técnica del crédito documentario, véase J. STOUFFLET, J.: *La crédit documentaire (Etude juridique d'un instrument financier du Commerce international)* (París, 1957), pág. 31 y sigs., y GARRIGUES: *Contratos bancarios* (Madrid, 1958), pág. 578 y sigs.

Uno de los documentos necesarios en el crédito documentario es la factura de las mercancías, pero ésta suele acompañarse con otros documentos, pues como dice STOUFFLET: «La factura es un documento unilateral que no procura seguridad alguna en cuanto a la cantidad o a la calidad. Es por lo que se adjunta a veces un certificado de aprobación (*certificat d'agrèage*). Existen sociedades privadas especializadas en la verificación de la calidad y de las características de las mercancías. El control se efectúa en el momento del embarque; el verificador expide un certificado de conformidad con los términos del encargo, de los cuales ha recibido un ejemplar remitido por el comprador extranjero. Igualmente en la práctica bancaria se encuentran certificados de peso que emanan de los pesadores oficiales, certificados de análisis realizados por laboratorios especializados... (*Le crédit documentaire*, cit., pág. 60). Una relación amplia de certificados de la práctica italiana, y también internacional, que afecta al reconocimiento o examen de la mercancía puede verse en CERUTTI, A.: *Corso di tecnica mercantile (Struttura di negoziazione)*, 2.ª ed. (Torino, 1957), pág. 183 y ss.

(50) V. especialmente CERUTTI: *Loc. cit.*

(51) Así, por ejemplo, en la experiencia que nos ofrece la jurisprudencia del T. S. vemos que la sentencia de 3 de mayo de 1947 estimó que la

de repetición del comprador, sólo puede comprender lógicamente aquellos defectos reconocibles por el examen realizado, y, por tanto, quedan al margen los defectos que no eran reconocibles por ese examen. Es decir, que si el examen, por ejemplo, se limitó a señalar cuál era la proveniencia de la mercancía y ciertas cualidades esenciales al producto, ya que no se quiso hacer un examen completo de la cosa, no puede estimarse que ese reconocimiento produce una decadencia completa del derecho de reclamación del comprador por los defectos de calidad de la cosa vendida, sino que esa decadencia debe contenerse dentro de los límites que se han querido dar a ese examen anticipado. Por otra parte, resulta, obvio decir que aunque se dé la máxima amplitud al examen, éste no produce la decadencia del derecho de repetición por los vicios ocultos de la cosa, los cuales, como es sabido, tienen como una de sus características la de no ser reconocibles en el momento de la recepción de la mercancía, o en el instante anterior al que se adelanta el examen.

Cuestión diversa es que las partes pacten otra cosa, esto es, que establezcan que después de haberse realizado el examen, aun con alcance limitado, el comprador renuncia a cualquier reclamación posterior, tanto por vicios externos o internos de la cosa. En tal supuesto, dado el carácter dispositivo de las normas que se ocupan de esta materia, parece que ello es posible, siempre que se respete el presupuesto establecido por el artículo 1.485 del Código civil de que el vendedor desconozca la existencia de los vicios. Igual solución parece que es de admitir en el caso de que expresamente se declare por el comprador que da la mercancía por examinada y que acepta la mercancía que le ha sido entregada, aunque de hecho no la haya reconocido. Tal cláusula es interpretada por la doctrina como una declaración de voluntad dirigida a excluir la garantía del vendedor por los vicios o defectos de la cosa (52), que puede comprender no sólo la que deriva de los llamados vicios externos, sino también la de los internos u ocultos, siempre que, claro está, se respeten los límites del artículo 1.485 del Código civil.

cláusula «el comprador examinó la mercancía y dió su conformidad» puede aplicarse también al examen de la mercancía no especificada en los almacenes del vendedor. La sentencia de 11 de marzo de 1957 admite la cláusula de que «tanto el peso, como el reconocimiento de la calidad de la mercancía vendida, debería efectuarse en los almacenes del vendedor, a cuyo efecto el representante del comprador iría a los mismos debidamente facultado para ello, pues una vez dada la conformidad, la compañía vendedora no respondería de ninguna posterior reclamación que pudiera plantearse».

(52) Cfr. DE MARTINI: *Profilo della vendita commerciale*, cit., pág. 258.

La medida cautelar del artículo 1.121 del Código civil

JOAQUIN TORRES DE CRUELLS

Artículo 1.121. El acreedor puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho.

I. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Las medidas cautelares contenidas en la ley procesal civil son tan escasas, tan duras en sus exigencias formales y de tan difícil aplicación, que muchas veces, en nuestro ejercicio profesional, cuando hemos necesitado defender situaciones de hecho que un largo pleito podría perjudicar, hemos acudido al artículo 1.121 del Código Civil, como buscando en la aplicación de las acciones conservatorias de los derechos del acreedor que en él se prevén, algo que pudiera proteger aquellas situaciones de hecho durante el transcurso del pleito que empezábamos.

Nos detenía, siempre, la escasez de aplicación práctica y de jurisprudencia sobre una norma que, durante los setenta años de vigencia del Código, tan sólo se ha interpretado por el Tribunal Supremo una vez, y aun en la fecha remota de 27 de abril de 1893. Pero nos guiaba hacia la acción cautelar del artículo 1.121 la opinión de Borrell y Soler (1), el cual afirma que "el acreedor condicional, al que, aunque no se haya cumplido la condición suspensiva, la ley llama siempre *acreedor*, puede tomarse las cautelas que aseguren su derecho". Añadiendo Borrell y Soler que estas cautelas son, o las anotaciones o inscripciones en el Registro de la Propiedad, o la *missio in possessionem rei servande causa*, o las cauciones establecidas en las leyes procesales, o la separación de patrimonios. Dicho autor insiste en que el acreedor puede llegar a pretender judicialmente la declaración de su crédito condicional para el supuesto de que, en su momento, se pueda consolidar como puro. Hace cita de diversos textos del Digesto, vigentes en Cataluña, por los cuales y por la aplicación del artículo 1.121 del Código civil, opina que rigen, como complementarios del mismo, las medidas de aseguramiento de bienes litigiosos, establecidas en los artículos del 1.419 al 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona, 1944, III, pág. 146.

Conocíamos, como primera referencia doctrinal de los procesalistas españoles, la opinión de Plaza (2) e incluso la de Guasp (3), según los cuales el Código civil puede contener, y de hecho contiene, medidas precautorias de carácter instrumental (4). Pero siempre nos causaba preocupación, a pesar del sentido amplio y generoso como los jueces recogían nuestras peticiones, la vaguedad de expresión del precepto, la limitación de su ámbito y la duda sobre el camino procesal por donde conducir su aplicación. Esto es lo que explica el porqué creamos oportuno profundizar en una interpretación del artículo 1.121 que hasta ahora únicamente habían realizado los civilistas, insistiendo nosotros —y ello es el objeto del estudio que iniciamos— en una concepción más procesalista de la norma, que la haga, a la vez, práctica para los abogados y los jueces y acomodada al Derecho vigente y vivo del país.

Es indispensable, para esta finalidad, puntualizar, en primer lugar, cómo se introdujo el precepto en nuestro Derecho. En este aspecto del estudio, la cuestión parece clara, porque, si acudimos al Código francés de 1806, del que se han copiado tantos artículos del Código español de 1888, podemos leer su artículo 1.180, que dice: "*Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.*" Si comparamos las dos redacciones, la identidad nos aparece casi perfecta. Sólo, donde el Código francés dice que el acreedor puede realizar los actos que tiendan a conservar su derecho, el Código español, con mayor sentido constitucional de la administración de justicia, establece que lo que el acreedor puede ejercitar son *las acciones* que sean procedentes para la conservación de su derecho. Es decir, que en la letra del Código español, el acreedor no puede tomarse la justicia por su mano, como del redactado literal del artículo 1.180 del Código Napoleón parece deducirse, sino que debe acudir a los Tribunales, ejercitando *acciones*. Y aun y precisamente, acciones que el Código no califica, pero que deberían ser las acomodadas y *procedentes para la conservación del derecho* del acreedor condicional. En nuestra opinión, el matiz de diferencia no puede despreciarse, puesto que la redacción del Código español marca más el tono procesal que interesa que el precepto tenga para que no sea, como hasta ahora, una norma enunciativa o casi inaplicable.

A pesar de esta notoria discrepancia de redacción de ambos Códigos, opinamos que es muy importante, a los efectos de nuestro estudio, conocer los principios de donde partieron los legisladores franceses y cuál ha sido la reacción de la doctrina civilista de Francia frente al artículo 1.180 del Código Napoleón durante los ciento cincuenta años de vigencia del mismo.

(2) *Derecho Procesal Civil Español*. Madrid, 1955, II, 1.º, pág. 95.

(3) *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1956.

(4) Han tratado iguales cuestiones con una clara interpretación del artículo 1.121: VIADA ("El embargo de futuro". *Revista de Derecho Procesal*, 1948, pág. 75) y CARREBAS LLANSANA ("Las medidas cautelares del artículo 1.428 LEC.". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pág. 473).

Todos los comentaristas están de acuerdo en que mientras que en otras materias estuvo influido el Código Napoleón por el derecho autóctono o el germánico, el Derecho de obligaciones lo fué casi exclusivamente por el Derecho romano. Existe un texto de Papiniano, en el Digesto, que aunque referido a Derecho sucesorio, por el interés que los acreedores del causante tienen en la herencia de éste, establece claramente el principio de caución conservatoria de las obligaciones condicionales. Dice (ley 4 del artículo VII, libro XLII): *Creditoribus ex die, vel sub conditione debetur, propter hoc nondum pecuniam potere possunt, aequae separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communis consulatur*. O sea, que aquellos acreedores a quienes se les debe, bien a término o *en condición*, y que, por esta razón, aún no pueden reclamar lo que acreditan, gozan también del derecho sucesorio de separación, en razón a que también ellos *han de tener una caución* que les sea común.

Esta *caución* se orientó en las obligaciones condicionales que el Derecho romano regulaba, más que a defender un derecho, a que no se perjudicara la expectativa o esperanza del mismo (5). Tanto es así, que cuando un acreedor condicional ejercitaba ante los Tribunales la acción principal, antes del cumplimiento de la condición, quedaba la misma alcanzada por la dura penalidad inherente a la *plus petitio*, o sea, que podía ser sancionado con la pérdida del derecho, lo que no sucedía si únicamente se demandaba o accionaba por la caución. Precisamente se discute, entre los romanistas, si la referencia a la *plus petitio* en quien reclama obligaciones condicionales, que se contiene en el párrafo 33, apartados 4.º y 5.º, de la Instituta de Justiniano, es o no una interpolación o añadido del antiguo texto de Gayo. Dice la Instituta: "*Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet minus solvere intellegitur, eadem ratione qui praemature petit plus petere videtur.*" La edición de Gayo de Studemund, reconstruida por Krüger, no contenía las palabras *ante conditionem*, pero es de sentido lógico en el Derecho clásico el que se pueda reiterar el uso de la acción ejercitada *ante conditionem* tantas veces como sea útil para la efectividad del derecho (6), y, por tanto, parece completamente correcto el redactado de la Instituta, que refuerza la tesis que defenderemos respecto del artículo del Código civil español cuya interpretación estamos intentando.

Si nos atenemos a la doctrina francesa sobre su artículo 1.180, vemos que la misma quiere dar mayor contenido y volumen al *derecho* del acreedor condicional que el que tenía según la Instituta de

(5) SCIALOJA: *Precedimiento civil romano*. Buenos Aires, 1954, pág. 264. ARANGIO-RUIZ: *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli, 1957, pág. 89. Los jurisconsultos romanos usaban, al tratar de las obligaciones condicionales y como aplicado al derecho del acreedor, la palabra "Spes" (esperanza): "*nondum debetur sed spes debitum iri*".

(6) Véase un ejemplo en la ley 13, capítulo V, *De pignoribus* (20-1) del Digesto.

Justiniano o los principios de Pothier, en razón a que, según dicha doctrina (7) el acreedor condicional más que una *esperanza* tiene un *derecho* auténtico, que se inserta, desde que contrata, en su patrimonio. Que, además, lo transmite a sus herederos, lo puede ceder y para cuya conservación puede adoptar todas las medidas cautelares que crea útiles. Refuerza esta opinión el que, a pesar de que el artículo 1.185 del mismo Código Napoleón dice que la existencia de la obligación queda en suspenso, la obligación existe, puesto que origina un derecho eventual (8).

Por tanto, las medidas establecidas en el artículo 1.180 del Código francés, que otorgan garantías al derecho condicional del acreedor, sin perjudicar al derecho actual del deudor, concilian, en forma prudente, los dos intereses que están en colisión en el negocio condicional (9). Es criterio unánime de la doctrina francesa el que los actos a los que el precepto se refiere han de ser aquellos que tiendan, exclusivamente, a *conservar* el derecho del acreedor, pero sin que se produzca por ellos ninguna ejecución innovativa contra el deudor. Otra cosa sería —dicen Aubry y Rau, citados por las “*Pandectes françaises*” (10)— si se tratara de un acreedor puro y simple, ya que sus actos conservatorios implicarían siempre una ejecución, porque nacerían de una acción y no inalterable en su esencia.

Véase —y con esta consideración hacemos un necesario paréntesis en nuestra exposición— cómo la distinción, marcada por nosotros antes, entre acreedor sin acción y acreedor con acción tiene trascendencia, ya que cuando el Derecho español, en su artículo 1.121, atribuye *acción* al acreedor condicional lo hace porque, separándose de su modelo francés, quiere reforzar la situación jurídica del acreedor condicional.

En la consideración de cuáles pueden ser, en Derecho francés, los diferentes actos conservatorios, todos los autores están de acuerdo en la dificultad de precisarlos con concreción y en forma de completa enumeración. Parece que se puede pedir hipoteca o suplemento de hipoteca, en el supuesto de que el deudor caiga en insolvencia o *deconfiture* (11). Se puede pedir también el reconocimiento de documentos o de firmas, realizar actos que interrumpen la prescripción, intervenir en la partición de bienes o en la distribución de una herencia, solicitando la separación de patrimonios. Larombière llega a afirmar que,

(7) RICARD: *Dispositions conditionnels*, tomo II, cap. 1.º, núm. 12.

(8) Véase, para la antigua doctrina, a DEMOLOMBE, vol. II, núm. 356. LAURENT, vol. 17, núm. 87. BAUDRY-LACANTINERIE, vol. II, núm. 936, pág. 165. Y para la más moderna, a PLANIOL y RIPERT: *Derecho civil*. París, 1931, vol. VII, pág. 339.

(9) Esta es la interpretación que da LAROMBIÈRE al artículo 1.180 del Código de Napoleón.

(10) PARIS, 1893, vol. I, *Des obligations*.

(11) De este concepto, típico en la doctrina concursal francesa, hicimos mención en nuestro libro *La suspensión de pagos* (Barcelona, 1957, pág. 288), indicando que consiste en la apariencia de que el activo patrimonial de una persona no basta para pagar a su pasivo, pero con la peculiaridad de que, para que la *deconfiture* sea estimable jurídicamente precisa que al deudor le falte la confianza de los acreedores.

pendente conditione, pueden ejercitarse las acciones subrogatorias del artículo 1.166 (equivalente a nuestro artículo 1.111) y obtener una condena de futuro. Pero, como hemos dicho antes, todas las actividades tienen el límite de que han de ser simplemente conservatorias y no persecutorias (*de poursuite*) o de ejecución (12). La jurisprudencia francesa ha concretado que no se pueda efectuar ninguna modalidad de embargo, en razón a que no se podrían considerar como simplemente conservatorios unos actos que tienden a privar al deudor de la posesión civil de sus bienes, o que le detraen la facultad de percibir el equivalente del crédito y de disponer del mismo.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CAUTELA

No puede ser amplio, ya que, situado el artículo 1.121 del Código civil como norma de las obligaciones condicionales, únicamente son los acreedores condicionales quienes pueden solicitarlas de los Tribunales de Justicia. Es preciso, pues —en este capítulo de nuestro estudio—, delimitar en el derecho positivo, reducido a los tantas veces criticados artículos del 1.113 al 1.123 del Código civil, en la jurisprudencia y en la doctrina, cuáles son —o pueden ser— los acreedores condicionales.

Son los que vienen afectados, en el nacimiento o en la resolución de su negocio jurídico, por una *condición*, que se define en la ley, combinando los artículos 1.113 y 1.114 del Código, como *la relación arbitraria entre la obligación y un hecho futuro e incierto, o un hecho pasado que los interesados desconocen, del que se hace depender la adquisición de los derechos, o la resolución o pérdida de los que ya se habían adquirido*.

El Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 21 de junio de 1932, ha dado también una definición —acaso mejor— de la condición. Dice: “La condición, en su sentido técnico y objetivo, es como un evento futuro e incierto del que depende el nacimiento o la resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones, y en su aspecto subjetivo consiste en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de tal acontecimiento.” Esta definición, distinguiendo entre lo que es el hecho que, con la frialdad de un juicio lógico, establece la accidentalidad del negocio jurídico (*accidentalía negotii*) y lo que es el juego o intención de la voluntad, creadora del mismo negocio, resulta extraordinariamente profunda y da solución a muchas de las discusiones doctrinales que se han producido en torno a las obligaciones condicionales.

De una parte, la estructura lógica del negocio condicional es la de un juicio hipotético doble o alternativo. De la misma manera que, en un juicio hipotético, se da como buena una cierta proposición como consecuencia de una premisa, así en el negocio condicional se hace

(12) COLIN y CAPITANT: *Curso de Derecho civil*. Traducción española. Madrid, 1951, vol. III, pág. 387.

surgir o se revoca —según la condición sea suspensiva o resolutoria— una determinada regulación de intereses como consecuencia de una hipotética previsión. El juicio hipotético es doble y tiene carácter alternativo, porque, para el caso de que la previsión contemplada no se produzca, se dispone la consecuencia opuesta (13). El esquema lógico de los hechos en la condición suspensiva es, por tanto, el siguiente: “Si se produce la previsión X, se producirá también una regulación Y. En cambio, si la previsión X no se produce, la regulación Y no tendrá vigencia.” En la condición resolutoria el esquema se formula así: “Si se produce la previsión Z, terminará una regulación Y. En cambio, si la previsión o el hecho Z no se produce, la regulación de derechos y obligaciones Y no se mantendrá.”

La condición, en su sentido objetivo, procede siempre de una incertidumbre, que es ajena en el acontecimiento o el hecho, a la voluntad de los otorgantes (14), incertidumbre que ha de señalarse en el contrato: a) En el *si* y en el *cuándo*; y b) En el *si*, pero no en el *cuándo*. Para el supuesto en que el hecho incierto se señale únicamente en el *cuándo*, dice el artículo 1.125 del Código civil que no existe condición, sino obligación a término.

En lo que se refiere a la condición, considerada subjetivamente, no existe duda de que la *incertidumbre* afecta a la vigencia de la ordenación del negocio, pero no existe nunca en la perfección del mismo. Es decir, que no es preciso que las partes ratifiquen el contrato *a posteriori* porque su voluntad ya se manifestó en el mismo en forma explícita, tanto en su función psicológica como en la normativa (15). Existe una acertadísima máxima de sentencia de la Corte de Casación de Italia, de fecha 25 de febrero de 1942, de sentido conceptual absolutamente paralelo a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo que antes hemos citado. Dice que “en todo negocio condicional, sea condición suspensiva o resolutoria, la determinación volitiva es única y no puede partirse en dos momentos el *proceso de voluntad*, como si el negocio resultara de un doble querer, uno de ellos incondicional y el otro con aquella limitación que la condición representa. La *voluntad de condición* es, por consiguiente, una voluntad especial, ligada en su origen al suceso futuro e incierto, que la limita y la somete”.

Si el artículo 1.121 faculta al acreedor para accionar con medidas conservatorias, es evidente que cuando el deudor condicional se avino a establecer la condición es porque aceptaba voluntariamente la aplicación de la norma, principalmente en orden a evitar el riesgo previsto en los artículos 1.122 y 1.123. La vigencia de las medidas cautelares del artículo 1.121 es consecuencia mediata de aquel primer acto de voluntad. Lo que quiere decir que para la interpretación del ar-

(13) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción española. Madrid, pág. 384.

(14) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*. Traducción española. Madrid, 1930, vol. IV, pág. 312.

(15) FALZEA: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941, pág. 133.

título 1.121 tiene la mayor fuerza el elemento subjetivo, el cual queda aclarado por otra sentencia del Tribunal Supremo, la de 11 de julio de 1921, que dice que "es de esencia en las obligaciones condicionales, según el artículo 1.113 del Código civil, que su exigibilidad en las suspensivas y su extinción en las resolutorias dependa de un acontecimiento futuro e incierto, o de uno pasado, pero desconocido".

La apreciación de sí, en cada caso concreto, se dan aquellos requisitos legales, crea problemas de interpretación, en los que hay que atender minuciosamente a la intención de las partes (16). Por ejemplo, son obligaciones condicionales la promesa de pagar una cantidad si antes percibe el deudor un crédito determinado (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908), una donación hecha con promesa de vivir el donatario en casa del donante (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1908), la compraventa de un velero sujeta a que el vendedor complete determinados elementos del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1923), la obligación de pagar una cantidad quince días después de aquel en que se haya emitido en un expediente administrativo un determinado informe técnico (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1941), o el sujetar la efectividad de un pago a que, previamente, haya entregado el acreedor una liquidación de sus trabajos (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944). Y no lo es el tener que otorgar un contrato en forma de escritura pública (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1911).

Tiene, por consiguiente, una importancia relativamente pequeña, a los efectos del artículo 1.121, la clasificación que se haga de las condiciones, atendiendo a los efectos de las mismas, a la forma como han quedado establecidas, a la naturaleza del suceso de que dependan a su causa, a la posibilidad de su cumplimiento y a las relaciones con la moral, las buenas costumbres o la ley, que son los seis grupos en que los tratadistas las dividen (17). Todas estas clasificaciones o situaciones determinan leves problemas que la unanimidad en la interpretación de la ley o de la doctrina ha simplificado. Así, por ejemplo, todos los civilistas españoles están de acuerdo en que, como dice el artículo 1.115, las condiciones meramente potestativas son nulas, o en que el acto de que dependen las obligaciones es imposible, contrario a las buenas costumbres o está prohibido por la ley, éstas se han de anular (artículo 1.116, primero). Incluso se está de acuerdo en lo que son obligaciones imposibles u obligaciones ilícitas. Por ejemplo, *la conditio virginittatis sinon nupteris*.

En cambio, deben ser considerados con mayor detención los efectos de las obligaciones condicionales, tanto en lo que se refiere a la retroacción que llevan consigo (artículo 1.120, 1.º, del Código civil) como

(16) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas al Derecho civil (parte general)*, de *Enneccerus*. Barcelona 1954, vol. II, pág. 333.

(17) PUIG PEÑA: *Derecho civil español*. Madrid, 1946, vol. IV, 1.º, pág. 104.

en cuanto al riesgo, a las pérdidas y a las mejoras (artículos 1.122 y 1.123).

En materia de retroacción, dice el artículo 1.120 que “*los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla*”, y que “*en las obligaciones de hacer y de no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida*”. Para Colin y Capitant (18) la retroacción o retroactividad de la condición es una *ficción*, porque hace remontar los efectos del acto a una época anterior a la realidad del hecho al que estaba ligada su suerte. Sostienen estos autores que los redactores de los Códigos modernos han buscado en una retroacción, que no existía en Derecho romano, como un *procedimiento técnico* para explicar ciertos efectos del acto condicional y, en especial, el de la obligatoriedad que surge del convenio condicional y de la provisionalidad de lo que acontezca con las cosas o los derechos, que son el objeto del negocio condicional *pendente conditione* y sobre las que rige el principio *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Precisamente porque este principio lo aplican el Código suizo de obligaciones y el Código alemán es por lo que se prescinde, en estos países, de la *ficción de retroactividad*.

La retroacción del acto tendría gravedad si se tuvieran que aplicar las medidas cautelares del artículo 1.121, porque la guarda y conservación de las cosas que pueden ser devueltas al acreedor exige una severidad mayor, y se hace necesario el que los Tribunales de Justicia, cuyo libre criterio también se menciona en el segundo párrafo del artículo 1.120 cuiden de hacer exactamente lo que harían si fuera el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil el que se tuviera que aplicar. Precisa no olvidar que ambas normas se referirían entonces a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, o sea, que debería aplicarse en ellas el principio *eadem ratio, eadem dispositio*, y que el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil concede a los Tribunales el fijar libremente cuál ha de ser la cautela que evite el que se altere el estado de las cosas *pendent litis* (19).

Debe tenerse en cuenta, a pesar de lo expuesto, lo opinión de Díaz Pairó, recogida y aceptada por Castán (20). Dice el ilustre civilista cubano que “nuestro Código civil, en este punto, se encuentra más próximo a la doctrina moderna que a la tradicional. Principia por declarar que los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la obligación, se retrotraen al día de la constitución de aquélla (art. 1.120), pero, inmediatamente, establece tales restricciones o limitaciones que casi despojan a la regla del carácter de principio que se le asignó”.

Estas excepciones son: a) En caso de prestaciones recíprocas, que se compensen los frutos y los intereses (art. 1.120). b) Si la obligación fuera unilateral al deudor, hará suyos los frutos y los intereses

(18) Obra y tomo citados págs. 388 y siguientes.

(19) CARRERAS LLANSANA: Estudio citado en la nota 2.

(20) *Derecho civil español común y foral*. Madrid, 1954, III, pág. 128.

percibidos, a menos que fuera otra la voluntad de las partes (el mismo art. 1.120). c) En materia de pérdidas y mejoras, se aplican las normas excepcionales y casuísticas del artículo 1.122, que son: "1.º Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. 2.º Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar. 3.º Cuando la cosa se deteriora por culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. 4.º Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos. 5.º Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. 6.º Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario".

En nuestra opinión, y a pesar del aparente debilitamiento del principio general de retroacción de las obligaciones condicionales, cada una de estas excepciones refuerza, por la previsión de la situación de hecho y por el caso específico que contempla, la necesidad de aplicar el artículo 1.121, a fin de proteger a aquel de los contratantes que sea acreedor. Así, por ejemplo, si se interviene una empresa, o la administración de un inmueble o una explotación agrícola, será más sencillo, más correcto y más justo el pase de cuentas de los frutos o de los intereses, o el establecimiento de la compensación prevista en el artículo 1.120. Y si se depositan y guardan las cosas en lugar seguro se podrán evitar las pérdidas y demérito de que habla el artículo 1.122. Siendo, en fin, más simple el cómputo de mejoras si se consigue establecer una administración judicial del todo en que se involucran.

Si se quisiera resumir, en su consecuencia, todas las consideraciones que se hacen en este capítulo de nuestro estudio, la misma sería la de que las medidas cautelares del artículo 1.121 únicamente se pueden aplicar en los negocios jurídicos de naturaleza condicional, y precisamente a solicitud del acreedor, que es el único que tiene legitimación activa. No obstante, entendemos que al término gramatical y jurídico de *condición* no se le debe asignar una interpretación restringida. Porque, en muchas ocasiones, la condición se inserta en los contratos como pacto no principal y como buscando en él la garantía o seguridad de los pactos principales. Por ejemplo, si cuando se otorga un préstamo por plazo de tres años y se entrega su importe al prestatario, con condición resolutoria de que éste, a los tres meses de recibirlo, dará en prenda o pignoración al prestamista-acreedor determinados valores o bienes muebles. La obligación principal es aquí, para el prestatario, la de devolver el préstamo a tres años plazo, y la accesoria la garantía de la prenda, pero la inseguridad en la segunda puede determinar la adopción de medidas de cautela que los Tribunales han de decretar, si el acreedor las solicita (21).

(21) Sobre la distinción entre *conditio facti* y *conditio juris*, ver el notable

El fundamento de estas medidas radica en ser una manifestación de la responsabilidad patrimonial del deudor. Porque el derecho del acreedor existe siempre, aunque sea un *derecho de futuro* (22) que se mantiene latente mientras la condición no se cumple, pero que rebrota con todo vigor cuando el supuesto de hecho que se espera acontece. No importa el que los efectos de la obligación y, por tanto, de la caución, sean provisionales. Es precisamente la *provisionalidad* una de las características común a todas las medidas cautelares (23). Este *derecho de futuro* no se ha de cautelar en forma de *autotutela*, porque no entra en las atribuciones del acreedor coaccionar al deudor y tomarse la justicia por su mano, sino que han de ser los Tribunales los que ordenen las medidas de aseguramiento que sean procedentes (24).

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL ACREEDOR

Desde luego, reconocemos que resulta difícil insertar la norma que comentamos en la sistemática de las medidas cautelares en la forma como vienen consideradas por la doctrina procesal y como están ordenadas por las leyes españolas. Y acaso es por ello por lo que un autor —y un autor experimentado y práctico— ha llegado a decir (25) que “el contenido del artículo 1.121 se refiere únicamente a medidas conservativas de tipo sustantivo y civil, ya que dada su naturaleza y finalidad no puede constituir fundamento de derechos procesales”. Pero, al mismo tiempo que esto dice, reconoce paladinamente la reiteración con que se suscita en la práctica el problema de tener que adoptar medidas cautelares en estos supuestos, y la realidad de que los Tribunales de Justicia han decretado frecuentemente embargos preventivos en garantía de deudas no inmediatamente exigibles. Es, pues, el que planteamos un tema vivo y de auténtica dificultad que no puede quedar silenciado en la interpretación de la Ley.

En lo doctrinal falta, en la bibliografía jurídica española, la auténtica gran monografía sobre el proceso cautelar o sobre las medidas ase-

trabajo de VALLET DE GOYTISOLO: “Donación, condición y conversión jurídica material”. *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1237. Y también a PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona, 1950 (tomo I-2.º, pág. 124). Debemos agradecer a PUIG BRUTAU la cita que hace del presente estudio, cuando era sólo un borrador inédito.

(22) BETTI: Obra citada, pág. 402. VIADA: Estudio citado de la *Revista de Derecho Procesal*.

(23) Ver nuestros anteriores trabajos: “Límites legales de la ocupación en la quiebra”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1957, pág. 483. Y “Consideración procesal de los síndicos en la quiebra”. *Revista General de Derecho*, 1958, pág. 280.

(24) FRANCO-ANTONIO CUSIMANO: “Il problema della giustizia nel rapporto processuale”. Padova, 1958. MICHELI: “Giurisdizione e azione”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, pág. 107. VALCARCE: “Medidas cautelares”. *Revista de Derecho Procesal*, 1947, pág. 239.

(25) MOLINA: “Consideraciones en torno al embargo preventivo”. *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 663.

gurativas (26), que pudieran ser base de una construcción definitiva de la institución o de una reforma legislativa —indispensable en esta materia— como lo fueron la de Calamandrei en Italia (27) o de Ramiro Podetti en la República Argentina (28). Agravándose esta laguna porque, como comenta extensa y elocuentemente Plaza (29), las medidas procesales de aseguramiento o cautela, tanto las conservativas como las innovativas, no forman un cuerpo de legislación único o un título o capítulo separado de nuestra Ley procesal civil, sino que están esparcidas en distintos textos de esta misma Ley o de otras como el Código civil, el Código de Comercio o la Ley Hipotecaria, con regulación varia y compleja y con requisitos variados, que van, desde un formalismo riguroso y excesivo, a constituir auténticos “preceptos en blanco” (30) que el juez debe llenar por completo. La razón de este desorden legislativo radica, en nuestra opinión, en el arcaísmo técnico de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, redactada a base de las antiguas figuras o los antiguos sistemas del viejo proceso castellano, cuando era rudimentaria la Ciencia del Proceso. A quien lea la Ley de Enjuiciamiento civil en forma ininterrumpida, desde el primero al último de sus artículos le parecerá como si el legislador hubiera improvisado las medidas precautorias que contiene, sin sistema alguno, haciéndolas surgir aisladamente en la letra de la Ley, en aquel momento en que el desarrollo de las instituciones las hacía necesarias. Y que, según un módulo de gravedad, estimado subjetivamente y con evidente desigualdad, las hubiere adornado de requisitos y gravámenes o las hubiere dejado como simples enunciados, llenos de lagunas.

Por esta razón, apoyándose en el Derecho positivo español, pueden defenderse como buenas cualquiera de las tres teorías o clasificaciones de las medidas de aseguramiento que han logrado mayor arraigo en la estimación de la cátedra y de los Tribunales: a) La que entiende que constituyen un proceso independiente, de igual categoría que el de cognición y el ejecutivo, y formado con éstos el tríptico

(26) Son, no obstante, estimabilísimos, además de los estudios que ya he citado de los Profesores señores VIADA y CARRERAS y de los Magistrados señores MOLINA y RODRÍGUEZ-VALCARCE, el de GALLEGO (“El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil”. *Revista de Derecho Procesal*, 1953, pág. 211) y los capítulos que, en sus Tratados Generales de Derecho Procesal civil, han escrito GUASP, PLAZA y GÓMEZ ORBANEJA, a los que tendremos que referirnos con frecuencia en este estudio. No podemos dejar de señalar la brillante profundidad del comentario hecho por el Profesor últimamente citado a la primera edición de la obra de PLAZA (*Revista de Derecho Privado*, 1943, pág. 364), que ha originado una rectificación de DE LA PLAZA, que es modelo de humana y humilde sabiduría, poco corriente en estos últimos años.

(27) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936.

(28) J. RAMIRO PODETTI: *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires, 1956.

(29) Obra citada.

(30) Esta calificación, tan exacta y precisa, es de CARRERAS (Estudio citado en la nota 2).

esencial del Derecho procesal (31). *b*) La que las inserta en los procesos de ejecución, como un avance provisional del cumplimiento de la sentencia a dictar en el proceso ejecutivo (32); y *c*) La que las configura como un proceso de facilitación de los de cognición y de ejecución (33). Por él se cautela, se asegura o se previene una determinada situación de hecho, cuyo interés, digno de amparo, que está en peligro durante un litigio, mediante las más variadas y distintas medidas, desde la del desapoderamiento de la cosa hasta la simple intimación.

Sinceramente estimamos que, dado el planteamiento limitado de este estudio, no nos corresponde profundizar en él sobre la naturaleza y condición del proceso precautorio o cautelar considerado en su conjunto, sino ceñirnos a lo que debe ser, en su forma y en sus requisitos, el ejercicio por el acreedor de la acción procesal inserta en el artículo 1.121 del Código civil, y cuál debe ser el contenido de la decisión del juez cuando el acreedor condicional ejercite dicha acción. Aunque ello no evitará el tener que señalar que en la figura del artículo 1.121 del Código se dan las cuatro características que son comunes y esenciales en todas las medidas cautelares, a saber: *a*) La exigencia de la alegación y demostración por el accionante del peligro de daño jurídico que pueda resultarle de la no adopción de la medida, o sea el *periculum in mora* (34). *b*) La exigencia de una aportación de prueba documental preconstituída que demuestre la existencia de un derecho a tutelar. Es el *fumus boni juris* (35) o el requisito que el Tribunal Supremo, refiriéndose a las cuestiones de competencia, llama, con gran propiedad gramatical, "inicio de prueba escrita". *c*) La *cognitio sumaria*, o sea el estudio razonado y hondamente jurídico que realiza el juez para considerar la conveniencia de tutelar el derecho del accionante, acomodando su interés meramente privado a lo que sea el interés público de guardar la paz (*interest rei publicae*), y adoptando, para ello, una forma de cautela (36). *d*) La *provisionalidad* de la medida, que es, como dice Calamandrei (37), "el que los efectos jurídicos de la decisión judicial no sólo tengan una duración *temporal*, sino que este límite en la duración transcurra desde que se decreta la providencia cautelar hasta que se confirme o se deje sin efecto *por otra resolución jurisdiccional*, que será la *definitiva*".

Cada una de estas características precisa, en su desarrollo concreto en aplicación del artículo 1.121, de una cuidadosa consideración.

Quien sea acreedor condicional —o sea, que tenga legitimación ac-

(31) PLAZA, obra citada. Sigue en lo esencial a CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1944, tomo I, pág. 243).

(32) PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1954, tomo II, pág. 541. Sigue en este punto la doctrina que es prevalente en Alemania.

(33) GUASP: Obra citada, pág. 1351.

(34) CALAMANDREI: Obra citada, pág. 15.

(35) VIADA: Estudio citado.

(36) Ver sobre esta característica a CARNELUTTI y PLAZA (obras, tomos y páginas citados). Y a LIEBMAN: "Unità del procedimento cautelare." *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, pág. 248.

(37) Pág. 10 de la obra citada.

tiva— y entienda que su derecho está siendo perjudicado o pueda estarlo por razón de actos de su deudor o por circunstancias de hecho ajenas a la voluntad de éste, puede, con alegación del artículo 1.121, pedir amparo a la autoridad judicial formulando una pretensión de adopción urgente de medida cautelar. Con ello, y partiendo del principio general de necesidad de tutela jurídica como presupuesto para la prestación de esta misma tutela (38), habrá individualizado su *acción cautelar conservatoria*, esa “*acción procedente para la conservación de su derecho*” de que habla el precepto que interpretamos. Dentro de la más estricta doctrina científica (39) y de la práctica constante de los Tribunales, la acción del acreedor condicional *se concretará*, es decir, tomará una dirección —la de solicitar del juez la protección de un interés digno y subjetivamente justo— y se deberá documentar formalmente con un título o con pruebas bastantes (40).

Ahora bien, para que el juez decida, para que realice un examen cognitivo de la urgencia, conveniencia y necesidad de la medida y de si es bastante el inicio de prueba escrita del derecho del solicitante que éste aporte, debe tener cauce la acción por un proceso típico de los ordenados en la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta es la dificultad o el nudo —a veces, y según qué mentalidad tenga el juez, insoluble— de aplicación del artículo 1.121. Porque, en el aislamiento legal de su regulación y en la falta de concreción formal de sus términos, que son decisivos y claros en el principio justo de su norma sancionadora, pero que son imperfectos en el modo de aplicarla, parece como si se tuviera que acudir a un mayor detalle procesal que no existe en la ley. Y así es. El artículo 1.121 es una regla sin proceso propio y, por consiguiente, hay que acudir necesariamente, en aplicación del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a alguno de los ordinarios. Este proceso —e igual sucede con el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es otra norma protectora y cautelar brotada como por erupción en el sistema de su Ley— no puede ser otro que el juicio declarativo.

Es decir —y con ello me acomodo a la ordenación y doctrina general de las cautelas—, que el accionante, o sea el acreedor condicional, deberá, si quiere obtener un resultado práctico, formular contra su deudor o contra los terceros que hayan perturbado o pretendan perturbar su derecho, un juicio declarativo solicitando en él la declaración de este derecho y condena de los perturbantes. Atiéndase bien a que, por no haber vencido su crédito, *la declaración o la condena deberán pedirse como de futuro*. Y, simultáneamente, a la presentación de la demanda —mejor por otrosí de la misma— es como cabrá formular procesalmente la solicitud de adopción de medida cautelar.

(38) SCHÖNKE: “Il bisogno di tutela giuridica”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, pág. 132.

(39) ALLORIO: “La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale”. *Rivista di Diritto civile*, 1955, pág. 247. “Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale”. *Jus*, 1955, pág. 158.

(40) Ver CARRERAS: Estudio citado. GALLEG0: Estudio citado.

Se nos puede objetar que al formular esta opinión y dar este consejo habremos puesto en el más alto pedestal a una ficción (41). Es cierto y parecerá lamentable, desde todos los puntos de vista, el que tenga que seguirse casi inútilmente un largo y costoso pleito cuya finalidad inmediata se habrá logrado, *ab limine*, si el juez accede a decretar la medida cautelar pedida por el demandante. Pero, por mientras no se reforme la Ley procesal, esto sucederá con muchísima frecuencia en estos o parecidos supuestos de hecho, y así lo experimentamos quienes abogamos con frecuencia ante los Tribunales. Esta ficción tendrá, no obstante, la justificación jurídica de que la *provisionalidad* que va inserta, como característica esencial, en la cautela ha de terminar necesariamente en el mismo momento en que gane firmeza la sentencia definitiva que dicte el juez en el proceso declarativo, del que el cautelar es un incidente. Con la consecuencia de que, entonces, lo que diga la sentencia, sustituirá con pleno efecto de cosa juzgada a la fórmula sancionadora de la cautela provisional.

Desde luego, según la doctrina de la ley, no existe obstáculo para que la sentencia a dictar en un juicio contenga una declaración o condena *in futurum* (42), pues ésta es una modalidad más de la declaración de mera certeza o de la que tiende a ejecutar una prestación que no está vencida en el momento de ejercitar la acción, pero que puede serlo ya cuando la sentencia se dicte (43). Carnelutti ha dedicado al tema de la condición en las resoluciones jurisdiccionales uno de sus mejores trabajos (44). En él titula a las condenas en futuro como *sentencias de condena anticipada*, incluyendo en las mismas a las que, por referirse a materia u obligación aún no vencida, por no haber llegado el término o no haberse cumplido la condición, se preordena la ejecución antes de que se consuma la certeza. "Se produce —dice Carnelutti— una declaración incompleta de certeza."

El artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es la norma fundamental que trata de la pretensión o de la acción a ejercitar en juicio, establece un criterio liberalísimo al respecto, pues llega a decir que únicamente "se expresará la clase de acción que se ejercite en la demanda cuando por ella haya de determinarse la competencia". En otro caso, no es preciso que se concrete y designe nominativamente. En cambio, "*se fijará con claridad y precisión lo que se pida*", cualidades ambas, las de *claridad* y de *precisión*, que no impiden pretender declaraciones o condenas de futuro. La acción —lo dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1944— puede concebirse como

(41) En el Derecho moderno ha actualizado este tema, en forma admirable, el gran jurista belga RENÉ DEKERS: *La fiction juridique*. París, 1935.

(42) Este tema está tratado con referencia concreta al artículo 1.121 del Código civil español en el estudio de VIADA citado antes, del que hemos hecho merecido elogio.

(43) CHIOVENDA: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1949, tomo I, pág. 104.

(44) "La sentencia condicional". Aparecido en la *Rivista di Diritto Pubblico* (1920, pág. 247); está traducido al castellano en *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1952, tomo II, pág. 183.

ejercicio de una pretensión o derecho *in actu*, que sigue la condición del derecho ejercitado, o constituye un concepto autónomo y una finalidad procesal concreta que será de mera declaración, si se detiene en los límites de una declaración o expresión judicial del pretendido derecho, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito y que será de condena si lo que busca en la actuación física del juez es la defensa de un derecho. El tiempo —la situación en futuro— del derecho o de la situación protegible no limita, en Derecho positivo español, el que pueda seguirse un juicio ordinario por el amparo jurisdiccional de tales derechos o situaciones.

Entendemos —y con ello resumimos nuestra opinión— que el cauce procesal de aplicación práctica del artículo 1.121 del Código civil aparece evidente de las consideraciones que preceden. Repetimos que será el de un juicio declarativo, en el que, en forma previa e incidental, se adopten las cautelas, previa la demostración de su necesidad y la prueba escrita del derecho del accionante. La decisión corresponderá al juez en resolución razonada, o sea en auto motivado en que dará valor a los hechos y al derecho alegados para establecer un juicio que, como en todas las medidas precautorias, no será de certeza, sino simplemente *juicio de probabilidad*. Y podrá adoptarla sin oír al demandado, en razón a posible sacos de éste, agravatorios del *periculum mora*. Queda, pues, un solo y último punto a considerar, y es el del alcance y extensión de las medidas cautelares.

Dada la parquedad del precepto, el juez, al interpretarlo y aplicarlo se encontrará investido de las más amplias facultades discrecionales. Por tratarse de una medida cautelar de las que Ramiro Podetti (46) llama *genéricas o innominadas*, podrá dictar, como dice este autor, “las que, atendiendo las peculiaridades del caso, y como si no existiesen en la ley otras específicas, satisfagan la necesidad de aseguramiento. El órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. Para evitar la desconfianza o el menosprecio de la justicia y salvaguardar el imperio de sus decisiones, corresponderá a los jueces dar lugar a medidas cautelares que, sirviendo los fines del proceso, tiendan a dar efectividad a la sentencia definitiva”.

Ya antes, y refiriéndose al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que guarda, como he señalado, gran similitud con el artículo 1.121 del Código civil, se había dicho (47) que los poderes del juez al aplicar dicha norma son extraordinarios y sin otro límite que la necesidad misma, según las circunstancias de cada caso. Es que, como dice Carreras, refiriéndose también al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil (48), “en ciertos casos existen preceptos enderezados a prever una conducta, sin determinar en qué ha de consistir ésta, y cuando la actuación del juez o de las partes depende de

(45) LIEBMAN: Estudio citado.

(46) Obra citada, pág. 45.

(47) BECEÑA: *Magistratura y Justicia*. Madrid, 1928, pág. 346.

(48) Estudio citado, pág. 475 de la *Revista Jurídica de Cataluña*. 1958.

las circunstancias de cada caso, no pueden las conductas ser reguladas en todo su detalle sin caer en un casuismo contraproducente, y por ello consigna entonces en las normas unos a modo de *preceptos en blanco* —aunque no se use esta expresión en sentido técnico— dejando al juez el cuidado de rellenarlos, según la hipótesis concreta de que se trate, y usando de un prudente arbitrio”.

Ahora bien, y partiendo del supuesto de que el artículo 1.121 que comento contiene una medida cautelar genérica que el juez ha de llenar, en nuestra opinión, las facultades de éste no han de ser ilimitadas hasta el extremo de adoptar una medida cautelar distinta de las establecidas en las demás ordenaciones de nuestras leyes fundamentales civiles y procesales. Además, la medida debe ser la adecuada para la finalidad asegurativa y conservatoria que, preceptivamente, viene establecida en el artículo 1.121, al decir que “el acreedor puede ejercitar las acciones procedentes *para la conservación de su derecho*”.

Hemos visto, en el primer capítulo de este estudio, cómo la eliminación de las *cautelas innovativas* es también opinión y criterio de los civilistas franceses, que interpretan el artículo 1.180 del Código civil francés, equivalente a nuestro artículo 1.121. Tiene, pues, importancia la doctrina de aquellos autores que admiten la clasificación o distinción entre los procesos cautelares innovativos y los conservativos. Uno de ellos es Plaza (49), quien dice que estos últimos se caracterizan porque la prevención se hace *para mantener un estado de hecho*, o para *inmovilizar* las facultades de disposición del titular con respeto para el *statu ante*, a fin de evitar que, por no haberse adoptado determinadas previsiones, puede frustrarse el éxito de un proceso futuro de cognición o de ejecución. Plaza incluye en los procesos cautelares conservativos a los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa y al secuestro.

Dentro del campo, ya limitado por el carácter conservativo de la medida cautelar y por la no adopción de las que no se contengan en otras normas civiles o procesales, iremos situando, por eliminación, las que el juez podrá decretar en ejecución del artículo 1.121, y que han de ser de estricto orden patrimonial, puesto que, en el proceso civil español, no existe ninguna medida cautelar de orden personal (50). Desde luego, el embargo preventivo, por su naturaleza evidentemente expropiativa y ejecutiva, no puede decretarse en favor de los acreedores condicionales (51). Y tampoco pueden decretarse lo que los tratadistas llaman *astricciones*, o sea medidas, casi siempre referidas a las obligaciones de dar, hacer o no hacer y, por tanto, posiblemente previstas por el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que recaen sobre el ánimo del presunto obligado, como las pegas pecuniarias impuestas en el supuesto de que no se cumpla la obligación. Ni, incluso, cuanto signifique *desapoderamiento* de los

(49) Obra y tomo citados, pág. 35.

(50) GUASP: Obra citada, pág. 1353.

(51) VIADA y RODRÍGUEZ VALCARCE (estudios citados) opinan en contra, atribuyendo un mayor ámbito a la figura del embargo.

bienes del obligado para entregarlos físicamente al acreedor, puesto que, por su esencia, tendrían algo de ejecución.

En nuestra opinión, *la medida cautelar más adecuada para mantener un estado de hecho para inmovilizar las facultades de disposición del deudor condicional es la del secuestro*, que puede adoptar tres formas: a) La de depósito judicial de bienes muebles u objetos secuestrados (artículos 1.785 a 1.788 del Código civil), pero nombrando depositario a persona distinta del acreedor, que, con la modalidad que el juez determine, los guarde y conserve, sin sufrir menoscabo y cumpliendo respecto de tales bienes "todas las obligaciones de un buen padre de familia". b) La anotación de secuestro de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, con la extensión que previene el número 4.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que dice que "podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos: 4.º El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, *providencia ordenando el secuestro* o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles". El secuestro así concebido y en forma de anotación que prohíba la enajenación, tiene la finalidad, según dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942, de suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* por parte del titular registral en la finca; y c) La intervención de bienes litigiosos, cuando éstos constituyan una universalidad, como minas, montes, plantaciones o establecimientos fabriles o industriales en forma semejante a la que previenen los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero, acaso, sin las excesivas garantías que para el demandado se previenen en estas normas. Es decir, que una medida cautelar de secuestro de una universalidad de bienes puede consistir en que el juez designe un administrador o interventor que, bajo su dependencia directa, cuide de *conservar* dicha universalidad, en el sentido de que la misma, aun variando sus elementos, pues es inevitable el enajenar y adquirir frutos, mercancías y primeras materias, no sufra merma económica.

Todos los tratadistas, tanto los españoles (52) como los italianos y alemanes (53), que han estudiado la naturaleza jurídica y las características del *secuestro*, han acentuado sus efectos primordialmente *conservativos*. No es, pues, de extrañar que veamos en esta figura jurídica, tan poco trabajada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —seguramente por la escasez de sus decisiones—, la solución de la acción enunciada en el artículo 1.121 del Código civil y, por ende, una forma justa de amparo y protección de los derechos del acreedor condicional. El secuestro se acomoda al principio conservativo de *no innovar*, que se reflejaba, en Derecho romano, en el aforismo "*pendente lite nihil innovetur*" y que, en las Partidas (leyes 13

(52) PLAZA y GUASP: Obras citadas.

(53) ZANZUCCHI: *Diritto Processuale Civile*. Milano, 1946, III, pág. 29. PUGLIATI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano, 1935, pág. 145. JAEGER: *Il rifiuto del pignoramento. Studi Urbinati*. 1933, pág. 5. CALVOSA: *Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo*. Milano, 1953, pág. 4.

y 14), título VII, Partida 3.^a), se concretaba como prohibición de enajenar la cosa litigiosa “fasta que sea librada la contienda”. Su principal dificultad radica en su escasa experiencia en la práctica jurídica española, pues se apoya en normas que alguien (54) ha calificado como vaporosas y en cuya interpretación se exige “una cierta buena voluntad”.

Es, precisamente, esta buena voluntad, este buen propósito de tutela mediata (55) de los derechos subjetivos de los litigantes, el que pedimos que sigan teniendo siempre nuestros jueces.

(54) Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948, tomo III, pág. 463.

(55) Calamandrei, pág. 21 de la obra citada.

Los llamados derechos de la personalidad

Dos estudios provisionales

FEDERICO DE CASTRO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. LAS CUESTIONES PREVIAS: 1. *La protección de la esfera de la personalidad.*—2. *Modos de configurar la defensa de la personalidad:* Antecedentes históricos. Derecho de la antigüedad. La escuela española de Derecho natural. Los romanistas. Interferencia de la teoría de los derechos innatos. La Codificación.—3. *El derecho o los derechos sobre la persona:* Teorías que utilizan estos conceptos. Teoría del *ius in seipsum*. Teoría del derecho de la personalidad. Teoría del derecho de la personalidad y de los derechos de la personalidad. Teoría de los derechos de la personalidad. Tendencias escópticas y negativas.—4. *Posibilidad de volver a la teoría de los bienes de la personalidad.*—II. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN DERECHO PRIVADO.

I. LAS CUESTIONES PREVIAS (*)

I. LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA DE LA PERSONALIDAD (I)

Con nombres distintos y con diferentes conceptos técnicos (esfera de la personalidad, derecho de la personalidad, derechos de la personalidad) se alude y se trata de definir una misma realidad: los valores del hombre como persona. Materia que, en los

(*) Este estudio fué redactado para un libro homenaje al profesor VASALLI; la muerte inesperada de este gran jurista (1955) ha hecho se destine ahora al dedicado a su memoria. El tiempo que ha transcurrido desde que se escribió este trabajo ha hecho imprescindible alguna corrección y añadidos especialmente extensos en las notas sobre bibliografía.

(1) CASTÁN: *Los derechos de la personalidad*, 1952 (pub. también en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», julio-agosto, 1952), con muy completa información bibliográfica; NERSON: *Les droits extra-patrimoniaux*, 1939; DE CUPIS: *I diritti della personalità*, 1950 (libro al que se refieren las notas de este trabajo), *Il diritto della personalità*, 1959 (que no ha podido ser utilizado). HUBMANN: *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953. También sobre la cuestión, mi estudio en este ANUARIO, *La indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, 2 (1956), págs. 448-504. La «Association Henri Capitant» se ha ocupado dos veces del tema, en su reunión de Suiza (1946), *Travaux de l'Association Henri Capitant*, II, 1947, y en su reunión de Madrid (4-10 junio 1959). En esta última hube de presentar la ponencia general sobre *La protección de la persona en Derecho privado (especialmente la protección de la personalidad moral, es decir, afectiva, intelectual y espiritual)* que se publica como segundo estudio, en su versión española; en dicha reunión se dió cuenta y se expusieron trabajos muy importantes (ponencias especiales); algunos con valor de contribuciones extraordinarias por su contenido y documentación, serán publicados en el tomo correspondiente de *Travaux de l'Association*.

libros de Derecho, tiene una fisonomía extraña y hasta desconcertante. Más que por falta de unidad de la doctrina (que también existe), a causa de la general imprecisión de sus contornos, vaguedad de contenido de la figura y, en fin, hasta de una cierta carencia de pretensiones de exactitud técnica, del todo ajenas a la ciencia del Derecho privado. Explicable sólo, porque la realidad, que forma su objeto, no ha logrado firmeza en la vida social ni en la conciencia jurídica.

Es un hecho, no por evidente menos lamentable, que la concepción católica no ha llegado en ningún momento a impregnar la vida de la Sociedad; por lo que, en consecuencia, nunca se ha logrado valorar jurídicamente, del modo debido, a la persona. Es cierto que en el «antiguo régimen» se le consideraba preferentemente; mas de modo desmedrado y en dos sentidos contrarios: supervaloración de la condición noble; valoración ínfima, hasta casi desconocerse, la del plebeyo. El mundo moderno ha proclamado la libertad igualadora de los hombres y, sin ocuparse más de la persona, centrará toda la atención del Derecho en regular la libre (mecánica) circulación de los bienes económicos (2). Tanto, que al pedirse entrada en el Código civil francés para los derechos de la personalidad, se le trata de justificar con esta, en el fondo, tragicómica frase: «Entonces, se dice, los más débiles, los que están aún totalmente desprovistos de bienes, tendrán, sin embargo, derechos civiles» (3). Situación agravada por el predominio del positivismo jurídico, con sus esfuerzos para separar el Derecho de la Moral, coincidentes con la tendencia capitalista de eliminar lo no medible en dinero (4). También, aunque en dirección contraria, pesa la actuación administrativa, que infravalora a las personas, tratándolas como números u objetos fungibles.

Declaraciones constitucionales y textos internacionales varios han podido crear la apariencia o suscitar esperanzas de una mayor protección de la persona (5). Los hechos no justifican del

(2) «Resulta severo—dice PERRAU—llamar al Código Napoleón el «Código de los ricos», pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitarle el reproche de no ser más que «el Código de los bienes», *Des droits de la personnalité*, «Rev. trim. D. C.», 8 (1909), página 536.

(3) MORIN: *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du Droit*, en *Introduction a l'étude du Droit comparé (en honor de E. Lambert)*, III et IV, 1938, pág. 473. También RAVA (A.): *Istituzioni di Diritto privato*, 1934, pág. 208.

(4) Suprimiendo así toda posible restricción a la dominación económica: todo se puede comprar. A lo que se denomina no comprable se le negará protección jurídica (indemnización); haciéndolo, de hecho, también venal (objeto directo o indirecto del contrato).

(5) Los derechos de la personalidad—dice DEGNI—se afirman «a medida que se afina, con el progreso de la civilización, el respeto a la personalidad humana y a sus atributos esenciales» (*Personne physique*, 1939, pág. 163). CASTÁN piensa que en la «marcha progresiva de la Humanidad», el sen-

todo este optimismo. Ciertamente que, en los últimos años, se habla largamente de los derechos de la personalidad y de la defensa de la persona, pero es que también se siente más la necesidad de las medidas para protegerla. Leyes de Derecho privado, teorías jurídicas y disposiciones administrativas han ido aumentando los poderes de los grupos privilegiados hasta convertir a la misma autonomía individual en instrumento de esclavitud personal. Desde principios del siglo XIX, el amparo civil de la persona se hará especialmente necesario, porque entonces será en el ámbito privado donde actúen las fuerzas sociales (extraestatales) más poderosas y cuando se sienta el abandono en que habían ido quedando los valores más importantes del hombre. Nuestro siglo, además, adolece del peso creciente de la maquinaria administrativa, omnipotente e indiferente a lo personal.

La doctrina jurídica creyó, por un momento, poder acorazar a la persona humana en las relaciones de Derecho privado, mediante la formulación de los derechos de la personalidad. De ahí el «pathos» con que se les expone por los autores del siglo pasado. Más, en verdad, tales facultades (la esfera inmediata de la personalidad) quedaban relegadas a una zona de valor social secundario; a la que por ello, llega debilitado el eco de las luchas que importan ahora, las reñidas por el predominio económico. El valor de su afirmación es así, en parte, más bien simbólico y ejemplar, aunque, en cambio, de rechazo, le da una importancia más general y extremada y, en especial, máximas posibilidades de futuro al permitir que sus principios alcancen a caracterizar el Derecho civil o se contrapongan a los vigentes en todas las demás ramas del Derecho privado.

2. MODOS DE CONFIGURAR LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD

Antecedentes históricos.—Se ha dicho que los derechos de la personalidad «constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista jurídica del úl-

timo de respeto hacia la personalidad individual «es hoy más vivo que en otras épocas o, cuando menos, alcanza un área más general de aplicación» (*Loc. cit.*, pág. 61).

Estas afirmaciones parecen haber recibido cierta confirmación en la práctica (afortunadamente contradiciendo así las frases pesimistas que siguen en el texto). El Convenio sobre protección de los derechos del hombre y de libertades fundamentales (Roma, 14 noviembre 1950, en vigor desde 3 septiembre 1953) ha servido para que funcione la Comisión europea de los derechos del hombre (desde mayo de 1954) y para que ya pueda hablarse de su jurisprudencia. McNULTY y EISSER: *Comisión Europea de Derechos del Hombre: procedimiento y jurisprudencia*, «R. de la Com. I. de Juristas», I, 2 (1958), pág. 221 y sigs., también ha influido en la jurisprudencia interna alemana, sentencia del Tribunal Administrativo de Berlín, 25 octubre 1956, citada por BEAUFORT: *Some remarks about the european Convention for the protection of human rights and fundamental freedom*, Ned. T. I. R., 1959, pág. 44.

timo siglo» (6). Frase exacta si se refiere a su formulación como una peculiar especie de derechos subjetivos, pero que no puede aceptarse en el sentido de que antes no se conociese la protección jurídica de los valores y de las facultades de la personalidad.

Más bien pudiera acusarse a la ciencia moderna de haber olvidado conquistas ya logradas por los antiguos autores, llevando así la confusión a esta materia. Por ello importa trazar un esquema, aunque sea necesariamente provisional e incompleto, de la historia de las figuras jurídicas utilizadas para la defensa y la protección de la personalidad y destacar el curioso fenómeno de la aparición y reaparición de ciertos conceptos jurídicos respecto de ella.

Derecho de la antigüedad.—Del Derecho antiguo se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales a la persona. En el Derecho griego, la llamada «dike kakegorias» (7). En el Derecho romano, la *actio iniuriarum*. Los romanistas modernos entienden que ésta era originada por «el desprecio de la personalidad ajena» (8). Sin entrar en las discusiones de los especialistas, por ajenas al propósito de estas notas, puede señalarse que hay textos en los que un civilista moderno pensaría encontrarse ante la regulación de unos derechos sobre la vida y el cuerpo (9), sobre el honor (10), sobre la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor (11).

Con ello no se quiere decir nada en contra de la teoría estricta, según la que tal acción se basa en la *contumelia* o desprecio, y se caracteriza en ser *vindictam spirans* (12). Sólo se trata de señalar las posibilidades ya abiertas por algunos textos literarios romanos para contraponerlas a la actitud reaccionaria de los romanistas antiguos, que (a diferencia de los historiadores moder-

(6) MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1947, I, § 40. página 380, ed. 1952, II, 1, § 49. pág. 4.

(7) Bien conocida por la oración décima de LYSIAS, contra Theonnestos.

(8) WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, § 472, ed. 1872, pág. 714; también BUCKLAND: *A Text-book of Roman Law*, 1932, página 590; SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951, pág. 595; SIBER: *Römisches Recht*, II, pág. 233.

(9) «Iniuria sunt quae aut pulsatione corpus aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant, *Ad Herennium*, 4, 25, 35.

(10) Contra los escritos difamatorios, desde las XII Tablas, se imponía la máxima pena. CICERÓN: *De republica*, 4, 10, sobre la ofensa hecha por un comediante, al proferir palabras ofensivas contra alguna persona (conforme al texto de la comedia) osciló la jurisprudencia, *Ad Herennium*, 1, 14, 24; 2, 13, 19. Ciertos casos de empujar o expulsar se tratan como ataques al honor, CICERÓN: *In Verrem, Actio secunda*, lib. 2, 25, 60.

(11) En el caso de que una persona impide a otra el acceso a su casa, se dice se da la acción por injuria, porque «dolorem inminutae libertatis iudicio poenaque mitigat» (CICERÓN: *Pro Caecina*, 12, 35).

(12) BUCKLAND, pág. 591. En general, sobre la acción: IGLESIAS: *Derecho romano*, en «Instituciones de Derecho privado», 1953, II, págs. 137-139; *Derecho romano*, 1958, págs. 430-432.

nos) no buscaban averiguar cuál fuera el antiguo Derecho, sino utilizarlo para la regulación de la vida de su tiempo (13).

La escuela española de Derecho natural (14).—La base técnica, para la especificación de la esfera de la personalidad, procede de la filosofía escolástica. Primero, claro es, al difundir la idea básica de la concepción cristiana de que todos los hombres (no sólo los libres) son personas y, en segundo lugar, destacando los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre cada uno de ellos tiene cada hombre. Esto se hace al señalar que, aparte de los bienes externos (*bona exteriora*) hay unos bienes que están en la persona, en su mismo cuerpo (*in bonis corporis*), entre los que se enumeran a los siguientes: la integridad corporal, la tranquilidad y sosiego del ánimo y la libertad; junto a ellos, pero distinguiéndolos como de distinta naturaleza, se mencionan también al honor y a la fama. Unos y otros pueden ser lesionados y originan, en tal caso, la obligación de reparar (15).

(13) Algún autor (LANDBERG) estimó que la *actio iniurarum* era una acción por ofensa a un interés de afección (buen nombre, decoro, piedad, pudor, sentimiento familiar), pero la doctrina (siguiendo a PERNICE) no lo ha admitido, FERRINI: *Illicitio*, «N. D. ital.», 6 (1938), pág. 677.

(14) Las principales direcciones del pensamiento europeo sobre los llamados derechos de la personalidad parece que ya hoy pueden distinguirse con claridad, partiendo de la obra de Santo Tomás. Al comentarse la *Summa Theologica* en las grandes Universidades (especialmente en París y Salamanca) se trata de la vida, del honor y la fama, de su lesión y del deber de restitución (*S. Th.* 2,2, 58 y sigs.). La doctrina así formada, difundida en copias manuscritas de los apuntes de clase, se irá consolidando hasta formar la *communis opinio*. Decisivas, en este sentido, fueron las lecciones de VITORIA (publicadas, en base a varios manuscritos, por el R.º P. VICENTE BELTRÁN DE HEREDIA: *De Justitia*, Madrid, 1934). Ideas que sistematizadas por SOTO serán después desarrolladas en su significado jurídico por el P. MOLINA. Recogidas, a su vez, por GROCIO (que sigue a SOTO), el influjo de su obra y el de sus comentaristas (HEINECCIO, los COCCIO, etc.), determinan su general aceptación. DONELLO, que no menciona sus fuentes, las lleva por primera vez a la sistemática del Derecho civil.

Una variante respecto a la concepción general se encuentra en las dos únicas monografías antiguas conocidas sobre la materia. La de GÓMEZ DE AMÉZCUA (sobre ella, nota 41), que utiliza en su obra doctrina de otra escuela (de la agustiniana, datos sobre ella: P. AVELINO FOLGADO, O. S. A.: *El concepto de Derecho subjetivo en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, t. 4.º de anunciada publicación). La más moderna de STRYCK (*De iure hominis in se ipsum* (4 febrero 1675), publicada en *Dissertationum iuridicarum francofurtensium*, Diss. XV, 1743, II, págs. 402-431) coincide con la anterior en hablar también de un *tus in se ipsum*; pero no puede afirmarse (tampoco negarse) que siguiera o conociera el libro de GÓMEZ DE AMÉZCUA, porque no lo cita; utiliza repetidamente a MOLINA, menciona una vez a SOTO, sigue en las cuestiones generales de Derecho y Moral a GROCIO, a PUFENDORF y a varios tratadistas alemanes sobre Moral de importancia secundaria.

(15) La doctrina está toda ella apuntada o ya desarrollada, en SANTO TOMÁS. Distingue repetidas veces, de los *bona exteriora* los que son *in bonis corporis*, *S. Th.*, 2,2, q. 58, 10, 2; 2,2, q. 63, 3; respecto de éstos

Estas ideas, claras pero dispersas, no fueron eficaces hasta ser sistematizadas por los teólogos que formaran la que se ha llamado la escuela española de Derecho natural. En este respecto la obra de Soto parece decisiva. Dice que el hombre tiene tres géneros de bienes: 1, la vida; 2, el honor y la fama; 3, los bienes temporales. Sobre la vida, el hombre no tiene dominio, porque si bien puede exponerla no le está permitido suicidarse; es sólo «custodio de su vida». Por el contrario, el hombre tiene el dominio de su honor y fama, pero no puede usarlos como el dinero, porque su valor es superior. Honor y fama a los que, por eso, colocará no en el orden de la vida, sino en el de los bienes externos (16).

La doctrina expuesta por SOTO, en sus líneas centrales, será mantenida por los demás escritores de teología moral. En cambio, no tendrá general influjo entre los juristas. En España, el teólogo-jurista Padre MOLINA tratará con grandísima extensión la especialidad jurídica de estos bienes desde el punto de vista del Derecho penal y civil. El hombre ¿qué derecho tiene en su propia vida y en su propio cuerpo (*membra*)? No es—contesta—dueño de su propia vida y cuerpo, como es dueño del dinero (17) y de los demás bienes externos que le corresponden y posee; es su guardador y administrador (*custos et administrator*). Es verdad—añade—que es dueño de sus actos, que están bajo su libre arbitrio; mas el ser dueño de sus actos (*operationum*) no es otra cosa que estar puestos en el poder de su libre arbitrio, lo que es, en fin, el ser capaz (responsable) de tales actos (18). Distinta consideración merecen el honor y la fama; éstos pertenecen a los bienes externos (*bona nostra extrinseca*). El hombre es su dueño y puede disponer, en cierto modo, de ellos y exigir su restitución, aunque se diferencian del dominio sobre las riquezas en que aquellos bienes son más nuestros (*potius sit nostrum*) (19). Después, al tratar del secreto, hace esta afirmación general: que

separa: 1) *Quidem integritas corporalis substantiae*, el que se lesiona por matar o mutilar. 2) *Delectatio vel quies sensus*, al que se oprime el azotar y el producir dolor (*quodlibet sensum dolore afficiens*). 3) *Motus et usus membrorum*, que se impide por la atadura y la cárcel, *S. Th.*, 2, 2, q. 65. 3. Sobre honor y fama: *S. Th.*, 1, 2, q. 22 ad 1; 2, 2, q. 103, 1 ad 2; q. 129, 1; q. 131, 1 ad 2, 2, q. 73, 2, 3; 2, 2, q. 73, 1 ad 3.

(16) *De iustitia et de iure*, IV, q. 3, art. 3.

(17) El término *pecunia* lo utilizan MOLINA y SOTO en su sentido amplio, por lo que debería traducirse mejor que por dinero por bienes patrimoniales o de valor económico.

(18) *De iustitia et iure*, 3, 1, especialmente §§ 1 y 4; ed. 1733, IV, págs. 4 y 5. En la misma *disputatio* dice que el Estado (república) tiene sobre la vida y cuerpo de los súbditos sólo *regimen atque administrationem*, § 8, y estudia la posibilidad de hacer operaciones quirúrgicas y aplicar medicamentos, la autorización y poder de padres y guardadores, § 10. En base, sobre todo, del Derecho penal, continúa tratando de estas cuestiones hasta la *disputatio*, 106.

(19) *Id.*, 4, 2, 4; IV, pág. 373. Trata de esta cuestión, de la infamia y de la restitución de la fama, en las *disputationes*, 7-49.

según la Justicia nadie debe dañar los bienes de otro, sean estos bienes el honor o la fama, sea el cuerpo, sean los bienes externos y la riqueza (20).

Fuera de España, GROCIO (tan conocedor de la obra de SOTO) es quien, directamente y por medio de sus comentaristas, divulgará estos conceptos entre los autores germánicos. Dice, en forma escueta, que al hombre pertenece (*suum est*): la vida (no para que la pierda, sino para que la conserve), el cuerpo, sus miembros, la fama, el honor y las acciones propias (21).

También DONELLO señala que «lo nuestro» puede ser sobre la persona misma o sobre cosas externas. Por su misma naturaleza corresponden a la persona: su vida, la incolumidad del cuerpo, la libertad y la estimación. Excluyendo a la tranquilidad espiritual (*incolumitas animi*) por ser extraña a la protección jurídica. Se desvía, en cambio, de la doctrina antes señalada, al tratar de la calificación jurídica de estos bienes; los considera en relación a las disposiciones que los protegen, en especial a la *actio iniuriarum* y, de ello, deduce que son derechos propios, porque se vindican por la ley y no por alguna otra causa (22).

Los romanistas.—La referida elaboración doctrinal tuvo muy reducido influjo sobre los civilistas (23). Varias causas concuerrieron a tal efecto: la desconexión progresivamente creciente entre la labor de los teólogos y la de los juristas, el poco interés por la exposición sistemática y, sobre todo, el método de la glosa y del comentario que ligaba a los textos del Derecho justinianeo. Los tratadistas, en el capítulo *de iniuris*, estudiaban las acciones de origen romano, y para su aplicación a las realidades del tiempo se limitaban a señalar otras creadas *moribus et consuetudine*, tanto cuando se dirigían a pedir una indemnización pecuniaria como si tenían por fin la retractación pública (*pañnodia*) (24). Se encuentra, a veces, una referencia a los bienes

(20) *Id.*, 4,3,1, IV, pág. 374.

(21) *De iure belli ac pacis*, 2, 17, 2, 1; también enumera: vida, miembros y libertad, 1,2, 1,5.

(22) Insistiendo: «In quibus si nihil detraheretur alteri nulla esset iniuria, poena nulla. Sunt autem in personis», *Comentariorum de iure civile*, 2,8 i. f. ed. 1610, I pág. 83.

(23) Aparte del sistemático DONELLO, ya citado, hay que señalar la obra excepcional de BALTASAR GÓMEZ DE AMÉZCUA, juriconsulto toledano, de la Audiencia de Nápoles (cuya teoría se expondrá después) y también la del alemán STRYCK.

En cambio, se encuentra recogida en las obras de teólogos y moralistas, incluso en las vulgarizaciones hechas para la aplicación de la teología moral al tráfico jurídico. Entre éstas puede destacarse la de FRAY TOMÁS MERCADO: *Suma de tratos y contratos*, 6, 3, fol. 284 vt.º (bienes espirituales y corporales).

(24) ANTONIO PÉREZ: *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, 9, 35, ed. 1773, I, págs. 112, 114; HUMER: *Praelectionum iuris civilis*, 4, 4, ed. 1735, I, pág. 380 y sigs; LAVTERBACH: *Collegii theoretico-practici*, 47, 10, ed. 1744, II, págs. 793 y sigs.

personales, pero es sólo para decir que la *iniuria* es una lesión del cuerpo, de la dignidad o de la fama (25).

Interferencia de la teoría de los derechos innatos.—En Alemania y Holanda, los comentaristas y discípulos de GROCIO mantienen vivo el recuerdo de los bienes de la persona (26); mas pronto la doctrina toma un nuevo rumbo y utiliza nuevos conceptos (en apariencia coincidentes y en esencia distintos) que los desplazarán. En las obras entonces más influyentes no se enumeran los bienes personales, pues lo que interesa es señalar la obligación que tienen todos los hombres de considerarse iguales (27). En Alemania e Inglaterra se predica la existencia de derechos innatos (*officia et iura connata*) (28) y se hace general hablar de ellos como derechos fundamentales, inalienables, naturales, inmediatos, universales, incondicionales y absolutos (29). Los que alcanzarán su consagración legislativa al ser las «Declaraciones de los derechos del hombre» la coronación de las cartas constitucionales (30).

El encumbramiento de estos derechos, con su especial sig-

(25) P. VOET: *Institutionum imperialium commentarius*, 4, 4, § 2, ed. 1668, II, pág. 378; J. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, 47, 10, § 1, ed. 1716, II, pág. 987.

El mismo GROCIO señala como bienes o cosas («saken») que pueden sufrir daño: la vida, el cuerpo, la libertad, el honor y el patrimonio («goederen»), *Inleydinge tot hollandse Regts-geleertheit*, 3, 33, ed. 1706, página 293.

— (26) COCCIO: *Commentarius*, 2, 17, 22, ed. 1752, III, págs. 198-199, que señala que el honor y la fama están fuera del patrimonio. HEINECCIO: *Prælectiones*, 2, 17, ed. 1746, pág. 142, se limita a reproducir lo dicho por GROCIO.

(27) PUFENDORF: *Droit de la nature et des gens*, 3, 2, ed. 1754, II, pág. 22. ROUSSEAU, siguiendo la misma línea, tratará de probar que el pacto social, en lugar de destruir la igualdad natural, la sustituye por una igualdad moral y legítima, *Du contrat social ou principes de Droit politique*, 1, 9, ed. 1762, págs. 29, 30.

(28) WOLFF: *Jus naturæ*, 1, 1; concretamente la libertad, igualdad y *iura in omnia*; este autor, se recordará, señala la existencia de un derecho del hombre a comer y beber, medicinarsé, vestirse, a sus hábitos y comodidades, adornos y medios para conseguir la belleza corporal. LOCKE decía que el fin del Gobierno era la conservación de la propiedad (vida, libertad, posición), añadiendo que «cada hombre tiene una propiedad en su propia persona; en esto nadie tiene ningún derecho más que él mismo» (*Two treatises of Government*, 1689, §§ 7 y 27). BLACKSTONE enumera los derechos absolutos del inglés: seguridad personal, libertad personal, libertad privada (*Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), I, página 128).

(29) HOLLAND: *The elements of Jurisprudence*, 1896, pág. 149. En Norteamérica, KENT dice que los derechos absolutos, en la vida privada, son: derecho de seguridad personal, de libertad personal y de adquirir y gozar la propiedad, y como una parte del derecho a la seguridad personal se considera la preservación del buen nombre (*Commentaries on American Law*, 4, 24, 7.ª ed., 1851, I, págs. 599 y 619).

(30) En especial desde la Declaración de la Asamblea Nacional francesa, en 3 de septiembre de 1791, arts. 1 y 2. En la doctrina, todavía DEKERS: *Précis de Droit civil belge*, 1954, I, § 821, pág. 498.

nificado político, suscitó contra ellos recelos y enemistades. Los filósofos se entretuvieron en señalar el absurdo lógico de la figura de unos derechos en o sobre la persona (31). Por su matiz liberal serán además mal vistos por conservadores y solidaristas (32). En lo que a nuestra materia concierne, la interferencia del concepto de los derechos individuales ha sido perniciosa. Pues el hábito de considerarlos comprendiendo los bienes personales llevará a que, primero, los civilistas se desentiendan de unos y de otros, como pertenecientes al Derecho público y a que, después, sea difícil distinguirlos entre sí, lo que dificultará el conocimiento teórico y, sobre todo, la protección jurídica práctica de los bienes personales.

La codificación.—Respecto a la materia estudiada, se distinguen dos épocas en la codificación: la del siglo XIX y la del siglo XX. En la primera dominan las leyes iusnaturalistas de los derechos innatos. En Austria, el Código civil de Galitzia occidental (1797), llamado también Proyecto primitivo, redactado bajo la dirección de v. MARTINI, señala como derechos innatos del hombre, principalmente: el derecho a conservar su vida, el derecho a procurarse las cosas necesarias para ello, el derecho de desarrollar su cuerpo y fuerzas espirituales, el derecho de defenderse a sí y a los suyos, el derecho a afirmar su buena fama, en fin, el derecho de disponer libremente de lo suyo (I, § 29). La carga de sentido político que se advertirá en la declaración de estos derechos, después de la Revolución francesa, hizo prevalecer la opinión de los partidarios de suprimir su cita (33). En el Código austriaco (1812), aunque se borró la enumeración, se mantiene la afirmación de «derechos que sin más nos corresponden como personas» (art. 16), estableciéndose una presunción en favor de su respeto por las leyes, de no haber sido especialmente limitados (art. 17).

(31) KANT distinguía el *suum internum* y el *suum externum*, diciendo que sólo puede haber derecho sobre éste. El hombre puede ser, en potencia, de sí mismo (*sui iuris*), pero no propietario de sí mismo (*sui dominus*); no pudiendo disponer de sí mismo según quiera, porque es responsable de la humanidad de su propia persona (*Principes methaphisiques de Droit* (trad. TISSOT, 1865, I, § 17). HEGEL (*Naturrecht*, cita de Savigny, *loc cit.*, pág. 226, N. a) niega el derecho de la persona sobre sí misma, porque ello legitimaría el suicidio. En *Grundlagen des Rechtsphilosophie* (1821), 47, 57, 60, 67, 70, los considera como bienes o determinaciones sustanciales que constituyen la persona (trad. francesa de KAAAN, 1940, págs. 65, 70, 76, 77, 80).

(32) SAVIGNY no podía admitir ese derecho de propiedad sobre la inteligencia del que se derivaba la libertad de pensamiento (*Sistema del Derecho romano actual*, trad. de MESSIA, POLEY, 2, 53, ed. 1878, I, pág. 225). TRENDLENBURG critica los derechos innatos (del hombre, originarios) como concepción individualista propia de la teoría del pacto social, considerándola éticamente inferior a la de la antigüedad (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, págs. 160-1663).

(33) A propuesta de ZEILLER, en sesión de la Comisión de 18 de enero de 1802, EHRENZWEIG: *Privatrecht, Allgemeiner Teil*, 1951, § 32, pág. 125.

El Código civil francés (1802) no contiene ninguna disposición parecida: no le hacía falta, pues estaba vigente la Declaración de Derechos de 1789. Su ejemplo fué seguido por casi todos los países que, en general, encabezaron con la Declaración de derechos sus Constituciones. Excepciones especialmente notables son el Proyecto español de Código civil de 1820 (34) y el Código civil portugués (1867). En éste se declaran derechos originarios: el derecho de la existencia, el derecho a la libertad, el derecho de asociación, el derecho de apropiación y el derecho de defensa (art. 359) (35).

Los Códigos civiles que van entrando en vigor en este siglo xx abandonan la anterior confusión entre bienes de la personalidad de carácter civil y los derechos del hombre de carácter político o constitucional. En lo demás se diferencian bastante entre sí, por seguir algunas de las distintas direcciones teóricas adoptadas por la doctrina.

El Código civil alemán (1900), apoyándose en una de las direcciones romanistas antes señaladas (36), enumera a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (art. 823) como bienes cuya lesión puede originar la acción de daños y perjuicios.

El Código civil suizo (1912) tiene el mérito y la originalidad de haber dedicado una sección a «la protección de la personalidad» (arts. 27-30); se refiere a la capacidad de derecho y de obrar, a la libertad (art. 27), a la protección de las relaciones personales (art. 28) y al nombre (art. 30).

El Código civil italiano (1942), impulsado por la teoría dominante de los derechos de la personalidad, ha regulado «los actos de disposición del propio cuerpo», señalando sus límites (art. 5), el derecho al nombre (arts. 7-9) y ha sancionado el «abuso de la imagen ajena» (art. 10).

El Proyecto de Código popular alemán (1942) intentó sacar al derecho de la personalidad de la situación subordinada en que su Código civil le coloca respecto al Derecho delictual; para ello se afirmará la protección jurídica contra la lesión de la situación jurídica y la ofensa del honor, libertad, fuerza laboral, vida y salud (art. 4), regulando especialmente la protección del honor (ar-

(34) Se regula «la libertad o propiedad personal», en la que se comprende «el derecho de conservar la existencia física y moral» (art. 40), «la seguridad individual de su persona y de su honor» (art. 49) y «el derecho de igualdad legal» (art. 51).

(35) El derecho de existencia comprende, además de la vida y la integridad personal del hombre, su buen nombre y reputación, en la que consiste su dignidad personal (art. 360). Derechos inalienables, sólo limitables por ley formal y expresa y cuya violación produce obligación de reparar la ofensa (art. 368).

(36) La indicada en la nota 25.

(37) Sobre el valor de estos preceptos y del artículo 55 (hoy 49) del Código de obligaciones, HERDMANN: *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, 1910, 57-58, 60-62.

títulos 5-2), secreto (art. 9), crédito (art. 10), honor profesional (art. 11), fuerza laboral (art. 12), situación de la empresa (artículo 13), invento, obra literaria y artística (art. 14), nombre (artículos 15-20), imagen (arts. 21-22) y vida privada (art. 23) (38).

El Código civil griego (1946) considera en general «el derecho sobre la propia persona» como derecho frente a la injuria (artículos, 57, 59) y en especial el derecho sobre el nombre (arts. 58, 59) y el derecho sobre los productos del espíritu (art. 60) (39).

El Código civil egipcio (1948) parece seguir el ejemplo suizo, pero utilizando la teoría de los derechos de la personalidad. Dispone que nadie puede renunciar ni modificar las condiciones de su capacidad (art. 48), ni su libertad personal (art. 49) y concede acción contra los que atentan ilícitamente contra los derechos inherentes a la personalidad (art. 50) y al derecho al uso de su nombre (art. 51).

En fin, la Comisión de reforma del Código civil francés ha deliberado ampliamente y ha aprobado un extenso proyecto (19 artículos) titulado «De los derechos de la personalidad», que se refiere a la posibilidad de disponer del cuerpo (arts. 4-5), de rehusar tratamiento médico-quirúrgico (art. 7), a las facultades sobre el cadáver (arts. 9-15), la imagen (art. 16) y las cartas (art. 17); además, se reconoce la acción contra todo ataque ilícito a la personalidad (art. 19) (40;).

(38) En las explicaciones de LEHMANN no se advierte claramente si se les ha considerado como bienes o como verdaderos derechos (*Volksge-setzbuch, Grundregeln und Buch I, Entwurf und Erläuterungen*, 1942, pág. 48 y sigs). Parece que oscila entre la concepción del Código suizo y la del Código civil alemán.

(39) Se utiliza la traducción francesa del «Institut hellénique», por Mamopoulos, Atenas, 1956. El Código se publicó en 1940 para que entrase en vigor en 1941, pero se aplazó su vigencia hasta 1946.

(40) *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, 1950-1951. Anteproyecto y discusión, pág. 31 y sigs.; proyecto adoptado, pág. 70 y sigs. También se ha redactado un proyecto sobre el nombre, pág. 112 y sigs.

En Alemania se redacta un Proyecto de ley para ordenar de nuevo la protección de la personalidad y del honor (publicado por el Gabinete del Gobierno federal, 10 junio 1959) para reformar el Código civil (nueva redacción de los §§ 12 al 20, 823, I; 824, 847 y agregación del § 252 a), la Ley de introducción (§§ 33 a y 55 a) y la Ley de Derecho de autor del artista (suprime §§ 22, 23, 33, I, y nueva redacción del § 24). Muy interesante, parece redactado bajo la impresión de las indiscreciones de la Prensa y de la impertinencia de los fotógrafos a su servicio. Su poco prudente redacción ha provocado una reacción violentísima de la Prensa alemana y de numerosos juristas. Sobre ello, los trabajos publicados por *Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag*, 53, 13 (1-7-1959); LÖFFLER: *Persönlichkeitsschutz und Meinungs-freiheit*, «N. J. W.», 12 (1959), págs. 1-16.

3. EL DERECHO O LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA: TEORÍAS QUE UTILIZAN ESTOS CONCEPTOS

Bajo este epigrafe se recogen las principales teorías que han influido en el pensamiento jurídico moderno. Ello explicará se haya tratado en el apartado anterior de la dirección escolástica y que, en cambio, se haga aquí una extensa referencia a la teoría de GÓMEZ DE AMÉZCUA, tan íntimamente enlazada con aquélla.

Teorías del «ius in seipsum».—La primera afirmación de un derecho sobre sí mismo, y hasta esta misma designación, se ha venido atribuyendo a GÓMEZ DE AMÉZCUA; ello y lo vago y equívoco de las referencias hechas, en general, respecto de su teoría, hacen conveniente exponerla y hasta con cierta amplitud (41).

Sus afirmaciones hay que entenderlas teniendo en cuenta su propósito: rechazar las trabas que indebidamente se iban imponiendo a la libertad del hombre. Desde las primeras líneas de su libro se enfrenta contra el aforismo *neminem esse dominum membrorum suorum* (D. 9, 2, 13). Porque era entendido, dice, como regla negativa de la libertad: «No es lícito hacer nada fuera de lo expresamente permitido por el Derecho.» A ella le opone la regla positiva: «Todo le está permitido al hombre, respecto a sí mismo, excepto lo que le está expresamente prohibido por el Derecho» (42). Lo que le preocupa y a lo que endereza todos sus argumentos es a demostrar esta regla positiva, no importándole—dice sin reparos—cuál sea la fórmula que se use para calificar el poder que a cada uno corresponde sobre sí mismo (43).

De su tesis central, la de que, excepto en lo prohibido nominalmente, «en lo demás, a los hombres se les ha concedido poder sobre sí mismos», en cuanto Dios les concedió el libre albedrío (44), deduce que cada hombre tiene potestad sobre sí mismo: sobre su vida (menos matarse), sobre su cuerpo y sus miembros, sobre su honor y fama y hasta sobre su propia alma y bienes es-

(41) *Tractatus de potestate in seipsum*, las citas se hacen a la segunda ed., Mediolani, 1609. También tiene interés para recoger la doctrina de un importantísimo grupo de teólogos; cita, continuamente, además de SANTO TOMÁS, a SOTO, PEDRO DE ARAGÓN, GREGORIO DE VALENCIA y MIGUEL SALÓN; en cambio, apenas menciona al P. MOLINA. (Sólo recuerdo haber encontrado una cita.)

Es, además, uno de los últimos momentos de contacto entre la doctrina jurídica y la teología moral. El otro fué el ya señalado en la obra de GROCIO; mas las obras de la dirección protestante no pudieron llenar el vacío creado por la desconexión impuesta por ella con la doctrina teológica clásica.

(42) I, 2, pr. pág. 7.

(43) Señala las siguientes: ser dueño de todo lo referente a la vida menos el poder matarse; dominio de uso sobre el cuerpo y las acciones, pero no sobre la vida y los miembros; dominio y potestad de disponer de sí, excepto lo prohibido por la ley divina, canónica o civil. I, 4, § 18, pág. 35. Parece inclinarse en favor de la última.

(44) I, 1, §, 22, pág. 12.

pirituales (45). La construcción técnica de ese poder queda—quizá intencionadamente—desdibujada. Reconoce que la doctrina se inclinaba a llamarle *facultas* y repugna considerarle *iure dominium*, pero añade que en su resultado será lo mismo una denominación que otra (46).

La concepción de AMÉZCUA no parece muy apropiada para el mundo moderno; ello no obstante, hay autores que la aceptan e incluso tomándole, en parte, como guía. Así se ha dicho que el objeto de la personalidad es «esta misma persona», dueña, pues, de ella misma (47).

A resultados semejantes se ha llegado en base de otros diversos fundamentos. Basándose en el Derecho romano se dirá que el hombre está: bien en propiedad de otro hombre (esclavo) o bien en propiedad de sí mismo (ingenuo) (48). Partiendo de postulados, que se creen son afirmados por la psicología, se ha dicho que la dificultad escolástica de la falta de objeto no es ya alegable, «porque todos saben cómo en nuestro pecho viven dos almas y cómo uno, en cada momento, está enfrente del propio yo como sujeto» (49). También otros teóricos y filósofos del Derecho han pensado que el hombre como «cosa-persona» puede ser objeto de derecho y este derecho tenerlo el hombre (como sujeto) sobre el mismo hombre (como cosa) (50).

Observaciones.—La teoría de AMÉZCUA tiene una falta fundamental, que si explicable e inocua, dado su punto de partida (teología moral), será gravísima al pasar a la doctrina civil (técnica): la confusión entre el derecho subjetivo y las facultades. Se puede decir que el hombre es dueño de sí mismo y de sus acciones, para significar la propia libertad y responsabilidad, a respetar por todos; mas tal poder (facultades) tiene una naturaleza distinta al derecho (dominativo) real, de crédito o de familia. Los teólogos citados por AMÉZCUA advierten la diferencia, calificando el po-

(45) I, 4, § 1, pág. 26; I, 4, § 16, pág. 32; II, 12, § 2, pág. 312 y sigs.; II, 13, pág. 322 y sigs.

(46) I, 4, § 1, pág. 26.

(47) CAMPOGRANDE: *Los derechos sobre la misma persona*, «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 44, 88 (1896, mayo-junio), pág. 521, refiriéndose a AMÉZCUA, en págs. 518, 522, 523. CAMPOGRANDE no mantiene puramente tal teoría, sino que la mezcla y, al fin, de hecho, utilizará la del derecho de la personalidad y la de los derechos de la personalidad.

(48) VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, 1865, I, 34, pág. 72.

(49) KOHLER: *Das Eigenbild im Recht*, 1903, pág. 5; también pág. 6.

(50) CARNELUTTI: *Teoría generale del Diritto*, 1951, págs. 125, 127, 138, 147, 148; LEGAZ también admite la propiedad de la persona sobre su propio cuerpo, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1943, pág. 571; ANTONI: *Actos de disposición sobre el propio cuerpo*, Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield, 1950, págs. 237-238; BORRELL SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 1944, I, § 34, págs. 113-115; BORRELL MACIÀ: *La persona humana, Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto, Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, 1954, págs. 25-26; CHIRONI lo considera como «derecho sobre la propia persona», *Instituzioni di Diritto civile italiano*, 1912, I, pág. 51.

der de la persona sobre sí misma como «algun» (*aliquid*) dominio y derecho, como dominio de uso y de los actos (51). No la vió GÓMEZ DE AMÉZCUA, porque creyó idénticas las definiciones distintas dadas por aquéllos sobre el dominio y la potestad sobre sí mismo (52).

La potestad sobre sí mismo (libre arbitrio, libertad jurídica) es cierto que implica facultades de uso y ejercicio, mediante las que se desenvuelve y exterioriza la personalidad (53); en cambio, no tiene el hombre un derecho dominical *in membra sua*, al modo que lo tiene el dueño sobre el esclavo (54). Se confunde, en otro caso, la posibilidad de hacer, decidir, negociar, usar de las cosas comunes y públicas, reconocida y amparada por la ley (ilicitud de impedir las), con el *ius dominativum* o poder concreto sobre un bien externo. El descuido de AMÉZCUA es sólo parcial, pues claramente distingue los conceptos allí donde le interesa, en defensa de la libertad. Dice que es sentencia verisima que la república no es dueña de la vida, la sangre y los miembros de los ciudadanos, pues no puede abusar arbitrariamente de ellos, sino sólo custodiarlos, defenderlos y castigar a los inicuos (55). El Estado pues, no tiene *ius dominativum* sobre los ciudadanos, porque carece de un poder ilimitado y arbitrario sobre los súbditos y porque los ciudadanos son también la misma república.

Los modernos intentos para justificar la existencia de un derecho sobre o en la persona o el cuerpo, y su argumentación, han sido rechazados por la doctrina moderna de modo tácito o expreso (56). Lo que parece inevitable, pues la complejidad de la persona, manifestada en la conciencia, en la metafórica lucha interna

(51) Cita a PEDRO DE ARAGÓN (2, 2, q. 64, art. 5, ad 2) y a GREGORIO DE VALENCIA (3, disp. 5, q. 10, punc. 1 q. 3, ad. f.): GÓMEZ DE AMÉZCUA, I, 4, § 18, pág. 33.

(52) La definición de dominio (*ius plene et libere de re disponendi nisi quid iure prohibeatur*) la equipara (se subrayan las diferencias para facilitar la comprobación) con la definición de potestad sobre sí mismo (*facultas de se disponendi ad usum lege non prohibitum*), de GREGORIO DE VALENCIA (3, d. 5 q. 10, punc. 1, q. 3), AMÉZCUA I, 4, § 2, pág. 27 y § 17, pág. 32.

También STRYCK confunde el concepto de derecho subjetivo en sentido estricto (*in alios*, como la patria potestad y el dominio), con las facultades y la posibilidad indeterminada de tener y obrar (*potestas in se*, la libertad), obra citada en nota 14, pág. 403, § 5.

(53) Cita esta frase de MIGUEL SALÓN (2, 2, q. 71, tract. de dominio, q. 3, art. 3, 1.ª concl.): «El hombre es dueño tanto del uso de sus miembros y potencias como de los bienes que pertenecen al ornamento de su cuerpo, así, agilidad, belleza, etc.»; «Aunque el hombre no tenga el dominio de la vida y miembros, tiene, sin embargo, el dominio del uso y obras que esos miembros pueden hacer» (concl. 4, ad 4), AMÉZCUA, I, 4, § 18, pág. 33.

(54) I, 4, § 3, pág. 27.

(55) I, 3, §§ 17-23, págs. 5-7.

(56) COVIELLO: *Manuale di Diritto civile italiano, Parte generale*, 1929, pág. 25; RAVÁ (A.): *Loc. cit.*, pág. 299; AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI: *Diritto civile italiano*, 1943, I, pág. 219; BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1950, I, pág. 208, n. 1; DE CUPIS: *I diritti della*

y en la distinción de alma y cuerpo no justifica—sino que lo rechaza por su indisoluble unidad—un desdoblamiento del hombre en sujeto y objeto o en persona y cosa.

Teoría del derecho de la personalidad.—Esta teoría, aunque íntimamente conexa en algún autor con la antes estudiada, tiene matices propios. Dentro ya de ella deben separarse dos tendencias, no siempre debidamente distinguidas, que influyen en toda la doctrina (57).

La primera dirección considera al derecho de la personalidad como el derecho a afirmar la dignidad de un ser racional y que actúa libremente (58). Se entiende que este derecho comienza con el nacimiento y termina con la muerte (59). Lo que llevará a postular la protección de la personalidad en sí misma (60).

Frente a ella, otra dirección se refiere a la persona como objeto; pero, en cuanto trata de la protección de su contenido, se manifiesta en una pluralidad de facultades o derechos (61). Con

personalität, 1950, pág. 23; ROTONDI: *Istituzioni di Diritto privato*, 1951, página 203.

(57) Advierte la distinción WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 39, ed. 1873, págs. 88-89 y n. 1; no parece exacto lo que dice sobre que nadie haya compartido la teoría de PUCHTA.

(58) Así ZEILLER: *Das natürliche Privatrecht*, 1802, § 40, según cita de EHRENZWEIG: *Privatrecht, Allgemeiner Teil*, 1951, § 32, pág. 126, n. 5.

En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ ELÍAS señala, al lado del derecho de la libertad como derecho absoluto del hombre: «la personalidad que más bien que derecho individual puede decirse que constituye la existencia completa y distinta del ser humano» (*Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 1873, pág. 162).

Este mismo autor, en *Derecho natural*, 1865, I, pág. 82, define el derecho de personalidad: «Reunión de condiciones en virtud de las que el hombre debe conservar y desarrollar su existencia en todas las esferas de la vida con libertad y conciencia.»

(59) PUCHTA dice que la persona es sujeto de un derecho sobre sí misma, que se divide en: 1) Derecho de la personalidad. 2) La posesión. El primero se divide en: a) Derecho de la personalidad que no se puede perder (excepto por muerte civil), aunque puede disminuir (*minuitur existimatio*). b) Derecho de la personalidad independiente, aunque se pierde al estar sometido a potestad ajena (*Pandekten*, §§ 46, 114-117, 121 ed. 1850, páginas 67, 164-167, 173; además, *Cursus der Institutionen*, 1881, II, § 207, pág. 61; también I, § 30, pág. 50 y II, § 224, pág. 136). Tuvo mucho influjo la definición de NEUMER: derecho de la persona a ser fin de sí misma, de afirmarse y desarrollarse como tal fin en sí y cuyo contenido lo forman, entre otros, el derecho a realizar negocios jurídicos (*Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, pág. 15).

(60) HUBER: *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1901, I, pág. 68; doctrina que recoge el artículo 28 del C. c. suizo.

Ecos de estas ideas se encuentran en las teorías modernas y en los más variados estudios. Por ejemplo, KLOESS: *Die Energien*, A. C. Pr. 103 (1908), págs. 91-92; REINHARDT: *Der Persönlichkeitsrecht im geltenden Rechtsordnung*, 1931, pág. 18.

(61) Ya NEUMER, citada en nota 59; WINDSCHEID, I, § 39, pág. 88. COVIELLO lo considera «derecho conteniendo en sí varias facultades», página 25, también pág. 21; DUSI: *Istituzioni di diritto civile*, 1930, I, pág. 76. FERRARA SANTAMARÍA, basándose en la afirmaciones de KOHLER, admite un derecho único de personalidad, con pluralidad de posibilidades

lo que se abre camino a otro grupo de teorías, las que admiten una pluralidad de derechos de la personalidad.

Teoría del derecho de la personalidad y de los derechos de la personalidad.—En su formulación más cuidada se dirá que hay: 1) Un derecho general de la personalidad, derecho subjetivo básico y unitario, que fundamenta y comprende a todos los derechos subjetivos especiales (públicos y privados, reales y personales). 2) Unos derechos de la personalidad, caracterizados por que su objeto es una parte destacada de la «esfera de la personalidad», los que son también llamados «bienes de la personalidad» (62).

Esta doctrina fué prácticamente abandonada desde la publicación del Código civil alemán (63); en los últimos años ha reapa-

de violación (*Diritti della persona*, «N. D. ital.», 9 (1939), pág. 918; comp. *Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona y Il diritto alla illesa intimità privata*, en *Il potere di disposizione*, 1937, págs. 117 y 147 y sigs. AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI, I, § 145, pág. 219, «derecho subjetivo genérico que se tiene de obrar libremente en relación a los objetos en los que la personalidad se compendia»).

HUBMANN (*Das Persönlichkeitsrecht*, 1953) ha defendido apasionadamente la existencia de un derecho de la personalidad. Afirma ser un derecho absoluto, cuyo valor es «el valor personal incorporado en el hombre individual» (págs. 127-139). Su contenido dice que está formado por: A) Un derecho al desenvolvimiento de la personalidad, que se manifiesta en los derechos a la libertad de obrar en general, actuación laboral, industrial y cultural, libertad de reunión, derecho a la libertad de expresión, actuación religiosa y moral, derecho a la educación y a valorizar la educación. B) Un derecho en la personalidad. En el que, a su vez, separa: 1) La protección del existir, en la que comprende: los bienes de la personalidad en general, la vida, la existencia, cuerpo y salud. 2) La protección del espíritu, en la que distingue: la creación cultural, la creación técnica, la prestación cultural (reproducción artística, prestación estética), la prestación industrial (muestras, modelos, prestaciones unidas al esfuerzo y al costo). 3) Protección de la voluntad. 4) Protección de los sentimientos. 5) Protección de las relaciones personales (con las cosas, con otras personas). C) Derecho a la individualidad: 1) Protección a la esfera individual (valor de la individualidad, nombre, firma, honor). 2) Protección de la esfera privada (imagen de la apariencia, de la vida y del carácter). 3) Protección de la esfera secreta (cartas y escritos confidenciales, otros secretos).

La abigarrada construcción de HUBMANN no ha tenido éxito; en cambio, se acepta su afirmación de la existencia de un derecho de la personalidad con naturaleza de derecho subjetivo absoluto. SIEBERT: *Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrecht*, «Neue J. W.», 11, 36 (5 septiembre 1958), pág. 1373, afirma haberse hecho general este criterio desde la obra de HUBMANN. En contra, sin embargo, parte de la doctrina; citas en SIEBERT, pág. 1371; también LOFFLER: *Persönlichkeitschutz und Meinungsfreiheit*, «Neue J. W.», 12 (1959), págs. 2 y 3.

(62) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § 81, págs. 703-705. Antes, REGELSBERGER había caracterizado al derecho de la personalidad como «centro jurídico» y que acompaña a todos los demás derechos, pues todos tienen en la persona su titular (*Pandekten* 1893, págs. 198, 199).

(63) Por entenderse que la enumeración taxativa de bienes protegidos (vida, cuerpo, salud, libertad) del artículo 823 B. G. B. lo excluía implícitamente. Parte de la doctrina lo considerará lamentable: VON TUHR: *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1910, I, § 6, pág. 149; PALANDT (*DANCKELMANN*): *Bürgerliches*

recido con renovado vigor en la doctrina alemana. El derecho general o unitario de la personalidad se concibe ahora como «derecho a la conservación, invulnerabilidad, dignidad, designación reconocida y libre actuación de la personalidad en todas direcciones» (64) o como «el derecho a la libre afirmación de las personas en los límites resultantes de la ley, buenas costumbres y otros derechos» (65). De este derecho general resultan los derechos individuales de la personalidad, que gozan de protección cuando su violación significa desprecio de la dignidad moral del hombre (66).

Observaciones.—Las dos direcciones últimamente reseñadas han sido objeto de variadas críticas; aquí se recogerán las dirigidas a su peculiaridad, dejando para después señalar las que le son comunes a la teoría de los derechos de la personalidad.

La primero que se ha observado es la dificultad de individualizar ese supuesto derecho fundamental o general, ya que postulado que no concede ningún poder especial y que otorga sólo la posibilidad de tener y ejercitar derechos no se distinguirá de la capacidad jurídica y de obrar, es decir, de la cualidad de persona y del estado civil de ésta (67).

Gesetzbuch, 1952, pág. 2, y allí citados. No siendo seguido GIERKE: *Schuldrecht*, 1917 (*Deutsches Privatrecht*, III), § 211, pág. 887 y sigs. Las consideraciones de THON (*Rechtsnorm*, págs. III, 151-154) sobre la naturaleza de la acción que protege dichos bienes parecen estar latentes en la doctrina alemana.

(64) NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1952, § 78, pág. 291; § 94, pág. 365; § 100, pág. 391; en contradicción con lo sostenido en las ediciones anteriores.

(65) LANGE: *B. G. B. Allgemeiner Teil*, 1952, § 26, págs. 157, 167.

(66) NIPPERDEY, § 100, pág. 392. LANGE dice que protección de la persona comprende también la protección del hombre como ser vivo, y la protección de la personalidad la de su impronta individual, § 26, pág. 157. También los autores citados en nota 61. En la doctrina francesa parecen inclinarse a esta teoría: BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 1905, VI (*Des Biens*), pág. 2; GENY: *Science et technique en Droit positif*, 1914-1924, III, pág. 230; JULLIOT DE LA MORANDIERE: *Traité de Droit civil* (de COLIN y CAPITANT), 1953, §§ 307, 314, págs. 193, 198.

(67) CHIRONI, I, pág. 51, considera el derecho de la personalidad «complejo de los poderes que componen el estado de la persona como tal». En otra dirección teórica, D'ANGELO y DE CUPIS hablan del estado civil como derecho de la personalidad, pág. 53, nota 127. La misma observación puede hacerse a DABIN, que, aunque admite sólo «derechos» de la personalidad, entiende que el derecho de libertad es la condición del sujeto de ser «dueño de su decisión u opción», *Le droit subjectif*, 1952, págs. 171-172 (se aproxima hasta casi identificarse con la doctrina del «derecho» de la personalidad, al admitir «derechos» sobre toda y cada una de las manifestaciones de la personalidad).

Los antiguos pandectistas consideraban el honor en relación con la capacidad jurídica (ARNDTS R. v. ARNESBERG: *Lehrbuch der Pandekten*, 13.^a ed., a cargo de PFAFF y HOFFMANN, 1886, § 29, pág. 39; PUCHTA: *Pandekten*, 5.^a ed. al cuidado de RUDORFF, 1850, § 119, pág. 169; BARON: *Pandekten*, 8.^a ed., 1893, § 27, pág. 52; v. WACHTER: *Pandekten*, 1880, I,

En la teoría que admite junto al derecho de la personalidad otros derechos de la personalidad, resalta aún más lo redundante de la yuxtaposición de figuras que originan ambas teorías. El derecho de la personalidad se distinguirá: como sustrato de todos los derechos, del derecho de la propiedad, de los derechos de familia y también como distinto y básico de cada uno de los derechos de la personalidad. Lo que acarrea cuestiones artificiales como ésta: distinguir la desconsideración a la persona *in toto* (derecho de la personalidad general) y la desconsideración a su honor (derecho especial). En fin, supondría aceptar una nueva especie de derechos sobre derechos, anómala y perturbadora (68).

Teoría de los derechos de la personalidad.—Al abandonarse el concepto de derecho general de la personalidad quedan independizados los derechos de la personalidad y el objeto de éstos no será ya la persona sino «una cualidad de la propia persona» (69). Modernamente, los autores utilizan para designar a ese objeto, indiferente o promiscuamente, a los conceptos de bienes, atributos, cualidades, intereses y facultades personales (70).

En su forma, quizá más acabada, esta dirección se perfila en las siguientes afirmaciones muy generalmente aceptadas. La personalidad se concibe como un cascarón destinado a llenarse de derechos subjetivos: sin ellos quedaría «privada de todo valor

§ 45, pág. 209). WINDECHIED dice (citando sólo a WACHTER, I, § 45) que se usa en lugar de la categoría de derechos en la propia persona, las expresiones de «Statusrechte» y «Zustandsrechte» (derecho de «status» y de condición) (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, ed. 1873, I, § 40, n. 2, pág. 90).

(68) En general critican estas teorías los autores que siguen la teoría de los derechos de la personalidad. Las dificultades prácticas que se originan se señalan después.

(69) DERNBURG: *Pandekten*, 6.ª ed., 1900, § 22, pág. 49.

(70) FERRARA: *Trattato di Diritto civile*, pág. 397 (poderes individualizados a favor de la persona, tendentes a la protección de ciertos bienes personales); VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 1935, I, pág. 237 (las diversas partes y facultades del organismo humano); HAFF: *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 1927, I, § 28, pág. 85 (bienes jurídicos, bienes protegidos por el Derecho público); DABIN: *Le droit subjectif*, 1952, págs. 169, 174 («elementos constitutivos de la personalidad», «propiedades de la persona»); DEGNI: *Persone fisiche*, 1939, págs. 162, 163 (atributos esenciales, facultades); MESSINBO: *Loc. cit.*, I, § 49, pág. 385 (objetivar algunos atributos de la personalidad y hacerlos así bienes jurídicos); GANGI: *Persone fisiche e persone giuridiche*, 1946, § 134, pág. 156 (bienes fundamentales de la persona); RAVÁ, pág. 298; ROTONDI, § 108, pág. 202 (facultades); BARBERO, I, § 330, pág. 517 (bien personal); PUGLIATTI: *Gli istituti del Diritto civile*, pág. 135 (intereses de la persona); CASTÁN: *Loc. cit.*, pág. 18 (bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre); BONET: *Compendio de Derecho civil*, 1959, I, págs. 483-484.

También CARBONNIER: *Droit civil*, 1955, I, § 70, pág. 227; MARTY (G.), RAYNAUD (P.): *Droit civil*, 1956, I, § 331, págs. 480 y sigs.; REPERT (G.) y BOULANGER (J.): *Traité de Droit civil*, 1956, I, § 831, pág. 348; MAZEAUD (H. y L.) y MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit civil*, 1955, I, § 622, págs. 626 y sigs.

concreto» (71). Cualquiera y todo derecho—se agrega—viene a llenar ese vacío cascarón; todos los derechos, pues, podrían llamarse derechos de la personalidad, pero se reserva técnicamente este calificativo para los que constituyen «el mínimo necesario e imprescindible de su contenido»; son éstos los derechos «sin cuya compañía todos los demás derechos subjetivos perderían todo interés respecto al individuo; tanto que podría llegar a decirse que si no existieran, la persona no existiría como tal»; son «derechos esenciales» que «constituyen el núcleo más profundo de la personalidad» (72). El objeto de estos derechos serán los «modos del ser físico y moral de la persona», que se caracterizan por: 1) «Estar con la persona en un nexo orgánico estrechísimo, podría decirse orgánico». 2) «Ser entre los bienes susceptibles de señoría jurídico» los más elevados, sin los cuales todos los demás pierden su valor.» Son objetos no exteriores, mas su «no exterioridad» no significa «identidad», pues «modo de ser» no es la misma cosa que «persona» (73). La existencia del derecho subjetivo se basa en la existencia de una obligación negativa (*non facere*) impuesta a todos y cuya lesión origina la acción para obtener el *id quod interest*; concluyéndose que «quien puede obtener, por determinación de la propia voluntad, el equivalente del bien lesionado es titular de un derecho subjetivo sobre este bien» (74).

Observaciones.—Considerada la doctrina de «los derechos de la personalidad» en su conjunto, ofrece un defecto radical: que materia y denominación no se compaginan; que el término derecho subjetivo, salvado de su variedad de sentidos y utilizado como concepto técnico, no se le puede aplicar de modo general a los «llamados derechos de la personalidad» (75).

La primera dificultad está en la determinación del objeto de tales derechos. Se ha intentado salvarla diciendo que se concreta en la cualidad o modo de ser de la persona, y se agrega: ¿por qué no se ha de tener como propia a la propia mano? (76).

(71) DE CUPIS: *Loc. cit.*, págs. 16, 18, 18-19.

(72) DE CUPIS: *Loc. cit.*, págs. 18 y 19.

(73) DE CUPIS: *Loc. cit.*, pág. 23.

(74) DE CUPIS: *Loc. cit.*, pág. 36. Se ha hecho especial referencia a este autor por lo completo de su exposición y porque, en general, expone la teoría generalmente admitida. OERTMANN utiliza hábilmente la teoría del «efecto externo» del derecho subjetivo respecto a ciertos derechos de la personalidad (nombre, imagen), diciendo que si en ellos no hay *relación interna* hay eficacia interna, consistente en la «libertad de actuación de la persona en esta o aquella dirección (*Zur Struktur der subjektiven Privatrechte*, «A. C. Pr.», 123 (1925), pág. 140). SANTORO-PASSARELLI: *Dottrine generali del Diritto civile*, 1959, § 3, 8, pág. 50, distingue atributos de la personalidad o bienes del sujeto y derechos subjetivos: «los llamados» de la personalidad.

(75) Sobre naturaleza y concepto del Derecho subjetivo, DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, págs. 638, 640, 643 y sigs.; *Compendio de Derecho civil*, 1957, págs. 110-114.

(76) Pensamiento de ELTZBACHER recogido por DE CUPIS, pág. 24. Este

Mas este argumento, en lugar de servir de apoyo a la teoría, evidencia que aquí se juega con la pluralidad de sentidos de las palabras (77). Tener la propia mano no significa que se tenga un derecho (dominio) sobre tal mano, y lo mismo se puede decir sobre la vida, cuerpo o salud propias. El todo (la persona) *no tiene como objeto* a una de *sus* partes (mano) o cualidades (salud), sino que *es*: está formado de tales partes y con tales propiedades (78).

Inconveniente éste que embarazará a la escuela, sea cualquiera el término que elija. «Modo de ser» es la determinación del ser mismo, según sus posibilidades (accidentalidad), en lo que serán los sucesivos estados de su devenir (juventud, salud, etc.) Las «cualidades esenciales» (ser cuerpo y alma, vivir) no son objetos distintos ni separables, en cuanto precisamente son esenciales al hombre. El todo (la persona) no puede, pues, tener como objeto a una de sus partes, cualidades o modos de ser, sino que *es* un todo compuesto de partes, con cualidades esenciales y cuyos modos de ser forman su indivisible existir (79).

Consecuencia de la inidoneidad de los pretendidos objetos será el que la doctrina no logre una enumeración completa o satisfactoria de los distintos derechos de la personalidad (80); pues, lógicamente, y si no se quiere defraudar a la defensa de la persona, habrá que estimar «derechos subjetivos de la personalidad» todos los poderes imaginables, sobre todos los posibles modos de ser, cualidades y células del hombre (81).

Admitidos esos múltiples «derechos de la personalidad», parece entonces también lógico decir que la personalidad es una cáscara vacía, porque previamente se le ha vaciado de todo contenido.

parece olvidar que poco antes había negado la posibilidad de un derecho sobre sí mismo, pág. 23.

(77) De la que advertía ya SÉNECA, con minuciosidad escolástica: dominio o derecho del Emperador (como tal y como fisco) y de los particulares; derecho sobre el libro del autor y del que lo compra; derecho o dominio del sabio sobre todas las cosas (*De beneficiis*, 7, 4-6, ed. Morelli, 1613, págs. 135, 136).

(79) El *dominus* tiene un poder distinto sobre la vida, cuerpo y libertad de su esclavo que el que tiene sobre su propia vida, cuerpo y libertad.

(79) Estas consideraciones resultarán más claras referidas a objetos materiales. El derecho sobre el cuerpo propio no sería distinto a un derecho de la casa-habitación sobre el propio edificio. Un derecho sobre una cualidad o modo de ser significa lo mismo que un derecho del fundo urbano o rústico sobre su propia habitabilidad o fertilidad.

(80) GIERKE advertía que los límites entre los «derechos de la personalidad especiales» y «el derecho de la personalidad general» son flúidos e inseguros, I, § 81, pág. 704. Se ha dicho también que esta inseguridad clasificatoria es causa de descrédito para la misma teoría: FERRARA, pág. 391; DE CUPIS, pág. 30; CASTÁN, pág. 24.

(81) KOHLER aconseja: porque a una persona correspondan unas facultades no se ha de concluir que éstas sean derechos y deducir que hay derechos de ir, comer, concluir un contrato, etc. (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, § 48, pág. 150.

Mas así se llegaría a resultados inadmisibles y hasta absurdos. Si se identifica la persona con una de sus cualidades, la de tener capacidad jurídica, se niega el significado sustantivo de la personalidad. Además, se pone en contradicción con la misma idea dada (por los mismos autores) de los llamados derechos esenciales. En efecto, si éstos, por definición, constituyen el núcleo existencial de la persona, serán inseparables y no podrán faltar nunca a la personalidad; con lo que ni ésta quedará jamás vacía ni aquéllos pueden devenir derechos independientes de ella.

También la doctrina se ha preocupado por la especialidad del contenido de estos «derechos»; con lo que se han ido revelando otras anomalías. El derecho subjetivo—se dice—es un poder sobre algo atribuido a una persona; atribuible y, por tanto, separable de la persona: se es titular conforme a un título y por alguna causa se puede dejar de ser derechohabiente. La vida, el cuerpo, la libertad están unidas a la persona desde el nacimiento hasta la muerte; mientras que todos los derechos de la esfera del tener («ius dominativum») han de ser ejercitados por el sujeto, que ha de demostrar el título, son poseídos, y, de algún modo, su atribución depende de la conducta del mismo sujeto (82).

El poder contenido en tales «derechos» parece, por tanto, que no añade nada a lo debido al ser de la persona respecto a la vida, cuerpo y libertad. Se ha señalado, en contra, que la autorización dada a otra persona, relativamente a estos bienes, evitará ciertas sanciones, en algunos casos; hay—se añade—un ámbito de poder («licere») en cuanto puede permitirse que otro lo ejercite. No es decisivo este argumento, porque quien tiene a su favor (por estar en determinadas relaciones jurídicas) unas meras facultades (no derechos) puede—dentro de ciertos límites—autorizar a otro para que las ejerza (83).

Se ha buscado, por ello, la eficacia propia de estos «derechos» en su carácter absoluto, en que suponen la exclusión de todos, menos del derechohabiente. Mas con razón se dijo, hace mucho tiempo ya, que dicha nota era insuficiente, pues el objeto se caracterizaba así por una mera negación (84). Éste mismo efecto negativo resulta de las normas que originan sólo un deber general de abstención y de las relaciones jurídicas que no producen más que facultades (85). No basta, pues, tal efecto, para probar la pretendida naturaleza de derecho subjetivo.

(82) En lo que se diferencia el derecho subjetivo de la cualidad, valor o bien y de ciertas relaciones jurídicas y facultades. Las observaciones de ENNECCERUS, en sentido semejante, citadas en nota 94.

(83) Por ejemplo, el precarista o el gestor.

(84) GIERKE, I, § 81, pág. 703, nota 4. Compárese la crítica de la teoría de la acción general negativa respecto a los derechos absolutos, DE CASTRO, I, pág. 659 y sigs.

(85) Por ejemplo, usar las cosas comunes (respirar el aire, bañarse en el mar); utilizar las cosas públicas (pasear por la calle); ejercitar las facultades derivadas del estado civil.

Como argumento final se ha aducido que la lesión de los bienes personales origina la obligación de indemnizar; mas la indemnización no significa nada en pro de la previa existencia de un derecho lesionable. El deber de indemnizar supone la lesión de algo valioso, que puede ser un derecho subjetivo y que puede ser también cualquier otro bien protegido por el Derecho; lo que el daño siempre origina es *otro derecho*, el de exigir el abono de los daños y perjuicios (86).

Por último, debe indicarse que las enumeraciones de «derechos de la personalidad», hechas por los autores, parecen formadas con criterios arbitrarios. En general, ello ha de ser así, porque la pretendida separación de cualidades, modos de ser, atributos de la personalidad, suponen cortes necesariamente imprecisos de la esfera personal. En especial, porque se reúnen, bajo el mismo epígrafe, bienes y facultades de dispar naturaleza. La vida, el cuerpo y la libertad son bienes esenciales y se podrá hablar, respecto de ellos, de derechos esenciales; más no se explica que se dé igual denominación a los admitidos respecto al anónimo, a títulos de nobleza, al nombre, a la imagen, al secreto (87), y que se les considere más esenciales y más necesarios a la persona que todos los demás; por ejemplo, que el derecho a alimentos (88).

Tendencias negativas y escépticas.—Es un hecho, del que hay que partir, que la doctrina moderna ha aceptado los llamados «derechos de la personalidad» (89); mas tampoco debe desconocerse la enemiga declarada de ciertas direcciones políticas y, sobre todo, cierta general insatisfacción respecto a su construcción técnica.

Desde los comienzos de la época moderna, la conexión establecida entre derechos innatos y derechos de la personalidad despertará continuos recelos, respecto de éstos, entre los enemigos de las ideas liberales (90). Mas recientemente se les condena tanto

(86) La salud de una persona, como la fertilidad de una finca, es un bien dañable e indemnizable, pero no hay un derecho subjetivo a la salud, como tampoco lo hay al saber del juez, aunque éste haya de indemnizar por los daños y perjuicio causados por su ignorancia inexcusable (art. 260. L. O. P. J.). VON TUHR prueba que no es necesario que el acto ilícito, para serlo y obligar a indemnizar) haya de violar un derecho subjetivo (*Tratado de las obligaciones* (trad. Rocés), 1934, I, pág. 268).

(87) DE CUPIS, pág. 21, distingue una esencialidad «atenuada» respecto al derecho moral del autor. ¿Por qué no también para los otros derechos de «lujo»? De todos modos, contradice su afirmación de ser característica general de los «derechos de la personalidad» el ser esenciales a la persona.

(88) DE CUPIS, pág. 58; CASTÁN, pág. 26. En contra, DE GNI, respecto al derecho de alimentos y al seguro obligatorio sobre accidentes del trabajo, invalidez y vejez, paro y enfermedades de los trabajadores, págs. 185 y 186. Matizadamente, GANGI, pág. 159.

(89) Además de los citados, DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932, pág. 60.

(90) SAVIGNY, TRENDLENBURG, citados en nota 32. «Último canto de cisne del subjetivismo jurídico» les llama DUGUIT, cita de FERRARA-SANTAMARÍA: *Diritti della persona*, «N. D. it.», 9 (1939) pág. 914.

en nombre de la libertad como de las concepciones totalitarias. Desde el primer punto de vista, se dice que la protección ilimitada de los bienes de la personalidad sería la muerte de la libertad personal, obstaculizándose el desenvolvimiento de otras personalidades y entorpeciendo el progreso (91). Al discutirse la redacción del nuevo Código civil italiano, se combatió la inclusión de los derechos de la personalidad, por entender que en el Derecho fascista la protección de la persona corresponde al Derecho público (penal, administrativo y político) y no a la defensa privada, y porque se debe rechazar «in toto» la concepción iusnaturalista del Derecho privado (92).

La técnica imprecisa de los teóricos originará otros ataques. Se hizo burla de la construcción, diciendo: que si se afirma que el hombre tiene un dominio sobre los instrumentos del lenguaje, y que ello origina el derecho a hablar y a pensar, habría también un derecho a sudar, a digerir y a rascarse (93). Desde el punto de vista del Derecho positivo, se dice que no es posible considerarles derechos, pues faltan disposiciones legales sobre el nacimiento y extinción de tales derechos, y sobre la concesión de una acción civil; lo que es natural, porque se trata de bienes inseparablemente unidos al hecho de la vida (94).

En fin, de diversos modos se manifiesta el desánimo ante los insatisfactorios resultados de las teorías propuestas. Se ha dicho que es una mera «construcción jurídica» y, además, peligrosa (95) y se ha propuesto abandonar en esta materia la figura del derecho subjetivo (96). Siendo muy significativo que hasta los más decidi-

(91) EGGER: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I, artículo 28, § 53. También, NIPPERDEY, ampliando el texto de ENNECCERUS (pues la frase no está en la ed. de 1928, última hecha por éste) en la ed. de 1931 (edición española de 1951, I, 1, § 71, pág. 301). En la última edición alemana (1952), NIPPERDEY, cambia de criterio, cita en nota 64.

(92) En tal sentido: PIOLA-CASRELLI, GOGLILO, ALBERTINI; todavía el Consejo de Estado propuso se regulase en el Código civil sólo el aspecto patrimonial. Referencia detallada en DEGNI, págs. 164, 165.

(93) JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1894, pág. 15. En *Geist der römischen Rechts*, 5.ª ed., 1906, III, I, § 60, n. 447 a) (añadida a la 4.ª ed.) defiende energicamente la existencia de los derechos de la personalidad, en cuanto bienes protegidos por el Estado, págs. 340-341.

(94) ENNECCERUS: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1928, I, § 71, pág. 169; también en la edición de NIPPERDEY de 1931, con el añadido citado antes, nota 91. En general, la antigua doctrina alemana. ORGAZ: *Personas individuales*, 1946, págs. 121 y sigs.; RUGGIERO, MAROI (aun después de publicado el C. c. de 1942): *Istituzioni di Diritto privato*, 1950, I, § 22, pág. 81. En nuestra doctrina, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1911, II, pág. 116. En la doctrina francesa, SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile*, 1951, II, § 534, pág. 99.

En este mismo sentido ya VON TUHR: *Loc. cit.*, págs. 148-157, aunque se lamenta de lo estrecho del § 847 B. G. B., pág. 149.

(95) Pues si en ciertos casos lleva a buenos resultados carece de importancia en la mayoría de las cuestiones y, a veces, puede ocasionar los mayores yerros, EHRENZWEIG, I, § 82, pág. 127.

(96) DNISTRJANSKYJ condena el error de utilizar «viejas fórmulas» y

dos defensores de los derechos de la personalidad hacen notar «que la elaboración doctrinal de esta teoría es todavía muy imperfecta» (97).

4. POSIBILIDAD DE VOLVER A LA TEORÍA DE LOS BIENES DE LA PERSONALIDAD.

El relato hecho de las principales teorías, las observaciones críticas que ellas sugieren y las tendencias negativas y escépticas advertidas en la doctrina, justificarán la búsqueda de una explicación más satisfactoria, sobre la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad. Ante todo, resalta lo inadecuado de aplicarle el concepto de derecho subjetivo: si se acepta la teoría de los derechos de la personalidad, habría que renunciar al concepto técnico de derecho subjetivo y a la debida exactitud respecto a los de persona y capacidad.

Mas el abandono de la teoría y, sobre todo, del término «derechos de la personalidad» no se podrá hacer sin ciertas vacilaciones y dudas, ya que ello podría quizá suponer un grave peligro. Pues la discusión sobre la protección de la persona y su esfera inmediata ha convertido la frase «derechos de la personalidad» en símbolo de su defensa, y ella, además, expresa bien su aspecto de *exigencia* frente a la Administración y recuerda su conexión con las ideas libertadoras condensadas en las declaraciones de los derechos del hombre (98). De aquí una cuestión previa: ¿al dejar el concepto «derechos de la personalidad», se minará la base de la personalidad, conquista de la ciencia jurídica moderna? No es técnica ni de estricto contenido jurídico; mas no debe pasarse por alto, en cuanto afecta a la eficacia de los principios jurídicos extrapositivos..

En caso de contestarla afirmativamente, el dilema sería difícil. De hecho, afortunadamente, no se planteará así, porque las teorías criticadas son más bien una amenaza que un baluarte y, en todo caso, debilitan la debida protección de la personalidad.

Lo primero, porque la reacción doctrinal frente a la desnatu-

«viejos medios», diciendo que hablar aquí de derechos subjetivos es una «construcción innecesaria» (*Zur Grundlegung des modernen Privatrechts*, J. J. 80 (1930), pág. 162.

(97) CASTÁN, pág. 12; DE CUPIS dice que se trata de una mera construcción dogmática sin interés práctico, pág. 26; también BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 1950, I, pág. 517; BORDA: *Derecho civil, Parte general*, 1953, I, pág. 239. Comp. HENLE: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1926, I, pág. 22. Apuntando muy bien las causas, PÉREZ SERRANO: *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, 1946, págs. 22-23. MARTÍN-BALLESTEROS: *La persona humana y su contorno*, Conferencia C. E. U., Apertura curso 1948-49, págs. 40-41.

(98) Dice BORDA que está bien hablar de un derecho a la vida, a la libertad, al honor, «es una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra derecho», pág. 239.

ralización del concepto de derecho subjetivo se ha convertido, a veces, en desconsideración hacia la misma materia que la ocasiona (esfera de la personalidad).

La debilitación indicada se produce lo mismo utilizando una u otra de las direcciones teóricas criticadas. La del «derecho de la personalidad», al no conocer más que un objeto o bien (la persona), reducirá toda la protección a reaccionar contra el ataque que signifique menosprecio de la personalidad; sólo atenderá a los actos delictuosos («iniuriae») y no conoce la indemnización en caso de daño intencionado (culpable, negligente) ni en el de enriquecimiento injusto. La teoría de «los derechos de la personalidad», para evitar un fácil y progresivo proliferar de los derechos de la personalidad (99), se ha visto obligada a una rígida tipificación («numerus clausus»), que significará prácticamente dejar sin protección ciertos bienes dignos de tutela (100) y desconocer el alcance del respeto debido a la misma persona como tal (101); también, en fin, llevará a ignorar que el aprovechamiento injustificado de los bienes de la personalidad origina una obligación al abono del beneficio obtenido.

Los defectos criticados se pueden evitar, y conseguir la deseada exactitud técnica, sin correr la aventura de ensayar una nueva construcción; en el caso que resulte, como así parece, exacta y útil la elaborada por nuestra antigua doctrina. Se propone ahora, por tanto, utilizar como figura central la del bien jurídico, en lugar de la del derecho subjetivo. Lo que requiere, aparte de traer a la memoria lo dicho por nuestros antiguos autores (102), algunas indicaciones previas.

La teoría recordada puede tropezar con lo estrecho del significado que hoy se da generalmente al término «bienes»; ya que utilizado para designar el objeto de los derechos reales, se le reduce al de aquel valor de las cosas que permite su clasificación y encaje en el patrimonio, identificándose así con el concepto de «pecunia» u objeto patrimonial (103). Pero ello no impide otro significado

(99) Los derechos a comer o ayunar, beber o no vino, etc., de los que sería ocioso tratar, según CAMPOGRANDE, pág. 542.

(100) Por ejemplo, el llamado *pretium doloris*.

(101) Sobre el respeto jurídico de la persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar, DE CASTRO, II, págs. 35, 40 y sigs.; TUOR: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 6.ª ed., 1953, págs. 70 y sigs.

(102) En notas 14 y sigs. y 41 y sigs.

(103) Sentido que se generalizará desde HEINECCIO: *Elementa iuris civilis, Operum*, ed. 1738, V, 1, pág. 84 (*Recitaciones de Derecho civil*, trad. de Collantes, 1833, I, pág. 325), 2, 1, 312; DURANTON: *Cours de Droit civil*, 2, §§ 814, 815, ed. belga, 1841, II, pág. 247; TOULLIER: *Le Droit civil français*, 2, 1, 3, ed. belga, 1820, III, págs. 2 y 3; BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU: *Des Biens*, 1905, VI, pág. 11 y, en general, toda la doctrina; GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, 1, pág. 340.

La doctrina considera estos derechos como extrapatrimoniales; excepcionalmente, conforme a un concepto amplísimo del patrimonio, se les ha incluido en éste, como formando parte de su contenido, MAZRAUD (H. y L.), MAZRAUD (J.): *Leçons de Droit civil*, 1955, I, § 622, pág. 626.

más amplio de bien (104). El artículo 333 del Código civil no lo excluye, hasta parece suponer la existencia de bienes que no son cosas. Las disposiciones sobre indemnización (arts. 1.106, 1.902 del C. c.) han impuesto un concepto más amplio de bien; como también lo necesitan las figuras del enriquecimiento sin causa, del objeto último de los derechos de crédito y de la tutela de locos y sordomudos (art. 213). En estos casos, se utiliza el sentido directo o «natural» («beare», «prodesse») de bien (105); valor beneficioso, aprovechable o positivo (incluso de afección) de una realidad personal, social o material. Se tratará de un tipo de bienes no materiales, aquellos que han sido considerados objetos de los derechos de la personalidad (106) y a los que se refiere constantemente la práctica y la doctrina en las fórmulas del daño moral y «de pecunia doloris» (107); que podrían, pues, ser designados, mejor que con una vaga referencia a la esfera moral y a lo subjetivo del dolor, como bienes de la personalidad (108). Este término ofrece, tam-

(104) VÉLEZ SANSFIELD dice, en contra, que hay derechos, los más importantes, que no son bienes, como la libertad, honor, cuerpo de la persona, patria potestad, etc., nota al artículo 2.312 C. c. argentino.

(105) D. 50, 16, 49. Por ello, aunque no debe reducirse el término a las cosas y derechos apropiables, tampoco parece conveniente extenderlo al estado civil, pues éste es una cualidad jurídica a la que no puede atribuirse sin exceso carácter positivo o negativo (nacional-extranjero; hijo legítimo-ilegítimo).

(106) CASTÁN, págs. 18, 33, 49; DE CUPIS, pág. 25-26; BARBERO, página 517, comp. pág. 207; GANGL, págs. 156-157; MESSINEO, I, pág. 385; VON TURR: *Loc. cit.*, I, § 45, pág. 266; HAFF, I, pág. 85.

(107) Sobre el significado del reconocimiento del «daño moral», como manifestación primera y luego medio para llegar a la protección general de la personalidad, HEDEMANN, I, pág. 53 y sigs. Comp. FISCHER: *Los daños civiles* (trad. Rocas, 1928), 18, pág. 233.

Es muy significativo el camino seguido por la doctrina. Todavía algún autor considera daño moral «todo sufrimiento humano que no resulta de una pérdida pecuniaria», SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile*, I, § 525, pág. 92. Pero otros entienden que corresponde a la lesión de derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia); MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 1938, I, § 293, págs. 362-363 (siguiendo a LALOU) o perjudicando directamente a la persona o a un derecho suyo de la personalidad moral o espiritual, MESSINEO, III, § 169, 15, pág. 298.

Otras citas en *La indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, II, (1956), págs. 481 y sigs.

(108) Este ha sido el proceder de la jurisprudencia: S. T. S. 6 diciembre 1912, considera a honra, honor y fama «bienes sociales», atinentes a «la dignidad personal»; S. T. S. 14 diciembre 1917 considera el «menoscabo causado en la fama y reputación profesional»; S. 31 marzo 1930 se refiere al «valor moral y material que representa el crédito y la buena fama para los comerciantes»; S. T. S. 12 marzo 1928, «menoscabo de la honra ajena»; S. T. S. 25 junio 1945, «atentado a lo que pudiéramos llamar honor mercantil». Respecto a la vida, S. T. S. 19 mayo 1934, 2 febrero 1940, 24 mayo 1947; respecto a la «integridad corporal», S. T. S. 2 diciembre 1946; a la integridad del funcionamiento corporal, S. T. S. 24 diciembre 1941; lesión, S. T. S. 9 diciembre 1949. Incidentalmente, sin embargo, se menciona la «protección del derecho al honor», S. T. S. 22 septiembre 1944 y «un derecho abstracto (?) como el de

bién, la ventaja que permite estudiar, sin exceso sistemático, la posible aptitud de estos bienes para ser objeto de derechos subjetivos y de negocios jurídicos (109).

La distinción de los bienes de la personalidad ha sufrido, reflejamente, de la falta de tipificación de los delitos civiles (bienes lesionables). Ello, quizá, determinaría la adopción de las fórmulas extremas; la unitaria suiza (de la protección de la personalidad) y la limitativa alemana (de la enumeración taxativa de los bienes de la personalidad protegidos). La doctrina jurisprudencial ha seguido un método distinto, más flexible y realista, que aquí puede servir de orientación a la teoría. Apoyada en las distinciones tradicionales (conservadas en la legislación penal), aparta diversas categorías de bienes personales, según su mayor o menor conexión y separabilidad de la persona y conforme a su concreción en realidades exteriores a ella. Con lo que se mantiene la unidad de dichos bienes, como personales, y se hace posible tener en cuenta sus distintas y especiales características.

La relación jurídica existente en torno a la persona (y de los bienes personales) (110) se manifiesta no sólo en el deber general de respeto sino también en las facultades personales, en el actuar libre de la persona. Estas facultades (a diferencia de lo que ocurre respecto a la vida, integridad corporal y libertad), cuando se refieren a los bienes menos esenciales de la persona, y se concretan sobre realidades exteriores a ella (nombre, imagen), pueden alcan-

la vida o propiedad», S. T. S. 23 diciembre 1952. También S. T. S. 21 enero 1957, 3 junio 1957, 6 febrero 1958, 28 febrero 1958 y especialmente S. 28 febrero 1959. Más extensamente en «La protección de la persona en Derecho privado» (Ponencia para las «Jornadas de Madrid», publicada como segundo estudio de este ensayo. También en *Indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, II (1956), págs. 488-503.

El desplazamiento del concepto de derecho o derechos de la personalidad por el de bienes, realizado por el artículo 823 C. c. alemán (con el defecto de su limitativa enumeración) no es aislado en la doctrina. Se habla de bienes (como la vida, el honor, salud) que originan una obligación legal universal de abstención, PLANIOL, RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, I, § 2.161, pág. 730; lesión de bienes jurídicos, GUHL: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1944, pág. 130; ENNECERUS: LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, § 233, pág. 881. VON TUHR, § 5, págs. 148-150; § 18, pág. 319. LAURENT basaba la resarcibilidad del daño moral en que la ley quiere proteger todos los bienes del hombre; «nuestro honor, nuestra consideración, ¿no son lo máspreciado entre los bienes?» (*Principes de Droit civil*, 1878, XX, § 395, pág. 415.

Sobre la dificultad de precisar el concepto, CARNELUTTI: *Teoría general del delito* (trad. esp. 1941), pág. 193 y sigs.

(109) De hecho, los autores tratan, en los capítulos dedicados a los derechos de la personalidad, de si pueden o no ser objeto de derechos de crédito (obligarse respecto a ellos), reales (sobre los miembros del cuerpo separables o separados), familiares (en el matrimonio) de contratos y de testamentos o materia de una condición en unos y otros. En cambio, no se ocupan para nada de enumerar unas verdaderas facultades, contenido de los supuestos derechos, a no ser la de indemnización (que no es facultad).

(110) DE CASTRO, I, pág. 564, II, pág. 37. También EHRLICH: *Die juristische Logik*, 1925, pág. 186.

zar una cierta independencia, hasta tener algunos de los caracteres propios de los derechos subjetivos.

En consecuencia de lo dicho, parece lo más adecuado distinguir las distintas figuras jurídicas que sirven a la defensa de la esfera de la personalidad: lo personal, el deber de respeto a la persona y los bienes y facultades de la personalidad. Separando, después, los bienes esenciales y no esenciales y los relativos a la consideración social de la persona (III).

En fin, conviene repetir que la utilización del concepto bien personal no ha de ser causa ni pretexto para disminuir en nada la protección debida a la personalidad. Se afirma el deber de respetarla (exigencia existencial), frente al legislador y a la Administración, por tener su base en el Derecho natural y se pretende darle un fundamento conceptual más seguro y mejor articulado, para que resulte así más eficaz en la práctica.

II. LA PROTECCION DE LA PERSONA EN DERECHO PRIVADO (*)

Gran honor y grata tarea significan para mí el haber sido designado ponente general en estas «Jornadas españolas» de la «Association Henri Capitant». Motivo de especial alegría, en cuanto me permite colaborar, desde la iniciación del grupo español, en los trabajos de una Asociación que tiene por finalidad estrechar los lazos fraternales que nos ligan a todos nosotros, los educados en la tradición romanista.

Un antiguo autor se preguntaba: «An sint deducenda onera ad honorum aestimationem?» Por mi parte, debo confesaros que

(III) El índice completo de un estudio sobre los bienes de la personalidad podría ser el siguiente: La esfera de la personalidad. I. El poder jurídico de la persona.—II. La protección jurídica de la personalidad.—III. Naturaleza jurídica de la protección de la personalidad (la cuestión sobre la existencia de los derechos de la personalidad).—IV. Figuras jurídicas de la esfera de la personalidad: 1. Lo personal. 2. El respeto a la persona. 3. Los bienes y las facultades personales: a) en general. b) La existencia de la persona. c) La consideración social de la persona. d) Otros bienes personales.—V. Fundamentación jurídica de la protección a la esfera de la personalidad.—VI. Los bienes de la personalidad: 1. Enumeración y clasificación. 2. Los bienes esenciales de la personalidad: a) La vida. b) Integridad corporal. c) Libertad. 3. Bienes sociales e individuales de la personalidad: a) Los bienes individuales y los sociales. b) El honor y la fama. c) Bienes corporales y psíquicos. d) Intimidación personal. e) Reproducción de la imagen. f) La consideración del autor.—VII. El nombre: 1. Antecedentes históricos. 2. Concepto del nombre. 3. Composición del nombre. 4. Naturaleza jurídica del nombre. 5. La formación del nombre: a) La imposición del prenombre. b) La atribución de los apellidos. c) El cambio de nombre. 6. La protección del nombre. 7. Prueba del nombre.—VIII. Manifestaciones de la protección *post mortem* de la personalidad.

(*) Ponencia general presentada en las «Jornadas de Madrid» (4 a 10 de junio de 1959) de la «Association Henri Capitant». Se publica en su versión española. De estas Jornadas se da cuenta en otro lugar del ANUARIO.

toda mi satisfacción por el honor recibido se desvanece al sentirme ahora sin fuerzas para levantar la carga que lleva consigo. Con razón me reprocharéis mi ligereza al aceptarla. Pero abusando de vuestra benevolencia me permitiré alegar algunas circunstancias atenuantes. Ante todo, la brevedad del tiempo; he dispuesto sólo de unos días, reducidos de hecho a unas horas, para redactar esta ponencia. Después me atreveré a quejarme, confidencialmente, para que quede entre nosotros, de cierta falta de colaboración. Se han recibido algunas ponencias, importantes estudios llenos de datos y sugerencias, cuyo gran valor podréis vosotros mismos apreciar en seguida; pero con extraordinario retraso, a última hora; alguno sólo ayer noche.

Para mayor pesadumbre, los organizadores de las «Jornadas» han atribuido a nuestra sección tres veces el tiempo que se concede a las otras dos secciones, con lo que se subraya la importancia otorgada a nuestro tema y, a la vez, nuestra responsabilidad.

Por todo ello he creído deber cambiar el plan que me había trazado. Pensaba ordenar sistemáticamente las cuestiones examinadas por los ponentes particulares y exponerlas esquemáticamente para que después, los mismos ponentes, nos dieran cuenta detallada de sus estudios, abriéndose sobre ellos la discusión. El número limitado de ponencias presentadas a tiempo y, sobre todo, lo concreto de las españolas, me han convencido de la necesidad de cambiar de sistema.

¡Me parece que celebrándose esta jornada en España sería una desatención, una falta de elemental cortesía, dejar a nuestros visitantes sin conocer la postura del Derecho privado español respecto a la protección de la persona. Deber que resulta tanto más ineludible, dado lo antiguo e importante de la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia españolas.

Desde aquel momento crucial de la historia del pensamiento europeo en que la *Summa* de Santo Tomás desplaza al *Libro de las Sentencias* de Pedro Lombardo, en las grandes Universidades del Renacimiento (París, Pavia, Salamanca, Coimbra), se empiezan a comentar las frases de la *Summa* sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de VITORIA, llenas de vida y de sentido humano, recogidas taquigráficamente, despiertan el general interés. SOTO expone, con su habitual concisión y exactitud sistemática, la nueva doctrina de los bienes intrínsecos de la persona. MOLINA, después, por su parte, con máxima amplitud y detalle, estudiará su significado jurídico. GÓMEZ DE AMÉZCUA, el jurista toledano establecido en Nápoles, publica la primera monografía sobre la materia: *Tractatus de potestate in seipsum*. Los divulgadores de esta doctrina en el centro y norte de Europa son GROCIO y STRYCK (éste, autor de la segunda monografía sobre el tema); aquél sigue a SOTO, y el segundo utiliza principalmente

la obra de MOLINA. De otro lado, convendrá señalar que el Tribunal Supremo, ya en 1912, sanciona el daño moral.

Por todo ello me ha parecido obligado suplir, en parte, la falta de ponencia especial española con un rápido resumen, necesariamente superficial, de la doctrina española, especialmente referido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con la esperanza de que los juristas del grupo español, en primer lugar los autores de trabajos sobre los derechos de la personalidad, con su gran autoridad, rectificarán y completarán mi exposición en el curso de las próximas discusiones.

Nuestro tema se ha limitado, señalando a vuestra atención «especialmente la protección de la personalidad moral, es decir, afectiva, intelectual y espiritual». Ello se debe a una consideración secundaria: a que en la jornada suiza de 1947 se trató de los derechos de la personalidad, y se desea que la jornada española se ocupe de cuestiones distintas de las allí examinadas. Conviene, por tanto, delimitar nuestra competencia para no entrar en el terreno ya recorrido en 1947.

Antes de ocuparme de la delimitación o definición de nuestro tema, convendrá tener en cuenta que la situación de la doctrina jurídica ha cambiado desde 1947, y muy favorablemente, respecto a la protección de la persona en el Derecho privado. Unos pocos años antes MORIN se lamentaba de que los derechos de la personalidad eran ignorados por los autores de Derecho civil, y todavía en las reuniones suizas se oyeron lamentaciones acerca de la pobreza de la literatura jurídica sobre la materia, reducida prácticamente—se dice—a los meritorios artículos de Perreau, que datan de 1909. Hoy, en cambio, sería difícil encontrar un libro en el que deje de mencionarse a los derechos, atributos o bienes de la personalidad. De otro lado, está la serie creciente de estudios monográficos, especialmente considerable en Italia, España y hasta Alemania. Clima doctrinal tan diverso, que ha determinado la actuación legislativa. Los Códigos más recientes, el italiano (1942) y griego (1946), el reformado japonés (1948), el egipcio (1948) y el filipino (1949), regulan los derechos de la personalidad. En Francia la «Commission de réforme du Code civil» redacta un proyecto sobre los derechos de la personalidad de 19 artículos. El Ministerio de Justicia del Gobierno federal alemán publica un Proyecto «Zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits und Eherschutzes (para la nueva ordenación jurídica de la protección de la personalidad y del honor) en 1958, que ha suscitado general interés y hasta acaloradas discusiones en la prensa diaria alemana.

Otra circunstancia favorable para nuestro trabajo deriva, a mi parecer, de la misma reunión de Suiza. Allí se discutió la existencia de un derecho general de la personalidad y sobre su compatibilidad con unos derechos especiales de la personalidad. Lo que nos ahorra entrar en discusiones de carácter puramente teórico y

nos impulsa a considerar lo más urgente, las medidas prácticas necesarias para que resulte efectiva la protección de la persona.

El trabajo de nuestra sección se ha centrado en la personalidad moral, que parece así separada y contrapuesta a la personalidad física. ¿Cómo establecer la frontera entre una y otra personalidad? Ciertamente, se ha querido excluir a la vida, salud e integridad física. Parece que la distinción hecha recoge la que ya hicieran SOTO y MOLINA. Junto a los bienes que antes se calificaban de *pecunia* y *bona exteriora* están los bienes personales, que a su vez son separados en dos categorías: los *in bonis corporis* (vida, integridad corporal, tranquilidad y sosiego del ánimo, libertad) y los de carácter social (honor y fama).

Centenares de generaciones han sido educadas repitiendo la frase de JAVOLENO: «Definitio in iure peticulosa est», y una vez y otra se ha podido comprobar su sabiduría y alcance. Exacta resultará cuando se intenta apresar la norma en una *regula*; cierta también cuando se quieren distinguir materias o establecer fronteras. En este nuestro caso será difícil la división geométrica y el evitar zonas indecisas y enclaves. ¿Cómo separar la esfera corporal o vital, de la moral en la persona? Filósofos, médicos y psicólogos nos afirman, cada vez con mayor seguridad, que el hombre es, sustantivamente, alma y cuerpo. *In iure*, en nuestro tema específico, la cuestión más importante quizá, como se demuestra en las ponencias de los señores Azard y Bergeron, es la de si en los casos de pérdida de la vida, de la salud, de la mutilación, se ha de tener en cuenta también el aspecto psíquico o la repercusión en la esfera moral, afectiva; si se ha de valorar en el daño la pérdida de la alegría del vivir, el sufrimiento causado; es decir, lo que se refiere al *pretium doloris* y también al daño moral. En la ponencia del profesor Nerson se ha prescindido de la distinción y se estudia todo lo referente a la protección de la personalidad, y su autoridad sobre el tema es inigualada, pues data de la publicación de su tesis, en 1939, sobre «Les droits extrapatrimoniaux».

De otro lado, si se interpreta literalmente la formulación de nuestro tema, tendríamos que ocuparnos del derecho de autor, de los llamados derechos afines, del derecho científico, del del artista, del fotógrafo y de otros semejantes que atañen directamente a la esfera intelectual y espiritual de la persona. Materias que se reservan celosamente los especialistas sobre propiedad intelectual e industrial.

Dificultades que propondría salvar simplemente con la prudencia, siguiendo el buen ejemplo de los ponentes antes aludidos. En vez de división tajante, atender a la personalidad moral de la persona de la manera que indica la cuidada redacción de la frase *especialmente*, es decir, en particular, poniendo el acento en lo afectivo, espiritual e intelectual.

Hechas estas consideraciones generales, me permitiré pasar a la

segunda parte de mi cometido, la de suplir al ponente particular español.

El Código español puede considerarse como el último de la serie gloriosa que encabezó el Código de Napoleón. Nacido cuando éste contaba ochenta y cinco años, nada es más natural que el que tenga características propias y diferenciales. Lo que es verdaderamente peculiar y lo que se ignora generalmente fuera de España es su estrecha conexión y dependencia del antiguo Derecho español, su significado tradicionalista, que sólo encuentra parecido en el Derecho inglés. Se mantiene, articulándola, la antigua regulación sobre familia y sucesiones y se conservan ciertas figuras germánicas respecto al tráfico de bienes. Hasta el Derecho de obligaciones, el más cercano al Código civil francés, tiene importantes peculiaridades. Y, sobre todo, en la práctica jurídica, el texto codificado se entiende y se completa acudiendo a los antiguos Cuerpos legales. Expresamente, las Cámaras ordenaron en 1888, al establecer las bases para la codificación, que el Código se redactaba para recoger, aclarar y armonizar las instituciones civiles del Derecho histórico patrio. Lo que fué posible, y en parte también impuesto, por la realidad social. El retraso con que se promulgó el Código civil hizo que durante algo más de cincuenta años, de 1838 a 1889, el Tribunal Supremo, que había de aplicar las antiguas disposiciones, las vaya depurando y adaptando, vivificándolas en un *usus modernus partitarum* bien arraigado ya en 1889.

Respecto a la protección de la persona, la doctrina sobre los daños *ex delicto* y *quasi ex delicto*, aquella que determinaba la situación jurídica anterior al Código, derivaba de las ideas de los teólogos morales (SOTO, MOLINA, etc.) y se basaba en la legislación de las Partidas. Siendo de advertir que los civilistas y la misma práctica judicial civil se desentienden de estas cuestiones que estiman propias de los penalistas y de la jurisdicción penal. Lo que resulta no de una especial concepción sistemática sobre la división de las materias jurídicas, sino simplemente de una diversa formación cultural; los civilistas educados en el Derecho romano consideraban extraños a su ciencia principios acuñados por moralistas y por leyes de origen consuetudinario. La responsabilidad civil resultante de los delitos y faltas se estima pena accesoria ya en el Código penal de 1822 y en forma que se recogerá en los sucesivos Códigos, desde el de 1848. Al redactarse el Código civil, el legislador dispone: «Las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal» (art. 1.092).

De este modo la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en el Derecho privado, general, y quizá sin otra excepción que la del francés DONELLO, parecía haber triunfado en España. Afortunadamente, si bien es cierto que los prejuicios de escuela retardan el progreso científico, la verdad es que nunca han logrado detenerlo de modo definitivo. La necesidad se impone frente a los más arraigados prejuicios.

En nuestro caso aparecía en la forma extrema de denegación de justicia. Los daños causados a los bienes personales quedarían sin indemnizar cuando la culpa o la negligencia no eran penadas como delito o falta.

El buen camino será señalado por la jurisprudencia. Comienza, aparte algún precedente más antiguo (de 1894 y 1902), con la sentencia de 6 de diciembre de 1912. Hace época en el Derecho español. Base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral en las leyes.

Excúsenme si me detengo un momento en esta sentencia. Para valorar su importancia y su valentía es necesario tener en cuenta el momento histórico en que se dictó: dos años antes de la primera guerra mundial. Domina todavía en las escuelas el legalismo y la teoría de la exégesis. Para la indemnización de los daños materiales se exigía una prueba completa de la realidad y cuantía de los daños y perjuicios y la existencia de una norma que justificase el derecho de la persona cuyo bien se decía lesionado.

Los hechos eran los siguientes: en el periódico «El Liberal», el más popular quizá de aquel tiempo en España, el 21 de septiembre se publica, en primera plana y con gran alarde tipográfico, esta noticia:

«Fraile raptor y suicida»

«(Por telégrafo. Totana, 19.) El 16 de septiembre, por la noche, fugóse de su convento de Capuchinos el Padre Fulgencio Novelda, vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigen, llevándose consigo a la bellísima señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quien ya había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendidos a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto. Ella fué devuelta al seno de su familia.»

El día 24 de septiembre, «El Liberal» publica, bajo el epígrafe «Una falsedad»: «Era falso el telegrama relativo al suicidio de un fraile que «El Liberal» y «El País» copiamos de «España Nueva». Este querido colega dice lo siguiente en su número de anoche: "Nuestro corresponsal en Totana nos dirige el siguiente despacho: Totana, 23. Como corresponsal auténtico de «España Nueva» en esta población, protesto indignado contra la infame noticia dada por otros individuos contra el buen nombre de personas prestigiosas, etc." Con detalles para llevar a la convicción de los lectores la inexactitud no sólo del hecho, sino también la de su imposibilidad, dada la residencia y la condición de las personas.

Don Ramón Mussó Cánovas, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Totana, como representante legal de su hija menor (de quince años) María Josefa, demanda a «El Liberal», pidiendo una indemnización que cifra en 150.000 pesetas (de las del año 1912) por el daño infligido al honor de una doncella por culpa o negligencia civil.

Casi todos los juristas de la época consideraron que la demanda no tenía ninguna posibilidad de prosperar. Después de la sentencia no le encontraban justificación. Todavía, no hace demasiados años, me decía un viejo abogado su extrañeza ante una condena a indemnizar, en la que no se había probado la cuantía del daño:

El Tribunal condenó al demandado al pago de las 150.000 pesetas en virtud de una serie de consideraciones que, a pesar del tiempo pasado, constituyen el fundamento de nuestra doctrina jurídica. Son los siguientes:

1.ª «La honra, honor y fama constituyen bienes sociales», cuya «daño», en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuanto significa «total expoliación de la dignidad personal, familiar y social» de quien es acreedora a la estimación pública.»

En estas palabras pueden reconocerse, casi con identidad de términos, las afirmaciones de los antiguos maestros españoles que en las Universidades de Salamanca y Coimbra expusieron la doctrina de los bienes sociales de la persona y la obligación para el que los dañe de una restitución o compensación.

2.ª La principal dificultad ante la que se encontraba el Tribunal fué la carencia de un precepto en el Código civil que amparase el honor de la persona y que sancionase su lesión. Pues educados en la tradición romanista sabían que *poena non irrogatur, nisi expresse iure caveatur*.

Obstáculo que se salva acudiendo a «los principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya *preexistentes* (palabra subrayada en la sentencia), que definen el daño en sus diversas manifestaciones». Defiende su decisión diciendo que por ello «no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería necesario se declarase en disposición abstracta o de carácter general a algún derecho nuevo». Lo que se prueba aduciendo la ley 21, título 9 de la Partida 7.ª, en la que se dispone: «Cualquier que resciba tuerto o deshonra, que pueda demandar al que le deshonre, enmienda en pecho de dineros.» Comentando que es «ley cuya aplicación ha sido tradicional en España.»

Estos argumentos de nuestro más Alto Tribunal muestran bien claramente la particularidad del Derecho español a la que antes me he referido. Las leyes llamadas de «Las Siete Partidas», dadas por Alfonso X a mediados del siglo XIII, fueron derogadas expresamente por el Código civil. El Tribunal no las considera vigentes. Se refiere a ellas porque manifiestan principios vivos en el Derecho español que sirven para interpretar y completar las leyes. Son los principios generales del Derecho que han de aplicar los Tribunales en defecto de ley o de costumbre, por mandato del artículo 6.º del Código civil.

3.ª Se pregunta, en fin, el Tribunal: ¿cómo podrá valorarse

ese daño inmaterial? Contesta: mediante «una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales». Añadiendo, como justificación complementaria, «y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales».

Respecto a la cuantía de la indemnización, añade que «el valor de tales perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en la litis, sino en el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión, y no sólo por esto, sino porque siendo indudable que la honra y el decoro personal son cosas que están por encima del comercio humano y que sólo quien las pierde puede apreciar en todo su valor, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social».

Como aquel viejo abogado que antes mencionara, pienso que es ésta la parte más débil de la sentencia. Más que de verdadera indemnización parece que se ha impuesto una pena.

Esta figura de la pena privada no repugna tanto, como a primera vista pudiera creerse, a la regulación civil. En la figura del «Schmerzensgeld» alemán (*pretium doloris*), se combina el significado de «Busse» (pena privada), como *satisfactio* o *compositio*, y la de indemnización, de tal modo que algunos pandectistas llegaron a calificarla de *utilis actio Aquiliae*. En el Derecho moderno no extrañará la función sancionadora de las leyes civiles; ejemplo de ello lo ofrece en España la legislación sobre arrendamientos urbanos. El mismo Tribunal Supremo, respecto de un extraño caso de indemnización por daño moral, dice que «la condena tiene tanto de punitiva como de compensatoria» (sentencia 21-I-1957).

Dicho sea de paso, y sin insistir sobre la cuestión, he de confesar que en otra ocasión he intentado argumentar en favor de la posibilidad de mantener la teoría de la indemnización. Respecto a la debida en caso de lesión al honor o a la fama, decía ya GRO-CIO: *Pecunia communis est rerum utilia mensura*. Afirmación que se ha rechazado diciendo que repugna poner en el mismo plano, estimar equivalentes, el honor y el dinero. Mas al pensar así quizá se alteren, un tanto románticamente, los términos de la cuestión. Nunca se ha pretendido que el honor se mida en dinero, sino que se ha buscado remedio a algunas de las consecuencias del acto dañoso. Este implica una desconsideración social, mayor o menor; la sentencia condenatoria es una declaración oficial en la que se considera y se hace pública solemnemente la mayor o menor repulsa frente a la ofensa, según el importe de la indemnización. La lesión sufrida, la desconsideración social consiguiente, resultan en la pérdida o en la limitación de las posibilidades de actuación en un medio social determinado, es decir, de la libertad personal, y como el dinero significa poder eco-

nómico, la indemnización pecuniaria implicará aumento de ese poder, de las posibilidades personales, incluso para cambiar de medio social, es decir, de libertad también.

Sea cualquiera el juicio que se tenga sobre el acierto de la sentencia de 1912 no puede dudarse sobre su influjo decisivo en el Derecho español. Para no abusar de vuestra paciencia lo expondré en forma esquemática.

En la legislación: La extensión de la indemnización en caso de culpa o negligencia a los daños morales, se lleva primero al Código de obligaciones y contratos de la zona jafifiana de Marruecos (art. 800). Pasa al Código penal en la reforma del año 1928, la que derogada en 1932 se restablece en este respecto en 1944. Incluso en las leyes sobre la expropiación forzosa (16-12-1954) y sobre la Administración del Estado (Decreto 26 julio 1957) se establece el derecho de los particulares a ser indemnizados «de toda lesión que sufran en *cualquiera* de sus bienes y derechos» (art. 40 de la última) para comprender a los daños morales.

— Respecto al ámbito jurisprudencial puede recordarse:

La valoración de la pérdida de la vida como un daño moral. El perjuicio de los viejos romanistas, *liberum corpus aestimationem non recipit*, rechazado por la jurisprudencia penal, lo será también por la civil desde la sentencia de 10 de julio de 1928, en el caso de una víctima, niña de nueve años. Sobre la difícil cuestión de si la indemnización ingresa en la herencia y pasa a los herederos o corresponde a las personas que resulten perjudicadas en sus intereses materiales o morales, la jurisprudencia carece de unidad; parece, en general inclinarse a la primera solución—que es la de la jurisprudencia penal y que además tiene evidentes ventajas prácticas—. Se justifica en que la víctima, como todos nosotros en cuanto posibles víctimas, tiene interés moral en que mediante la indemnización se cubra (en parte al menos) el riesgo de la muerte prematura por acto ajeno culposo o negligente.

En el ámbito de la culpa contractual (cuidados médicos) se ha seguido el mismo criterio (sentencia 6-2-1958).

También, como es natural, se ha extendido la protección del daño moral al caso de merma de la capacidad de trabajo (sentencia 2-12-1946) y hasta al de la pérdida de la alegría del vivir (sentencia 9-12-1949) en caso de daño a la integridad al cuerpo. Igualmente, en el aspecto del honor profesional, se ha considerado el del médico (sentencia 14-12-1917) y el del comerciante (sentencias 31-3-1930 y 25-6-1945).

El daño moral en relación a la imagen ha sido llevado a los Tribunales sólo en el caso de retrato literario, condenando al autor de una novela sensacionalista que «se propuso retratar y retrató literariamente al personaje de la demandante» (sentencia 13-3-1930).

Los peligros del abuso han sido advertidos y el Tribunal Supremo ha señalado límites a la acción de reparar daños morales. En un caso atiene a las condiciones del demandante. Considera indigno de reclamar *pretium doloris* por muerte de una hija, al padre que tenía abandonados sus deberes paternos (sentencia 3-6-1957). En otro, se enfrenta con el conflicto difícil entre el honor individual y el interés del público. Hay, se dice, un deber de informar al público, descubriendo «impericia, incapacidad y falta de amor propio profesional» (sentencia 28-2-1958).

Todavía ha de advertirse en algunas sentencias recientes la inclinación a ensanchar el concepto de daño moral. Como causa indirecta de éste, especialmente respecto a la consideración social, ha sido condenada una madre a indemnizar a la antigua mujer de su hijo por haber coaccionado a éste para que contrajese matrimonio, de lo que resultó la declaración de nulidad de dicho matrimonio (sentencia 21-1-1957). En decisión de este mismo año (sentencia 28-2-1959), se ha concedido indemnización de daño moral al inquilino desahuciado por el arrendador, mediante maquinaciones dolosas, que le hacen aparecer como «mal pagador». En la sentencia se hacen declaraciones de principio sobre el daño moral, que pueden experimentar «los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos y son los más estimados y por ello, más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal sufrido, cuando son alterados e imposible de lograr íntegramente, deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, en función del artículo 1.902 del citado cuerpo legal (que corresponde a los artículos 1.382, 1.383 C. c. fr.), como compensación a los sufrimientos del perjudicado». Mayor importancia práctica puede tener, que en la demanda se pedían, antes que la indemnización de los daños morales, la de los materiales (pérdida del piso y daños del mobiliario, maltratado al ser objeto del desalojo), y éstos—a diferencia de los morales—se deniegan por falta de la prueba del daño y perjuicios, que como siempre se exige de modo muy riguroso. ¿La falta de esta exigencia para los daños morales permitirá a los prácticos lograr más fácilmente la indemnización justa, pidiendo siempre, solo o conjuntamente, la de los daños morales?

Todavía, para completar el cuadro, sería necesario referirse a otras ramas del Derecho. En la procesal, la llamada acción de «jactancia». Figura jurídica medieval, apoyada en el *remedium ex lege diffamari* y dirigida a la *provocatio ad agendum*. Regulada por las Partidas (P. 3, 2, 46), es aplicada, por ello, por los tribunales. Derogado este cuerpo legal por los Códigos procesal y civil, el Tribunal Supremo impondrá su continuada aplicación, a pesar de las críticas de la doctrina (aunque ésta influye en un *dictum* de sentencia 17-2-1956), y entiende que significa una «protección del derecho del honor» (sentencia 22-9-1944);¹ de modo que parece

afirmar como indudable su vigencia (sentencia 19-5-1958)). En el Derecho social, puede destacarse la jurisprudencia que desde hace muchos años (sentencia 10-3-1925; más claramente en sentencia 31-12-1931; decididamente desde sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 30-9-1947) afirma que el trabajador que sufre un accidente de trabajo es libre de negarse a una operación quirúrgica. También la sentencia diciendo que la simple discusión promovida por el trabajador con el gerente de la empresa no es causa suficiente del despido, «pues discutir, debatir o ventilar razonablemente una materia parece atributo personal innegable» (sentencia 5-7-1943). Respecto a la legislación de prensa debe citarse el decreto 13-3-1953 que regula el derecho de rectificación. Por último, podrían mencionarse en la esfera penal las cuestiones planteadas respecto a la desobediencia frente al mandato de las autoridades judiciales y penitenciarias, p. ej., negativa a dejarse fotografiar, reconocimiento médico en caso de proceso por delito de aborto. Mas todo ello pertenece más bien al tema segundo de esta jornada.

Unos minutos todavía, para volver a mi cometido de ponente general. Tienen noticia de la lista de los trabajos recibidos y saben el cómo y porqué de no darles ahora cuenta de su contenido. Me permito, por ello, proponer a la Presidencia que se oiga primero a los autores presentes, nadie más autorizados para ello, y después pasar a la discusión. En el caso de los autores ausentes, yo mismo les podré hacer un resumen de sus ideas y conclusiones.

Antes de terminar, quisiera sólo poner de relieve la importancia de la tarea que nos corresponde llenar a nosotros los juristas, respecto a la protección de la persona en Derecho privado.

Un compatriota nuestro, pues lo es mío y vuestro, Lucius Anneus Séneca, andaluz, *hispanus et romanus*, menciona los bienes sin los cuales, ciertamente, se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte (*sine quibus possumus vivere, sed mors potius est*). En este mundo moderno, lleno de maravillas técnicas, cunde ya el temor que esos bienes *libertas, pudicitia, et mens bona* (De benef. 1, 11) y la *tranquillitas animi* están en peligro, y tan grave que se ha llegado a pensar seriamente si a la persona se le puede sustituir por el autómatas humano. La expansión creciente de los poderes de la Administración, la rebelión de las masas, que lleva a la masificación de la sociedad, la radio, televisión, prensa gráfica y sensacionalista, cinta magnetofónica, micrófonos, interferencia en los teléfonos, telefoto, etc., pueden fácilmente ser mal utilizados y emplearse en daños de los valores personales.

He aquí una importante misión de los juristas de todos los países. No sólo procurar la protección de la persona en el Derecho privado, sino también contribuir a la educación de la sociedad en este sentido. Será necesario encontrar medios técnicos para armonizar, de un lado, la protección de la libertad y de la intimidad personal, y de otro, la eficacia administrativa y la libertad de la pren-

sa. La falta de normas legislativas, lo inconcreto de la materia, es ciertamente una gran dificultad; mas ello supone una ventaja nada despreciable, la de permitir un juego más amplio a la labor del jurista. Si tuviéramos más fe en nuestras posibilidades y mayor constancia en la obra colectiva no sería imposible echar las bases para un nuevo *ius communis* respecto a la protección de la persona. Pero esto quizá sea soñar.

Termino aquí agradeciendo vuestra paciente atención y ofreciendo mis excusas por esta ponencia híbrida que, como tal, poco fecunda podrá ser. Gracias.

La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña

LUIS MARTI RAMOS
Abogado

La lectura de las reglas sobre rescisión de los contratos por lesión, contenidas en el libro IV, título I, capítulo II del Proyecto de compilación del Derecho civil especial de Cataluña, elaborado por la Comisión de Juristas nombrada a tal efecto, cuyo texto, de innegable interés para Cataluña, y muy especial para cuantos cultivan su derecho peculiar y que por razón de su profesión están llamados a resolver las cuestiones por aquél reguladas, se publicó en la Revista Jurídica de Cataluña de septiembre-diciembre de 1956 y que por acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de mayo de este año se ha remitido a las Cortes, incita a exponer algunas observaciones sobre la mentada institución, con el fin de que, antes de que dicho Proyecto reciba la sanción legal, se examine la conveniencia de conservar o no aquella institución, serenamente y sin prejuicio o tendencia determinada. Ni en la de una conservación estática de lo que según la letra de las históricas Leyes, la doctrina de la Jurisprudencia y de los tratadistas del Derecho peculiar de Cataluña, está vigente, aun cuando, según el común sentir del pueblo—para el cual, en definitiva, se legisla—no tenga como viva y necesaria tal institución, antes al contrario, la considere como una rémora o estorbo para la contratación y una semilla de futuros pleitos, cuya contingencia se prevé, lo cual obliga a tomar la correspondiente precaución mediante un documento complementario, como así generalmente se hace y lo demuestra la constante práctica contractual. Contrariamente, tampoco sería justo—y los conceptos Justicia y Ley son inseparables—que en la preparación y aprobación de la Ley por la cual se ordene el Derecho civil peculiar de Cataluña, prosperase, en oposición al apuntado, un criterio tendenciosamente unificador, por el solo deseo de perseguir la unidad legislativa en Derecho civil; criterio, hoy día desvanecido entre la intelectualidad jurídica española; en cuanto una tendencia en este sentido no sería ordenadora de las instituciones vivas y sentidas en Cataluña, que responden a su peculiar organización civil o privada, sino innecesariamente perturbadora, sin motivo racional ni de pública conveniencia que pudiese justificar cualquiera mutilación o alteración que se pretendiese de alguna de estas instituciones.

En el citado capítulo II del título I del libro IV (arts. 529 a 531) del Proyecto de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña se han compendiado las normas sobre la rescisión de los contratos por lesión *ultradimidium*, que serán objeto de comentario, con la finalidad que se deja apuntada, y con todo el respeto que merece la Comisión de Juristas, formadora del Proyecto, cuya ardua labor llevada a término es digna, en su conjunto, del mayor encomio.

En aquellas normas se advierte un criterio restrictivo sobre su aplicación. Esta queda limitada a los contratos sobre bienes inmuebles; se admiten tres casos de excepción a la rescindibilidad por lesión; el plazo para el ejercicio de la acción rescisoria se limita a cuatro años; finalmente, se admite la renuncia a esta acción, posterior al contrato.

La rescisión de los contratos por lesión enorme en el precio obedece a la preocupación que se desprende de las leyes que la instituyeron, de que las enajenaciones onerosas se hiciesen por el justo precio, por lo cual daban acción, al que hubiese sufrido la lesión de más de la mitad de aquél, para pedir la rescisión del contrato, que podía ser enervada por la otra parte, pagando su complemento, hasta el justo valor. Aquella preocupación de que las ventas o enajenaciones onerosas se hiciesen por el justo precio y no por menos de la mitad de éste, derivaba de un fundamento moral; el de presumirse que el que vendía por menos de la mitad del justo precio había sido víctima del engaño, del dolo, y, a base de esa presunción, se le concedía el amparo de la acción rescisoria.

Pero, tal como se expresa el párrafo primero del artículo 529 del Proyecto, la rescisión por lesión se aplica a contratos en que concurren todos los requisitos necesarios para su validez.

Así, pues, no se toma en consideración que la lesión sufrida en el precio por el vendedor o enajenante sea debida a un vicio esencial del consentimiento o que afecte a la causa del contrato. Se parte, repetimos, de un contrato que reúna todos los requisitos necesarios para su validez. No obstante ello, al enajenante que sufrió lesión de más de la mitad del justo precio, se le da el remedio extraordinario de la rescisión, pura y simplemente por este motivo.

No se mira que el enajenante hubiese sido inducido a error o engañado por el adquirente. Pues de reputarse así, que el vendedor hubiese sido víctima de un engaño, del *engany de mitges*, según expresión tradicional, por las palabras o maquinaciones dolosas del comprador, entonces el contrato sería inicialmente nulo, por estar viciado el consentimiento por el dolo esencial, y cabría ejercitar contra aquel contrato la acción de nulidad, mediante probar las circunstancias dolosas por las que se otorgó el contrato. Tampoco mira—tal como queda perfilada en el Proyecto esa institución—a las circunstancias de agobio económico del vendedor que le hubiesen impelido a vender a cualquier precio, a las que alude la sen-

tencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1955, sucumbiendo ante exigencias de la otra parte, surgiendo así—como dice aquella sentencia—una situación antijurídica o inmoral, muy próxima—podría decirse coincidente—a la actuación dolosa, al abuso de derecho o al enriquecimiento injusto, (cita la sentencia de 13 de mayo de 1930, entre otras), en términos parecidos a los que informan la represión de la usura.

Según los términos en que aparece regulada la institución de que se trata, en el Proyecto, no hay que atender a las circunstancias apuntadas. La acción rescisoria por lesión, como queda dicho, se da frente a un contrato que reúna todos los requisitos necesarios para su validez. Basta para esgrimirla, que la venta u otro contrato oneroso, (nos referiremos a la compraventa como contrato-tipo), se haya realizado por menos de la mitad del justo precio.

Así, puede darse el caso de que el vendedor sea persona experta en el manejo de sus negocios, que goce de una posición económica desahogada, y que, en un momento dado, sin dejarse llevar por ninguna maquinación o engaño, no presumible en persona de tales condiciones, ni sucumbiendo a apremios económicos, decida, libremente, desprenderse de una finca por menos de la mitad de su justo precio, calculando hacer con el obtenido—rápidamente, sin esperar un mejor comprador—una inversión con la que aumente, quizá en poco tiempo, dos o tres veces, o más, la cifra obtenida, o que le produzca una renta superior a la que le daba la finca.

Pues bien, en este supuesto caso, el vendedor de tales condiciones, que vendiendo la finca a menos de la mitad de su justo precio ha realizado un buen negocio, podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión—que, en realidad, no ha sufrido su patrimonio—y recuperar la finca, devolviendo la cantidad que percibió, en dinero, posiblemente disminuido de su poder adquisitivo con relación al tiempo de la compraventa, o compeler al comprador a que le pague la diferencia entre el justo precio y el que fué estipulado, más sus intereses; con lo cual, consiga lo que consiga, acabará el vendedor de redondear su negocio.

De esa forma desaparece el fundamento moral, el motivo racional de la rescisión por lesión *ultradimidium*. Esta tendía a proteger al que se presumía víctima de un engaño, de una actuación dolosa por maquinaciones del comprador o por abuso de éste del agobio económico del vendedor. Con el remedio de la acción rescisoria se daba al vendedor la presunción *juris tantum*, como así lo expresa la citada sentencia de 23 de noviembre de 1955, de que el contrato tuvo por móvil determinante, bien la captación de voluntad del vendedor, mediante engaño provocado por el comprador (*engany de mitges*), bien la necesidad agobiante de vender por cualquier precio ante las exigencias de la otra parte.

Definida así, tal como lo hace dicha sentencia, la acción res-

cisoria por lesión no tiene más alcance que el de una acción ejercitable con el apoyo o amparo de una presunción *juris tantum*, de que la venta efectuada por menos de la mitad del justo precio tuvo por origen unas circunstancias que configuran una situación anti-jurídica o inmoral. Esa presunción *juris tantum*, como a tal, es susceptible de ser desvirtuada por la prueba en contrario del demandado por aquella acción, con la que demuestre que en el contrato controvertido no intervinieron aquellas circunstancias de engaño o captación de la voluntad del vendedor, (quizá la oferta de venta y precio partió de este), ni la de agobio económico que le forzase a vender—precisamente a un comprador determinado en lugar de ofrecerla a corredores, o a pública licitación o acudir a una operación de crédito. En tal sentido, el ejercicio de la acción rescisoria por lesión *ultradimidium*, amparada en aquella presunción *juris tantum* del origen inmoral o antijurídico del contrato, solo beneficiaba al vendedor con la inversión de la carga de la prueba; pues, mientras, por regla general, la prueba incumbe al actor, en tal caso como éste tiene a su favor aquella presunción legal *juris tantum*, corresponderá al demandado—contra aquella regla general—aportar las pruebas que desvirtuen la presunción de haberse otorgado el contrato por la concurrencia de circunstancias determinantes de una situación inmoral o antijurídica.

Pero, tal como se define en el aludido Proyecto, la rescisión por lesión, se va más allá de conceder una acción rescisoria al amparo de la indicada presunción *juris tantum* de haberse obtenido el contrato por engaño o captación de voluntad o por la conducta dolosa o abusiva del comparador, aprovechándose de las circunstancias del vendedor.

Según aquel Proyecto, la facultad de rescindir existe siempre que se haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, aunque en el contrato concurren todos los requisitos esenciales para su validez; es decir, aun cuando no concorra ninguna circunstancia contraria a la Moral o al Derecho.

De este modo, según se ha dicho, desaparece el fundamento moral, el motivo racional, de la rescisión por lesión *ultradimidium*, basado en la presunción de engaño o abuso del comprador. Ahora, sólo se mira al bajo precio; no a las causas por las que a ese bajo precio se vendió. Viene, así, a quedar esta institución equiparada a una especie de Ley de Tasas, aunque sin la razón que motiva una ley de esa clase, inspirada en el interés público, ya para evitar especulaciones en alza, con el consiguiente encarecimiento general de la vida y correlativo demérito de la moneda, bien para evitar especulaciones a la baja, con miras a proteger, contra las maniobras especuladoras, un sector de la producción que se considera vital para el país, como lo fueron, en el nuestro, las que se dictaron para proteger a los productores de cereales, evitando el envilecimiento del precio de éstos y así fomentar su producción, que dieron origen al Servicio Nacional del Trigo. La ordenación de que

se trata, no tiene, ciertamente, un motivo de interés público, sino que sólo se mira al interés privado del vendedor, a cuya mano se deja pedir la, en realidad, sanción, para el caso de una venta realizada a precio excesivamente bajo, y por este solo hecho.

No tiene, tampoco, el fundamento racional de la rescisión de los contratos lesivos celebrados en representación de menores o de ausentes, que lo tiene en la posible negligencia o falta de celo de los que tenían su representación. Ni el de la rescisión de las particiones hereditarias en que alguno de los partícipes sufra lesión; porque, en tal caso, ha de reputarse que no se hizo verdadera partición, al adjudicar a algún partícipe bienes de valor inferior en más de una cuarta parte de lo que le correspondía por su haber. Careciendo, pues, de fundamento racional, basado en los principios de la Moral y del Derecho, le falta a la regulación de la rescisión de los contratos por lesión *ultradimidium* el requisito esencial que ha de tener toda ley.

Al adoptarse el criterio, rigurosamente objetivo, del precio, sin mirar a las causas, se corre el peligro de amparar el abuso contrario al que antes se quería evitar. De la protección del vendedor engañado o víctima del abuso de un comprador doloso, se puede, muy fácilmente pasar a proteger la mala fe del vendedor, que habiendo efectuado la venta libremente y a su conveniencia, aunque a bajo precio, se ampare luego en aquel criterio, puramente objetivo, del precio, para pedir la rescisión al comprador de buena fe, con la perturbación consiguiente de sus planes sobre la finca, de sus inversiones económicas y, quizá, de sus medios de vida y la de su familia, con la alternativa—para evitarlo—de completar el pago hasta una cifra de que no pueda disponer, y por la cual, con seguridad, o muy probablemente, por no entrar en sus cálculos, no habría comprado.

Tal sucede, y de ello hay experiencia, con disposiciones que queriendo corregir los abusos de un sector, han fomentado los del sector contrario.

* * *

Del examen de las referidas normas sobre la rescisión por lesión *ultradimidium* se desprende que ésta tendrá lugar en contados casos, pues, según antes se ha expresado, el Proyecto observa un criterio restrictivo en su aplicación, admitiendo, además, el remedio preventivo de la renuncia de la acción rescisoria.

Según el referido Proyecto quedan excluidos, además de los referentes a bienes muebles, no obstante, la mayor importancia que pueden tener en comparación con ciertas fincas, económicamente, (p. ej., automóviles, joyas, objetos de arte, etc.), de la aplicación de las normas sobre rescisión por lesión, los siguientes contratos onerosos:

a) Las compraventas o enajenaciones hechas en pública subasta.

b) Los contratos en que la determinación del precio o contraprestación haya sido decisivamente influida por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido.

c) Aquellos en que la determinación del precio haya sido decisivamente influida por el deseo de liberalidad del enajenante, (contratos de carácter mixto, oneroso y lucrativo).

Nótese que en estas excepciones, salvo la primera, apoyada en la garantía que para la libertad y realidad del precio ofrece la pública subasta, las dos restantes, y más acusadamente la última, responden a un criterio subjetivo, de atención al estado de voluntad o disposición de las partes, contrariamente al rígidamente objetivo que sigue la regla general. Con respecto a esas excepciones, y siguiendo el principio de que al demandado, en la excepción se le considera como actor, le corresponderá, al serlo, por la acción rescisoria, la prueba de las circunstancias de la excepción.

Además de los citados casos de excepción se darán otros dos de inaplicabilidad de la rescisión por lesión *ultradimidium*.

El primero de ellos tendrá lugar cuando los dos contratantes, o uno de ellos, no estén sujetos a la legislación foral catalana.

Esta afirmación se fundamenta en que la acción rescisoria por lesión es una acción personal para exigir la obligación, igualmente personal, de rescindir el contrato lesivo, o el pago del complemento del precio, lo que es un derecho de crédito, personal también.

Al no ser real esta acción, no se rige por el estatuto real; por lo cual, no tiene trascendencia que el inmueble, cuya venta lesiva origina aquella acción, esté o no radicado en Cataluña.

Tampoco es aplicable el estatuto formal, por cuanto éste se refiere a las formas y solemnidades de los contratos y no a los derechos y acciones que de los mismos pueden derivarse; así, pues, no tiene, asimismo, trascendencia que el contrato se otorgue en Cataluña, o en otro territorio español o en el extranjero.

En consecuencia, tan sólo podrá ejercitarse esta acción personal por quien tenga la condición jurídica civil de catalán, de sujeto, personalmente, por su nacimiento, filiación o vecindamiento a la legislación civil catalana y contra otra persona de igual condición jurídica.

Ha de tenerse presente al respecto, el considerable número, cada día creciente, por la constante corriente emigratoria a Cataluña, de naturales de otras regiones españolas, residentes en aquélla, que conservan la regionalidad civil de origen; así como el de extranjeros, residentes en Cataluña, que conservan su nacionalidad.

También ha de tenerse presente que por la mayor comunicación, en nuestros tiempos, son muchos los catalanes (y así llamaremos, para abreviar, a los que tienen tal condición jurídico-

civil) que compran y venden inmuebles sitios fuera de Cataluña, y viceversa, muchos no catalanes que contratan sobre inmuebles sitios en dicha región.

Ciertamente, que el que no tiene la condición jurídico-civil de catalán no puede fundarse en la ley foral catalana, a la que personalmente no está sujeto, y que, por tanto, tampoco le protege, para ejercitar la acción personal rescisoria por lesión, sólo adscrita a los que tienen la condición civil de catalanes; quienes serán, únicamente, los que podrán accionar por tal causa.

Supuesto el caso de un catalán que ejercita la acción rescisoria por lesión *ultradimidium* contra un demandado no catalán, se plantea el problema de cuál será la ley que haya de regir las obligaciones personales derivadas del contrato de compraventa. Si la ley personal del actor o la del demandado. Si la legislación foral especial o la legislación general.

En este caso, la resolución de la cuestión no es tan precisa como en el anterior—el de un actor que no tenga la condición de catalán—. Podrá, en este supuesto, el de no ser catalán el demandado, resolverse la cuestión por la sumisión expresa o tácita a la ley catalana por ambos contratantes. A falta de ésta, tratándose de un obligación personal, habría que aplicar la ley del demandado, del que habría de cumplirla. Ha de considerarse también que, tratándose de una acción privilegiada, sólo subsistente en el derecho especial de Cataluña, como tal privilegio y por la aplicación restrictiva de los mismos, prevalecería contra ella la ley general, no sólo española, sino la común de los demás países en que esa acción rescisoria por lesión no se reconoce. Tal es de prever, la solución que se daría al supuesto caso de conflicto entre un demandante por la acción rescisoria por lesión, catalán y un demandado no catalán. Por lo cual, parece más sostenible que aquella acción sólo podrá ejercitarse por persona que tenga la condición civil de catalán, contra otra de la misma condición.

El apuntado problema es uno de los que habrán de ser objeto de la Ley general para resolver los conflictos interregionales, que se anuncia en el Decreto de 23 de mayo de 1947.

El segundo caso de inaplicabilidad de la rescisión por lesión *ultradimidium*, se dará cuando el contrato, aun otorgado entre catalanes, esté sujeto a la legislación mercantil.

Actualmente, está generalmente admitida por la doctrina científica la comercialidad de los bienes inmuebles. Aunque nuestro, ya vetusto, Código de Comercio, en su artículo 325, al tratar de la compraventa mercantil sólo se refiere a las cosas muebles; ello no cierra el paso a la esfera mercantil de los actos sobre bienes inmuebles, al permitir, por analogía, a los comprendidos en dicho Código, sean considerados actos de comercio los que recaen sobre inmuebles, el párrafo segundo del artículo 2.º del mismo Código.

Aun sin invocar criterios doctrinales, de entre los cuales podría citarse el notable estudio publicado en la Revista Jurídica de Cataluña bajo el título «En torno al concepto de la compraventa mercantil» (número de enero-febrero de 1957), debido al Catedrático de Derecho Mercantil, D. Emilio Langle, la comercialidad de los inmuebles se presenta hoy como indiscutible, dado el auge que han adquirido las sociedades inmobiliarias, constituidas y regidas por la legislación mercantil y cuyo objeto es la compra de terrenos para revenderlos parcelados en solares o para edificarlos y vender luego la finca edificada, bien totalmente, ya por pisos o locales.

En el caso de compra de una finca para revenderla con ánimo de lucro, ya en el mismo estado en que se compró, o bien parcelada, o después de edificada, bien totalmente o por pisos, el acto, en sí, objetivamente, será reputado mercantil y se registrará por el Código de Comercio y, en defecto de las reglas de éste y de los usos comerciales de la plaza, por el derecho común, entendiéndose por éste el Código civil, sin que sean aplicables las fuentes especiales del derecho foral en los territorios donde rige. Lo cual será de observar aun cuando no sea comerciante habitual ni sociedad mercantil quien efectúe aquel acto.

En los de compra por un comerciante habitual o por una sociedad mercantil, de una finca, aun si el propósito de revenderla como ánimo de lucro, sino para incorporarla permanentemente a su patrimonio, se habrá de considerar mercantil por razón del sujeto, como así ha de considerarse todo acto que afecte al patrimonio de un comerciante habitual o a una sociedad mercantil.

Esto aparece claro cuando se trata de una sociedad mercantil. La adquisición de una finca habrá de figurar en sus libros de comercio, en su activo, los gastos y los rendimientos que produzca se reflejarán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias. Al estar integrada en el activo social constituirá un elemento de crédito para responder de las operaciones, tanto durante la vida normal de la sociedad, como en los casos de anormalidad, de suspensión de pagos o de quiebra. En el caso de liquidación será una de las partidas determinantes del haber líquido a repartir, si resultare, de no haberse tenido que aplicar a la extinción del pasivo.

No parece, por ello, que pueda haber duda de que la compra de una finca por una sociedad mercantil, para incorporarla permanentemente a su patrimonio, sea un acto de comercio, aun cuando no la utilice directamente para ejercer en ella su negocio o industria, en cuyo caso la comercialidad de la compra aparece evidente, sino que la tenga como elemento consolidado y fijo de su activo para cobertura, total o parcial, de su Capital y Reservas, y de crédito y garantía ante terceros; como así lo hacen, por ejemplo, los Bancos y las Compañías de Seguros.

Si se trata de un comerciante individual no hay razón para adoptar una conclusión distinta de la que se deja sentada con

relación a las sociedades mercantiles. Todos los actos patrimoniales del comerciante están regulados por la legislación mercantil, aun los que aparecen ajenos a su actividad comercial, como nos lo demuestra el vigente Reglamento del Registro Mercantil, que hace obligatoria la inscripción de algunas categorías de ellos, en cuyo artículo 76 (concordante con el 98 del anterior) se preceptúa, entre las de otros actos, la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, de las escrituras dotales, y los títulos y documentos públicos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes. Lo cual tiene por finalidad la constancia ante terceros, ante el público en general, de cuáles bienes que aparezcan a nombre del comerciante están afectos a su régimen matrimonial y, cómo supeditados a éste, no constituyen un elemento libre de los que constituyen su crédito para responder de sus operaciones.

Y esto es así, porque el comerciante individual responde con todos sus bienes, tanto de los que tenga incorporados a su negocio como fuera de él, de sus operaciones mercantiles, ya sea en período normal como en las situaciones de anormalidad, de suspensión de pagos o de quiebra.

Por lo cual, la compra de una finca por un comerciante, aun cuando no sea para utilizarla como local de su negocio o industria, ha de reputarse acto de comercio.

Partiendo de lo que se deja sentado, y si bien la compra de una finca por un comerciante o por una sociedad mercantil se haya de considerar acto de comercio por el comprador, pero no lo sea—acaso—para el vendedor, y constituya un acto unilateralmente mercantil, o acto mixto, habrá de regirse dicho acto por la legislación mercantil, porque de otro modo el Derecho mercantil quedaría reducido a la órbita de las relaciones de los comerciantes entre sí.

Además, en lo concerniente a los actos patrimoniales de los comerciantes, existe otro motivo que abona que dichos actos se rijan por la legislación mercantil y, supletoriamente, por el Código civil; porque, extendiéndose las relaciones comerciales a todo el territorio nacional, y aun al extranjero, el crédito del comerciante, del cual es un elemento su patrimonio raíz, ha de estar sujeto a normas generales, sin distinción de regionalidad civil, y no puede depender su estabilidad y efectividad de reglas particulares para determinados territorios o personas con éstos vinculados.

En consecuencia, debiéndose reputar el acto de compra de una finca por un comerciante, individual o social, aun no siendo para reventa con ánimo de lucro ni para ejercer directamente en ella su negocio o industria, como acto mercantil, y aunque sea unilateralmente mercantil o mixto, ha de regirse por el Código de co-

mercio y supletoriamente por el Código civil, cuyos textos no admiten la rescisión de los contratos por lesión en el precio.

De lo que antecede se desprende que serán muy numerosos los casos en que no habrá lugar a la aplicación de la rescisión por lesión al tenerse que regir el contrato por la legislación mercantil y, supletoriamente, por el Código civil.

* * *

Resta tratar, en relación con el tema, de la prescripción de la acción rescisoria y de la renuncia de esta acción.

El Proyecto se decide por admitir que la acción rescisoria por lesión no puede ejercitarse transcurridos cuatro años desde la fecha del contrato. Es plausible la decisión en tal sentido, que pone término a la discusión sobre este punto. El plazo de duración de cuatro años, igual al que para las acciones de rescisión y nulidad establecen los artículos 1.299 y 1.301 del Código civil, es suficiente para que el que se considere que ha sufrido lesión, desaparecidas ya las circunstancias que pudieron influir para que otorgase el contrato lesivo, pueda pedir la rescisión o el pago del complemento del precio, sin que la incertidumbre jurídica, cuya evitación es uno de los fundamentos de la prescripción, tenga que prolongarse hasta el término excesivo de los treinta años; debiéndose atender, además, que la prueba del valor de la cosa se hace tanto más difícil e inconsistente en cuanto su práctica se haga más alejada del tiempo en que se otorgó el contrato, a cuyo tiempo ha de referirse la valoración.

Dicho sea de paso y como inciso, ha de considerarse que habiéndose decidido en aquel Proyecto, aunque tímidamente, por admitirse un plazo de prescripción, denominado de caducidad, más breve que el de la trentenaria del Usatge *Omnes causae*; para esta acción personal concreta, hubiese sido de alabar que, para dejar adecuada la legislación civil peculiar catalana con los tiempos actuales, se hubiese prescindido, en este punto de la prescripción, del temor reverencial de no alterar los venerables textos que forman aquella legislación; los cuales, si bien son venerables como representativos de una tradición, de una historia jurídica, no responden, en este particular, a los actuales supuestos sociales de la vida civil, quedando así petrificados, según expresa el preámbulo del citado Decreto de 23 de mayo de 1947, que autorizó al Ministerio para el nombramiento de Comisiones de Juristas, encargadas del estudio y ordenación del Derecho Foral. De desear sería que la prescripción de treinta años para las acciones personales que no tengan término especial de prescripción, que fija el artículo 554 del Proyecto, se sustituya por la de quince años, que establece el Código civil. La intercomunicación de relaciones generadoras de obligaciones jurídicas entre sujetos a distintas legislaciones civiles, inclina a un criterio de unificación del derecho general de obligaciones, y, por tanto, del término para su exigibilidad.

Por otra parte, el dinamismo de la época actual, tiempo al que debe acomodarse la legislación, no se compagina con el excesivo plazo de treinta años para poder reclamar el cumplimiento de una obligación personal, ejercitando la acción personal correspondiente. Sin duda, la Comisión de Juristas, compiladora del Derecho Foral de Cataluña entendió que no estaba dentro de los límites de la misión que le fué confiada, cualquiera modificación o innovación de sus instituciones históricas; no obstante que el referido Decreto de 23 de mayo de 1947 le concedía un margen discrecional para tener en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente.

* * *

Como último punto del tema enunciado, queda por examinar la renunciabilidad de la acción rescisoria por lesión.

El artículo 529 del Proyecto establece que, salvo donde rija el Derecho especial de Tortosa (que admite la renuncia en el mismo acto), sólo será renunciable dicha acción después de celebrado el contrato lesivo.

En realidad, de admitirse la renuncia en el mismo acto de la celebración del contrato, tal renuncia se convertiría en una cláusula de estilo notarial, que se iría repitiendo como fórmula, con lo cual se desvanecería prácticamente la institución de la rescisión de los contratos por lesión en el precio.

Ahora bien. La renuncia posterior al contrato, no ofrece consecuencias más favorables para esa institución.

El artículo 529 del Proyecto dice que la acción rescisoria sólo será renunciable «después» de celebrado el contrato lesivo, hecha excepción del territorio regido por el Código de Tortosa.

Pero no precisa o distingue respecto al espacio de tiempo que haya de transcurrir entre el momento de la celebración del contrato y el posterior de la renuncia. Si ha de ser un día, una hora o un minuto. Y como la Ley—en Proyecto—no distingue, no cabe distinguir.

De lo cual se sigue, que en el caso de efectuarse una venta bajo el influjo de un comprador doloso, que se aprovecha de la captación de voluntad que ha conseguido del vendedor o del agobio económico de éste, aquel comprador, que sabe que efectúa un acto inmoral, tomará todas las precauciones para que su consumación no pueda deshacerse y asegurar su presa, y obtendrá del vendedor el otorgamiento del documento de renuncia a la acción rescisoria, que podrá ser inmediatamente posterior a la firma de la escritura de venta, prácticamente simultáneo, bastando que el acta o escritura de renuncia tenga el número siguiente en el protocolo al de la venta; con cuya artimaña habrá burlado el fin que persigue la institución de que se trata. Y si quiere cubrir mejor las apariencias, también conseguirá del vendedor, por todo el tiempo que per-

dure su influencia sobre el mismo o la situación de éste, que le firme la renuncia, aun dejando transcurrir un tiempo prudencial.

En cambio, el comprador de buena fe, que sabe que compra a un precio bajo, ciertamente, porque a otro superior no compraría, pero en cuya fijación se ha procedido libremente, quizá no tome aquella precaución, por tener la conciencia de que efectúa un acto lícito; salvo que el otorgamiento de la segunda escritura, la de renuncia, ya se convierta o adopte como una práctica general. En tal supuesto de no otorgarse la escritura de renuncia, podrá darse el caso de que se despierte la apetencia del vendedor, que aunque en el momento de vender consideró que efectuaba, con toda libertad de determinación, una operación normal y aun conveniente para sus propósitos, advierta después el trastorno o extorsión que pueda causar al comprador, quien—acaso—trasladó a la finca comprada su vivienda con su familia, organizó una explotación agrícola, dejando otra colocación anterior, etc., amenazándole con la rescisión o con la exigencia del pago del complemento del precio más sus intereses, poniendo a éste, sin una razón de justicia natural, en un grave apuro.

Por lo cual, el precepto de que la mencionada renuncia sólo puede hacerse posteriormente al contrato, no confiere ninguna solidez de la acción rescisoria por lesión. Probablemente, la escritura de renuncia, posterior a la de venta, se convertiría en un formulismo o práctica muy general; indudablemente, el comprador de mala fe la exigiría y obtendría; por contra, la falta de ella en el caso de compraventa efectuada libremente y de buena fe inicial por ambas partes, sólo podría servir para despertar la mala fe posterior del vendedor.

Del examen, en conjunto, que queda hecho de la rescisión por lesión, tal como se regula en el citado Proyecto, se desprende que esta institución queda despojada del contenido moral, de la razón de derecho, que se le atribuía; resulta entorpecedora en la práctica de la contratación sobre inmuebles y del crédito inmobiliario; su aplicabilidad queda muy limitada; es, realmente, ineficaz, cuando no contraria a su finalidad; aparece su conservación como forzada por el respeto a las antiguas leyes, más que por la convicción de que sea conveniente su subsistencia actual.

Todas esas circunstancias inclinan a aconsejar que la institución que se deja examinada se elimine de las que queden subsistentes de la legislación especial civil de Cataluña.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A. Nacionales

Jornadas españolas de la Asociación Henri Capitant

Desde hace algunos años, juristas franceses y españoles habían considerado cordialmente más de una vez la posibilidad de fundar el Grupo Español de la Asociación Henri Capitant.

Pero sólo en los primeros meses del año 1959, y gracias al decidido y valiosísimo concurso del Instituto de Estudios Jurídicos, representado por su Director Sr. Arcenegui, fué posible la constitución del Grupo Español, que dando prueba plena de su entusiasmo y vitalidad logró organizar en contadas semanas las Jornadas de Madrid, donde, una vez más, se dieron cita prestigiosas personalidades, para, de acuerdo con los estatutos de la entidad, mantener intercambios de trabajo, relaciones y colaboraciones entre los juristas de los países integrados en la Asociación.

Preside el Grupo Español el Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, y formaron el Comité organizador los señores Arcenegui, De Castro, Dávila, García Gallo, Hernández Canut, Luna García, Meneu Monleón y Quintano Ripollés.

Los temas generales y sus ponentes fueron: el Profesor don Federico de Castro, para el tema *La protección de la persona en Derecho privado*, el Magistrado francés Sr. Marc Ancel para el tema *La protección de la personalidad en el orden penal* y el Profesor belga Van Bogaerd, para el tema *La protección del individuo en el Derecho internacional, los derechos humanos*.

Fueron ponentes españoles los señores Quintano Ripollés y Luna García.

La solemne sesión de apertura se celebró el día 4 de junio, bajo la presidencia del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi. En dicho acto el Sr. Arcenegui expuso los antecedentes de la constitución del Grupo Español, recordando los fines de la Asociación Henri Capitant y haciendo votos por la amistad hispano-francesa.

La contestó el Presidente de la Asociación y ex Decano de París, señor Charpentier, Abogado elocuyente, que glosó cuanto suponía como fecha memorable en los anales de la Asociación, la de apertura de las Jornadas de Madrid, haciendo público el agradecimiento de la entidad para cuantos lograron organizar felizmente estas jornadas en breve tiempo, en un «tour de force».

El Ministro de Justicia, Sr. Iturmendi, pronunció unas palabras sobre la actualidad permanente del tema central, que ha de contribuir mucho —dijo— a reforzar la solidaridad que nos une. Es de esperar que estas jornadas españolas han de unir nuestros sentimientos en una misma y común aspiración.

Como Ministro y como profesional del Derecho, deseó a los reunidos una grata estancia en España y que las sesiones fueran fructíferas, fecundas, en todos los aspectos, declarando abiertas las jornadas españolas de la Asociación.

En esta solemne sesión de apertura, el Presidente del Grupo Español, Sr. Castán Tobeñas, pronunció el siguiente discurso sobre la importancia de la cultura jurídica francesa para España :

«No podía dejar de inspirar a los españoles interés y simpatía una entidad cual la *Asociación Henri Capitant*, dirigida a fomentar la cultura jurídica francesa.

Al estudiar los autores patrios la historia de nuestras instituciones jurídicas han tenido buen cuidado de advertir que al lado de los elementos fundamentales que han constituido el fondo de nuestro Derecho medieval y moderno (romano, germánico, canónico) hay otros más accidentales, pero no exentos de importancia, que son consecuencia y manifestación del influjo ejercido por las leyes de aquellas naciones con las que hemos estado en contacto durante nuestra larga y accidentada Historia. Y hemos de reconocer que este factor, que podemos llamar *extranjero*, está principalmente representado por el ingrediente *franco* o *francés*, cosa no extraña, dada la proximidad y las afinidades existentes entre dos pueblos, como Francia y España, pertenecientes a una misma familia y que han mantenido siempre estrechas relaciones.

Así, para reconocer la historia jurídica de nuestras provincias vascas y los derechos navarro, aragonés y catalán, es necesario que nos pongamos en conexión con los *Fors* y *Coutumes* franceses, utilizando estudios tan interesantes como los de vuestro erudito Magistrado Mr. Lagrezé, a quien tanto debe la historia del Derecho en los Pirineos.

Llegado el siglo XIX, se intensifican las influencias extranjeras sobre nuestro Derecho público y privado, y éstas nos vienen principalmente de vuestro país, que, como ha dicho el profesor García Gallo, «actúa de medio transmisor del movimiento europeo en todos los órdenes de la cultura». Sin embargo, la nota de *extranjerización del Derecho español*, con la que se ha querido caracterizar a esta época, no es absoluta. Perduró, fundamentalmente, nuestra visión tradicional del Derecho, fuertemente impregnada de objetivismo y espiritualidad.

Concretándonos al Derecho civil, aun siendo innegable y muy acusada la influencia de vuestro Código francés sobre nuestra codificación civil del año 1889, no sería exacto decir que el Código español sea una simple copia del francés. En muchas partes, sobre todo en el Derecho de familia y el de sucesiones, recoge y conserva las tradiciones nacionales. Y si en algunas materias tan importantes como la teoría de las obligaciones, acusa la importancia francesa, ello fué debido al origen romano de esta teoría.

muy elaborada por jurisconsultos de la talla de Domat y Pothier, cuyas obras, por cierto, habían sido, en buena parte y con anterioridad, traducidas a nuestro idioma.

En realidad, la llamada recepción del Código de Napoleón no tuvo en muchos países europeos y americanos carácter propiamente normativo y sólo significaba que Francia se anticipó a dar forma codificada y moderna a las tradiciones jurídicas romanas que compartía con dichos pueblos y muy especialmente con el nuestro.

Así y todo, la publicación del Código español—de redacción un tanto extranjerizada en gran parte de sus artículos—hizo imprescindible, para los civilistas españoles, la utilización de los grandes comentarios y tratados que había ido produciendo, con entusiasmo y esfuerzos admirables, la ciencia jurídica francesa, así como la belga, siempre hermanada con ella. Los clásicos comentaristas de nuestro Código patrio, como Manresa y Mucius Scaevola, utilizan continuamente la labor exegética de Teulier, Duranton, Troplong, Demolombe, Laurent y tantos otros. Y si es cierto que hubo de llegar un momento en que se iniciase un desvío hacia la escuela francesa de la exégesis y se aspirase a una renovación de los métodos jurídicos, hay que reconocer que fué la propia doctrina francesa la que dió un decisivo impulso para la renovación del Derecho privado en su técnica y en sus conceptos. La literatura jurídica de Francia, en esta fase progresiva, ha servido de estímulo y orientación para la modernización de los estudios de Derecho privado en España. Han prestado a este fin un importante servicio las traducciones de la merítísima obra de Geny sobre *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* (aparecida en Madrid en el año 1902), del precioso Curso de Colin y Capitant (publicado también en Madrid, en 1922-23, con excelentes notas comparativas del profesor De Buen) y de los magníficos *tratados* de Planiol Bonnetas y Josserand (vertidos al español en América).

En los últimos tiempos, la influencia de la doctrina francesa sobre la nuestra puede parecer debilitada, en primer lugar, por la penetración en gran escala de las literaturas jurídicas italiana y germánico-suiza y también, muy recientemente, de la anglo-americana, y en segundo término, por la tendencia que siguen nuestros actuales juristas, en su noble empeño de restaurar la tradición jurídica nacional. Mas todo ello no significa que puede perderse aquí el contacto con la rica cultura jurídica que ha sido siempre legítimo orgullo de la nación francesa. En definitiva, la tendencia a la revalorización de nuestro Derecho nacional coincide hoy con una franca acogida de la tendencia comparativista, que va imperando en casi todos los países y que precisamente es en Francia donde ha tenido y tiene más brillantes manifestaciones. Verdad es que también en España cuentan los estudios jurídicos comparativos con una tradición no despreciable; pero, sin duda, en el momento actual, la traducción al castellano del *Traité de Droit Comparé* de René David, ha contribuido no poco a la afición que se siente en España hacia dichos estudios.

Al fin y a la postre, nuestra inclinación actual al Derecho Comparado se desenvuelve, de una manera muy destacada, en el ambiente de las re-

laciones culturales galo-españolas. No podemos olvidar que, en Francia, el *Instituto de Derecho Comparado de los Países Latinos*, fundado por el profesor Maury, en el año 1924, en la Universidad de Toulouse, ha dedicado atención preferente a los estudios de Derecho español, a través de interesantísimas monografías, muy estimadas entre nosotros, y que, en París, el profesor Solá Cañizares realiza permanentemente una labor de divulgación del Derecho español entre los juristas franceses. Hemos de recordar, asimismo, que España, a su vez, cuando ha creado, en 1953, el *Instituto de Derecho Comparado*, domiciliado en Barcelona, ha tenido como una de sus más importantes iniciativas la publicación de los llamados *Cuadernos de Derecho francés*. Y no podemos silenciar, en este panorama de amistosos contactos culturales entre dos pueblos unidos por tantos vínculos, las diversas *Jornadas franco-españolas de Derecho Comparado*, que, organizadas por los mentados Institutos de Barcelona y Toulouse, se han celebrado durante los últimos años, así como la *Primera Conferencia franco-española de Derecho de los Pirineos*, tenida en Zaragoza en abril de 1958.

Adecuado broche de estas felicísimas colaboraciones van a ser las presentes *Premières Journées Espagnoles de la Asociación Henri Capitant*. Para el Grupo Español es una honra pertenecer a una Asociación tan prestigiosa y que lleva el nombre de uno de los jurisconsultos franceses más leído y querido por los juristas españoles. Nos es aquí familiar el *Curso de Derecho civil*, de Colin y Capitant, admirable por sus cualidades de claridad y precisión, así como por la importancia que concede a los principios jurídicos, contrapesada por un reconocimiento constante del valor y función de la práctica jurisprudencial. Y hemos aprendido mucho en los libros y trabajos de Capitant sobre la *Introduction a l'étude du Droit civil*, *Notions générales*, sobre *Conception, méthode et fonction du Droit comparé*, sobre *Les grands arrêts de la Jurisprudence civile* y sobre *La cause des obligations*. Esta última monografía, traducida a nuestro idioma en el año 1922, es en España tan popular y clásica como puede serlo en Francia, y ha prestado gran ayuda a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha dado acogida, en abundantes fallos, a la doctrina *subjetiva* de la causa de los negocios jurídicos, como móvil impulsivo y determinante.

El Grupo Español, señores congresistas de Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Suiza, os da las más expresivas gracias por la amabilidad con que habéis acogido su invitación, acudiendo a estas Jornadas, que si para vosotros quizá serán gratas, para nosotros han de ser, seguramente, gratas y provechosas.

Si, como ha dicho el Decano Julliot de la Morandiere, ilustre continuador del Tratado de Colin y Capitant, «la France, pays de la mesure, tend vers un équilibre entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité» hay que esperar que, en esta vía de armónica y necesaria conciliación, surjan muchos puntos de coincidencia entre vuestras posiciones y las nuestras.»

* * *

Las sesiones de trabajo comenzaron con la dedicada a *La protección de la personalidad en el Derecho privado*, ocupando la presidencia, con el

Presidente de la Asociación Sr. Charpentier, el Director del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y Secretario General del Grupo Español, Sr. Arcenegui, el ponente general, profesor don Federico de Castro y los profesores García Valdecasas y Le Balle, este último Secretario de la Asociación Henri Capitant.

El Presidente pronunció unas palabras previas en memoria del profesor René Piret, que fueron agradecidas por el Barón Frederick en nombre de la Delegación belga, quien dijo que realmente la Asociación había perdido, con Piret, un rendido admirador de la ciencia jurídica francesa, ejemplo de valor *espiritual*.

La presidencia dió cuenta de una calurosa adhesión del Decano Theo Collignon, ex presidente de la Federación de Abogados Belgas y presidente de la Unión Belga de Derecho penal, uno de los apóstoles—dijo—de la moderna defensa social.

El ponente general de este tema, profesor don Federico de Castro, expuso su ponencia, publicada en otro lugar de este ANUARIO DE DERECHO CIVIL, al que nos remitimos.

A continuación dieron cuenta de sus comunicaciones los profesores Grossen, de la Universidad de Neuchatel, y Nerson, de la Universidad de Lyon. Destaquemos la diferencia que aquél hizo notar al comparar los códigos civil español y francés con el suizo, éste sí contiene dos disposiciones generales, expresamente consagradas a la protección de la personalidad: el artículo 27, que protege al individuo contra él mismo, contra todo acto que suponga una restricción excesiva de la libertad de su autor, y el artículo 28, que protege al individuo contra terceros, contra todo daño ilícito a sus intereses personales. Puso de relieve el profesor Grossen la importancia de la función judicial para precisar tales nociones.

En la sesión siguiente, bajo la presidencia del Sr. de la Plaza, Presidente de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, continuaron los trabajos exponiendo sus comunicaciones los Sres Horion, sobre *la protección de la personalidad en derecho social belga*; Maul, sobre *el derecho al nombre*; Cassart y Castán, sobre *derecho al honor*; Derycke, referente a *los derechos de la personalidad en Bélgica*, y Menú Monleón, sobre *la reparación del daño moral*, según reciente jurisprudencia española.

Terminaron los trabajos de esta sección dando cuenta el ponente general de las comunicaciones de los señores Azard, Bergeson, Simont y Van Ommeslague, ausentes todos ellos, y resumiendo el Decano de la Facultad de Derecho de Murcia, Sr. Espín Cánovas, la legislación española del Registro civil sobre el tema.

Fuera de programa y con carácter extraordinario, tuvo lugar la intervención del ex Decano de la Facultad de Derecho de París, profesor Julliot de la Morandiere, quien glosó los textos y trabajos de la Comisión para la reforma del Código civil francés en lo referente al tema de la sección.

Bajo la presidencia del Sr. López Peces, Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, se iniciaron las sesiones de trabajo sobre el tema segundo, *La protección de la personalidad en el Derecho penal*, a las que nos referiremos muy brevemente por no pertenecer al objeto de esta publicación.

El Magistrado francés, Sr. Marc Ancel, resumió su ponencia general

sobre el tema, refiriéndose a los trabajos de anteriores Congresos Internacionales cual el de Juristas Católicos, y los de Defensa social. De las ponencias presentadas—dijo—resulta, en general, una mayor protección de los derechos de la personalidad, protección cuyos antecedentes se remontan hasta Beccaria, según hizo notar en su ponencia el profesor Cuello Calón. Criticó los procedimientos violentos, usados a veces, para lograr confesiones o pruebas, y puso de manifiesto la inquietud que su práctica produjo a los hombres de Derecho, así como cualquier procedimiento que atente a los derechos de la personalidad.

El ponente español Sr. Quintano Ripollés, Magistrado del Tribunal Supremo, presentó su ponencia, haciendo un breve resumen de la misma, al igual que el ponente luxemburgués, Magistrado Sr. Huss.

El ponente general expuso las comunicaciones remitidas por juristas que no pudieron participar personalmente en las jornadas, cual los profesores Constant, de la Universidad de Lieja y Cuello Calón, de la de Madrid.

Finalmente, recordaremos la brillante intervención del profesor Levasseur, de París, sobre *la protección de la personalidad en el Derecho penal francés*, presentando su ponencia en la que ya hizo un profundo examen de varias cuestiones, cual el secreto de la instrucción, estudio de la personalidad y tratamiento de delincuentes, estudio que completó a la luz del nuevo Código de instrucción criminal francés.

Las últimas sesiones estuvieron dedicadas a la protección del individuo en el Derecho internacional, presidiendo el Decano de la Morandiere, junto con los señores Quintano Ripollés, Luna y Le Balle.

El relator general fué el profesor Van Bogaerd, de Gante.

El ponente francés Sr. Rousseau y el profesor Luna, ponente español, presentaron sus ponencias nacionales, resumiendo su comunicación el Sr. Gallardo Rueda.

El Sr. Quintano Ripollés, Magistrado del Tribunal Supremo, puso fin al debate con su intervención sobre el tema citado.

Terminaron las jornadas con unas palabras del Sr. Decano de la Morandiere, agradeciendo al Comité organizador y al Grupo Español, así como a las autoridades españolas, su organización, patrocinio y colaboración al notorio éxito de las mismas.

PASCUAL MENEU.

«La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código Civil»

En el Curso que organiza anualmente la Academia Matritense del Notariado pronunció Manuel González Enríquez, notario de Madrid, una conferencia sobre el tema que sirve de título a estas líneas. La personalidad del conferenciante es ya conocida por los lectores del ANUARIO, hasta el punto de que parece obvio decir que su disertación no fué una «brillante conferencia», sino una conferencia excelente, lo cual, unido al interés propio del tema, objeto de prestigiosos estudios, hace preciso el intento de dar cuenta de la misma. Para lograrlo ha parecido oportuno prescindir de

todos los problemas accesorios y exponer el tema central con toda la fidelidad posible; a ello ayuda sobremanera la nitidez con que la tesis fué expuesta.

La finalidad esencial de la disertación fué contrastar las conclusiones obtenidas por el conferenciante en un trabajo publicado en 1953 en la «Revista de Derecho Privado» (1) con la resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de marzo de 1957 y con la nota crítica que sobre dicha resolución publicó poco después Vallet de Goytisolo (2). Para ello se centra el tema en la naturaleza jurídica de la confesión extrajudicial. Como premisas para este estudio se sostiene la posibilidad de que tal confesión verse sobre la existencia de una relación jurídica como supuesto de hecho de la aplicación de normas jurídicas, y se estima que la eficacia de la misma confesión es hacer prueba plena contra el confesante y sus herederos. En cuanto a la primera de estas premisas, entiende el conferenciante que si la confesión como prueba ha de versar sobre el supuesto de hecho de la norma, y si la relación jurídica puede ser estimada como la expresión compendiada de un conjunto de efectos, la confesión de la relación no es sino la confesión de ese conjunto de hechos que integran el supuesto complejo de esa norma. En el caso de que la confesión no exprese la causa o fuente de la relación, equivale a declarar que existe una causa, aunque sin decir cuál, y tal confesión es eficaz en cuanto que el confesante hubiera podido crear mediante negocio una causa cualquiera, para el caso de no existir ninguna previamente.

En cuanto a la segunda premisa, para llegar a ella se afirma, siguiendo ideas de González Palomino y Núñez Lagos, que el artículo 1.232, párrafo 1.º del Código civil es aplicable a la confesión extrajudicial, y que tal precepto, en combinación con el artículo 1.234, produce el efecto de prueba plena, en cuanto que impide la contraprueba sobre la falsedad de la confesión, salvo el supuesto de que, además de la falsedad, exista error.

Sentadas estas premisas, el conferenciante desenvuelve en los siguientes puntos su opinión sobre la naturaleza de la confesión extrajudicial:

A) No es un negocio jurídico. No es un negocio de tipo constitutivo, porque ello sólo podría suceder en el caso de confesión falsa, y precisamente todo el sistema legal está montado sobre la base de privar de relevancia a la distinción entre confesión verdadera y confesión falsa. Tampoco es un negocio de fijación, porque si damos relevancia a la voluntad negocial hemos de atribuirle diverso contenido según la confesión sea falsa o verdadera; si es falsa, sólo cabría el negocio constitutivo, ya rechazado; si es verdadera, sería sólo un juicio, una declaración de ciencia y nunca una declaración de voluntad.

B) Es un medio de prueba, preconstituido y con eficacia legalmente tasada, y como tal engendra una situación jurídica sustantiva, análoga en cierto modo a los derechos subjetivos nacidos de un negocio.

(1) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «Repercusiones registrales del artículo 1.407 del Código civil», *R. D. Priv.*, 1953, págs. 817 y ss.

(2) VALLET DE GOYTISOLO: «Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones», *Rev. Crit. Der. Inm.*, julio-agosto 1957, págs. 477 y ss.

C) Es una manifestación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la fijación de los hechos, paralela a la que supone el negocio en el ámbito de la producción directa de efectos jurídicos. Por ello, aparte de aplicársele algunas normas propias de los negocios, existe para la confesión un sistema de control de legalidad equivalente, aunque distinto, al que existe para el negocio. Atendiendo a la imposibilidad de distinguir entre confesión falsa y verdadera, el criterio legal, deducido del artículo 1.232, párrafo 2.º, es que basta el peligro de que, si la confesión fuera falsa, pudiera producir un efecto análogo al de un negocio prohibido para que la confesión pierda su eficacia.

En la segunda parte de la conferencia se analiza la posible eficacia de la confesión extrajudicial como prueba en contra de la presunción contenida en el artículo 1.407 del Código civil. Para ello es preciso saber si puede ser determinada mediante el libre arbitrio de los cónyuges la calificación de los bienes de la sociedad conyugal y su adscripción a uno de los varios patrimonios en juego. Es indudable que ello no es así cuando consta el título de adquisición del bien, que permite la aplicación de los preceptos reguladores de dicha adscripción. Cuando no consta, entra en juego la presunción del artículo 1.407. Se trata de averiguar si dicho precepto, en atención a su *ratio iuris*, tiene carácter imperativo o dispositivo. Para ello hay que distinguir tres aspectos en la posible eficacia del mismo: su repercusión respecto a terceros, su influencia en el régimen de los bienes durante el matrimonio (sobre todo en cuanto al poder de disposición) y su aplicación al destino de los mismos a la disolución de la sociedad de gananciales. En cuanto al primer aspecto, es evidente el carácter imperativo y la inoperancia del libre arbitrio de los cónyuges. En cuanto al segundo, entiendo el conferenciante que debe darse la misma solución, ya que las normas sobre régimen de los bienes durante el matrimonio tienden a ordenar tales bienes al cumplimiento de los fines familiares, indisponibles para los cónyuges. En cuanto al tercer aspecto, por el contrario, no parece haber ninguna razón de tipo imperativo, ya que los bienes gananciales pierden su afectación y se entra de nuevo en el imperio de la autonomía de la voluntad.

La conclusión es, pues, que la confesión contraria a la presunción no tiene más eficacia que la de prejuzgar la calificación de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta. Esta solución está, por otra parte, de acuerdo con la que resulta del artículo 1.344, que regula en concreto el supuesto de confesión de dote, ya que dicho precepto viene a otorgar a la confesión una eficacia simplemente obligacional que sólo puede traducirse en el momento de la restitución.

Cierra el autor su conferencia mostrando su desacuerdo con la solución dada por la resolución de 11 de marzo de 1957, que aplicó la doctrina de la ineficacia de la confesión a un momento posterior a la disolución de la sociedad de gananciales por muerte del marido confesante, y su acuerdo con la crítica hecha por Vallet de Goytisolo al fallo de tal resolución, aunque por motivos y con alcance diferentes.

La Sociedad Anónima en el Derecho comparado

Bajo este título y en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pronunció una documentada conferencia, el 18 de diciembre, el Excmo. Sr. don Felipe de Solá Cañizares, Decano de la Facultad Internacional de Derecho comparado de Luxemburgo.

De una manera clara y concisa, expuso los términos del tema, haciendo un estudio de los diferentes sistemas de constitución de la Sociedad Anónima, destacando las características más importantes de las distintas legislaciones.

Habló de los diversos sistemas actuales de constitución en sus aspectos de: autorización previa gubernativa, autorización previa judicial, autorización previa legislativa y falta de autorización previa pero necesaria inscripción en un Registro público.

Destacó, como nota especial, que únicamente la República del Ecuador sigue el sistema de autorización previa judicial para la constitución de la Sociedad Anónima.

Al referirse al capital de la Sociedad Anónima, hizo constar la tendencia dominante de exigir un capital mínimo que siguen en Alemania, Dinamarca, Egipto, Turquía, Suecia, etc.; si bien con respecto a Egipto, agregó que es necesario que el capital sea suficiente para realizar el objeto social.

Como nota, que contradice un tanto la concepción tradicional de la Sociedad, consignó que en Iowa (E.E.UU.) se permite que una sola persona física constituya una Sociedad Anónima.

Añadió, hablando de los documentos necesarios para la constitución de la Sociedad Anónima, que es pauta general la exigencia de escritura pública, excepto en Venezuela y Turquía. En la última de las citadas naciones es suficiente el documento privado, a condición de que las firmas sean autenticadas por un Notario.

Subrayó, con especial interés, los sistemas inglés y norteamericano. Dijo que, en el primero, son requisito indispensable el *Memorandum* (acto constitutivo) y los *Articles of Association*. Ambos documentos tienen que ser presentados en el Registro de Compañías, siendo facultativa la presentación del segundo, e indispensable la del primero.

En Estados Unidos existen otra clase de documentos equivalentes, uno al *Memorandum* inglés y, otros, a los *Articles* que se aprueban después de constituida la Sociedad.

El tema, especialidad del conferenciante, fué desarrollado con gran claridad y seguido, con gran atención, por los asistentes.

ANTONIO DEL HOYO SOLER.

B. Extranjeras

El Derecho privado en los cursos de Luxemburgo

La Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo ha celebrado su tercera Sesión durante el verano de 1959. Sus alumnos de primer curso—de los tres que comprende el cuadro de estudios de dicho Centro—han recibido, como en las anteriores Sesiones, enseñanza sobre el método comparativo y sobre los sistemas jurídicos en general. Los alumnos de segundo y tercero han seguido principalmente—agrupados en secciones de Derecho público y de Derecho privado—cursos monográficos sobre temas jurídicos diversos, estudiados desde el punto de vista del Derecho comparado. En esta crónica daremos noticia, exclusivamente, de los cursos monográficos de Derecho privado.

1) Sobre *La responsabilidad civil en Derecho comparado* versó el curso del profesor G. Marty, decano de la Facultad de Derecho de Toulouse. En una breve introducción al tema, el doctor Marty puso de relieve que pocas materias se prestan como ésta a la aplicación del método comparativo, por ser comunes los problemas que por doquier se plantean, si bien, por otra parte, aquella aplicación tropieza con dificultades considerables, ya que, aparte de la variedad de sistemas legislativos sobre responsabilidad civil, en este campo es la jurisprudencia—multiforme y variante—la que tiene la última palabra.

Entrando en el estudio de las nociones generales sobre la responsabilidad, el profesor Marty diferenció la responsabilidad moral y la jurídica, y, en el campo de la segunda, la responsabilidad penal y la civil. Dentro, a su vez, de la responsabilidad civil trazó la distinción entre la responsabilidad contractual y la delictual. Y, así delimitada la materia, se introdujo en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual, objeto del curso, exponiendo sistemáticamente sus numerosos problemas a la luz del Derecho comparado.

Planteó primeramente el profesor Marty la cuestión de si existe un principio general de responsabilidad, o si, por el contrario, sólo los casos particulares dan origen a aquélla. En numerosas legislaciones—observó—el sistema casuístico ha dejado paso a textos que enuncian de modo general un principio de responsabilidad. Esto ha ocurrido en varios países del grupo latino (Francia, Italia, España) y del grupo germánico (Suiza), así como en el Derecho soviético. El Derecho alemán y el anglosajón, por el contrario, se inspiran en una técnica más casuística.

Una segunda cuestión es la relación entre responsabilidad extracontractual y culpa. En la mayor parte de las legislaciones la responsabilidad está fundada, al menos en principio, sobre la culpa. Los países del grupo latino, así, basan en la culpa la responsabilidad, con excepciones—a veces de bastante amplitud—a favor de la responsabilidad objetiva; las legislaciones del grupo germánico se muestran menos favorables a ésta. En el sistema anglosajón de *torts*, los casos de responsabilidad puramente objetiva son relativamente excepcionales. En el Código soviético, finalmente,

se ha querido proclamar un principio de responsabilidad objetiva, pero en su propio articulado subsiste la noción de culpa.

Estudiadas esas cuestiones, en cierto modo preliminares, el ilustre civilista pasó a exponer las condiciones de la responsabilidad, punto modular del curso, dividiendo la materia en tres partes, correspondientes, respectivamente, al daño, al hecho generador de la responsabilidad y a la relación causal.

Por lo que se refiere al daño, señaló primeramente los caracteres que debe ofrecer para que haya lugar a reparación; sistemas representativos en este punto son el francés, que admite, en general, como daño todo caso de interés lesionado (con noción amplia, que tiene la ventaja de comprender numerosos casos, si bien ofrece también el inconveniente de que, en algunos, se protejan intereses nacidos de relaciones inmorales) y el germánico, que exige la lesión de un derecho (con criterio, por tanto, más restringido, que deja sin reparación numerosos casos de perjuicio efectivo). Seguidamente pasó a exponer las variedades de daños indemnizables, deteniéndose especialmente en el «daño moral», cuya admisión en diversas legislaciones y jurisprudencias examinó.

Por lo que toca al hecho generador de la responsabilidad, el profesor Marty diferenció la responsabilidad nacida por el hecho personal y la originada por hecho de otro o por hecho de las cosas. Expuso, en primer término, las diversas técnicas existentes para la calificación del hecho personal. Señaló luego los casos admitidos generalmente de responsabilidad por hecho de otros. Y, penetrando en la responsabilidad por hecho de las cosas, estudió la que pueden originar los animales, los edificios, las cosas inanimadas en general y la energía atómica.

Respecto a la relación de causalidad, el profesor Marty aludió a las teorías que en la doctrina se han esbozado para explicar el nexo causal que ha de unir al hecho y el daño. Tocó después el problema de la responsabilidad de grupo, que se plantea cuando un daño se ha producido en el momento en que varias personas obraban juntas, sin que sea posible determinar con precisión cuál es la que ha causado daño; a este respecto diseñó la evolución de la jurisprudencia francesa y expuso la solución de responsabilidad solidaria que se ha dado al problema en los Códigos polaco y japonés. Por último recordó también la cuestión de la causalidad concurrente, preguntándose cómo afectan los hechos nuevos a la causalidad, y aportando algunas soluciones jurisprudenciales.

La última lección del curso se consagró a las consecuencias de la responsabilidad. Aludió a la posibilidad de reparación en *natura*, admitida en el derecho angloamericano y en los Códigos italiano y alemán. Estudió los problemas que plantea la adecuación de la reparación al daño, señalando sus límites en los diferentes sistemas. Y recordó los plazos de prescripción de la responsabilidad en diversas legislaciones. Por último llamó la atención acerca de las relaciones entre responsabilidad y seguro, preguntándose si la creciente socialización de los riesgos llegará a sustituir a la responsabilidad civil; a su juicio, la intervención de los organismos de seguro y de garantía colectiva ha complicado el proceso de responsabilidad, pero no lo ha sustituido ni lo sustituirá fácilmente en el porvenir.

Confiamos que baste este resumen para advertir que el curso del decano Marty—seguido con vivo interés por el alumnado de segundo y tercero de la Facultad Internacional—constituyó una exposición completa de la problemática de la responsabilidad extracontractual. Las lecciones que lo integraron—explicadas con la claridad y amenidad que son frecuentes en los profesores franceses—pueden, seguramente, ofrecerse como ejemplo de fecundo estudio de una institución civil a base del método comparativo. Y debemos registrar aquí, finalmente, el hecho de que Marty aludió, en casi todos los puntos tocados, a la legislación y jurisprudencia españolas.

2) El profesor M. Rheinstejn, de la Universidad de Chicago, dictó un curso de quince lecciones sobre *El matrimonio en el Derecho comparado*. En él, tras recordar el concepto y significado de la institución matrimonial en los diferentes ordenamientos, expuso la cuestión de la celebración del matrimonio según las legislaciones históricas y modernas, y el problema del matrimonio civil, en relación con el cual señaló los distintos sistemas existentes.

Estudio luego, desde un ángulo comparatista, el principio de indisolubilidad del matrimonio, sus limitaciones y la nulidad del matrimonio por vicios del consentimiento. Se refirió también, con alguna amplitud, al problema de divorcio, recordando la historia de dicha institución y formulando una clasificación de las legislaciones actuales según su posición ante la misma.

Examinó el profesor Rheinstejn, asimismo, la posición de los diferentes ordenamientos acerca de la autoridad marital y resumió los sistemas actuales de organización económica de la sociedad conyugal. Por último dedicó alguna atención al matrimonio en Derecho internacional privado, estudiando los conflictos de leyes en materia de conclusión del matrimonio y divorcio, refiriéndose especialmente a las soluciones francesas, alemanas, americanas e inglesas.

3) *Las sucesiones en el Derecho comparado* fué el tema del curso desarrollado por el doctor K. Neumayer, profesor de la Facultad de Derecho de Lausanne. En la lección inicial, Neumayer bosquejó una introducción histórica a la materia, comparando el Derecho germánico (caracterizado por el principio de la sucesión legítima) y el Derecho romano (informado por el principio de libertad testamentaria). Después, y también con fines de introducción, hizo algunas interesantes observaciones de terminología jurídica, advirtiendo el distinto significado que tienen en los diferentes sistemas algunas mismas palabras de constante uso en el Derecho sucesorio.

Seguidamente, el profesor Neumayer entró de lleno en el tema de su curso, en el que—aplicando método distinto al que ha prevalecido en los otros cursos monográficos de Luxemburgo—no realizó una exposición sistemática de la materia con alusión en cada punto a las distintas legislaciones, sino un examen de algunos ordenamientos, con exposición sintética, en cada uno de ellos, de toda la materia sucesoria.

Explicó así, sucesivamente, los Derechos de Suiza, Alemania, Austria, Yugoslavia, Francia, Italia, Inglaterra y Estados Unidos, e hizo algunas referencias sucintas a las legislaciones de España, Portugal y paí-

ses iberoamericanos; por lo que toca concretamente al Derecho español, dió a conocer el concepto de la mejora, escogida sin duda como institución genuinamente hispánica.

Las lecciones del profesor Neumayer se complementaron con reuniones de seminario, a través de las cuales profundizó en la comparación de los distintos ordenamientos en punto a instituciones concretas, e insistió en la explicación de puntos poco conocidos para parte del alumnado, como el sistema de parentelas de los países germánicos.

4) El profesor F. de Solá Cañizares, decano de la Facultad, explicó un curso acerca de *Las sociedades en Derecho comparado*. El distinguido comparatista español ofreció en aquél el fruto de su laboriosa especialización en esa materia, sobre la cual ha llegado a reunir una documentación hoy por hoy exhaustiva.

Comenzó el profesor Solá por exponer la noción de *sociedad*—y sus diferencias de la *asociación*—en los distintos sistemas: el grupo latino, que considera esencial en la sociedad el fin de lucro; el grupo germánico, que centra la distinción en la estructura social, y el grupo angloamericano, que opone la *society* (equivalente más bien al concepto francés de asociación) a la *company* o *corporation* (correspondiente a la sociedad, cuando gozan de personalidad jurídica). Aquí se extendió en observaciones terminológicas sobre las diferentes clases de sociedades en los tres sistemas, comparando los conceptos diversos que a los mismos términos corresponden en cada uno de aquéllos.

Se refirió después el profesor Solá a la personalidad jurídica de las sociedades. Expuso la atribución de dicha personalidad según los distintos sistemas: en el francés, todas las sociedades gozan de personalidad jurídica, mientras que en el germánico y en el anglosajón gozan las sociedades llamadas «de capitales» y no las «de personas». Habló luego del momento de adquisición de la personalidad: en la mayor parte de los países latinos, germánicos y anglosajones se opera por la inscripción de la sociedad en un registro, mientras que en Francia se produce por la constitución definitiva de la sociedad. Seguidamente estudió la cuestión de la limitación de los poderes de los gerentes, exponiendo la doctrina inglesa *ultra vires* (que favorece a la sociedad, pero perjudica a los terceros que con ella contratan) y la posición germánica de protección a terceros. Finalmente recordó la distinción entre sociedades civiles y comerciales, aludiendo especialmente a los países que (como Italia, Suiza y los de *common law*) no realizan esa clasificación.

Consagró una lección después a la sociedad en participación, examinando, a la luz del Derecho comparado, su terminología, naturaleza y caracteres, y clasificando las diferentes legislaciones en orden a la propiedad de las aportaciones. Puso también de relieve la importancia práctica y difusión en el mundo de esta forma social.

Otra lección fué dedicada a la sociedad colectiva, examinándose su terminología, características, sistemas, constitución y responsabilidad de los socios en el Derecho comparado.

Seguidamente el profesor Solá abordó el estudio de la sociedad anónima, parte principal de su curso. Después de recordar los antecedentes

históricos de aquélla, expuso los regímenes de constitución existentes hoy en el mundo—sistemas de autorización administrativa, de autorización judicial, de autorización legislativa y de libertad con inscripción en un registro—, observando, en conclusión, que los distintos regímenes convergen hoy en un mismo fin: el de asegurar la regularidad de la constitución. Se refirió luego a la forma de dicha constitución, estudiando la distinción inglesa entre «acto constitutivo» y «estatutos» y señalando que en los países continentales, que no tenían esa distinción, se advierte hoy una tendencia a establecerla: la comparación es realmente favorable, en este punto, al sistema angloamericano, y es conveniente admitirlo, simplificándolo en lo posible. Por último subrayó otras corrientes que se advierten en Derecho comparado, como son la inclinación a la uniformidad y la tendencia al aumento de disposiciones imperativas.

A través de las lecciones sucesivas, Solá Cañizares fué explicando la organización de la sociedad por acciones—estudiando especialmente el capital y los derechos de los accionistas—y el funcionamiento de la sociedad en sus órganos, con las cuestiones que plantea la competencia y actuación de la Asamblea y el Consejo de Administración. En cada uno de los puntos tratados esbozó una clasificación personal de las distintas legislaciones, incluyendo todas las del mundo en las sinopsis.

Dos lecciones finales se consagraron a la sociedad de responsabilidad limitada. Después de señalar su difusión en el mundo actual, confrontando su terminología en los distintos países, Solá clasificó éstos en tres grupos, según consideren la sociedad limitada como una variedad de la anónima, o como una variedad de la colectiva, o como un tipo nuevo de sociedad. Clasificó después las legislaciones, igualmente, en orden al número mínimo y al número máximo de asociados exigido. Examinó la limitación del capital en los diversos ordenamientos y terminó con una breve explicación de las partes sociales y los sistemas de cesión de las mismas.

El curso del decano Solá Cañizares constituyó, ciertamente, la lograda aplicación del método comparativo, por un comparatista profesional, a una materia de vivo interés, que queda así estudiada en toda su sistemática desde el punto de vista del Derecho comparado. Y, por otra parte, estas lecciones de Solá, que han sido editadas en multicopista por la Facultad de Luxemburgo, resultan un útil compendio de su extensa obra sobre las sociedades por acciones en Derecho comparado.

J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ

Primer Congreso Internacional de Derecho Cinematográfico

Ha tenido lugar recientemente en Venecia, organizado por el Centro Internacional de Estudios Jurídicos sobre la Prensa y el Espectáculo (C. I. D. I. S.), que preside S. E. don Vincenzo Renis, el Primer Congreso Internacional de Derecho Cinematográfico.

Este Centro tiene la finalidad de favorecer y comentar los estudios jurídicos referentes a la Prensa, el cine, los espectáculos en general y cual-

quier otra forma del pensamiento, mediante estudios monográficos, revistas, etc., y la creación de cursos especiales de ciencias jurídicas para periodistas, organización de Congresos, convenios internacionales y toda actividad que pueda servir para el mejor cumplimiento de este fin.

El consejero La Porta, después de haber examinado la naturaleza jurídica del derecho de autor y poner de relieve la importancia del tema, abordó el difícil problema de la calificación de los derechos subjetivos de los coautores y participantes en la creación de la obra cinematográfica.

Opinaba que si el director cinematográfico tiene un papel prevalente en la creación de un film, aún no se le puede considerar su autor exclusivo. En efecto, a cada uno de los coautores merece reconocerse su derecho en la obra, tanto el de paternidad como el de utilización económica de su personal aportación en la obra.

El profesor Franceschielli, por su parte, afirmó que los dos únicos nombres sobre los que se puede y debe fijar la atención son los del productor y director, y que sólo a este último, en realidad, corresponde la calidad de autor por la función eminentemente creadora que realiza en la elaboración del film.

No obstante, a pesar de las razones jurídicas y prácticas que se dieron en tan docta asamblea para sostener una y otra tesis, no se pudo aprobar en el orden del día una solución definitiva, quedando emplazado para el próximo congreso el mismo tema.

Intervinieron delegados de veinte naciones, entre ellas España, a quien tuve el inmerecido honor de representar. Después de examinar detenidamente las funciones inherentes a cada una de las personas que intervienen en la realización de un film, cité las opiniones de autores españoles, como Batlle, Gascón y Marín, Marín Pérez y Medina Pérez, que han tratado estos temas. Por último señalé la necesidad de una nueva regulación legal adecuada en vista de la insuficiencia de preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, aún vigente en la materia, lo cual es causa de que la doctrina española no haya prestado a la misma el interés y la atención que se merece por su gran trascendencia.

J. A. FERNÁNDEZ CUESTA

II. DICTAMENES

Dictamen acerca de si se da o no derecho de acrecer en la institución de herederos ordenada en el testamento ológrafo de don P. D. G.

Solicita dictamen don J. G. O., en su condición de contador partidor del finado don P. D. G. (q. e. p. d.), designado por dicho causante en la cláusula quinta de su testamento ológrafo con «las más amplias facultades en derecho necesarias para la formación del inventario partición y adjudicación de bienes y todo cuanto sea preciso o conveniente hasta llegar al completo término de la testamentaria»; reforzadas con la prohibición a los herederos—consignada en la cláusula séptima—de impugnar «mi judicial y particularmente» los actos del albacea o del contador partidor, sancionando de que si alguno lo hiciera «perderá por ese acto derecho a lo que pueda corresponderle por este testamento salvo lo que le corresponda por estricta legítima.»

SUPUESTO DE HECHO

1.º—Don P. D. G. dispuso, con fecha en a de 1940, su testamento ológrafo, del cual, aparte de las cláusulas a que antes se ha hecho referencia, sólo interesan para el dictamen que se solicita la tercera y la cuarta, que, literalmente, dicen así:

«3.º—Como prueba, aunque pequeña, de mi reconocimiento y agradecimiento por todos los beneficios que de mis padres muy particularmente he recibido y también de mi hermano S., instituyo a mi madre y a mi hermano S., pues mi padre ya pasó a mejor vida, como únicos herederos de todos mis bienes, como sigue: la mitad, a mi madre, y la otra mitad, a mi hermano S.»

«4.º—Mis bienes figuran inventariados en el cajón tercero del mueble metálico de mi escritorio, y están formados principalmente por mi participación en la casa D. H., la que deseo vaya íntegra a mi hermano, así como también las fincas rústicas y urbanas y cuanto ellas encierran y los demás objetos de mi uso particular. Si todo esto importara más del 50 por 100 de mis bienes, mi hermano S. se reconocerá deudor para con mi madre de la cantidad en que ese valor exceda del citado 50 por 100.»

Es de notar, además, que el testador, en la cláusula 6.ª, nombró albacea a su mismo hermano S., y que como apéndice extraoficial extendido a continuación con la misma fecha del ... de ... de 1940 expresó al mismo S. el ruego—literalmente dice suplico—que de las cantidades que herede haga—«sin gastos para los beneficiarios»—los donativos que a continuación refiere, importantes: nueve, de 20.000 pesetas; uno, de 5.000, y otro, de 1.000.

2.º—La madre del testador falleció en el año 1950, premuriéndole.

3.º—El día del corriente año 1959 ha fallecido el referido don P. D. G., dejando el reseñado ológrafo como único y válido testamento, y sobreviviéndole su hermano S.

CUESTION QUE SE CONSULTA

¿Ha de entenderse que S., el hermano del causante, es su único y universal heredero por considerar aplicable a su favor el derecho de acrecer?

O bien ¿ha de estimarse que la mitad de la herencia que de sobrevivir el testador hubiese correspondido a su madre, premuerta ésta debe corresponder a los herederos abintestato del causante don P., por apreciar que en el llamamiento testamentario no se cumple el requisito exigido en el número 1 del artículo 982 en relación con el artículo 983 del Código civil, y sin el cual no puede darse el derecho de acrecer?

D I C T A M E N

I. Planteamiento jurídico de la cuestión

Formuladas las dos enunciadas preguntas, el consultado ha de acudir en primerísimo lugar al texto de los artículos 982 y 983 del Código civil. Conviene releer, una vez más, ambos preceptos, que dicen:

«982. Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere:

1.º Que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

2.º Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla.»

«983. Se entenderá hecha la designación por parte sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alcuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.»

Repasadas las cláusulas testamentarias anteriormente transcritas, teniendo en la mente estos dos preceptos, se observa:

1.º) Que en la cláusula de institución, tercera del testamento ológrafo, se hace un llamamiento de ambos herederos al todo, «como únicos herederos de todos mis bienes», pero con el aditamento: «como sigue: la mitad a mi madre y la otra mitad a mi hermano S.».

Si se estimara que los dos incisos transcritos se refieren a la institución, la cláusula implicaría una *contradictio in terminis*, pues no es igual que dos personas estén llamadas como *únicos herederos de todos los bienes*, a que se llame *a cada uno como heredero de una mitad de los mismos*.

El sentido de la expresión *únicos y universales herederos*, como *anti-*

tética al llamamiento a cuotas distintas, fué precisado en la S. 8 junio 1869 en un supuesto de institución de un hermano y una sobrina de la causante, de los cuales aquél la premurió, por lo que otra hermana reclamó una participación abintestato por entender que no había lugar al derecho de acrecer, pues la testadora había ordenado a seguido de la institución (sólo separado por punto y coma) «que se dividan mis bienes por iguales partes entre los dos en iguales partes de todos mis bienes que puedan pertenecerme; así espero se cumpla exactamente».

El Tribunal Supremo entendió que «no puede haber la menor duda de que la voluntad de la testadora fué la que expresan sus palabras, *entendidas llanamente y como ellas suenan*; esto es, que sus referidos hermano y sobrina, instituídos con la partícula conjuntiva *y*, fuesen *sus únicos y universales herederos*, lo que excluye toda idea de que en caso alguno entrase a sucederla en los bienes su hermana y legataria, pues entonces los herederos instituídos no serían en realidad *únicos y universales*, como en realidad quiso la testadora que lo fuesen». Y en el siguiente considerando—el 4.º—añadió que «no varía el sentido de estas palabras ni su valor legal el que la misma doña M. R. añadiera a continuación que *se dividan los bienes por iguales partes entre los dos*, porque esta expresión no afecta a la institución de herederos, sino a la ejecución y cumplimiento de esta misma para el caso de que ambos sobreviviesen a la testadora y entrasen a disfrutar su herencia».

¿Habrà de entenderse del mismo modo la cláusula que tratamos de interpretar? De lo contrario—es decir, de estimar que la institución contiene especial designación de partes, fijadas numéricamente—evidentemente resultaría que en sí misma contendría una contradicción. Irreductible si hubiera que destruir el liso y llano sentido de las palabras principales que la presiden: la institución como «*únicos herederos de todos mis bienes*».

Notemos, por otra parte, que la Resolución de 4 de abril de 1903 entendió que se daban las circunstancias exigidas en los artículos 982 y 983 y que había institución en partes alícuotas no numéricas, en un supuesto en que la testadora instituyó por su único y universal heredero a su esposo, disponiendo que si premuriese a la testadora (como ocurrió) se hicieran de su herencia dos partes iguales, siendo una mitad para su sobrino, don E. O. y A., y de la otra mitad se harían tres partes iguales, recibiendo una de éstas su hermana política, doña J. A. y G.; otra los hijos de don J que existiesen, y la otra E. S. y G., hermana política también de la testadora. Esta última premurió también a la testadora, y el acrecimiento de su porción, negada por el Registrador, suscitó la Resolución favorable a su admisión. ¿Pudieron influir en el subconsciente de sus autores los términos distributivos, más que atributivos, de la cláusula que señalaba las participaciones de los llamados?

2.º) Que en la siguiente cláusula del testamento ológrafo el testador expresa el deseo que su participación en la casa D. H., las fincas rústicas y urbanas y cuanto ellas encierren y los demás objetos de su uso particular, vayan íntegros a su hermano S., agregando que: «Si todo esto importara más del cincuenta por ciento de mis bienes, mi hermano S. se re-

conocerá deudor para con mi madre de la cantidad en que ese valor exceda del cincuenta por ciento.»

¿Significa esta cláusula la voluntad del testador de hacer dueño a su hermano S. de *un cuerpo de bienes separado*, excluyente del acrecimiento, conforme al párrafo segundo del artículo 983 C. c.?

La S. de marzo 1910 examinó una institución de herederos que fué formulada así: «Instituyo por herederos voluntarios de cuantos bienes, derechos y acciones me pertenezcan o puedan pertenecer a mis sobrinos y, *por mitad a cada uno de ellos...*», y que tenía como aditamento la prohibición de «que la Autoridad intervenga, porque *quiero que mis dos sobrinos se repartan amigable y extrajudicialmente mi haber, cumpliendo las instrucciones que les he manifestado*; y para que el reparto les sea más fácil, *quiero que sea para mi sobrino e ahijado; y para mi sobrino don L.*; y hago constar que el valor de las dos casas y huerto, con muebles y demás efectos que dejo a mi ahijado, ascienden a 8.000 pesetas, y que si las rentas y acción que dejo a mi sobrino don L. no ascendiera a esta cantidad, él le dará el importe hasta el completo de dicha cantidad, recomendándoles de nuevo que amigablemente se entiendan sin la menor intervención judicial.» El fallo admitió la actuación de acrecer, razonado en su tercer considerando y reafirmado en el cuarto, argumentando que no se opone a ello «la circunstancia que doña D., en la misma cláusula destinada a la institución de herederos, dispusiera los bienes en especie que habían de adjudicarse a cada uno de sus sobrinos, porque sobre no comprenderse en la distribución la totalidad de los relictos, descendió a detalles, como en el cuerpo de la misma cláusula se expresa, para que el reparto les sea más fácil, haciendo uso de la facultad que confiere al testador el artículo 1.056 del Código, y, naturalmente en el supuesto de que sus dos sobrinos le habían de sobrevivir, lo que, por lo tanto, no implica que la institución de ambos no fuera solidaria o que el llamamiento, por lo que a cada uno respecta, se limitara a un conjunto de bienes separado, en cuyo caso faltaría la base de hecho necesaria para que tuviera lugar el derecho de acrecer».

Igual criterio se observa en la Resolución de 26 de diciembre de 1942. El Centro Directivo atendió fundamentalmente a que el testador instituyó universales herederos en propiedad plena a dos amigos suyos, «con lo cual expresó clara e indubitadamente su voluntad de hacer un llamamiento universal a favor de los instituidos en la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones integrantes de la herencia», por lo cual su Resolución admitió el derecho de acrecer al haber premuerto sin descendencia—por la que le había sustituido vulgarmente—uno de los dos instituidos: «Considerando que las circunstancias de que el causante haya usado de la facultad legalmente reconocida de asignar a los dos herederos algunos bienes determinados de su patrimonio y que haya dispuesto que el remanente no especificado se repartiese por partes iguales entre ambos no impide la aplicación del derecho de acrecer»... «que el testamento, ley fundamental de la sucesión, debe interpretarse de manera sistemática, poniendo en

relación unas cláusulas con otras para explicar o deducir la verdadera intención del *de cuius*.»

Hay, pues, que distinguir, conforme esta pauta, las disposiciones referentes a la institución *ex se* y las relativas a la distribución o partición de los bienes, sean éstas determinativas del *quantum* respectivo o bien de la asignación de bienes concretos o de una y otra cosa.

Con ello el dictamen pedido quedaría resuelto si las dos referidas sentencias del Tribunal Supremo que fallaron las dos dudas expuestas hubiesen sido reiteradas y si sus supuestos fuesen idénticos al nuestro (la identidad total es difícil que se dé en disposiciones testamentarias). No siendo así preferimos profundizar más en la cuestión antes de decidir nuestro dictamen, para lo cual haremos un breve repaso previo de los temas perennes de la interpretación de la voluntad del testador y del mecanismo del acrecimiento. Habrá que decidir si es posible distinguir casuísticamente cuándo la determinación de participaciones y la asignación de bienes se refiere a la vocación hereditaria y cuándo únicamente se aplican a la distribución concreta del haber entre los llamados. Es decir, deberemos decidir si caben determinaciones de partes y atribuciones de bienes tanto *ad institutionem* como *ad executionem vel distributionem*. Y una vez resuelta la posibilidad de tal distinción deberemos analizar si en el supuesto objeto de la consulta la determinación de participaciones y la asignación de bienes tienen uno u otro carácter.

II. Interpretación de la voluntad del testador

En materia de sucesión testamentaria tenemos unos postulados o principios indiscutibles sobre los que se fundamenta toda la estructuración del Derecho de sucesiones y que deben tomarse como premisas imprescindibles para apoyar cualquier razonamiento. El fundamental es:

Dicit testator et erit lex voluntas eius (Dig., 35-1, 19). El Tribunal Supremo lo ha recogido reiteradísimamente. Este mismo año, la S. 23 enero 1959, en su segundo considerando, ha dicho que: «*sabido es como el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella deba imperar*».

Pero esta ley de sucesión, como toda ley, debe ser interpretada. El artículo 675 del Código civil, en su párrafo primero, señala las reglas fundamentales de esa interpretación: «*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*»

Interpretando esta doctrina, la S. 23 octubre 1925 recordó que era doctrina ya recogida en las Ss. 22 mayo 1912, 30 abril 1913 y 16 enero 1915, que el Código establece tres principios o reglas de interpretación que tienen un carácter general, dando la norma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación *gramatical*, si no son oscuras o ambiguas las

cláusulas; en otro caso, y por haberse dudado entre la letra y el espíritu, al elemento lógico, y, por último, al conjunto armónico de las disposiciones, o sea al elemento sistemático. La S. 4 marzo 1952 añade otro elemento, el teleológico, que en román paladino la S. 11 abril 1958 llama *finalista*.

El testamento es *rigurosamente formal* (art. 687 C. c.); por ello—y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia—es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente S. de 11 abril 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «*no aconseja, ni acaso permite*, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación las Ss. 28 mayo 1912, 30 abril 1913, 16 enero 1915. Sin embargo, las Ss. 8 julio 1940, 6 marzo 1944, 3 junio 1947 han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, *pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenruelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador* (S. 8 julio 1940), es decir, *que se parta del tenor del mismo testamento* (Ss. 1 junio 1946 y 3 junio 1947), *de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil* (como añade la última sentencia citada). Doctrina que han aplicado las Ss. 6 diciembre 1952 y 5 julio 1957.

Analicemos ahora los elementos principales (gramatical, lógico, sistemático y teleológico) y el complementario (circunstancias extrínsecas apoyadas en el tenor testamentario) del testamento que debemos interpretar.

En el aspecto literal se observa una patente contradicción entre la institución de dos personas *herederas de todos los bienes*—es decir, *herederos universales*—y la expresión de serlo en *una mitad y en otra el otro*. Media la diferencia que observó José González Palomino (*Estudios de arte menor en Derecho sucesorio*. II. *El acrecimiento en la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. II, pág. 525) entre los llamamientos *divergentes*: «a cosas distintas, a cantidades o cuotas de una cosa o de la herencia»—*mancomunadas*, de referirse a cuotas—y «los llamamientos *convergentes*: a un todo», *llamamiento solidario*, pues—como concluye G. Palomino—«evidentemente, *no es lo mismo dejar una cosa a dos por mitad que dejar media cosa a cada uno de los dos*». Así lo había ya indicado la antes examinada S. de 8 junio 1869.

También literalmente el adjetivo «*unicos*», referido al sustantivo «*herederos*», parece determinar una separación excluyente de las demás personas que pudieran aspirar al título de heredero, en especial de quienes lo serían abintestato, y refuerza el llamamiento conjunto a la totalidad, expresado por la designación de «*herederos de todos mis bienes*». Este sentido atribuyó la S. 8 junio 1869 a la conjunción de los términos «*unicos y universales herederos*», «que—dijo—excluye toda idea de que en caso alguno entrase a sucederla [a la testadora] en los bienes su hermana y

legataria, pues entonces los herederos instituidos no serían en realidad *únicos y universales*». Antonio Maura (Dictamen fechado en Madrid a 3 de diciembre de 1902, referente al mismo caso que dió lugar a la S. 6 marzo 1910, recogido con el núm. 20 en sus «Dictámenes», vol. IV, págs. 256 y sigs.) opinó que los términos en que se dispuso la institución «por herederos voluntarios de cuantos bienes, derechos y acciones me pertenezcan o puedan pertenecerme», «excluyen categóricamente a los herederos abintestato». A nosotros nos parece indudable que la adición del calificativo «*únicos*» ha de acentuar ese sentido categóricamente excluyente de esos pretendidos herederos abintestato.

No concuerda, pues, en la dicción literal del testamento que examinamos, la institución de la madre y del hermano S. «*como únicos herederos de todos mis bienes*» con la expresión agregada inmediatamente: «*como sigue: la mitad a mi madre y la otra mitad a mi hermano S.*». Jurídicamente esas dos expresiones son literalmente incompatibles entre sí. Por lo tanto, para armonizarlas, necesariamente deberemos acudir a los otros elementos interpretativos.

Para ello conviene que precisemos el valor de las declaraciones del testador, con distinción de las disposiciones o declaraciones de voluntad, de las manifestaciones de deseos o ruegos y de las expresiones denominadas enunciativas.

En el apéndice del testamento cuestionado se contiene un ruego del testador a su hermano S., suplicándole haga los donativos que detalla. Pero al objeto del dictamen solicitado no interesa su examen y, en cambio, nos parece de interés la declaración *enunciativa* «*propter se*» contenida en la cláusula tercera, que por contener la institución podemos calificar de principal—*caput et fundamentum*—del testamento. Vamos a transcribir la parte de la cláusula que la contiene y a subrayar en ella esa declaración enunciativa: «*Como prueba, aunque pequeña, de mi reconocimiento y agradecimiento por todos los beneficios que de mis Padres muy particularmente he recibido y también de mi hermano S., instituyo a mi Madre y a mi hermano S., pues mi Padre ya pasó a mejor vida...*».

Juan del Castillo Sotomayer (*Quotidianarum Controversiarum Juris*, Libro VI, «De conjecturis et interpretatione ultimarum voluntatum», Cap. XLVI, núm. 17) había repetido que las palabras enunciativas, a pesar de no ser aptas para inducir disposiciones nuevas, son, en cambio, aptísimas y suficientes para inducir la voluntad presunta y las declaraciones de las disposiciones precedentes, y recordó que Bartolo dedujo de la ley *Cum proponebatur, ff. de legatis secundo*, que: «*verba enunciativa inducere probationem eorum, quae in testamento gesta dicuntur: et quod ad probandum qui testator voluerit sufficit si enunciativa hoc scripserit in testamento*». Este criterio resulta hoy en perfecta armonía, y de paso lo aclara, con el apartado final del primer párrafo del artículo 675 C. c.: «*En caso de duda [en la interpretación de una disposición testamentaria] se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*» Tenor que, no hay duda, también lo integran las palabras enunciativas que, por lo tanto, sirven para aclarar,

conforme dicho artículo 675, el sentido dudoso de las palabras dispositivas.

Pues bien: en las subrayadas palabras enunciativas del ológrafo que tratamos de interpretar, resulta: que deseando el testador dar prueba, «aunque pequeña», de su agradecimiento a sus padres y a su hermano S., y habiendo pasado ya su padre a mejor vida, instituí a su madre y a su hermano S. Es decir, manifiesta que su herencia que, por dichos motivos hubiese querido repartir entre los tres, la atribuía a los otros dos al haber premuerto uno. Por lo tanto, de esos términos enunciativos resulta la intención del testador de atribuir todos sus bienes exclusivamente a sus expresados madre y hermano, con criterio excluyente de cualquier otra persona y en forma tal que entre aquéllos actuara el acrecimiento. Del mismo modo que lo operó mentalmente al testar y observar que por la falta de su padre—uno de los tres a quienes debía reconocimiento y agradecimiento— atribuía todos sus bienes a los otros dos, es decir, a su madre y a su hermano, absorbiendo entre ambos la parte alcuota que al padre hubiese asignado de haber estado vivo en la fecha del testamento.

Para interpretar las *disposiciones propiamente dichas* contenidas en un testamento es también necesario tener en cuenta una vieja distinción entre las que son referentes a la *sustancia* de la disposición (institución, legado o fideicomiso) y aquellas otras relativas a su *realización o ejecución* (tratándose de institución de herederos), a su *prestación* (de referirse a legados) y a su *restitución* (de aplicarse a fideicomisos).

Esa diferencia fué utilizada entre los autores de Derecho común para matizar los efectos del plazo respecto la transisibilidad de los llamamientos sujetos al mismo, según *substantiae adiiciatur* o bien *executione, vel solutione* (véase, v. gr., Gregorio López, gl. 2.^a a la ley 31, T. IX, P. 6.^a; Antonio Gómez, *Ad legem, Tauri comentarius*, l. 17, núm. 26; Matienzo, *Comentariae...*, T. IV, l. I, gl. XVII, núms. 8 a 12; Cevallos, *Speculum aureum...*, quaest. 790, núm. 29 y ss.; Luis de Molina, S. J., *De Iustitia*, Disp. 189; Castillo Sotomayor, op. cit., Lib. IV, cap. LVI, núm. 71). Actualmente, Federico de Castro (Parte General I, págs. 685 y ss., nota 6) subraya esa diferencia aplicada a la heredabilidad de la titularidad de heredero bajo condición suspensiva, según el evento se hubiera establecido «como condicionante de la cualidad de heredero» o solamente de «la apropiación de derechos».

La S. de 8 junio 1869 aplicó—como hemos visto—esta distinción enfocándola a la determinación de las participaciones, diferenciando las afectantes «a la institución de herederos» y las referentes «a la ejecución y cumplimiento de esta misma». Criterio igual al que en Francia siguieron las Reps. 18 junio 1878, 10 marzo 1880, 10 julio 1905, según las cuales—como dice el Tratado Práctico de Planiol y Ripert (V, 731)—en cada caso debe apreciarse si la asignación testamentaria de partes recae sobre la disposición testamentaria en sí misma o solamente sobre su ejecución. Pedro Gómez de la Serna (*Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, V (Madrid, 1869), XX, pág. 524) admitió que la expresión de partes por el testador «alguna vez pudiera tener por objeto salir al encuentro de futuras cuestiones, diciendo expresamente que

tengan por partes iguales lo que sin necesidad de decirse de hecho ha de suceder». Roca Sastre (*Estudios de Derecho privado*, II, cap. VII, pág. 225) asimismo admite que la partes se ordenen: sea *in distributione vel demonstratione* o bien *in executione*. Y González Palomino (loc. cit., pág. 530) ha escrito que «la cláusula testamentaria que instituye herederos a Juan y a Pedro, que distribuirán la herencia a razón de una centésima parte Juan y noventa y nueve centésimas partes Pedro, implica un llamamiento universal *solidario en la institución y mancomunado en la distribución*».

Por otra parte, también es clásica la misma distinción aplicada a la asignación de cosas concretas a un llamado. Así vemos que Antonio Gómez (*Ad leges Tauri...*, XVII, núm. 14) distinguió: «quando post dispositionem perfectam et consumatam res esset assignata *solutiōni et sic excutioni actus*» y cuando «*talis assignatio sit substantiae dispositionis*». A este respecto son inconfundibles: la institución en cosa cierta y la asignación de una cosa cierta a cuenta del haber hereditario de un instituido *ex asse*; la mejora de cosa cierta y la mejora de cuota con asignación de cosa cierta; el legado *per vindicationem* y la determinación de una cosa a la cuenta de un legado de parte alícuota. Hay entre una y otra de esas respectivas figuras contrapuestas unas diferencias tan notables como, verbigracia, la subrayada por Gómez entre la mejora de cosa cierta, que se extingue por pérdida de la cosa, y la mejora de cuota con asignación de cosa cierta para su pago, que se mantiene aunque la cosa haya perecido.

Conviene observar el testamento de don P. D. G. con el prisma de estas distinciones.

Al interpretar la cláusula que contiene la institución sólo podremos salvar el contrasentido jurídico si aplicamos la primera distinción expresada. La antítesis entre ser ambos instituidos herederos de todos los bienes y serlo de una mitad cada uno sólo se disipa, sin contradecir las palabras centrales de la institución, entendiendo que la adición «como sigue: la mitad a mi Madre y la otra mitad a mi hermano S.» se refiere a la ejecución y cumplimiento de la institución o llamamiento hecho conjuntamente al todo, tal como la S. 8 junio 1869 había entendido en el supuesto en ella contemplado.

Y puesta en relación con la institución la asignación de bienes hecha en la cláusula 5.ª para don S., resulta aún más evidente que ésta sólo se refiere a la partición. Maura, en su dictamen antes citado, relativo al supuesto testamentario que hemos referido al tratar de la S. 6 marzo 1910, opinó del mismo modo, tanto más cuanto que observó que «en la cláusula ocasional de la consulta—por él evacuada—acontece que la diversidad de conceptos se mantiene más ostensible que otras veces, por cuanto doña A. no subordina a la formación de los dos lotes la institución por mitad, sino que manda salvar esta última por medio de las compensaciones pecuniarías si la igual división se encontrase alterada con las adjudicaciones» (circunstancia que también se prevé en igual forma en la cláusula 4.ª del testamento de don P.). La S. de 6 marzo 1910 fué acorde al dictamen de Maura, y estimó que la testadora usó de la facultad conferida en el artículo 1.056 del Código civil.

Como resumen de ese aspecto interpretativo podemos anticipar nuestro dictamen de que:

Literalmente: La *universalidad*, que se expresa con la institución de ambos herederos en *todos los bienes*, es incompatible con el llamamiento separado de cada uno a una cuota diferente, y la *unicidad* («*únicos herederos*») refuerza esa referencia al todo del llamamiento de ambos, pues *tan sólo si están llamados al todo podrán ser únicos en cualquier evento* y sólo así *cualquiera de los dos que sobreviva al causante conservará su unicidad excluyente de otros presuntos herederos abintestato*.

Lógicamente: Esa institución de herederos universales y únicos que encabeza la disposición, únicamente puede armonizarse con la atribución de cuotas y asignación de bienes subsiguientes, si entendemos que éstas se refieren a la ejecución y partición y no a la sustancia de la institución.

Teleológicamente: Las palabras enunciativas de la cláusula tercera, que antes hemos enunciado, refuerzan—como hemos visto—la universalidad y exclusividad del llamamiento que resultan de los términos literales que presiden la institución.

Sistemáticamente: Sólo así pueden ser armonizadas las cláusulas testamentarias 3.ª y 4.ª en el sentido lógico antes expresado, el cual se refuerza por la colocación de la institución universal como cabeza de las disposiciones que luego desarrollan el modo cómo ha de cumplirse y realizarse.

III. El derecho de no decrecer de los herederos universales

El acrecimiento—no demasiado correctamente denominado derecho de acrecer—obedecía en Derecho romano a dos diferentes razones: una aplicable sólo a los herederos, dimanante de la universalidad de la institución, y otra, referible igualmente a legados y fideicomisos, derivada de la regla *concursum partes fiunt*.

El llamado *derecho de acrecer forzos* o de *no decrecer* deriva del principio de la universalidad de la institución y del predominio del *nomen* sobre la *assignatio*. La universalidad de la institución corresponde a la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante como continuador de su personalidad. Antonio Gómez (*Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regii*, I, X, 18) señaló que, aun cuando se afirmaba comúnmente que la razón radicaba en el principio «*one testator decedat pro parte testatus et pro parte intestatus*», la verdadera razón «*est quia haeres debet representare defunctum... et si dictum heres in totum, representat illum in totum, si vero sunt plures, omnes simul repraesentat illum insolidum. et qualibet pro sua parte... si non accrederent alie partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum, quod esset monstruosum, et impossibile: quia fictio imitatur naturam: et id, quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo citus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem representari pro parte*». Es decir, que así como una persona no puede morir en parte, tampoco puede operarse en parte el fenó-

meno sucesorio que coka al heredero jurídicamente en lugar del causante; lo contrario sería *contra natura*, por lo cual, si hay varios herederos, todos a la vez le representan solidariamente y cada cual por su parte, y, por eso, el acrecimiento se estimó necesario.

Se ha dicho que ese derecho de no decrecer desapareció y que fué borrado el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada en virtud de la ley 1.ª, del título XIX del Ordenamiento de Alcalá. Cierto que algunos autores lo entendieron así—Tello Fernández, Cevallos, Pichardo y prácticamente Matienzo—, pero la gran mayoría—Gregorio López, Covarrubias, Antonio Gómez, el jesuita Luis de Molina, Vázquez de Menchaca, el otro Luis de Molina, Acevedo, Ayllón Lafnez, etc.—sostuvieron la opinión—que todavía en el siglo XVIII mantuvo Febrero—de que dicha ley, conforme a su letra, solamente se refirió a la validez de las mandas y otras cosas que en el testamento se contienen «cuando el testador no haya hecho heredero alguno» o «si el el testador instituyere heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar». Es decir, que en estos casos el testamento valía como si tuviere cláusula codicilar, siendo herederos los llamados abintestato; pero sin que en los casos en que hubiera válidamente institución de heredero, aunque fuese *ex re certa* o de cuota, se modificasen los principios de la universalidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones (a título de heredero) testada e intestada, ni se derogaran las reglas romanas de la institución en cosa cierta.

No obstante, en el siglo pasado pasó a predominar aquella posición que antes sólo había sido minoritaria. Y así vemos afirmar al Tribunal Supremo, en la citada S. 8 junio 1869, que la ley 1.ª del Ordenamiento de Alcalá derogó el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. Bajo este presupuesto se redactó el artículo 764 del Código civil: «El testamento será válido aunque no contenga institución de herederos, *o ésta no comprenda la totalidad de los bienes...*; en este caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.» Esta disposición es indudablemente contraria al principio de la incompatibilidad en una misma sucesión de herederos testados e intestados y termina con el predominio del *nomen* sobre la *assignatio* por lo cual el artículo 768 dice que: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario».

¿Pero ocurre lo mismo con el principio de la universalidad de la institución?

La derogación de los corolarios no presupone la derogación total del principio. Ni el predominio de la *assignatio* sobre el *nomen*, ni la posibilidad de que concurren herederos testamentarios e intestados, contradicen realmente el principio de la universalidad la institución. Lo había observado ya el jesuita Luis de Molina (*De Iustitia*, disp. CLV, n.º 25): «es ridículo defender que se oponga al derecho natural el morir en parte testado y en parte interesado, ya que esto no solamente se permite en el militar, sino que, cuando el heredero sea incapaz de adquirir toda la herencia puede el testador instituirle en los bienes de que sea capaz, muriendo in-

testado acerca de los demás... Y es de suyo evidente que no hay absurdo alguno, en que del mismo modo que una persona puede morir íntegramente testado, si dice: *Instituyo a Pedro por heredero de tal fundo, o de de la quinta parte de mis bienes, pasando el resto de mis bienes a los herederos que deban sucederse abintestato*, pues, en este caso, los herederos abintestato serían herederos por testamento; lo mismo podría haberse establecido que los bienes de que expresamente no se disponga por testamento, pasen a los herederos abintestato.»

Y ese ha sido, indudablemente, el criterio seguido por el Código civil. En él se presupone que el testador, cuando sólo ha dispuesto válidamente de una cosa o de una cuota, quiere que el remanente pase a los herederos abintestato. Presuposición que no contradice el principio de la universalidad de la institución, entendiéndose que el testador llama a los herederos testamentarios para que concurren, en la parte que determina, conjuntamente con los abintestato. El principio de la universalidad lo recoge el propio Código en el art. 660, al decir: «*Llámanse heredero al que sucede a título universal...*» La S. 16 abril 1947 subraya que el heredero se encuentra llamado, en principio a la totalidad de la herencia; igual como sucedía en el Derecho romano, instituída heredera una sola persona sin determinación de cosa ni de cuota, se entiende que ha sido llamada al todo. Por lo tanto, instituídas varias con igual falta de determinación, lógicamente debe entenderse lo mismo de todas y cada una sin perjuicio de la recíproca comprensión que entre ellas provoque su *concursum*.

El principio de la universalidad de la institución ha de seguir jugando en estos casos, y con mayor razón cuando el testador haya expresado su voluntad en este sentido, sea expresamente o bien con palabras que denoten claramente su voluntad, tales como el calificativo «universal», o su plural «universales», aplicado a los nombrados herederos, o las expresiones vulgares equivalentes, como la de instituirles «en todos los bienes»; así como el calificativo de «únicos», que, como hemos visto antes—según la S. 8 junio 1869 y el dictamen de Maura—, excluye a los presuntos herederos abintestato.

Por ello, incluso en los casos de aquellos llamamientos al todo expresados, con impropiedad e incorrección terminológica—subrayada en la Res. 23 agosto 1923—, y hechos después de reconocer legítimas y ordenar legados, al instituir «en el remanente de sus bienes», la Dirección General de los Registros y el Notariado: en la Res. 20 diciembre 1929, atribuyó la cuota de legítima, renunciada por la madre, a las hermanas instituídas en el remanente *únicas y universales herederas*, y en la Res. 19 mayo 1947 estimó herederos universales o los llamados al remanente y exigió que el legado dispuesto—que por la dicción literal parecía excluído de remanente—fuera entregado por ellos al legatario. Criterio paralelo al seguido en el Derecho romano con referencia a los llamados *excepta re certa* (Dig. XXVIII-V, 74).

Una manifestación del principio de la universalidad de la institución y del no decrecimiento inherente, aparece con claridad en el art. 888 C. c., al disponer que: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el

legado, o éste, por cualquier causa no tenga efecto, *se refundirá en la masa de la herencia*, fuera de los casos de sustitución y de derecho de acrecer». Esta última salvedad sirve para destacar la diferencia entre ese no decrecimiento derivado de la universalidad de la institución y el más específico derecho de acrecer propiamente dicho.

En el caso objeto de nuestro dictamen hay un llamamiento de herederos universales—«*en todos mis bienes*»—hecho con carácter excluyente de la concurrencia de éstos con los posibles herederos abintestato—al destacar a los llamados como *únicos*—y no se les llama a unas cuotas determinadas sino que—según hemos visto—éstas sólo se expresan a efectos de ejecución y división. Luego si al nombrarlos *únicos* no pueden concurrir con ellos los herederos abintestato, y al ser llamados a la totalidad ambos y cada uno son *universales*, al cesar el *concursus*, por premorir uno de ellos, debe actuar el llamamiento universal dando lugar a la actuación del denominado clásicamente derecho de no decrecer. Don S. ha de recibir, pues, toda la herencia.

IV. El llamado derecho de acrecer de los conjuntos.

Pero por si alguna duda quedase acerca de la aplicabilidad del derecho de no decrecer de los herederos universales en el régimen vigente desde la promulgación de nuestro Código civil, creemos que no es ocioso el examen de si en el caso que estudiamos se da, además, el llamado derecho de acrecer voluntario de los conjuntos.

Esa modalidad, a diferencia del acrecimiento derivado de la condición de heredero y exclusivo de ésta, se puede dar también en legados y fideicomisos. Además, en la institución de herederos podían concurrir ambas formas de acrecimiento, determinando en ella el acrecimiento llamado voluntario, la preferencia de los llamados conjuntamente sobre los demás herederos, a los cuales su derecho de no decrecer les quedaba comprimido, reducido a las porciones en las que no jugara el derecho de acrecer de los conjuntos.

El calificativo de voluntario, atribuido al derecho de acrecer de los conjuntos, demuestra evidentemente su dependencia de la voluntad del testador. A partir de Paulo, dice Robbe («Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto romano classico»—Milán 1953—, cap. X, pág. 351), se creó un sistema de presunciones, basado sobre la tridistinción de las conjunciones, en virtud de las cuales la devolución de las cuotas vacantes depende de la forma en que se hizo la vocación más que de otras razones. Biondi («Diritto ereditario...», págs. 237 y 238), llega a afirmar «que las tres formas de *coniunctio* de que habla Paulo tienen un valor aproximativo y de enseñanza, y que los juristas, de hecho, a través de la expresión del testamento, procuran siempre interpretar la voluntad del testador, para determinar si éste, efectivamente, había querido llamar varias personas en la misma cuota».

Recientemente, ciertos autores han sostenido que este derecho de acrecer no tiene un fundamento subjetivo sino objetivo. Reconocen que, cier-

tamente, el testador puede provocar o impedir el derecho de acrecer, pero que creada por el testador la situación objetiva de concurrencia en llamamiento solidario, característica del derecho de acrecer, éste actúa *ex lege*. Pero la divergencia de esta explicación, respecto la clásica, es más conceptual que práctica desde el momento en que se admite que la vocación solidaria, determinante del acrecimiento, deriva de la *voluntad real* del disponente, aunque los efectos de esa forma de llamamiento sean los determinados por la ley (Pablo Beltrán de Heredia, «El derecho de acrecer»—Madrid, 1956—c. II, 3, págs. 32 y ss.), o que se trata de una voluntad no formalmente expresada pero sí real y explícita, en virtud del llamamiento conjunto (Roca Sastre, loc. cit., pág. 228).

Creemos que, fundamentalmente, en lo que discrepan las posiciones subjetiva y objetiva es en su respectivo enfoque visual. Miran el mismo fenómeno desde posiciones distintas y destacan aspectos diferentes. El acrecimiento deriva de dos concausas: una, su reglamentación objetiva hecha por la ley, para todo llamamiento solidario, y otra, la voluntad del testador, apreciada fundamentalmente por la fórmula de la vocación, indicativa de la solidaridad del llamamiento verificado. La tesis subjetiva enfoca especialmente esta segunda concausa, mientras que la tesis objetiva hace lo contrario. Prueba práctica de que la cuestión es fundamentalmente *conceptual* nos es brindada por González Palomino (loc. cit., p. 523) al afirmar que «el testador no puede prohibir el derecho de acrecer cuando proceda, ni ordenarlo cuando sea improcedente», pero que de prohibirlo deberá entenderse «no como una prohibición del acrecimiento, sino como la interpretación auténtica de que donde parecía existir un llamamiento solidario no había tal cosa», y, contrariamente, en el caso inverso. Siendo así, prácticamente, ¿qué más da una u otra posición doctrinal?

Podemos hablar de *valoración legal del llamamiento hecho por el testador según los términos en que éste haya sido formulado*, tal vez mejor que de presunción de su voluntad, pues ésta, verdaderamente, no deja de estar sintetizada en la fórmula que legalmente es estimada como llamamiento acrecible.

Ahora bien, y ahí está la cuestión realmente práctica a la que apuntan los defensores de la tesis objetiva, esa valoración legal de la voluntad del testador no puede ser destruida por datos extratestamentarios que la contradigan. Es decir, no se trata de una *verdadera* presunción—dicen concluyendo su razonamiento—porque no admite prueba en contrario. Pero los autores clásicos llegaban al resultado a pesar de hablar, como Mántica («De preassumptionibus», IV-86, 11), de que «*ius accrescendi praesumitur a lege introductum ex coniecturata mente testantes*». Y es que la razón de no admitirse contraprueba extratestamentaria deriva del carácter rigurosamente formal del testamento, lo mismo que la regla interpretativa que ha recogido el art. 675 del Código civil. La voluntad del testador ha de apoyarse en el testamento: por lo tanto, la valoración legal de la misma, a través de la formulación del llamamiento, sólo podrá ser destruida o modificada apoyándose en otras palabras del testamento.

Los antecedentes interpretativos de nuestro Código, es decir, la doc-

trina común de los autores castellanos, y su reconocimiento por la jurisprudencia posterior, centran el derecho de acrecer en la presunta voluntad del testador. Así:

Entre los autores castellanos, vemos, v. gr., que Antonio Gómez (*Variae*, I-III, n.º 24, vers. *infero* 14) deduce que por la tácita y presunta intención del difunto se aplica entre los herederos y legatarios el derecho de acrecer. Y, en el siglo pasado, también v. gr., el romanista Pedro Gómez de la Serna (op. y vol. cit., pág. 522), nos dice que el acrecimiento «en los legados es, solamente, resultado de la interpretación de la voluntad del testador, que se supone haber querido que cada uno y todos aquellos a quienes dejaba una manda conjuntamente, tuvieran la cosa en que consistía, con preferencia al heredero». Opiniones que concuerdan con las que antes hemos referido de los actuales maestros romanistas Biondi y Robbe.

Modernamente, De Buen (Notas al Curso de Colin y Capitant VIII, pág. 403), ha llegado a afirmar que «las reglas señaladas por el Código para resolver cuando existe y cuando no existe derecho de acrecer, tienen sólo un valor supletorio, constituyendo presunciones legales que no resisten en ningún caso la prueba de la intención contraria». Y, paralelamente, en Francia, en el Tratado Práctico de Planiol y Ripert (V. n.º 731), se afirma que con la moderna jurisprudencia francesa los arts. 1.044 y 1.045 del Código de Napoleón, paralelos a nuestros arts. 981 y 982, no representan más que presunciones enervables, no sólo por la prueba en contrario, sino incluso por presunciones subsidiarias.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es uniforme y reiterada en afirmar que el derecho de acrecer: tiene lugar «cuando proviene de la voluntad de los testadores» (S. 8 junio 1869); que «entre colegatarios tenía por fundamento en la legislación romana, como lo tiene en la común española, la voluntad presunta del testador» (Ss. 25 abril 1915 y 5 diciembre 1917); «que el derecho de acrecer tiene como único fundamento, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal, la voluntad presunta del testador» (S. 6 marzo 1944).

Concedemos que sea preferible decir, en lugar de voluntad presunta, voluntad objetivamente valorada por la fórmula usada en el llamamiento testamentario; pero el resultado a que llegamos es el mismo: esa valoración resulta de la expresión testamentaria de la voluntad del testador, y por lo tanto, queda confirmada o modificada por la que, según el tenor del mismo testamento, resulte ser la verdadera voluntad del testador.

Aclarado este punto, básico y fundamental para el correcto entendimiento del llamado derecho de acrecer voluntario, podemos penetrar en el examen de los datos que la ley tiene en cuenta para dar lugar a su aplicación, valorando en este sentido las palabras del llamamiento testamentario.

Generalmente, todo ha sido centrado en la doctrina de las *conjunciones* y *disyunciones* en los llamamientos. Pero no ha habido unidad de criterio en apreciar esta doctrina al examinarla en el ámbito del Derecho romano, antecedente de la regulación del Código civil.

La certeza de que, en este punto, hay inmediatividad, sin solución de continuidad entre el Derecho romano y el Código civil es indudable. Verdad que no ha faltado quien (Escriche, «Diccionario...» T. I, voz *Acrecencia*) haya afirmado que la ley 33, Tít. IX de la 6.^a Partida sancionó la interpretación excluyente de las conjunciones *verbis tantum*. Aunque otros observaron que esta ley de Partidas era trasunto de la disposición 8, tít. XX, Lib. II de la Instituta, ambas referentes a los legados, pero no a la institución de herederos (v. gr., Febrero—Tratado de Particiones, Lib. II—aplica las tres conjunciones al acrecimiento de la institución de herederos—capítulo VII, § III, n.º 80—y sólo las *re tantum* y *re et verbis* a los legados—cap. VI, § IV, n.º 117). Pero, y en definitiva, ha predominado el criterio de estimar que, aunque estas dos leyes sólo pusieran ejemplos de dichas dos clases, este dato no basta para deducir la exclusión de las conjunciones meramente *verbis non etiam re* (García Goyena, «Concordancias...», artículo 816, T. II, pág. 209).

Esta fué la cuestión crucial; determinar, según el Derecho romano, el concepto de la conjunción *verbis tantum* y si entre los unidos en un llamamiento de esa clase se daba o no el derecho de acrecer.

Es de notar una diversidad posicional que ha separado, de una parte, los autores de Derecho común, en general, y, de otra, los romanistas modernos a partir de Voet, excluyendo de ese grupo los más contemporáneos.

Entre los romanistas modernos predominaba el criterio de estimar que el Derecho romano rechazó el acrecimiento voluntario entre los llamados *verbis tantum*, y de considerar como tales tanto a los llamados en la misma cláusula a una cuota específica distinta—v. gr., «Instituyo a Ticio en un tercio de la herencia, a Cayo en el otro tercio y a Mevio en el tercio restante»—como a los llamados en la misma cláusula con indicación de partes alcuotas o expresando que su llamamiento se hacía por partes iguales—v. gr. «Instituyo a Ticio, Cayo y Mervio por partes iguales» o «por terceras partes».

Pero, para valorar los precedentes del Código civil—paralelamente a lo que observó Martí Miralles (R. D. Priv. XVII, pág. 69) con relación al Derecho romano supletorio del Derecho catalán—, más que el Derecho romano puro, según lo explican los teóricos modernos, nos interesa tal como se venía aplicando en la generalidad de los países civilizados en la época anterior a la Codificación, es decir, el llamado Derecho común.

Y, situado en el campo de ese Derecho común, entre los autores castellanos, vemos con respecto al concepto y los efectos de las conjunciones *verbis tantum* otro criterio, diverso al expuesto. Así, Antonio Gómez (Variae... LX, 24 y s.), llamaba: *conjuncti re et verbis* a los llamados e instituidos por el testador en una y misma oración sin asignación o expresión de partes; *conjuncti re tantum* a los llamados en diversas cláusulas u oraciones a la misma herencia; *conjuncti verbis tantum* a los llamados en la misma cláusula y oración en diversas y separadas porciones, v. gr. por partes iguales, y *disiuncti* a los llamados en diversas cláusulas y oraciones y a diversas y separadas porciones—v. gr. «Instituyo a Ticio heredero en media parte de mi herencia, a Cayo en la otra mitad», (nótese que son

llamados en la misma cláusula, pero en dos oraciones distintas). A su juicio, no existía diferencia entre las llamadas en una u otra forma de conjunción (n.º 25) e incluso en caso de concurrencia (planteada a las leyes 89, Dig. XXXII-III y 66 Dig. XXVIII-V) de conjuntos *re tantum* y *verbis tantum* éstos debían ser preferidos (n.º 32). Lo mismo opinó Spino (*Speculum* Gl. IX, princ. n.º 11). En cambio, Cevallos («Communes contra communes», *Quaest.* 99), para este caso, se inclinó por la opinión que admitía el acrecimiento de unos y otros sin prelación. Y del Castillo Sotomayor (Lib. IV cap. LVI, n.º 78), aclaró que «entre los conjuntos *verbis tantum*, siempre tiene lugar el derecho de acrecer, cuando son correctamente conjuntos, esto es, cuando la misma cosa les es relicta y sólo intelectualmente es hecha la separación, como diciendo por iguales partes»; y subrayó que la conjunción verbal tiene incluso mayor fuerza y efecto que la real. Criterio que ya había expuesto con maravillosa sutileza Vázquez de Menchaca (*De successionum Progressu*, L. III, § XXII, n.º 28).

Se ha recordado que el italiano Bonfini—el cual, a través de su influencia precursora del criterio de los redactores del *Código italiano*, pudo contribuir a formar el de los autores del nuestro—había afirmado que los llamados en una única oración por cuotas indivisas, haciéndose únicamente la división por cuotas intelectuales no perceptibles a los ojos, pese a aparecer en su figura verbal como *verbis conjunctis re autem disjuncti*, no obstante son verdaderamente *et re et verbis conjuncti*, por lo que debe haber lugar al derecho de acrecer.

Pocos años antes de la promulgación del Código civil español, el romanista Pedro Gómez de la Serna (loc. cit.) expresó su creencia de que «en este punto no puede establecerse una regla absoluta» y que «esta cuestión viene a ser de interpretación de voluntad y de hecho, sobre lo que no es fácil fijar reglas generales».

Idéntica idea a la que late en el segundo considerando de la repetida S. de 8 junio 1869, que partiendo de que el derecho de acrecer vigente provenía de la voluntad de los testadores, consideró: «Que esto sentado, se comprende que es imposible establecer una regla general y uniforme para la aplicación del derecho de acrecer, porque con dificultad pueden presentarse dos disposiciones testamentarias perfectamente iguales y redactadas con idénticas palabras que deben ser la ley suprema y especial en cada caso particular.»

Palabras que nos recuerdan las de los romanistas actuales Biondi y Robbe, antes referidos. Por cierto que este último insiste en que al variar después de la Constitución de Antonino Caracalla al criterio interpretativo de la ley *Papia Poppaea*, que de restrictivo de las conjunciones pasó a ser extensivo, llegóse por Paulo, no sólo a admitir el acrecimiento de los *coniunctus verbis tantum* sino a considerarlos preferentes a todos los demás.

Apoyada en ese criterio interpretativo, la S. 8 junio 1869, después de apreciar un llamamiento conjunto en el hecho nombrando a los llamados «mis únicos y universales herederos», estimó que la adición ordenando, a seguido, que «se dividan mis bienes por iguales partes entre los dos» afec-

taba solamente a la ejecución y cumplimiento de la institución. Y, por ende, dió lugar al derecho de acrecer.

Pocos años después, se consagró en Francia igual doctrina en las Req. 18 junio 1878 y 10 marzo 1880. En el Tratado de Planiol y Ripert (vol. cit. n.º 731), al comentar esa doctrina, se observa que hace falta que la asignación de partes sea principal y dispositiva, para que tenga por efecto suprimir el derecho de acrecer; pero que no lo excluye si es hecha a título accesorio sin despojar a los llamados de la solidaridad de su vocación, sino sólo para determinar la forma como debe hacerse el reparto entre los concurrentes; y que los jueces, para resolver si ha de negarse o darse el derecho de acrecer han de apreciar cuando la asignación de partes se refiere a la disposición testamentaria en sí misma o sólo a su ejecución.

La interpretación clásica en Castilla, Vázquez, Antonio Gómez y del Castillo Sotomayor; las opiniones de los juristas contemporáneos a los trabajos codificadores, García Goyena (op. y vol. cit., arts. 816 y 817), Gómez de la Serna (loc. cit.), Benito Gutiérrez («Códigos...» III, cap. VI, art. 4.º *in fine*); la tesis de la S. 12 junio 1869, y la posición de la jurisprudencia francesa: constituyen el cuadro que presidió el alumbramiento de los artículos 982 y 983 C. c., preparado en los arts. 816 y 817 del Proyecto de 1851.

Del art. 982 n.º 1 resulta que la conjunción de llamamientos que da lugar al derecho de acrecer, existe cuando «dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes». El art. 983 trata de aclarar cuándo hay y cuándo no hay designación de partes. Según su § 1.º *se entenderá hecha «sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero»*. Su § 2.º dice que *no la hay* y, por lo tanto, no excluye el derecho de acrecer, la frase «*por mitad o por partes iguales*» «*u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado*».

Del texto comparado de ambos artículos se deduce la diferencia entre el llamamiento concreto a una parte o cuota para cada uno y el llamamiento conjunto al todo con designación de parte alícuota de distribución. En el primer caso, la ley entiende que el testador ha concretado y delimitado el llamamiento, sólo a la parte o cuota a que lo refiere. En el segundo, contrariamente, aprecia un llamamiento de todos al todo y un señalamiento meramente distributivo de participaciones para resolver el concurso—*concurso partes fiunt*.

El § 2.º del art. 983 exige para que esa designación de partes alícuotas no excluya el derecho de acrecer, que no las fije numéricamente ni por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado.

La expresión *fijar numéricamente* puede inducir a cierta perp'lejidad, pues precisamente la designación de partes alícuotas es una determinación numérica. Pero, hay que precisar que, conforme al Diccionario de nuestra Real Academia de la Lengua, «*fijar*» requiere que la determinación, limitación, precisión o designación *se haga de un modo «cierto», es decir, definitivo*. Cuando el testador concreta o limita el llamamiento a una cuota determinada la *fija*, porque su vocación es *solamente a la misma y a*

nada más; en cambio, *no la fija* si llama al todo, aunque señale partes ali-cuotas para resolver el concurso de los llamados, pues con esa determinación sólo indica una proporción para resolver esa concurrencia al todo, al cual, en principio, están llamados todos y cada uno de los designados.

La S. 5 junio 1917, aun cuando observó que esta fórmula, en cierto modo, tiene un aspecto numérico, dió lugar al derecho de acrecer en un llamamiento «por iguales novenas partes», «por ser [la fórmula] ideal y no fijar expresamente una cuota en cantidad, en fincas o en otra clase determinada de bienes o por otras señales que hagan a cada uno de los herederos dueño de un cuerpo de bienes separados».

La S. 25 abril 1915, apoyada en la interpretación de la voluntad del testador—que estimó como fuente del derecho de acrecer—, lo aplicó entre unos sustitutos fideicomisarios llamados «de modo que de los indicados bienes se hagan en al caso seis partes iguales, de las cuales perciban una cada una de la expresadas esposa e hijos del señor testador, y la sexta parte restante debe repartirse por igual entre los dos referidos nietos de éste».

Como hemos visto antes, la voluntad del testador de acuerdo con el tenor del testamento es la ley de su sucesión, por eso, para apreciar cuando el testador sólo ha llamado a una *parte* o cuando ha llamado *conjuntamente al todo con determinación meramente distributiva de módulos de participación* habrá que valorar las palabras empleadas en el testamento y deducir su verdadera voluntad según el tenor del mismo. La fijación numérica y el señalamiento de bienes habrá que apreciarlos relacionando unas con otras las disposiciones del testamento, infiriendo así *si se refieren a la vocación y fijan el llamamiento*, o bien *si únicamente se refieren a la ejecución o distribución derivadas de un llamamiento conjunto de varios llamados al todo*.

Hemos visto que han abonado ese criterio: la S. 8 junio 1868, respecto la designación de cuotas, que entendió hecha a efectos distributivos, subsiguiente a un llamamiento al todo como únicos y universales herederos—posición paralela a la adoptada por la jurisprudencia francesa—, y la S. 6 marzo 1910 y la Res. 26 diciembre 1942, que diferenciaron, de una parte, la determinación de bienes hecha a efectos *particionales* entre los llamados conjuntamente al todo y, de otra, los llamamientos diferenciados o distintos a cuerpos separados de bienes. La S. de 1910 respondió a la pregunta formulada por Maura, en su referido dictamen: ¿Qué sucederá cuando la asignación a cada heredero de un cuerpo de bienes separado no se haga por vía de limitación del llamamiento, sino para los efectos de la partición?». El dictamen había afirmado: «Para que excluya el derecho de acrecer la asignación de cuota numérica o de cuerpo de bienes separado, asignación de la cual habla el párrafo segundo del art. 983, es preciso que ella se haga como modo y límite de la institución y no en el ejercicio de la facultad que la ley confiere al testador para hacer por sí mismo la partición de sus bienes». «Aunque ambas cosas—añadió—puedan parecer muy análogas y fáciles de confundir, en el texto literal y en los resultados prácticos, difieren sustancialmente en la *intención* del testador, raíz y norma del acrecimiento o de la entrada de herederos *ab intestato*.» La S. de 1910 tuvo

ese mismo criterio: el uso de la facultad que el art. 1056 confiere al testador no excluye el derecho de acrecer, si la institución de heredero fué otorgada en términos universales y «por mitad a cada uno de ellas» [los dos instituidos].

Aplicado el caso que debemos dictaminar a la pauta de los requisitos necesarios para que se dé el llamado derecho de acrecer voluntario o de los conjuntos, en los términos exigidos por nuestro Código civil, tenemos el siguiente resultado:

Según el análisis interpretativo, hecho anteriormente, de las disposiciones hereditarias dispuestas por don P. D. G., éste instituyó a su madre y a su hermano S. como *únicos herederos de todos sus bienes*, es decir, los llamó al todo y no a una parte diferente a cada uno, y sólo a efectos de ejecución, distribución y partición indicó la participación de una mitad para cada uno, como módulo distributivo, y asignó determinados bienes a su hermano S., como acto particional amparado por el art. 1.056 del Código civil. Y, además, mentalmente, el testador había mostrado su criterio favorable al acrecimiento, al indicar su agradecimiento a sus padres y a su hermano S. y decir que, como pequeña prueba del mismo, habiendo pasado ya su padre a mejor vida, instituya a su madre y a su hermano S. como únicos herederos, es decir, absorbiendo íntegramente, entre los dos llamados, lo que de no haber premuerto el padre hubiese, sin duda, atribuído a los tres.

Por lo tanto, siendo la voluntad del testador ley de su sucesión y habiendo hecho un llamamiento *conjunto* a su herencia, referido al todo y con la exclusividad de los llamados, que expresa el calificativo de «*únicos*», y no aplicándose al llamamiento, sino sólo a la distribución y a la partición, la determinación de cuotas distributivas y la asignación de bienes concretos, que, por tanto, no forman un cuerpo de bienes separado a que se concreta el llamamiento de uno de los instituidos, resulta: que, premuerta la otra instituída, *debe acrecer a aquél, es decir a don S. D. G., la porción que de no haber premuerto hubiese correspondido a la madre, y, por lo tanto, dicho don S. debe ser el único y universal heredero de su hermano, el testador don P.*

Este es nuestro dictamen, que sometemos a cualquier otro mejor fundado.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

III. NOTAS CRITICAS

Un aspecto del artículo 568 del Código civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización

I. El precepto citado en el título determina que si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, o por haberse efectuado la apertura de un nuevo camino que dé acceso a ella, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización. Muy pronto comenzó la crítica de este artículo del Código civil por lo que se refiere al aspecto del mismo aquí examinado, y surgió la duda de si la devolución alcanzaba a la indemnización íntegra o cabían deducciones, opinión esta última que en la actualidad aparece extraordinariamente fortalecida con la adición de nuevos argumentos.

Se ha dicho: A) El artículo 568 olvida indicar la cantidad que debe rebajarse de la indemnización, atendido el tiempo anterior durante el cual ha venido disfrutándose la servidumbre (1). B) La devolución íntegra puede resultar injusta cuando la servidumbre se haya prestado durante mucho tiempo (2). C) Se deben distinguir dos supuestos: a) si se estableció vía permanente (art. 564, párr. 2.º) se devuelve íntegra la indemnización, y b), en otro caso, lo único que procede es el cese de todo abono ulterior, pues se suspende el ejercicio del gravamen y con él la ocasión de perjuicio (3). D) La indemnización recibida ha de restituirse, pero, a pesar de lo que dice literalmente el precepto, no ha de suponerse que se trate de restitución total, sino únicamente de la devolución del importe correspondiente, en el caso de vía permanente, al valor del terreno que se ocupe (art. 564, párr. 2.º), porque es eso sólo lo que se le reintegra al propietario del fundo sirviente al extinguirse la servidumbre, no los perjuicios definitivamente causados por actos transitorios u ocasionales de paso, con arreglo a los artículos 564, párr. 3.º y 569. En el caso de vía permanente,

(1) Fue la primera duda que surgió en la práctica: v. A. CHARRIN: «Devolución de la indemnización con arreglo al artículo 568 del Código civil». *Bol. de la RGLJ*, t. 87, páginas 263-4, autor que la resuelve acertadamente, aunque su opinión no tuvo el eco que merecía. La planteó de nuevo SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., Madrid, 1900, pág. 619, quien cree que deben hacerse disminuciones por tal motivo; le sigue DE BUEN: «Servidumbre de paso», voz en la *Enciclopedia jurídica española*, t. XXVIII, Barcelona, s. a., pág. 724. OLIVA (voz «Servidumbre de paso», en el *Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Barcelona, 1960, pág. 3605) dice que la devolución parece que ha de ser íntegra, pues el Código se olvida de indicar la cantidad que debería rebajarse. Cfr., asimismo, la opinión citada en el texto, *infra*, D).

(2) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. II, 9.ª ed., Madrid, 1967, pág. 586. Le sigue PUIG PONSÁ: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, vol. I, Madrid, s. a., pág. 155.

(3) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. IV, 6.ª ed. (POU DE AVILÉS), Madrid, 1961, pág. 799.

además del valor del terreno restituído, se debe devolver la parte imputable a perjuicios causados, si dentro de ella se computó el menor valor que por efecto del paso sufriera la finca sirviente; pero aun entonces se podrá deducir de la indemnización el daño sufrido por la tolerancia del paso durante el tiempo que haya tenido lugar (4). E) La solución del artículo 568 no es siempre adecuada, pero tampoco puede aceptarse con carácter general ninguna de las teorías propuestas por la doctrina; los Tribunales deberán decidir caso por caso acerca del alcance del reintegro (5).

Frente a las opiniones expuestas ninguna voz se alza en defensa del sistema del Código civil; proceder extraño, porque no parece suficiente limitarse a reproducir el precepto legal objeto de examen, como se acostumbra, cuando su justicia ha sido puesta en duda, se trata de desvirtuarlo y hasta se preconiza su olvido. Es necesario, por tanto, plantear abiertamente el problema de su justificación intrínseca y el del valor de las teorías citadas. A continuación se expone como tema central el sistema que parece seguir el Código civil y, en cada caso, se analizan las opiniones de la doctrina que se desvían del mismo.

II. La Ley autoriza el establecimiento forzoso de la servidumbre de paso en el supuesto de finca enclavada en razón a que no se debe permitir «que haya heredades puestas fuera del dominio de los hombres, e inertes, o incultas, porque para llegar a ellas sea necesario atravesar la heredad de otro» (6). La necesidad de comunicación es ineludible, y el establecimiento de esta servidumbre viene a servir de complemento a la red de vías públicas, con una fórmula de evidente valor práctico. Así las cosas, no es oportuno establecer un paralelo con la servidumbre de paso voluntaria. Conviene advertirlo, porque tal equiparación parece ser el origen de la primera y más sencilla de las dificultades que aquí se examinan, el motivo por el cual se piensa que el dueño del predio sirviente debe obtener un lucro. Con razón la Ley no lo autoriza; cuida tan sólo, y por cierto con extraordinario celo, de que el propietario en cuestión quede indemne, pero no le otorga ganancia alguna.

La indemnización constituye, como es natural, el equivalente del perjuicio que ocasiona el gravamen, como decía el artículo 506, párr. 1.º, del Proyecto de 1851, que es el precedente del Código civil en esta materia (7), y el efecto indemnizatorio se logra en el sistema español poniendo a disposición del dueño del predio sirviente un capital, cuya cuantía es pareja al menor valor de la finca gravada (8) apreciado según bases objetivas (9).

(4) PÉREZ y ALGER: «Notas» al Derecho de cosas de WOLFF (en el Tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF), t. III, vol. 1, 2.ª ed. (PUTG BRUTA), Barcelona, 1961, pág. 328.

(5) GONZÁLEZ-ALFREY BERNARDO: *Manual de servidumbres*, Madrid 1968, pág. 94.

(6) GARCÍA GOTOÑA: *Concordancias*, t. I, Madrid, 1852, pág. 438.

(7) «El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso para el cultivo de la misma por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan exigirle otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen.»

(8) Que el sistema legal consiste en indemnizar mediante el goce de un capital se observa en la regulación del supuesto del artículo 564, párrafo 2.º, respecto a la zona ocupada por una vía permanente, norma que no supone la regulación especial de un

Durante el tiempo de duración del gravamen, el goce de dicho capital compensa el perjuicio sufrido; al cesar, el capital de indemnización se devuelve en su integridad, pues si algo no se devolviera supondría ya lucro y no mera satisfacción del perjuicio. El Código civil no se olvida, conforme a lo dicho, de fijar qué cantidad debe deducirse, porque nada debe ser deducido.

Ninguna relevancia tiene el tiempo de duración de la servidumbre, pues el goce del capital de indemnización dura el mismo período que el gravamen. Si se piensa lo contrario en relación con la idea de que el dueño del predio sirviente debe obtener una ganancia, es indiferente el tiempo transcurrido, pues de todas maneras la Ley no la autoriza y el transcurso del tiempo solamente incidiría sobre la cuantía del lucro del cual se le priva, lo que constituye una cuestión secundaria. Si se estima que el dinero se desvaloriza y su interés disminuye con el pasar del tiempo, se olvida cuál es la regulación legal, pues ésta tiene buen cuidado de asegurar, en la medida en que puede hacerlo, la inversión rentable de dicho capital, que, ciertamente, no tiene que ser ni será de hecho conservado en dinero por una persona prudente en el campo de lo económico; el artículo 568 determina que es el dueño del predio sirviente el único que puede pedir, en los supuestos previstos en el mismo precepto, la extinción de la servidumbre, la cual subsiste en otro caso (10); la concesión de esta facultad (11) sólo al propietario del fundo sirviente (12), de este poder de decidir el sí y el cuando acerca de la extinción de la servidumbre, se debe (en parte, como luego se dirá) a que es la manera más eficaz de protegerlo para que pueda lograr una inversión provechosa del capital de indemnización; no tiene que buscar bienes fácilmente liquidables, aunque sean menos rentables o seguros, ni puede verse compelido a una liquidación apresurada para devolver la suma. Digamos, finalmente, que tal vez la objeción que se examina tenga otro sentido, pues está expuesta con poca precisión y ca-

peculiar supuesto, sino la aplicación a un caso concreto del principio general, lo que era necesario para evitar que se pensara que no procedía la indemnización con el valor total, puesto que no se priva al propietario de su titularidad.

(9) No se tiene en cuenta la molestia que subjetivamente sufra el propietario del predio sirviente; tampoco la utilidad que del ejercicio de la servidumbre obtenga el dueño de dominante. Se trata de datos objetivos: disminución del rendimiento de aquel predio en concreto; aumento de los gastos de cultivo impuesto por la parcelación de la finca en caso de establecimiento de vía permanente, etc. No debe olvidarse el aspecto fiscal.

(10) Con su calidad de servidumbre legal, que debe a su origen (art. 530). No es exacto decir que «desaparecida la necesidad en que se fundaba la servidumbre lo que intrínsecamente varía es que pierde ésta su carácter de legal y forzosa» (CASALS COLLADA-CARRERA: *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1941, pág. 111).

(11) En sentido técnico no puede hablarse de este caso de «derechos», como hacen FÉREZ y ALGUEZ: *Op. cit.*, loc. cit.

(12) Sin tener en cuenta el sistema seguido por el Código civil español, se dice que puede pedir la extinción de la servidumbre el dueño del predio dominante: v. F. BOLAÑOS VALCARLOS: «Extinción de la servidumbre de paso, innecesaria», *RDProc.*, 1967, número 1, pág. 33.

ben diversas interpretaciones (13); pero no parece necesario detenerse más en ella.

Ya se ha indicado que el sistema del Código civil consiste en indemnizar al dueño del predio sirviente poniendo a su disposición un capital equivalente al menor valor de la finca gravada, disminución de valor que tiene por causa el establecimiento de la servidumbre, y que el goce de ese capital repara el perjuicio sufrido. Es necesario añadir que su aplicación es general y comprende todos los supuestos de servidumbre de paso relativos a finca enclavada, por lo cual el artículo 568 se refiere tanto al caso de que exista vía permanente como si no fué establecida.

Las teorías que estiman la aplicación de dicho precepto en el supuesto del párr. 2.º del artículo 564, mientras la niegan en el del párr. 3.º de este artículo, no son aceptables. Su fundamento radica en el equívoco de mezclar dos materias que el Código civil mantiene nítidamente separadas: la servidumbre legal de paso en el supuesto de hallarse una finca enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público (arts. 564-568) y el paso por predio ajeno, con o sin ocupación de terreno, cuando fuese indispensable para construir o reparar algún edificio (art. 569). Para las opiniones examinadas, el criterio fundamental de diferenciación es que el uso sea o no transitorio u ocasional; para la Ley, este criterio es secundario, y el esencial es que el gravamen sea o no permanente. Como se observará, mientras que en el primer caso citado se trata del establecimiento de una servidumbre potencialmente perpetua, en el segundo el gravamen es temporal y ocasional; por ello se tienen en cuenta los perjuicios concretos que sufra el fundo (la rama desgajada, la planta pisoteada), fijados, naturalmente, *a posteriori*; en cambio, si el gravamen es permanente ocupa el primer plano el perjuicio que sufre el fundo a consecuencia de que la utilización del mismo será ya tal que se puedan evitar precisamente perjuicios concretos, y este perjuicio constante es valorable *a priori*. Además, la depreciación que el predio sufre es diferente en cada caso, y razones de tipo práctico jurídicas (así, evitar la carrera para el logro de mayores abonos; continuos problemas de fijación de éstos) y económicas (por ej., no producir lo que va a ser destruído, sin beneficio para nadie) aconsejan seguir sistemas diversos en cuanto a la indemnización: indemnizar de una vez para siempre lo que puede durar en principio siempre; pagar en cada caso lo que es sólo ocasional y temporal. Si el gravamen es permanente, tanto si su uso es continuo como si no lo es, se paga mediante la previa entrega de un capital que tiene que ser restituído al extinguirse el gravamen; si temporal, con la entrega definitiva de la suma equivalente a los concretos perjuicios causados, determinada, como es lógico, *a posteriori*.

Este es el sistema que acoge el Código civil español. Si el gravamen es permanente (art. 564), aunque su ejercicio no sea continuo (art. cit., párrafo 3.º), se indemniza mediante la previa entrega de un capital (14), pro-

(13) La más curiosa es la que propone el autor citado en la nota anterior: Op. cit., pág. 24. Carece de interés reproducirla aquí.

(14) No acoge el Código civil español en este caso la otra variante que cabe en el sistema: pago por medio de una renta anual, previamente fijada. Los interesados pueden acordarlo así (art. 561, párr. 2.º), y en tal caso el artículo 568 no es aplicable.

ceder que no se sigue si es temporal (art. 569) (15). Lo demuestran: a) el orden del articulado del Código; b) los precedentes históricos (16); c) el hecho de que la fórmula utilizada para determinar la indemnización sea análoga en los dos supuestos del artículo 564, sin otra variante que la de hacerse una aplicación concreta del principio general en el caso de vía permanente (17); d) la norma que exige, sin distinciones, que la indemnización sea previa (art. 564, párr. 1.º), y e) la interpretación sistemática, que conduce al mismo resultado si no se quiere destruir lo claramente establecido por el artículo 568, precepto cuya defensa se intenta en estas notas.

Parece, por lo dicho, que la Ley no incurre en una inadecuada equiparación entre un gravamen permanente de uso no continuo y otro temporal, equiparación que propugnan las teorías ahora examinadas. Para terminar el análisis de éstas es necesario, todavía, hacer una observación acerca de la alusión a «los perjuicios definitivamente causados» que se formula en las mismas; pero dándole mayor amplitud, pues en ellas se pone únicamente en relación con los «actos transitorios u ocasionales de paso». La cuestión es la siguiente: puede pensarse, con cierta apariencia de lógica, que la devolución íntegra del capital de indemnización constituye una disposición poco feliz, porque durante el tiempo de duración de la servidumbre garantiza al dueño del predio sirviente contra todo perjuicio, pero al extinguirse la misma puede sufrirlo. Si para el ejercicio del paso forzoso fué necesario talar algunos árboles, por ejemplo, mientras dura la servidumbre no se plantea problema alguno, pero al extinguirse el gravamen se restituye el capital en toda su integridad y los árboles no son repuestos en su estado. Este planteamiento es engañoso, pues las cosas, en este caso los árboles, no duran siempre y, por ello, llegará necesariamente un momento en el cual la inexistencia de los mismos no supondrá ya perjuicio alguno. Como la servidumbre es potencialmente perpetua y de hecho suele durar largo tiempo, el caso que se acaba de exponer no se planteará apenas en la práctica, y si se plantea, el dueño del predio sirviente está eficazmente defendido por la regulación legal, pues solamente él puede decidir el momento de extinción del gravamen (art. 568) y evitar así todo posible daño (18); en todo caso, su posición es muy ventajosa si desea

La solución legal es la que protege de manera más eficaz al dueño del predio sirviente. (Es obvio advertir que tampoco se aplica en su integridad el art. 568 en el caso del 567; pero de ello no vamos a ocuparnos ahora.)

(15) La confusión entre la regulación establecida en los artículos 564-568 y la del 569 ha tenido un doble efecto: por una parte, enturbia el conocimiento del régimen legal de la servidumbre de paso en el caso de finca enclavada; por otra, el del artículo 569, lo que hace decir a la doctrina (así, por ej., DE BUEN Y OLIVA, en las obras y lugares citados) que en este caso el pago tiene que ser previo, y como no se les oculta la dificultad de determinar su cuantía (nótese que los perjuicios aún no se han causado, ni se sabe cuáles son; más aún, ni si los habrá) añaden que basta prestar fianza bastante para responder del pago ulterior.

(16) Artículo 506 del Proyecto de 1851. Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ: Op. cit., loc. cit.

(17) V. *supra*, nota 8.

(18) La regulación del Código civil español protege de modo muy amplio al dueño del predio sirviente; éste es el criterio normal de las legislaciones, y se debe a que la servidumbre le es impuesta y a que él ninguna utilidad obtiene de su establecimiento, y si sólo molestias y aun peligros. Ante una reforma legislativa sería preciso estudiar

negociar la extinción, pues entre tanto ningún perjuicio sufre, mientras que para el dueño del predio dominante el ejercicio de la servidumbre se convertirá, por regla general, en una carga.

Para concluir, el artículo 568 del Código civil establece, entendido literalmente, una regulación adecuada de la materia tratada en estas notas; las críticas de que ha sido objeto no resultan aceptables, y todavía lo es menos el arbitrario intento de sustituir su claro contenido por el arbitrio de los Tribunales, sugerencia que olvida los principios que informan el Ordenamiento jurídico patrio.

JERÓNIMO LÓPEZ

si no es más justo y más conveniente para el interés general conceder también al dueño del predio dominante la facultad de extinguir el gravamen, claro que, previa demostración de que con ello no irroga perjuicio alguno o abono de los que ocasione. En principio parece preferible conservar el sistema actual, que posee peculiares valores.

EN TORNO A UN LIBRO SOBRE EL DERECHO NORTE-AMERICANO

La traducción al castellano del libro de André y Suzanne Tunc *Le Droit des Etats Unis d'Amérique. Sources et technique* (1) suple la ausencia en nuestra bibliografía sobre derecho anglosajón (2) de un estudio general sobre el derecho norteamericano. Ha merecido el elogio unánime de la crítica en Europa y América, habiendo sido galardonada por la *Académie des Sciences Morales et Politiques* de París y por la *American Association for the Comparative Study of Law*.

Como señala el profesor Kurt H. Nadelmann en su prólogo a la edición mejicana, este trabajo remedia la necesidad de poner al alcance de los juristas continentales una guía para la exploración de la *terra incognita*

(1) André TUNC y Suzanne TUNC: *El Derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Imprenta Universitaria, México, D. F., 1967.

Como se desprende de la comparación de los subtítulos del original y de la traducción, a ésta se ha añadido un estudio del Poder judicial, que figura en el segundo tomo de la obra de dichos autores: *Le Système Constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique, I Histoire Constitutionnelle, II Le Système Actuel*. En otros lugares, el original ha sido parcialmente modificado.

(2) Damos, a continuación, una lista de algunas de las más interesantes publicaciones en lengua española sobre el tema del Derecho anglosajón:

Edward JENKS: *El Derecho Inglés*, trad. por José Paniagua Porras, Madrid, Ed. Reus, 1930.

Arthur CURT: *Manual de Derecho Mercantil Inglés*, trad. por José María Ruiz Salas, Madrid, Ed. Reus, 1931.

Ronald RUBINSTEIN: *Iniciación al Derecho Inglés*, trad. por Enrique Jardí, Barcelona, Ed. Bosch, 1956. El título original de esta obra es *John Citizen and the Law*, Londres, Pelican Books, s. d.

Gustav RADBRUCH: *El Espíritu del Derecho Inglés*, trad. por Fernando Vela, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1967.

René DAVID: *Tratado del Derecho Civil Comparado*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, trad. por Javier Osset; prólogo de A. Hernández Gil.

José PUIG BRUTAU: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Ed. Bosch, Barcelona, s. d.

José PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho comparado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1961.

Jerome FRANK: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el «Common Law». Algunas reflexiones sobre el Derecho «comparado» y «contrastado»*, traducción y comentario de José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1967.

L. J. LOWING: *Una introducción a la lógica jurídica*, traducción y prólogo por José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1964.

Roscoe POUND: *El espíritu del «Common Law»*, trad. por José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, s. d.

Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, 1962. Se trata de un libro-symposium en el que se reúnen trabajos de Cairns, Hall, Cowan, Kekelis, Frank, Patterson, Chroust, Kelsen y otros.

Antonio QUINTANO RIPOLLÉS: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, R. G. L. J., 1962, págs. 377 y sigs.

Felipe DE SOLÁ CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado*, con un prefacio de R. David. Instituto de Derecho Comparado del C. S. I. C. Barcelona, 1964.

del derecho estadounidense. «Tenemos ya aquí—dice—una introducción básica y comprensiva, que rebasa el calificativo de elemental».

La actual indiscutida preponderancia política de los Estados Unidos presta al conocimiento de su derecho un alto interés práctico. Pero aún es mayor, si cabe, su importancia teórica, porque como este libro muestra cumplidamente, el derecho de los Estados Unidos ocupa una singular posición intermedia en la bipartición clásica de la cultura jurídica de la civilización occidental, *case law*—derecho codificado.

La observación del paralelismo existente entre el derecho romano y el derecho anglosajón (3) ha producido inestimables frutos científicos, sin que se hayan agotado las posibilidades implícitas en semejante actitud.

Nos parece que la relación actualmente existente entre el derecho norteamericano y el derecho inglés es semejante a la que existió entre los derechos continentales antes de su codificación y el derecho romano. *Mutatis mutandis*, el trasplante y adopción del *common law* inglés en Norteamérica, equivale a la recepción del derecho romano en los países de Europa continental. El *Restatement of the Law* cumple una misión análoga a la del Digesto y demás fuentes clásicas con todas sus reelaboraciones posteriores; uno y otras son sistematizaciones de los *prudentes* operadas sobre las soluciones de la casuística judicial.

El derecho romano y el *common law* constituyen el fondo sobre el que se proyectan, respectivamente, el Derecho Real de los países continentales y el derecho legislado de los Estados Unidos. El mismo sentido político de afirmación nacional late en uno y otro.

Una misión análoga a la desempeñada en nuestra área jurídica como precedentes de la codificación por las grandes leyes orgánicas u ordenanzas, cumplen en los Estados Unidos sus leyes uniformes; unas y otras se redactan con la misma técnica de codificación parcial. Para que el paralelo sea aún más exacto, todo hace suponer que también en Estados Unidos como entre nosotros el Código de Comercio será el heraldo de la codificación civil.

El tono apresurado y conjetural de estas afirmaciones no puede desvirtuar el hecho indiscutible de que el derecho estadounidense va abandonando la técnica de *case law* y adoptando paulatinamente la de derecho legislado. Sobre las vicisitudes de este tránsito ilustra sabiamente el valioso libro de André y Suzanne Tunc.

La versión española de Javier Elola Fernández es buena en conjunto, pero no exenta del defecto de emplear vocablos de más que dudosa ortodoxia, tales como vecinaje, expeditar, profesionistas, sondeos, etc. También es de lamentar la escasez y desacierto selectivo de la bibliografía en lengua española, que defrauda las esperanzas que al lector sugiere la expresión de agradecimiento de los autores al traductor por haber adicionado su obra con referencias a la literatura jurídica castellana sobre los temas tratados.

El plan general de la obra es el siguiente: una Introducción y tres Partes, cuyas rúbricas son: El Poder Judicial en la Nación y en los Estados; Las Fuentes Reales y las Técnicas; Las Fuentes Formales; una Conclusión y,

(3) Cfr. por todos FIGUEROA: *La Jurisprudencia...*, cit. págs. 87 y sigs.

finalmente, un extenso Apéndice de bibliografía cuidadosamente ordenada por materias y los habituales índices alfabético y sistemático.

«La razón principal de la dificultad del derecho de los Estados Unidos reside realmente en el hecho de que «el derecho de los Estados Unidos» es una simple expresión geográfica... Cada uno de los cuarenta y ocho Estados posee un derecho propio aplicado por un sistema judicial, en principio, independiente» (pág. 14). A ellos se superpone el derecho federal, que no obstante su superior jerarquía, no realiza la unidad del orden jurídico. La estructura federal de los Estados Unidos impone al estudioso de su derecho la constante consideración de dos planos distintos aunque relacionados, el federal y el de los Estados. Al desarrollo de estas ideas y a la sucinta exposición de una teoría de las fuentes se consagra la parte introductoria.

La primera parte, el Poder Judicial en la Nación y en los Estados ha sido tomada del precedente estudio de los autores sobre el sistema constitucional norteamericano. En ella se estudian sucesivamente las jurisdicciones federales, las jurisdicciones estatales, y los intrincados problemas que suscita la aplicación del derecho federal por las jurisdicciones de los Estados y del derecho de los Estados por las jurisdicciones federales y las de los otros Estados. La claridad expositiva lograda en esta materia es particularmente elogiable si se tiene en cuenta lo abigarrado y asimétrico de la organización jurisdiccional norteamericana y la consiguiente dificultad de sistematizar los criterios que rigen la distribución de competencia. Revisten especial interés las páginas consagradas a la historia y organización de la Suprema Corte y a subrayar la importancia de su poder político, desde Tocqueville tantas veces destacado. Las jurisdicciones estatales suscitan la crítica en cuanto al bajo nivel del personal que las sirve, sobre todo en los escalones inferiores, como consecuencia de ser el sufragio universal el sistema más generalizado de reclutamiento de dicho personal.

La segunda parte, Las Fuentes Reales y las Técnicas, concentra el mayor interés del libro. En ella se estudia el *common law*, el derecho legislado (fuentes imperativas) y la doctrina (fuente persuasiva). Exponer el *common law* tal como funciona en los Estados Unidos exige un conocimiento previo de su formación y evolución en Inglaterra, que los autores suministran al lector en una acertada síntesis de los trabajos más autorizados sobre el particular (4), y de su posterior trasplante a Norteamérica. Este se operó de la forma más sencilla, ya que es un principio de *common law* que las gentes de habla inglesa «transportan» su derecho con ellas cuando se instalan sobre un territorio en el que ningún derecho civilizado está en vigor, en la medida en que aquél es aplicable a las nuevas condiciones. Esta reserva hace que el *common law* importado a América por los colonos ingleses se aplique con radical simplificación. Además hay que tener en cuenta la presencia de otros derechos junto al inglés en los orígenes del período colonial, principalmente sueco y holandés, y la circunstancia de que muchos establecimientos fundados por minorías religiosas rechazan el derecho inglés para basar sus relaciones sociales únicamente sobre los principios de la religión respec-

(4) Aquí, como en otros lugares, se echa de menos la referencia al interesante libro de FIEBIGER citado en nota anterior.

tiva o el derecho natural. Por otra parte, la incomunicación de las Colonias fragmenta el derecho inglés y es dudosa la aplicación en las mismas de las leyes y decisiones judiciales metropolitanas posteriores a su establecimiento. Sin embargo, evolutivamente se va imponiendo el *common law*, como lo demuestra, el hecho de que después de la independencia los Estados «adoptan» el derecho inglés. Pero esta adopción no se hace en forma absolutamente general ni uniforme. En casi todos los Estados se habían formado costumbres locales que subsisten; en algunos se mantienen instituciones recibidas de otros derechos, como la comunidad matrimonial de bienes del derecho español que conservan Texas, Arizona, Nuevo Méjico y California y se extiende a algunos otros; y, finalmente, todos establecen la reserva de que las reglas del derecho inglés para ser aplicables han de ser adecuadas a las condiciones de vida americanas.

La interesante excepción del Estado de Luisiana a la adopción general del *common law* se estudia por los autores con alguna atención, despertando en el lector español el natural deseo de un conocimiento más profundo de la cuestión (5). Al cederse el territorio a los Estados Unidos (1803), su población adicta al derecho español que hasta entonces la había regido se opuso con éxito a la pretensión gubernamental de introducir el *common law*; en 1808 se redacta por primera vez su Código de esencial influencia francesa que persiste en la nueva redacción de 1825 y en la definitiva de 1870, siempre interpretables sobre un fondo de derecho español (6). Como dicen los autores «lo que resulta verdaderamente admirable y demuestra hasta que punto un derecho codificado puede ser vivaz y satisfactorio para los que lo aplican es que el derecho de Louisiana se haya mantenido aislado como una paradoja dentro de una nación de *common law*, a despecho de todas las corrientes comerciales que lo ligan a los demás Estados y de todas las influencias que se ejercen sobre él de una manera constante» (pág. 199).

A raíz de la independencia se extiende por el país un movimiento ideológico, preluñado por la actitud de los primeros colonos, de repudio hacia las instituciones inglesas y en particular su *common law*. Se critica su excesiva tecnicidad y complicación, la dificultad de su aplicación por jueces populares, y se pide su sustitución por códigos en nombre del ideal republicano, tendencia favorecida por la gran influencia de Bentham que le había preconizado y por el prestigio de la reciente codificación francesa. Esta hostilidad al *common law* cesa casi completamente a fines del primer tercio del siglo XIX, gracias a la autoridad alcanzada por los escritos doctrinales de Kent y Story, comparable a la de Blackstone en Inglaterra. El servicio que estos autores prestan al derecho norteamericano es considerable: sus

(5) Sobre el Derecho de Luisiana, cfr. PUIG BRUYAU: *La Jurisprudencia...*, cit., págs. 149 y sigs., y la bibliografía en ellas citada. Casi toda ella se ha publicado en la *Tulane Law Review*.

(6) Sobre el tema de la sustitución del Derecho español por el francés en el momento de la codificación, pueden consultarse dos trabajos de MITCHELL FRANKLIN: *The Place of Thomas Jefferson in the Expulsion of Spanish Medieval Law from Louisiana*, vol. 16, págs. 319 y sigs.; *The Eighteenth Brumaire in Louisiana: Talleyrand and the Spanish Medieval Legal System of 1806*, vol. 16, págs. 514 y sigs., ambos en la *Tulane Law Review*.

obras presentan el *common law* como la razón escrita (7) y constituyen un baluarte contra su desintegración completa entre los diversos Estados. La idea de la codificación sigue reclutando entusiastas adhesiones, como lo demuestra la activa campaña de David Dudley Field, pero ya no se trata de rechazar el *common law* para adoptar el derecho continental, sino de incorporar la técnica legislativa codificando lo que en la época era el derecho norteamericano.

Después del estudio histórico a cuyos hitos culminantes nos hemos referido, los autores exponen una teoría del *common law* en general y del americano en particular, ilustrada con una sagaz comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés. Como ha dicho Roscoe Pound, el *common law* puede ser definido bajo tres aspectos diversos: como sistema o conjunto de reglas, como tradición en la técnica de solución de los conflictos mediante la aplicación de los principios extraídos de la experiencia judicial, y como actitud del espíritu o, mejor, como su resultado (8). Es *communis opinio* que descansa sobre tres principios fundamentales: la vinculación al precedente judicial, la intervención del jurado para resolver sobre los puntos de hecho del litigio, y la supremacía del derecho—*rule of law*—o sujeción de todas las personas físicas o jurídicas, de derecho público o de derecho privado (9), a las mismas normas y a los mismos tribunales. Los tres principios se inspiran en la misma idea de proteger celosamente la libertad individual contra el arbitrio del legislador o del juez, pero aunque el *common law* ha conservado éste su sentido político antiabsolutista, es evidente que los tres principios no han sobrevivido sin modificaciones. Es un hecho que el papel del jurado ha disminuído considerablemente en Inglaterra (10) y el del precedente en los Estados Unidos, y nadie duda que la tajante oposición entre el *rule of law* y el régimen administrativo continental ha cedido el paso a una creciente aproximación del primero al segundo (11).

En vista de la naturaleza judicial del *common law*, tal es la posición adoptada por los autores en la vieja controversia sobre su carácter consuetudinario o judicial, denunciando el bizantinismo argumental de la tesis con-

(7) Una prueba más del paralelismo tantas veces destacado entre el Derecho romano y el inglés. Cfr. RADBRUCH: *El espíritu del Derecho inglés*, cit., pág. 16.

(8) Sobre la varia significación de la expresión *Common Law*, cfr. RADBRUCH, op. cit., pág. 40.

(9) «Mientras en el Continente, conforme a la doctrina del Derecho romano, se diferencian rigurosamente el Derecho público y el privado, y, así separados, son mantenidos, éste por los tribunales, aquél por la Administración y los tribunales administrativos, la *Common Law* inglesa ha quedado ajena a esta diferenciación y separación. En definitiva, las disputas en ambas esferas del derecho se someten a los tribunales ordinarios, y los conceptos de Derecho administrativo y su administración nunca se han abierto, por completo, paso en el Derecho inglés.» RADBRUCH, op. cit., pág. 44.

(10) Jerome FRANK, en *La influencia del Derecho Europeo Continental en el «Common Law»*, cit., pág. 40, da cuenta de la crisis del principio del jurado en Inglaterra y critica su permanencia en los Estados Unidos. Muy expresivamente, dice en la pág. 91: «También Inglaterra casi se ha desprendido de esa nativa «enfermedad del jurado» (*jury-disease*), mientras nosotros todavía la padecemos».

(11) Un amplio estudio de esta cuestión en GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 80 y sigs., con la bibliografía allí citada.

traría (12), es pieza fundamental de su mecanismo la autoridad del precedente. Se exponen las diversas teorías emitidas acerca de la cuestión y se estudia la autoridad que de hecho goza el precedente en la práctica de los tribunales americanos, procediendo luego a una comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés sobre este punto. La teoría clásica del *stare decisis* tal como la formuló el Canciller Kent es la siguiente: «Una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio se convierte en una regla jurídica que los jueces deben aplicar en los casos semejantes...». Kent explica la autoridad del precedente por razones imperativas—la necesidad de certidumbre y estabilidad del derecho—, que son casi de naturaleza constitucional—la imposibilidad de que el juez legisle—y que no permiten desconocerlo más que por «razones extremadamente imperiosas».

Posteriormente se han formulado otras dos. La teoría «evolutiva» de Chamberlain afirma que el grado de autoridad del precedente «depende necesariamente de su concordancia con el espíritu moderno, de su correspondencia con el derecho actual», la doctrina del precedente posee «...una autoridad intelectual y moral más que una fuerza mecánica y automática». Más revolucionaria es la teoría «radical» propugnada por el Justice Holmes que reduce el precedente al papel de un simple elemento de la decisión que debe ser considerado al igual que los otros; como dice el Justice Cardozo «*stare decisis* es un elemento importante de la decisión, pero está lejos de ser el único elemento». Tan radical actitud ha suscitado una reacción en defensa de la regla tradicional por parte del Decano Pound, de cuyos escritos se desprende que una adecuada estimación de la autoridad del precedente es la mejor garantía del deseado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En resumen, el estado actual de la cuestión en la doctrina es el siguiente: todos los autores afirman que la regla *stare decisis* expresa una actitud muy sabia que es conveniente adoptar normalmente, pero no es un principio riguroso que sometería los tribunales al pasado. En cuanto a la autoridad que de hecho goza el precedente, es decir, la actitud de los tribunales americanos respecto a la regla *stare decisis*, es incuestionable su debilitamiento. Las afirmaciones de los autores sobre el particular son categóricas: «...que el precedente no goza actualmente más que de una mediana autoridad, probablemente inferior a la que goza en Francia, es un hecho establecido por múltiples comprobaciones, «... de hecho el precedente aislado disfruta sólo de una autoridad bastante débil» (pág. 282 y ss.). Sin embargo, en algunas materias—propiedad, contratos, comercio en general, *trust* y derecho penal—la regla *stare decisis* es particularmente respetada. Como causas de

(12) La conocida frase de LLEWELYN «lo que los jueces deciden, eso es, a mi modo de ver, el propio derecho» es muy expresiva del extremo judicialismo de la actual filosofía jurídica americana. Cfr. QUINTANO RIBOLLES, op. cit., págs. 377 y sigs. A mayor abundamiento, con un argumento histórico, RADERICHE, op. cit., pág. 40: «La *Cote-Law* inglesa se llama *Common Law*. Quiere decir «Derecho común», porque después de la invasión normanda los jueces de los tribunales reales que recorrían el país, prevalecieron sobre las costumbres especiales de las distintas partes del territorio, y con tal éxito que, a diferencia del Derecho común del Continente, no rigió tan sólo como auxiliar, como subsidiario tras las costumbres del país, sino con preferencia sobre el derecho consuetudinario local».

la débil autoridad del precedente en el *common law* americano se citan y analizan entre otras, las siguientes: la regla *stare decisis* estaba en curso de desarrollo y fué antes de su madurez cuando se adoptó con el *common law* sobre el suelo de Norteamérica; la inaplicabilidad de muchas decisiones inglesas a las condiciones sociales americanas; la escasa tecnicidad de los jueces y abogados durante el período colonial, en gran parte subsistente por el criterio político que inspira el reclutamiento de la magistratura y la hostilidad pública y doctrinal hacia un derecho técnico; el hecho de que el derecho de cada Estado sea comparado constantemente con el derecho de los demás Estados con la consecuencia de que los tribunales adoptan una visión estadística de los precedentes, tendencia ésta favorecida por el ingente número de los mismos; el abuso de los *dissents* y *separate opinions* que reducen la fuerza como precedente de estas decisiones tomadas por tribunales divididos; la acusada inestabilidad económica y social de los Estados Unidos hasta tiempos muy recientes; y, finalmente, los cambios frecuentemente espectaculares de la Suprema Corte en materia constitucional, que han inducido a todos los tribunales a no tener a los precedentes más que un mediano respeto.

Comparando los derechos americano, inglés y francés en lo relativo a la autoridad del precedente, el profesor Goodhart ha dicho que el *common law* americano ha adquirido una verdadera autonomía, todavía está más cerca del *common law* inglés que del derecho francés, pero evoluciona evidentemente hacia éste (13). Los señores Tunc, profundizando en este estudio comparativo, llegan a las siguientes conclusiones: La principal fuente jurídica en Francia es la ley, en Inglaterra y en Estados Unidos las decisiones judiciales. El juez americano disfruta de amplia libertad respecto a las normas jurídicas, no así sus colegas inglés y francés. Una decisión aislada de la jurisdicción suprema sólo tiene plena autoridad en Inglaterra, su autoridad meramente de hecho, es menor en Francia (14) y aún menor en los Estados Unidos. En Inglaterra no pueden ser rechazadas las reglas establecidas por los precedentes, en Francia y en Estados Unidos sí.

Sobre las firmes bases hasta aquí reseñadas construyen los autores una teoría general del *common law* americano. Sus caracteres generales son los siguientes: fragmentación por Estados—no obstante el actual predominio de las fuerzas centripetas de unificación que ha sucedido al que en el siglo XIX tuvieron las centrifugas de diversificación, la unidad en un *common law* nacional sólo podría realizarse mediante una reforma constitucional—; fundamento empírico (atribuible con mayor razón al *common law* americano que al inglés, pues éste reconociendo para lo sucesivo la autoridad de un precedente aislado, fija la regla de derecho sobre un problema nuevo con la ayuda de una experiencia, y una experiencia puede ser opuesta legítimamente a la experiencia); flexibilidad e inmutabilidad, conciliales desde

(13) ARTHUR GOODHART: *Case Law in England and America*, Cornell Law Quarterly, vol. 15, págs. 173 y sigs.

(14) Sobre este punto, puede consultarse con fruto el último capítulo del libro tantas veces citado de PIERRE BRITAT: *La Jurisprudencia...*, especialmente las págs. 233 y sigs.

Blackstone—vide infra—mediante la ficción de que las nuevas sentencias son meramente declarativas de la recta aplicación de reglas preexistentes, no creadoras de reglas nuevas; ausencia de lagunas; gran realismo—el empleo de ficciones tan frecuente en el derecho inglés (15) es muy excepcional en el americano—; y, finalmente, eclecticismo o aptitud para aprovechar elementos de toda clase con objeto de llegar a una solución satisfactoria.

Como elementos de la decisión, aparte los precedentes y la doctrina que merecen estudio separado, se citan los siguientes: la razón—invocada para gobernar la interpretación de los precedentes—, la historia, las consideraciones sociales y políticas, las decisiones y las leyes que no tienen fuerza imperativa—las de otros Estados y las inglesas—, y, finalmente, la lógica, que aunque en lugar subordinado por la desconfianza que inspira a los *common-lawyers*, hostiles a los principios generales, nadie osa negar sus valores por más prudencia que recomiende en su empleo.

Aunque incidentalmente, no podemos silenciar la crítica desfavorable que a nuestra concepción iusnaturalista sugieren algunas afirmaciones de los autores. Así cuando refiriéndose al realismo del *common law* americano, se dice en la pág. 326: «Los juristas marxistas reprochan a los juristas burgueses el idealizar el derecho, haciendo de él un sistema por sí mismo. La subordinación del derecho a la política, les parece, no sólo un hecho sino una situación deseable. Su reproche, en lo que concierne al jurista francés, lo estimamos parcialmente fundado. Satisfecha en muchos aspectos de un derecho heredado de los romanos, tiene la tendencia—actitud que, entiéndase bien, no nos parece desprovista de méritos, pero que presenta también inconvenientes—a idealizar ese derecho, a darle un valor trascendente, aun cuando sabe que el derecho sirve para establecer un determinado orden social». Más claramente, al comentar el valor de la razón como elemento de la decisión, en la página 331: «Sin duda (la razón) se halla algo pasada de moda, como el derecho natural, con el cual se relaciona».

Estas afirmaciones inducen a pensar que los señores Tunc olvidan que no son los Estados Unidos una excepción en el universal movimiento de «vuelta al Derecho Natural», patente sobre todo después de la segunda guerra mundial. A este propósito son especialmente significativas estas palabras de Quintano Ripollés: «En Norteamérica... si bien es constatable un claro positivismo filosófico, la crisis del jurídico se hace sentir quizá todavía con más vigor que en Europa» (16). Como dice Puig Brutau, citando a Llewellyn, el Derecho Natural ha de manifestarse, no sólo como ideal del legislador, sino del juez; y sigue diciendo nuestro especialista de derecho anglosajón, «al nivel de la decisión de los casos concretos, el Derecho Natural se ha manifestado a nuestro juicio, en algunos aspectos del realismo jurídico...» «...el Derecho Natural manifiesta toda su fertilidad donde los conceptos jurídicos son más maleables, esto es, en el derecho del caso... No debe, pues, extrañar la semejanza entre el Derecho Natural y el *legal realism*: ambos consideran que el Derecho positivo es algo presente y poten-

(15) PUIG BRUTAU, op. cit., en la nota anterior, págs. 159 y sigs.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 386.

cial, pero que ha de ser continuamente contrastado y revisado para que los nuevos hechos y los cambios de circunstancia no dejen desvirtuado el valor de los principios generales» (17).

En un sistema de derecho judicial el correlato de la teoría del conflicto de leyes en el tiempo es lo que los autores llaman con terminología francesa, teoría de los cambios de jurisprudencia. La escasa autoridad de los precedentes en los Estados Unidos eleva al máximo el interés de la cuestión, y la vieja pretensión de cohesionar los caracteres de inmutabilidad y flexibilidad del *common law* la complican extraordinariamente. El principio rector en esta materia es el mismo que formulara Blackstone: careciendo el juez de poder legislativo, lo declarado por él no puede expresar más que la regla de derecho existente desde los orígenes del *common law*, que temporalmente había sido desconocida o erróneamente interpretada por las sentencias anteriores contrarias. En consecuencia, «la nueva expresión de la norma de derecho» —que en realidad es una norma nueva— se aplica inmediatamente no sólo a las partes de la sentencia, sino también a los terceros en sus actos celebrados y derechos adquiridos al amparo de la antigua norma. Este principio claramente atentatorio a las exigencias de la seguridad jurídica, ha sido enervado por una excepción de impreciso y creciente alcance. Primero se dijo que los cambios de jurisprudencia relativos a la interpretación de leyes en materia contractual no podrían tener alcance retroactivo; la excepción se extendió luego a los cambios concernientes a la validez constitucional de una ley; finalmente numerosas sentencias afirman que deben ser protegidos contra los cambios de jurisprudencia todos los derechos adquiridos «desde el momento en que las partes hayan fundado legítimamente sus estipulaciones o acciones en la regla de derecho que prevalecía en aquella época, sin distinguir si la regla nueva es legislativa o de *common law*» (Cardozo). Aunque esta actitud es la más generalizada en los tribunales, no todos la adoptan, lo que plantea el problema aún no resuelto de decidir sobre el carácter obligatorio o facultativo de la aludida excepción. Excepción que algunos tribunales, desde 1891, han utilizado para impedir la aplicación inmediata de la regla que declaran no sólo a los terceros sino a las mismas partes del litigio que la nueva sentencia falla. La doctrina norteamericana está muy dividida en el juicio sobre esta actitud; unos la aplauden sin reservas y otros afirman que reduce la sentencia a un simple *obiter dictum* sin valor vinculante a'guno ni actual ni futuro como precedente. Como afirman los señores Tunc, es la actitud propia de un legislador no de un juez y resulta tan detestable en teoría como recomendable en la práctica. Nos ha parecido útil exponer a continuación el planteamiento de esta ardua cuestión hecho por Puig Brutau, cuyos son los párrafos que se reproducen: «No debe extrañar que los agloamericanos hablen de revocación de sentencias para referirse, no a la resolución que con fuerza de cosa juzgada ha sido dictada en determinado litigio, sino al criterio en ella sustentado y que, sin la revo-

(17) PUIG BRUTAU, en el Prólogo a su traducción de L. J. LOYTINGER, op. cit., págs. 18 y 19. Una ojeada a las referencias bibliográficas contenidas en dichas páginas es la mejor prueba de la pujanza del movimiento in-naturalista norteamericano.

Cfr., además, SILVING, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California Law Review 43, 1955, págs. 477-512.

cación de su valor como precedente, sería aplicable al caso nuevamente sometido a decisión. Por ello se han planteado los juristas del *common law* el problema de la fuerza retroactiva que podría brotar de esta «legislación judicial». En 1932, el juez Cardozo se mostró partidario de adoptar una solución propuesta por Wigmore, en el sentido de aplicar al caso la regla de Derecho que resulte de un modo indudable de los precedentes judiciales y, al mismo tiempo, cuando el Tribunal estime que la regla debe ser cambiada, anunciar o formular la advertencia de que, a pesar de su aplicación, queda revocada en lo sucesivo como precedente. En el mismo año, el Tribunal Supremo federal norteamericano adoptó el punto de vista que acabamos de exponer... No cabe duda que esta especial técnica deja sin resolver muchas dificultades. Pero revela una convicción que impera entre los más penetrantes juristas del *common law* acerca del poder de creación inherente a la función judicial, pues, en definitiva, tratan de proteger la confianza de las partes interesadas en el Derecho que estaba proclamado al ocurrir los hechos objeto del litigio» (18). Pekelis explica que no se haya discutido antes el problema de la fuerza retroactiva del *case law* por la vigencia indiscutida de la ficción blackstoniana de que los jueces encontraban las reglas jurídicas ya constituidas y se limitaban a declararlas y aplicarlas. Ha sido la eficaz crítica del movimiento realista a esta actitud, donosamente ridiculizada por Morris R. Cohen cuando la llama *phonograph theory of law*, la que ha suscitado la cuestión (19).

La sección dedicada al estudio del *common law* americano concluye con un balance comparativo de sus virtudes y defectos con referencia al *common law* inglés y al derecho francés. Geldart y Goodhart han destacado como virtud del *common law* inglés la certidumbre de sus soluciones, pero Bryce, Allen y otros denuncian la presencia del vicio contrario. En cambio, unánimemente, los autores americanos deploran la incertidumbre de su *common law*. Acertadamente observan los señores Tunc que dicha incertidumbre no es debida a la disminución del respeto al precedente—que, de suyo, incluso podría dar más certidumbre a un sistema de *case law*—, sino al «realismo» que no busca las reglas mejores, sino en cada caso la mejor solución sin preocuparse de las reglas. Diversamente el derecho codificado no tiene la tara de incertidumbre, y resulta altamente significativo que sea precisamente en las materias en que nuestros sistemas jurídicos han sido infieles a su propia técnica donde se acusa dicho defecto: así en las materias en que al margen del Código ha proliferado una legislación especial ocasional y reglamentaria, y en materia de responsabilidad cuasi-delictual que se ha elaborado con la técnica del derecho judicial.

En cuanto a la respectiva capacidad de progreso y perfeccionamiento de los tres sistemas considerados, resulta claro que el inglés lleva la peor parte. Los propios juristas ingleses—Amos, Wrigth, Goodhart—reconocen

(18) FRIG BRITAY, en el Prólogo citado en la nota anterior, págs. 23 y 24.

(19) ALEXANDER PEKELIS: *The Case for a Jurisprudence of Welfare*, incluido en el volumen *Law and Social Action*, Itaca & Nueva York, 1950, págs. 24-25 MORRIS R. COHEN: *The Process of Judicial Legislation*, incluido en el volumen *Law and the Social Order*, Nueva York, 1933, págs. 112 y sigs., especialmente nota 86, en la página 380. Ambos citados por FRIG BRITAY en el prólogo a que venimos refiriéndonos, págs. 25 y 26.

que su derecho abunda en arcaísmos a causa de la tiranía de los precedentes. Ha sido necesaria la creación en 1933 del *Law Revision Committee* para obtener por vía legislativa el necesario progreso jurídico que la técnica del *common law* hacía imposible. Como dice Federico de Castro, «la falta de agilidad del sistema de *case law* es causa de la progresiva disminución de la *common law* y del crecimiento a su costa del derecho legislado» (20). Por su parte, el *common law* de los Estados Unidos se ha mostrado más susceptible de perfeccionamiento gracias a la liberalización de la regla *stare decisis* y a la acción del *American Law Institute*, que como agudamente señalan los autores, se hace a diferencia de la del *Law Revision Committee* sin renegar de la técnica del *common law*, puesto que la autoridad de esa «codificación privada» que es el *Restatement* es puramente persuasiva. Con algunas reservas puede admitirse y extenderse a los sistemas codificados, en general, la opinión de los señores Tunc de que «desde el punto de vista francés el perfeccionamiento del derecho parece plantear muy pocos problemas». En todo caso, con menor optimismo puede decirse que la existencia en los Códigos de algunos conceptos que actúan como «válvulas de seguridad» facilita la evolución progresiva del derecho. Resumiendo sus conclusiones sobre este punto afirman los autores: «El derecho se perfecciona y se adapta más fácilmente cuando se funda en principios generales relativamente flexibles, ya sean legislativos o deducidos de precedentes judiciales considerados en su conjunto, que en un sistema en el que cada precedente se impone rigurosamente como si fuera una ley particular» (pág. 365). Cuestión distinta de la del perfeccionamiento gradual del derecho es la de su adaptación a las circunstancias modernas y su posibilidad de solucionar los problemas creados por las actuales condiciones sociales y económicas. En este punto los tres sistemas considerados se han mostrado incapaces de permanecer fieles a su técnica para realizar esa adaptación a los cambios sociales, y tanto en Inglaterra y Estados Unidos como en Francia, al derecho permanente se sobrepone una legislación especial de carácter casuístico, cambiante y por ello inasimilable al sistema. La mala fortuna de los artículos bis de nuestro Código es un ejemplo altamente significativo de este fenómeno general.

Por cuanto son comunes al *common law* inglés y americano con variable intensidad los defectos de falta de lógica y sistema, excesivo volumen y complejidad, no parece dudoso afirmar que tales defectos son una consecuencia del sistema de *case law* que no aparece en el de derecho codificado. En esta apreciación coinciden los prácticos y teóricos de ambas áreas jurídicas.

Esta comparación de las cualidades y defectos de los tres sistemas jurídicos presenta, de hecho, conclusiones favorables al derecho francés, que autorizan a afirmar la superioridad de la codificación sobre el *case law*. Y es que, como sagazmente apunta Federico de Castro, los elogios constantemente tributados al *common law* tienen más en cuenta su función histórico-

(20) Federico DE CASTRO: *En torno a una traducción. La «Common Law»*. Roscoe Pound, en A. D. C., 1960, fasc. III, pág. 751.

política que su valor como sistema jurídico. El mismo autor da cuenta de la quiebra del *common law* en palabras tan expresivas como estas que transcribimos: «...el ámbito reducido que tiene hoy la *common law*, su incapacidad para satisfacer las modernas necesidades, ha llevado a que se codifique en diversas leyes la mayor parte del derecho inglés. Son leyes casi todas las que regulan el derecho mercantil, penal, procesal, derechos reales, sucesiones hereditarias, relaciones de trabajo y relaciones familiares. De modo que se ha podido decir con razón que la esfera de la *common law* queda restringida a la materia de contratos, delito civil (culpa y negligencia) y restos de la vieja *equity*. Pero ni siquiera en estos estrechos límites consideran los juristas ingleses satisfactoria a la *common law*...» (21).

No puede admitirse como prueba de su valor el argumento de la extensión territorial del *common law*. No es su fuerza intrínseca, sino la que le prestó la preponderancia política de Inglaterra la causa de su expansión, debiendo observarse que en el seno mismo de la *Commonwealth* «Escocia, Quebec, Africa del Sur y Ceylán tienen un derecho privado que pertenece a la área romana» (22), y en los Estados Unidos ya hemos tenido ocasión de referirnos a la victoriosa resistencia del derecho codificado de Luisiana.

Junto al *common law*, el derecho legislado integra el cuadro de las fuentes imperativas. A mediados del siglo XIX se abre un proceso, ininterrumpido hasta nuestros días, de creciente importancia del derecho legislado. Todas las previsiones coinciden en que el sentido de este proceso no ha de variar en el futuro. Leyendo los estudios efectuados con motivo del tricentenario de la Universidad de Harvard sobre el tema «provenir del *common law*», se advierte que la mayor parte de los autores cuentan esencialmente con el legislador para realizar el progreso jurídico. Actualmente la vida económica en toda su amplitud depende de leyes federales y de los reglamentos dictados por las grandes comisiones administrativas. El procedimiento civil se ha codificado en un número considerable de Estados y lo mismo ocurre en materia penal. También en algunos sectores del derecho privado el ámbito del *common law* va siendo invadido por el derecho legislado. El derecho mercantil es objeto muy ampliamente de leyes uniformes y un Código de comercio uniforme será, quizá, adoptado próximamente por un gran número de Estados. Son muy halagüeñas las perspectivas de este movimiento hacia la uniformidad nacional de la legislación, inspirado por la *American Bar Association*.

Este aumento cuantitativo y cualitativo de la importancia del derecho legislado, sitúa en primer plano el tema de la interpretación de la ley en los Estados Unidos. La actitud de los tribunales al respecto ha experimentado, como no podía ser menos, una evolución paralela a la del mismo derecho legislado. Al compás de la liberación de la ley de la condición inferior en que la había mantenido el *common law*, el juez americano va abandonando la actitud inglesa tradicional de interpretar las leyes literal y restrictivamente, para adoptar la actitud continental liberal y finalista. Véase lo que dice sobre el particular el juez Jerome Frank: «Con frecuencia se

(21) Federico DE CASTRO, op. cit., pág. 753.

(22) Federico DE CASTRO, op. cit., pág. 754.

hace notar que los juristas continentales utilizan el método analógico para interpretar una ley, cosa que nosotros no hacemos. Sin embargo, también esa diferencia empieza a tener poca importancia, pues cabe advertir síntomas de que el antiguo concepto de la «equidad de la ley» puede experimentar un renacimiento entre nosotros» (23). Buena prueba de este acercamiento del derecho americano al europeo continental en materia de interpretación de la ley, es que, actualmente, el juez americano, a diferencia de su colega inglés, se refiere con frecuencia a los trabajos preparatorios de las disposiciones legales (Informes de las Comisiones), para precisar su significación cuando es dudosa. Resulta muy interesante el argumento que a favor de esta técnica interpretativa esgrime el juez Frank: «Es bastante raro que los dominados por la fobia al contexto (*context-phobia*)—que imaginan que la investigación judicial de la historia de una ley da lugar a «subjetivismo» judicial—, no adviertan que, por el contrario, la desestimación de esa historia como guía de la finalidad legislativa puede conferir a los jueces un arbitrio más amplio—puede facilitar sus interpretaciones «subjetivas»—, puesto que la historia legislativa, generalmente, reduce el posible alcance de la finalidad legislativa. Quizá en este punto nuestros Tribunales puedan aprender con el estudio de los métodos de los juristas de Europa continental» (24). Sin embargo, en la medida en que subsisten las razones que la inspiran, perviven en la práctica interpretativa de los tribunales americanos huellas de la actitud tradicional inglesa: la ley se aplica en el marco del *common law*—por ello se interpreta restrictivamente cuando lo deroga—y los principios de éste sobre la materia legislada se toman en consideración para interpretarla. También, aunque en trance de remisión, sigue jugando a favor de su interpretación restrictiva la hostilidad política hacia la ley, instrumento de reglamentación contrario a los principios del *laissez faire*. El desarrollo de las ideas aquí apuntadas sobre la interpretación de la ley, precedido de unas consideraciones sobre sus aspectos formales, que se agrupan bajo la rúbrica quizá inadecuada por ambiciosa de «Teoría general de la ley», cierra la sección del libro relativa al derecho legislado.

El estudio de las fuentes reales se completa con una amplia referencia a la doctrina. Acertadamente señalan los señores Tunc que la doctrina desempeña en los Estados Unidos un papel relativamente importante—decisivo, diríamos nosotros—, incuestionablemente superior al que desempeña en Inglaterra. Se confirma la posición intermedia del derecho norteamericano entre los derechos inglés y francés relacionando esas palabras con éstas de Roscoe Pound: «El derecho codificado (*civil law*) es un derecho de las universidades. Sus oráculos han sido los profesores de derecho. El *common law* es un derecho de los tribunales. Sus oráculos han sido siempre los jueces» (25). El debilitamiento de la autoridad del precedente, la fragmentación del *common law* entre los Estados y la circunstancia de que buen número de jueces procede del profesorado universitario, son las principales razones del auge de esta importante fuente persuasiva del derecho norteamer-

(23) Jerome FRANK: *La influencia...* cit., pág. 11.

(24) Jerome FRANK, op. cit., págs. 20 y 21.

(25) Roscoe POUND: *The Formative Era of American Law*, 1988, pág. 163.

ricano que es la doctrina. No se alude en este libro a un interesante fenómeno, cuyo estudio arrojaría mucha luz sobre los temas comparativos en él tratados. Nos referimos a lo que podría llamarse «europeización» de la doctrina americana, que no ha pasado desapercibida a los propios juristas americanos, como lo demuestran estas palabras de Jerome Frank: «Hemos de estar agradecidos a Hitler por algunos de los obsequios que nos hizo sin jamás proponérselo. Nos envió muchos y muy eminentes juristas europeos que nos han traído ideas continentales de gran valor» (26). Kelsen (27), Rheinstein (28) y otros muchos son los artífices de esa «europeización» de la doctrina americana.

Por lo que representan como hogares del pensamiento jurídico, en la creación y difusión de la doctrina, se estudian detenidamente las Facultades de Derecho. Las páginas consagradas a su historia y organización actual, personal docente, régimen de admisión de alumnos, planes y métodos de estudio (29), publicaciones, etc., son de gran interés.

El monumento doctrinal más importante es, sin duda, el *Restatement of the Law*, la mejor de las valiosas contribuciones del *American Law Institute* al derecho de su país. En el libro se nos da cumplida noticia del concienzudo proceso de su elaboración, la forma en que está redactado y la autoridad de que goza. Con razón se le ha podido llamar «codificación privada» del derecho norteamericano porque produce algunas de las ventajas de ésta, eliminando algunos de los inconvenientes más graves del *common law* y salvando su técnica tradicional.

La tercera parte de la obra reseñada se consagra a una minuciosa exposición de las fuentes en sentido instrumental, y ofrece, por tanto, un interés exclusivamente práctico. Se estudian la historia y estado actual de los repertorios de sentencias, las colecciones legislativas, y, finalmente, los tratados, manuales (*textbooks*), monografías, enciclopedias y diccionarios doctrinales.

A guisa de conclusión señalan los autores, como rasgo característico del derecho americano actual, la disociación más profunda que en los demás derechos entre la técnica y el deseo de justicia. Mientras que el derecho inglés y el francés se construyen y se perfeccionan sobre una base firme, los precedentes para uno y el Código para otro, el *common law* de los Esta-

(26) Jerome FRANK: *La influencia...*, cit., pág. 10.

(27) Ofr. sobre el tema Kelsen americano, QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 412.

(28) Considerando que figuran en uno de los más populares *textbooks* de las Facultades de Derecho estadounidenses, piénsese en la trascendencia, a los efectos aludidos en el texto, de estas palabras de MAX RHEINSTEIN: «En esta nueva edición, los casos han sido sustituidos en alguna medida por capítulos de texto. Sin embargo, estos nuevos capítulos no son resúmenes de casos, sino que constituyen un intento del autor de este libro de descubrir los principios subyacentes a las reglas, aclarar sus orígenes y desarrollo y valorar críticamente su funcionamiento. Como ventaja incidental ha resultado que el volumen del libro se ha reducido considerablemente». Y más adelante: «Lo que importa es que los estudiantes se den cuenta de que el derecho no consiste solamente en casos, sino también en leyes y que se ejerciten en el hábito de consultar continuamente la ley», págs. III y IV del prólogo a la segunda edición de su obra *The Law of Decedents Estates*, 2.^a ed., Indianapolis, the Bobbs-Merrill Company Inc. Publishers, 1955.

(29) Ofr. las consideraciones críticas sobre la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, de Jerome FRANK, en *La influencia...* cit., pág. 112.

do, Unidos es resueltamente progresivo. Su actual crisis se manifiesta en la pregunta constantemente repetida, de si conseguirá el *common law* por sí mismo hacerse suficientemente sistemático, ordenado, coherente y seguro, o habrá de dejar su puesto a una codificación. No creen los señores Tunc que sea posible actualmente ni en un futuro próximo una codificación del derecho privado, por las resistentes políticas a la reforma constitucional que sería presupuesto necesario. El mismo excepticismo manifiesta el juez Frank, cuyas son estas palabras: «Por mi parte abrigo las más graves dudas acerca de si este país puede adaptarse a la codificación, excepto en algunos sectores concretos y limitados» (30). Pero todo hace suponer que el *Restatement* seguirá ganando autoridad, con lo cual el ideal de la unificación jurídica en un Código, tan anhelado por grandes juristas como Williston, Pound y otros estará cada vez más cercano. No se sustraerá el *common law* norteamericano a lo que parece una ley histórica, porque como ha dicho el Decano de Harvard la codificación es el modo de elaborar el derecho característico de los sistemas adultos.

RAFAEL G. GALLARZA.

(30) Jerome FRANK, op. cit., pág. 116.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

AMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DE LAS LEYES: RÉGIMEN EN FERNANDO POO Y RÍO MUNI: Véase «Otras disposiciones». Decreto de 17 de marzo de 1959.

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: PERMUTA FORZOSA DE FINCAS RÚSTICAS: *Se reconoce y regula el derecho de los propietarios de fincas rústicas a exigir la permuta de las parcelas enclavadas en ellas, en las condiciones que se determinan legalmente.* (Ley de 11 de mayo de 1959; «B. O. del E.» del 12.)

1. Requisitos objetivos de la permuta forzosa.

A) Parcelas cuya permuta puede exigirse: son las enclavadas en finca o fincas rústicas de distinto propietario, considerándose a estos efectos como enclavadas las parcelas que se encuentren en algunas de las siguientes situaciones:

a) Que individualmente o en su conjunto estén comprendidas en el área de otra finca, o sin estarlo totalmente, tengan con ella linderos comunes superiores al 70 por 100 de su perímetro.

b) Que separen dos o más fincas del mismo propietario de tal manera que, aisladamente o en conjunto, tengan linderos superiores al 30 por 100 de su perímetro comunes con las fincas entre las que estén situadas.

En ambos casos será preciso que las parcelas enclavadas tengan una extensión total inferior al tercio de la finca en que estén comprendidas o de la suma de las extensiones de aquéllas que las separen.

c) También se considerarán enclavadas aquellas parcelas que, siendo propiedad del dueño de la finca mayor que las comprende, sean poseídas por otras personas titulares de derechos reales de disfrute o de arrendamiento o aparcería y se encuentren en las circunstancias expuestas (art. 1.º).

B) *Excepciones.*—No podrá exigirse la permuta de las parcelas que se hallen en alguno de los siguientes casos:

a) Ser de extensión seis veces mayor que la unidad mínima de cultivo del término municipal definida por la Ley de 15 de julio de 1954. El Ministerio de Agricultura podrá, mediante Decreto, elevar este coeficiente de seis a diez.

b) Ser finca de regadío con plantación regular de árboles frutales o parrales y de extensión superior a dos veces la unidad mínima de cultivo.

c) Tener la casa de labor permanentemente habitada.

d) Que exista en la misma instalación industrial o minera suficiente para hacer de la finca rústica elemento secundario de explotación.

e) Constituir suelo urbano o de reserva urbana, conforme a lo dispuesto en la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo, o tener (por su proximidad a suelo urbano, estaciones, playas, etc.) un valor en venta superior al triple del precio que tengan en la localidad las tierras de su misma calidad y cultivo. (art. 2.º).

C) Requisitos que debe reunir la parcela que se entregue en sustitución de la enclavada:

a) Ser de extensión no inferior a la enclavada ni superior al doble y de valor en venta superior en un cincuenta por ciento.

b) Ser de cultivo o aprovechamiento análogo, sin que la nueva situación cambie sustancialmente las condiciones de la labor.

c) Estar situada de modo análogo en relación con la explotación principal que dentro del término municipal tuvieran el propietario y el cultivador.

d) Tener acceso a caminos públicos directamente o a través de otras fincas pertenecientes al que insta la permuta o sobre los que éste tenga o adquiera derecho de paso.

e) Ser de configuración adecuada para que no dificulte gravemente la explotación de la finca principal o de aquella de la que, en su caso, se segregue.

f) Estar libre de cargas e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del que insta la permuta (art. 4.º).

2. REQUISITOS FORMALES: PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO ESTABLECIDO EN ESTA LEY.

A) Iniciación.—Se regula un doble sistema:

a) Extrajudicial.—Mediante requerimiento fehaciente del dueño de la finca principal al de la enclavada (art. 5.º, párrafo 1.º).

b) Judicial.—Mediante: 1.º Intento de conciliación ante la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, y 2.º Presentación del escrito de demanda promoviendo el juicio declarativo que corresponda (según el valor de la finca cuya permuta se pretenda) (art. 5.º, párrafos 1.º y 2.º).

B) Desarrollo.—La principal especialidad consiste en la intervención del Servicio de Concentración Parcelaria (si así lo solicita el requerido o demandado) para determinar si la parceia o parcelas ofrecidas en sustitución de la enclavada reúnen las condiciones legales precisas. Si esta determinación infringe las condiciones establecidas en el art. 3.º podrán los interesados impugnarla en el juicio declarativo que corresponda (art. 6.º).

C) Terminación.—La determinación pericial, una vez firme, y, en su caso, la ejecutoria que declare la procedencia de la permuta tendrán fuerza directamente ejecutoria, pudiéndose llegar a cabo, conforme a lo dispuesto en los artículos 919 y siguientes de la LEC (art. 8.º, párrafo 1.º).

Las partes interesadas—o en rebeldía de alguna de ellas, el Juez—formalizarán la permuta en escritura pública, siendo los gastos de cargo del que solicitó la permuta. (art. 8.º, párrafo 2.º).

D) Ejecución.—Cuando cualquiera de las partes pida la ejecución, el Juez señalará el día en que la permuta debe tener efectividad, que será inmediatamente después de cuando corresponda recoger la primera cosecha principal en la parcela que se adjudique en sustitución de la enclavada, entendiéndose en tal día realizada la transmisión del dominio de ambas fincas (artículo 9.º).

2. DERECHO DE SUPERFICIE; INSCRIPCIÓN: *Vid. infra. Reglamento Hipotecario, apartado A) a).*

3. DERECHO REAL DE VUELO: INSCRIPCIÓN: *Vid. infra. Reglamento Hipotecario, apartado A) d).*

4. REGLAMENTO HIPOTECARIO: REFORMA: *Se da nueva redacción a setenta y un artículos del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947. (Justicia. Decreto de 17 de marzo de 1959; «B. O. del E.» del 25.)*

Los principales puntos a que se refiere la presente reforma del Reglamento Hipotecario son los siguientes:

A) Bienes y derechos inscribibles:

a) Inscripción de bienes y derechos del Estado y Entidades públicas.

1. Se exceptúan de inscripción:... «2.º Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, conforme a la legislación especial» (artículo 5.º).

2. «En la inscripción a favor del Estado podrá hacerse constar el Organismo o Servicio a que se hallaren adscritos los bienes. Si aquéllos tienen personalidad jurídica y los bienes pertenecen a su patrimonio independiente, se inscribirán a favor de los mismos» (art. 17, párrafo 3.º).

3. «Los cambios de adscripción de los bienes del Estado a distinto Ministerio por reorganización o alteración administrativa o por cualquier otra causa, y los que se produzcan a otro Organismo o servicio del mismo Departamento, podrán inscribirse mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente» (art. 25, párrafo 3.º).

b) Inscripción del derecho de retorno.—«Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad (art. 15).

c) Inscripción del derecho de superficie y del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie.—«Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos.» Los títulos públicos en que se establezca

dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, las siguientes:

1. Plazo de duración del derecho de superficie, que no excedera de cincuenta años.
2. Canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyera a título oneroso.
3. Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años.
4. Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
5. Garantías de transcendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible, conforme a las normas del número tercero del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación; b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacer la construcción (art. 18).

d) Inscripciones de fincas adjudicadas a la Hacienda pública y cedidas por ésta.—Montes de utilidad pública roturaciones legitimadas, títulos de concentración parcelaria, concesiones de fincas o derechos reales otorgadas por la Administración para colonización u otros fines análogos de carácter social y del derecho real de vuelo (arts. 26, 27 y 30).—El Reglamento se ha limitado, a través de la presente reforma, a facilitar éstas inscripciones, acomodando sus preceptos a los de las respectivas leyes especiales. Singular interés tiene la inscripción del derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas, el cual se inscribirá en el folio de aquélla sobre que se constituya, haciendo constar en el asiento la duración de aquel derecho, la plantación o siembra en que consista, el destino de éstas y de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real (art. 30, párrafo 3.º).

e) Inscripciones relativas a procedimientos de expropiación forzosa.—Se regulan en el artículo 32, la práctica de notas marginales por expedición de la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación, la de anotación preventiva a favor del expropiante o beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional y la de inscripciones propiamente, en su caso, matriculación, mediante el acta de ocupación.

B) Forma y efectos de la inscripción:

a) Circunstancias de las inscripciones extensas, en general.—Se amplían sus requisitos formales con los exigidos por recientes disposiciones, como las referentes a extensión de los inmuebles y clase de cultivo (art. 51, regla 1.ª) y se precisa el dato de domicilio, vecindad foral y nacionalidad de los interesados (art. 51, regla 9.ª).

b) Inscripciones de Obras Públicas y Aguas.—Se facilita su práctica inmediate una regulación más detallada y ajustada a la Legislación especial (artículos 63, 67, 68, 69, 70 y 71).

c) Inscripción de bienes gananciales o presuntivamente gananciales: Se practicará con sujeción a las reglas siguientes:

1.ª Cuando se adquirieran por los dos cónyuges o por uno de ellos sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

2.ª Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges averse el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes.

3.ª Cuando se acreditare que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, se practicará la inscripción a su nombre y se hará constar que son parafernales o dotales de la mujer o privativos del marido, según proceda.

Si practicada la inscripción se justificare con posterioridad el carácter privativo del precio o contraprestación, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos (art. 95).

«Los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla 1.ª del artículo anterior se regirán por las normas de los bienes gananciales. Los correspondientes a los bienes a que se refiere la regla 2.ª se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro. Y los referentes a los bienes comprendidos en la regla 3.ª se regirán por las normas de los bienes parafernales, dotales o privativos, según su naturaleza» (art. 96).

C) Procedimiento para el ejercicio de acciones reales por el titular registral.—Se añade una regla, la undécima, al artículo 137 del Reglamento que desarrolla el procedimiento del artículo 41 de la Ley. La nueva regla, dictada «para salir al paso de habilidades que restan virtualidad al artículo 41», establece que «cuando al ejecutar la resolución firme dictada en este procedimiento surja una tercera persona, ocupante de la finca, oponiéndose a la ejecución, se le concederá un plazo de diez días para que comparezca y formalice por escrito su oposición, al que acompañará el título o las pruebas en que funde su derecho, previa prestación de caución suficiente. La oposición se sustanciará por los trámites de los incidentes.

E) Inscripciones de hipoteca: Las principales modificaciones en este punto tratan de:

a) Regulación de la «acción de devastación».—«El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez a instancia de parte, podrá declarar ven-

cido el crédito, decretar la administración judicial ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar otra medida que estime procedente (artículo 219, párrafo 2.º).

b) Efectos hipotecarios de las cláusulas de estabilización de valor.— Podrán hacerse constar tales cláusulas en las inscripciones de escrituras de préstamo hipotecario, cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.ª Que la duración mínima pactada sea de tres años.

2.ª Que se determine la estabilización con referencia a uno de los tipos o módulos siguientes: a) Valor del trigo fijado a efectos del pago de rentas por el Ministerio de Agricultura; b) Índice del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; c) Premio del oro en las liquidaciones de los derechos de Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda.

3.ª Que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria que no podrá exceder, aparte de intereses y costas, del importe del principal más un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años o un 25 por 100 en los demás casos.

Las cláusulas de estabilización tendrán eficacia al solo efecto del pago de capital garantizado; los intereses se satisfarán por el principal nominal asegurado.

Lo dispuesto en este artículo, en cuanto a las cláusulas de estabilización de valor, no será aplicable a las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 219, párrafo 3.º).

F) Otros puntos que son objeto de reforma.—Son los relativos a la prórroga de la vigencia de las anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial (art. 209), conversión de las inscripciones de posesión de más de diez años de vigencia y respecto de las que no exista asiento contradictorio en inscripciones de dominio (art. 355), inmatriculación de fincas en virtud de título público (art. 298), publicidad formal del Registro (artículos 333 y 334), confección y distribución de los Libros del Registro y ordenación del Archivo (arts. 363, 368, 375 y 416), demarcación de los Registros (arts. 482 a 484) provisión de vacantes, oposiciones y fianza colectiva de los Registradores (arts. 490, 495, 497, 505 a 507 y 520).

III. Derecho de obligaciones.

1. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN: REQUISITOS Y EFECTOS HIPOTECARIOS: *Vid. «Derechos reales». Reglamento hipotecario, apartado E) b).*

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REGLAMENTO: *Se aprueba el Reglamento para la aplicación de la legislación sobre Arrendamientos rústicos.* (Presidencia del Gobierno. Decreto de 29 de abril de 1959; «B. O. del E.» del 7 de mayo.)

1. EXPOSICIÓN:

A) *Ambito de aplicación.*—«Todos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, sea cualquiera la fecha de su celebración, se someterán al presente Reglamento, que será de obligatoria aplicación en todo el territorio

nacional, sin que sus normas puedan ser modificadas por pacto en contrario de los contratantes. Las cláusulas de esta naturaleza se tendrán por no puestas y serán sustituidas por las disposiciones legales que las regulan; no obstante, los derechos de interés puramente privado y las consecuencias de aquéllos una vez ingresados en el patrimonio del arrendatario podrán ser renunciados por éste, subsistiendo en todo caso la facultad liberatoria de las partes por mutuo acuerdo» (art. 1.º, 1).

B) Eficacia derogatoria.—Se derogan expresamente, entre otras disposiciones de menor importancia, el Reglamento de 27 de abril de 1935, los Decretos de 6 de febrero de 1948, sobre la notificación al arrendatario del aumento de renta por repercusión de la contribución; de 7 de julio de 1950, sobre ejercicio del derecho de retracto; de 24 de octubre de 1952, sobre pacto de pago de la renta en trigo y de 17 de diciembre de 1954, sobre arrendamientos rústicos protegidos y las Ordenes ministeriales de 12 de julio de 1951 y 12 de enero de 1955, sobre pago de la renta en especie distinta del trigo (art. 2.º del Decreto de promulgación).

C) Estructura y contenido del Reglamento.—La sistematización de las normas sigue la pauta de la Ley básica de 1 de marzo de 1935, con la salvedad de añadir un nuevo capítulo (el XI, a los arrendamientos protegidos) a los diez de que constaba aquella Ley. Por lo que se refiere al contenido, se conservan e incorporan al texto reglamentario, en forma literal, la casi totalidad de los preceptos de la Ley de 1935, con las interpolaciones y rectificaciones impuestas por las disposiciones legales y reglamentarias de posterior promulgación. De este modo, el Reglamento que se anota aparece, en la práctica, como un texto refundido de la legislación vigente en materia de arrendamientos rústicos.

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETORNO: INSCRIPCIÓN: Vid. «Derechos reales», Reglamento hipotecario, apartado A) b).

IV. Derecho de familia.

BIENES GANANCIALES: INSCRIPCIÓN: Vid. «Derechos reales», Reglamento hipotecario, apartado B) d) c).

DERECHO MERCANTIL

1. AGENTES MEDIADORES: CORREDORES DE COMERCIO: Se aprueba el nuevo Reglamento para el régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su Junta Central y se regula el ejercicio del cargo de Corredor de Comercio (Hacienda. Decreto de 27 de mayo de 1959; «B. O. del E.» del 2 de junio).

El presente Reglamento viene a sustituir al de 26 de julio de 1929, cuyas características y estructura conserva sustancialmente, si bien contiene algunas modificaciones de interés en punto a prohibiciones e incompatibili-

dades de los Corredores de Comercio (arts. 46, 47 y 48 y disp. transitoria 2.ª), así como en lo relativo a las fianzas que a los efectos que determina el Código de Comercio deben prestar dichos Agentes mediadores (arts. 20 a 28).

2. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: PROHIBICIÓN A ENTIDADES ASEGURADORAS: *«Las entidades aseguradoras no podrán ampliar sus disponibilidades económicas por el sistema de cuentas en participación o cualquier otro acto jurídico de parecida naturaleza que desvirtúe la declaración establecida en el artículo 1.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre naturaleza de las Entidades aseguradoras, o suponga una interferencia entre su patrimonio y los intereses de los asegurados.»* (Orden de Hacienda de 25 de abril de 1959; «B. O. del E.» de 18 de mayo.)

Se dicta esta Orden en uso de las facultades conferidas al Ministro de Hacienda por la disposición transitoria 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

DERECHO PROCESAL

1. EFECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO: OBJETO DE LAS COSTAS: TASAS JUDICIALES: *Se convalida y regula la exacción de las tasas judiciales con arreglo a nuevas tarifas.* (Decreto de 18 de junio de 1959; «B. O. del E.» del 22.)

Se dicta el presente Decreto en cumplimiento de lo ordenado por la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958, la cual disponía la supresión de aquellas que no hubieran sido establecidas por Ley, a menos que se convalidaran, con o sin modificaciones, en el plazo de seis meses. La disposición final 3.ª del Decreto que se anota señala los Aranceles y disposiciones que quedan derogados, y el anexo de aquél contiene las nuevas tarifas (en número de cinco, y referidas, respectivamente, a «Justicia Municipal y Registro Civil», «Juzgados de Primera Instancia», «Audiencias Territoriales», «Tribunal Supremo» y «Procedimiento criminal», con división de las mismas en títulos y capítulos).

2. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: INTERVENCIÓN DE TERCERO EN LA EJECUCIÓN: *Vid. «Derecho civil», II, apartado C).*

3. PROCEDIMIENTO LABORAL: PROCESOS ESPECIALES: SEGUROS SOCIALES Y MUTUALISMO LABORAL: *«Los litigios que versen sobre Seguros sociales y Mutualismo laboral se tramitarán y fallarán, sin excepción alguna, con arreglo al procedimiento especial regulado en los artículos 129 y siguientes del Decreto de 4 de julio de 1958, cualquiera que fuere la cualidad de las personas que sean parte en los mismos.»* (Orden de Trabajo de 22 de abril de 1959; «B. O. del E.» de 12 de mayo.)

Se dicta esta Orden en uso de las facultades conferidas al Ministro del Trabajo por la disposición final 3.ª del Texto refundido de 4 de julio de 1958, y con la finalidad de aclarar—en el sentido expuesto—el ámbito de aplica-

ción de este procedimiento especial que el Texto refundido de 1958 pareciera referir sólo a los litigios en que interviniese el Instituto Nacional de Previsión o las Mutualidades Laborales.

OTRAS DISPOSICIONES

FERNANDO POO Y RÍO MUNI: ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO: *El régimen jurídico público de dichas provincias se acomodará a las directrices establecidas en las Leyes Fundamentales y la Legislación ordinaria por que se rige el resto del territorio nacional.* (Ley de 30 de julio de 1959; «B. O. del E.» del 31.)

La asimilación del régimen jurídico de estas dos provincias al del resto del territorio nacional abarca al triple aspecto legislativo, administrativo y jurisdiccional, en los siguientes términos:

1.º Aspecto normativo.—«La legislación sustantiva y procesal, salvo expresa y concreta prescripción contraria... regirá sin perjuicio de las normas consuetudinarias tradicionales vigentes en estas provincias.» «Las Leyes, Decretos, Ordenes y demás disposiciones de carácter general o particular, comenzarán a regir en aquellas provincias a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial* de las mismas, de no señalarse expresamente otro plazo.» (Art. 2.º, párrafos 2.º y 3.º.) Se reconoce a las provincias de Fernando Poo y Río Muni los mismos derechos de representación en Cortes que a las restantes provincias españolas (art. 4.º).

2.º Aspecto administrativo.—«La organización de los distintos servicios administrativos seguirá llevándose a cabo siguiendo la pauta general de las restantes provincias españolas.» (Art. 3.º, párrafo 2.º.) «En cada provincia existirá una Diputación provincial con la competencia que señala la Ley de Régimen Local.» La composición de las Diputaciones provinciales será de carácter representativo, de acuerdo con las normas que al efecto se dicten, e igual carácter representativo, dentro de la órbita local tendrán los Ayuntamientos, cuyo régimen jurídico-administrativo habrá de inspirarse en los principios fundamentales de la Ley de Régimen Local, en cuanto sean aplicables a la especial índole de aquellas provincias (arts. 12 y 13).

3.º Aspecto jurisdiccional.—«La administración de justicia estará únicamente a cargo de órganos judiciales, con independencia absoluta de los gubernativos. La reorganización judicial se adaptará a la general española.» (Art. 5.º)

5. EL PROCESO ADMINISTRATIVO: OBJETO: ACTOS EXCLUIDOS DE IMPUGNACIÓN: *Quedan expresamente excluidos de la vía contencioso-administrativa las resoluciones dictadas por las autoridades militares sobre expulsión o baja en filas de las clases de tropa o marinería que no tengan reconocida la propiedad del empleo.* (Ley de 30 de julio de 1959; «B. O. del E.» de 1 de agosto.)

4. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: PROCEDIMIENTO DE URGENCIA: *Se modifica la redacción de los artículos 779, 780, párrafo 3.º, 786, reglas 3.ª y 6.ª, 791; párrafo 1.º, 792; párrafos 4.º y 5.º, 793, 794, 799 y 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos todos ellos al procedimiento especial de urgencia.* (Ley de 30 de julio de 1959; «B. O. del E. de 1 de agosto.)

La Ley de 8 de junio de 1957 vino a modificar totalmente el título 3.º del Libro 4.º de la L. E. Cr., dando una nueva regulación al procedimiento especial de urgencia. La ley que ahora se anota modifica, a su vez, la redacción de algunos de los preceptos entonces reformados. El alcance de la nueva reforma se contrae, en esencia, a los siguientes puntos:

1.º Ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento de urgencia: Se extiende, además de a las infracciones prevenidas por la Ley de 1957, a los delitos perseguibles de oficio, castigados con pena privativa de libertad no superior a las de presidio o prisión menor, o con la de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con ambas penas, cualquiera que sea la que pueda corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales» (art. 779, núm. 2.º).

2.º Modificaciones de índole procedimental.—A este extremo se refieren los restantes preceptos reformados, obedeciendo, sustancialmente, a la finalidad de acentuar la flexibilidad del procedimiento y aclarar algunas dudas suscitadas por la aplicación de la Ley de 8 de junio de 1957.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BECHADE, «Les majorations de rentes viagères et perpétuelles constituées entre particuliers». París, 1959. Librairies Techniques. Un volumen de 199 págs.

De cómo los fenómenos monetarios influyen sobre las instituciones de Derecho civil da cuenta esta obra en la materia concreta de las rentas vitalicias. Con la marcha ascendente de la inflación en esta primera mitad de siglo se pone de relieve, en países como Francia, el estrago que puede causar en los actos más mínimos de la esfera civil de los ciudadanos. Tras ella se produce también la quiebra de los principios que parecieron más firmes y convincentes, advirtiéndose su inoperancia para las situaciones nuevas, y, para salir del atolladero, la necesidad de recurrir a una cirugía muy de moda jurídicamente: la legislativa.

No de otro modo pueden conciliarse la permanencia del valor de la moneda, en base al principio nominalista, y su inmediata consecuencia en el Derecho civil, la intangibilidad de las obligaciones pecuniarias, con la devaluación constante y real de ciertas prestaciones, por lo demás con un matiz no ciertamente aleatorio, sino equivalente, remuneratorio y de tracto sucesivo, como sucede con las rentas vitalicias.

Ahora bien, el carácter pecuniario de esta figura obligatoria, la mantenia al margen de los fenómenos monetarios y permanecía encerrada en su cantidad nominal. Pero ha sido el punto de vista funcional, operativo y final el que ha despertado a la doctrina del frío mecanismo de los principios o dogmas consagrados a la vista del resultado humano y de convivencia que la figura entraña. Entonces se ha descubierto en ella un matiz valorista, el *carácter alimentario* que la figura implica, desde el cual puede partirse para llevar a cabo la medida de su aumento o posibilidad de una nueva valoración. En definitiva, se pretende hoy configurar la renta vitalicia como una deuda de valor lo que hasta ahora venía siendo una deuda pecuniaria.

Tal es el intento expositivo de esta obra de Béchade y la justificación de las medidas legislativas que se operaron en la nación gala, específicamente por las leyes de 25 de marzo de 1949 y 11 de julio de 1957.

El autor examina cómo primeramente las rentas vitalicias trataron de protegerse contra los efectos de la inflación acudiendo a las cláusulas de escala móvil. De este modo, la parte más perjudicada por este movimiento progresivo de la inflación, el receptor de la renta, se aseguraba del poder adquisitivo de su moneda al ir variando su cantidad conforme a un índice real que guiaba el aumento de la renta. Ello tropezaba con el criterio adverso de los tribunales, en un principio, aunque su jurisprudencia concluyó reconociéndolas más tarde, siempre que reuniesen las condiciones implícitas para su validez, especialmente en lo que se refiere a la adecuación del índice elegido con el objeto del contrato.

No obstante, el problema permanecía en pie para aquellas otras rentas vitalicias en las que no se había paccionado tal índice, por estar constituidas en una época de posición más estable del dinero. Dado el carácter pecuniario que el ordenamiento tradicionalmente les atribuye, hacía imposible corregir la suma o cantidad señalada, ya que la teoría de la imprevisión no fué reconocida generalmente por los tribunales judiciales. Tenía que ser el poder legislativo, desde su omnimoda posición moderna, quien solventase la cuestión. Las razones eran que resultaba injusto, inicuaente, el que una parte hubiese recibido en un primer momento inmuebles, fondos de comercio o explotaciones agrícolas que, ante la inflación, incrementaron su plusvalía con el tiempo y que la otra parte permaneciese a lo largo de la vigencia contractual con la suma o cantidad nominal determinada, empequeñecida por la inflación durante ese período largo de tiempo.

La obra de Béchade hace, pues, un estudio de la reforma legislativa acometida en lo que atañe a las rentas fijas, tanto vitalicias como perpetuas constituidas entre particulares. Este reajuste, dictado con un gran espíritu de equidad, conduce al autor al examen de una serie de cuestiones generales y particulares, destacándose aquellas menos claras del texto legislativo y que necesitaban de una mayor atención. Con tal motivo se interroga: ¿Qué rentas son las de posible aumento? ¿Cómo se aplicará el sistema de revisión cuando se produzca la destrucción o enajenación de la cosa dada como contrapartida de la renta? ¿En qué casos se produce el aumento automático?

La obra se sistematiza en tres partes fundamentales, con un anexo, donde se exponen los textos legales de las diversas reformas legislativas (Ley 25 marzo 1949, Ley 24 mayo 1951, Ley 22 julio 1952, Ley 9 abril 1953, Ley 11 julio 1957).

La primera parte responde al título general «el campo de aplicación de los aumentos». Su primer capítulo aborda los «elementos sustanciales de la obligación susceptible de aumento», con el examen del concepto de renta vitalicia, renta perpetua y la aplicación de las cláusulas de escala móvil. El capítulo segundo se refiere a los «elementos secundarios de la obligación susceptible de aumento»: a) bien fuese constituida entre particulares; b) bien lo fuese con anterioridad al 1 de enero de 1949; c) y que esté sometida al Derecho francés.

La segunda parte de la obra responde al título general, «la técnica de los aumentos». Su capítulo primero se hace cargo de los «principios generales», conteniéndose las cuestiones referentes a los diversos sistemas de aumento, la elección del sistema, el examen de las cuestiones sobre rentas que tienen como contrapartida la plena o nuda propiedad de los valores mobiliarios o de bienes incorporales, rentas que tienen por contraprestación un derecho de usufructo o sumas en diversas especies. El capítulo segundo de esta parte, analiza los casos particulares, como el referente a la heterogeneidad de la contraprestación y la desaparición de la contraprestación o extinción de la renta.

La tercera parte de la obra se concreta a «la realización de los aumentos», analizándose en el capítulo primero el «procedimiento de revisión» y, en el segundo, «las condiciones de obtención de los beneficios del aumento».

La nota más destacada de esta acometida legislativa francesa es el espíritu de equidad con que se llevó a cabo, calibrándose la naturaleza de los bienes o capital entregado en contraprestación de la renta, con objeto de poder determinar la plusvalía ganada y obrar en consecuencia respecto del aumento correspondiente de la renta vitalicia.

Obra de interés para la doctrina española, donde el tema carece de comentarios y de tratamiento científico, y está también necesitado de una mayor atención, tanto doctrinal como legislativamente.

J. BONET CORREA

BEITRAGE ZUM ARBEITS - HANDELS - UND WIRTSCHAFTSRECHT.

Festschrift für Alfred Hueck zum 70 Geburtstag. 7 Julio 1959. Herausgegeben von Rolf Dietz, Hans Carl Nipperdey, Eugen Ulmer, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin, 1959.

Hueck, a quien la dedicatoria del libro-homenaje reseñado califica como uno de los más importantes juristas del siglo xx, comenzó su labor científica en 1913 con una contribución a la doctrina de la empresa. Sin descuidar del todo las materias que se consideran objeto estricto del Derecho civil (así sus estudios sobre los contratos de prestaciones sucesivas y la «cláusula rebus sic stantibus»), su interés se centra en las cuestiones y figuras jurídicas que más directamente tocan a la vida económica; la mayor masa de sus publicaciones se refiere al Derecho mercantil, al Derecho de la economía y al Derecho del trabajo. Sus obras más importantes, fundamentales, según los especialistas, se ocupan de las sociedades, títulos de crédito y Derecho del trabajo.

Los amigos, colegas y discípulos de Hueck, que han contribuido con sus trabajos a este libro publicado en su honor, se han ocupado de las materias predilectas del maestro: I Derecho del trabajo, con estudios de NIKISCH: *Zur rechthelichen Stellung der Rose-Kreuz-Schwestern* (pág. 1); BULLA: *Die Kündigung des Arbeitsverhältnisse unter Druck* (pág. 25); HUBMANN: *Das Recht am Arbeitsergebnis* (pág. 43); LAUBKE: *Zum Eigentumserwerb nach § 950 BGB* (pág. 69); DERSCH: *Tarifliche und staatliche Lenkung des Urlaubrechts* (pág. 81); MOLITOR: *Rahmenverträge über Beschäftigung von Krankenschwestern* (pág. 93); HERSCHEL: *Anderung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages* (pág. 105); DIETZ: *Zur Abgrenzung des öffentlichen Dienstes* (pág. 123); BÖTTICHER: *Die Zuständigkeit des Einigungsstelle des § 70 Abs. 2 Betr. V. G. im rechtsstaatlicher Sicht* (pág. 149); POHLE: *Zweifelsfragen des neuen Beschlussverfahrens in Arbeitsssachen* (pág. 175). II. Derecho mercantil y de las sociedades, con trabajos de: NIPPERDEY: *Die Zulässigkeit doppelter Firmenführung für ein einheitliches Handelsgeschäft* (pág. 195); GOGOS: *Die Reform des französischen Handelsrecht und die Harmonisierung des Handelsrechts der Länder der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (pág. 219); BRECHER: *Subjekt und Verband* (pág. 233); SCHNORR VON CAROLSFELD: *Zur arbeitsleistung in Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen* (pág. 261); VON CAMMERER: *Die Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungschlusse* (pág. 281); BEITZKE: *Kapitalerhöhung teilweise oder stufen-*

weise aus Gesellschaftsmitteln (pág. 295); SIEBERT: *Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafter* (pág. 231); FERID: *Zur Behandlung von Anteilen an Personalgemeinschaften in internationalen Erbgang* (pág. 344). III. Derecho de la Economía. Contiene contribuciones de: HEDEMANN: *Das Wirtschaftrecht, Rückblick und Absschied* (pág. 277); KRAUSSE: *Wirtschaftslenkung und öffentliches Interesse* (pág. 439); LUCKES: *Gedanken zur Begrenzung des allgemeiner Gesschaftsbedingungen* (pág. 459). IV. Derecho de autor y sobreconcurrentia. Comprende aportaciones de: ULMER: *Der Vergleich des Schutzfrist im Welturheberrechtsabkommen* (pág. 497); HEFERMEHL: *Der namensrechtliche Schutz geschäftliches Kennzeichen* (pág. 519); FIKENTSCHER: *«Sonstigen» Verträge in Gesetzgegen Wettbewerbsbeschränkungen* (pág. 543-563).

Aunque el número de trabajos que contiene este libro haga prácticamente imposible la reseña de cada uno, bastará la enumeración hecha para que los especialistas aprecien su valor y significado, los cuales, sin duda, advertirán que han colaborado en él algunas de las más destacadas figuras de la doctrina alemana y sobre temas muy sugestivos.

C. B.

BEITZKE: «Familienrecht», achte Auflage, C. H. Beck'she Verlagbuchhandlung, München und Berlin, 1959; 237 páginas.

La nota más destacada de esta octava edición del acreditado Manual escolar de Beitzke es su adaptación a la profunda reforma últimamente realizada en el Derecho alemán de Familia por la Ley de Equiparación. Esto tiene su reflejo, especialmente, en la esfera patrimonial. Junto a los comentarios exegeticos a la nueva Ley, ya sea sobre puntos concretos, o de índole general como el completísimo de Krueger-Breetzke-Nowack (publicado por la misma editorial en 1958), quizá sea aconsejable, para quien se asome al Derecho alemán de Familia por vez primera, el manejo de estos admirables resúmenes escolares que a la concisión saben unir la suficiente profundidad en el tratamiento de las cuestiones. Cada capítulo suele acompañarse de un apéndice de cuestiones prácticas, cuya solución se inserta al final.

Gabriel GARCÍA CANTERO

BOEDA, Guillermo A.: «Tratado de Derecho civil argentino. Sucesiones». Con la colaboración de Federico J. M. Pelzer. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1958. Tomo I (565 páginas) y tomo II (607 páginas).

El importante tratado sobre Derecho civil argentino del profesor Borda ha continuado afortunadamente su publicación, con la de los dos volúmenes dedicados al Derecho de sucesiones. Los juristas españoles conocen bien el nombre del ilustre tratadista argentino. Es citado repetidamente por los autores españoles y en este mismo ANUARIO se ha dado cuenta de la apari-

ción de dos de los tomos del Tratado (1). En las reseñas citadas se elogia cumplidamente la importante labor emprendida y ahora se puede añadir, con seguridad de no ser desmentido, que se trata de una aportación de notable significación no sólo para la ciencia argentina sino para la doctrina jurídica de todos los pueblos de lengua española. Dada la imposibilidad de hacer un estudio detenido de cada cuestión tratada y después de señalar que, en estos tomos sobre Sucesiones, se mantiene la misma alta tónica que en los anteriores, bastará para mejor noticia de los lectores, un resumen de la sistemática de la obra:

I. Sucesiones, en general. 1. Concepto y contenido de la sucesión. 2. Capacidad, indignidad y desheredación. 3. Aceptación y renuncia de la herencia. 4. Separación de patrimonios. 5. Derechos y obligaciones del heredero. 6. Estado de indivisión de la masa hereditaria. 7. División de la herencia. 8. Cesión de la herencia.

II. Sucesión legítima. 9. Principios generales. Derecho de representación. 10. El orden sucesorio. 11. La legítima. 12. Bienes reservables.

III. Sucesión testamentaria. 13. Dei testamento, en general. 14. Formas de los testamentos. 15. De las disposiciones testamentarias, en general. 16. Institución de heredero. 17. Legados. 18. Eficacia de las disposiciones testamentarias. 19. Albaceas.

Apéndice. 20. Impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

Para terminar esta nota, quizá no sea inútil señalar, no obstante su evidencia, la gran importancia de esta obra, no sólo para la doctrina sino para los prácticos, dado lo continuo de las cuestiones suscitadas por las herencias de españoles fallecidos con bienes en Argentina y con sucesores residentes en España.

C. B.

BURIN DES ROZIERS: «La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais». Paris, 1959. Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 196 págs.

El tema de la distinción entre el Derecho civil y el mercantil se ha venido desarrollando conforme el particularismo mercantil se ha ido especificando no sólo en su volumen legislativo, sino también en sus nuevas formas de relación comercial en el mundo de nuestros días. Si bien aparece en sus primeros momentos como un conjunto de normas aplicables a un grupo de personas que por su cualificación profesional ejercitan un tráfico jurídico específico, bien pronto se configurará como un conjunto de normas que componen una materia autónoma de carácter objetivo e independiente.

Dentro de la polémica surgida en la doctrina continental europea se advierten varias posiciones fundamentales: la de quienes discuten y mantienen la relación existente entre el Derecho mercantil y el civil, la de los

(1) Notas firmadas por JERÓNIMO LÓPEZ, A. D. C. VII, 2 (1954), pág. 513, y por RED, IX, 4 (1959), pág. 938.

que afirman la «especialidad» o «excepcionalidad» del Derecho mercantil y la de los que postulan su autonomía e independencia.

La primera posición predomina entre los tratadistas españoles que contribuyeron a la aparición del Código de comercio de 1829. Este grupo de autores (Martí de Eixalá, Viso, Tapia) reconoce la conexión existente entre el Derecho mercantil y el civil, pero niega que tal coordinación implique independencia ni sujeción alguna entre aquél y éste.

A este primer paso teórico de desglose, se unirá el pensamiento del otro grupo de autores que invocan la plena autonomía del Derecho mercantil como rama jurídica sustantiva y que satisface exigencias del tráfico a las cuales no atiende el Derecho común. Además, se añaden otra serie de razones, tales como las de que sus normas no son contrarias a las civiles sino diversas, es decir, en relación con la regla general y la disposición especial (Enneccerus); de que nada prueba que el Derecho mercantil sea incompleto, porque sólo es completo el ordenamiento jurídico y no una de sus partes (Candian); que no es posible diferenciar a uno u otro derecho por su extensión (Carnelutti, Bolafio); y que si los principios generales aparecen en la Ley civil, y no en la mercantil, es debido a la precedencia histórica y para evitar repeticiones (Benito).

Los autores más avanzados postulan su autonomía e independencia. Messineo entiende que la cuestión de la autonomía del Derecho mercantil no es de autonomía legislativa, sino de autonomía científica; añade no al Código de comercio, pero sí al Derecho del comercio, afirma.

En su aspecto material, el Derecho mercantil adquiere relevancia cuando las relaciones de tráfico comercial son más intensas entre las «Ligas» de la Europa medieval. Formalmente los usos mercantiles, en cuanto normaación primordial, son los encargados de amoldar las nuevas situaciones frente a un ordenamiento legal insuficiente. Los viejos principios no tenían eficacia ante la realidad naciente: la brevedad de los plazos en la prescripción comercial, los vicios ocultos, la pérdida de los objetos, la legitimación en los plazos de reclamación, la efectividad y firmeza en la contratación eran situaciones y relaciones desconocidas e inoperantes para la antigua legislación civilista. El resultado fué el desglose y el nacimiento de un Derecho nuevo más apto a las necesidades, funciones y fines del momento.

Hasta el punto de llegada actual puede advertirse que las relaciones mercantiles fueron ganando en complejidad y esencias propias y la doctrina, pues, se replantea constantemente la cuestión de su autonomía. Burin des Roziers parte de la tesis de la existencia de jurisdicciones independientes en lo mercantil para sostener su independencia. Que lo mercantil tenga un tratamiento judicial independiente es para él una muestra, un presupuesto esencial y básico, que revela su particular y autónoma constitución.

El autor, a través de un método comparativo, trata fundamentalmente de apoyar su tesis en los ejemplos empíricos que Inglaterra muestra a través de sus jurisdicciones arbitrales. Bajo este pensamiento central compone su obra del siguiente modo: primero, una introducción dedicada a la exposición de la decadencia del Derecho mercantil por su positivización, así como la referente a la relatividad que presenta la unificación del Derecho

privado; segundo, una parte preliminar que atañe a la historia de la *Law Merchant*, o sea, de un Derecho mercantil especial completamente diferente de la *Common Law*, que empieza a realizarse desde el siglo xv.

La primera parte de su estudio se refiere a una explicación de las distinciones de fondo o sustantivas (las fuentes particulares y los fundamentos propios del Derecho mercantil) (págs. 37 a 101).

En la segunda parte se señalan los límites y se definen los caracteres de las instituciones con sus tecnicismos propios (caracteres particulares del contrato mercantil, existencia de una jurisdicción mercantil, la *court* mercantil, las jurisdicciones arbitrales, etc.).

Ciertamente, como observa el profesor René David en el prólogo de esta obra, la tesis puede convencer a un jurista francés—que yo me atrevería a extender esta afirmación al jurista continental (italiano, español y alemán)—, pero dudoso sería que convenciese a uno inglés. A los ojos de los juristas anglosajones, tales jurisdicciones, lejos de fundar la autonomía del Derecho mercantil, o establecer la necesidad de esta autonomía, tienen, por fin, el impedir la constitución de un Derecho mercantil independiente dando a la *Common Law* toda la flexibilidad necesaria para que los comerciantes no deseen reivindicar un derecho autónomo. Si las jurisdicciones arbitrales pueden de hecho deformar en cierta medida las normas del Derecho general, teóricamente aparecen encuadradas en las instituciones y en el sistema judicial de la *Common Law*.

Por el camino de la jurisdicción arbitral tampoco en España se puede llegar, desde un punto de vista teórico, a la pretendida autonomía del Derecho mercantil. La última reforma producida por la Ley de 22 de diciembre de 1953, a propósito de los «arbitrajes de Derecho privado», no es más que una reforma del título V de la Ley de Enjuiciamiento civil y no crea ninguna jurisdicción independiente. Se trata de una jurisdicción contenciosa conjunta para las ramas privadas y no discriminada exclusivamente para lo mercantil (art. 1 de la Ley de reforma), de carácter paccionado o contractual (art. 12) y comprendida en la jurisdicción ordinaria civil (arts. 28 y 30). Es, pues, una institución procesal auxiliar de la justicia que se integra en la organización judicial común sin carácter autónomo.

Burin des Roziers se propone en su obra el poner de relieve unos elementos que si materialmente o de hecho aparecen actuando como autónomos, no sucede así desde el aspecto formal. Es que la unidad del Derecho privado todavía se mantiene y el ordenamiento mercantil tan sólo se diferencia formalmente por su peculiar función y finalidad en el tráfico jurídico; sus principios aún los toma del Derecho privado, aunque su carácter se base en la finalidad de lucro. Sólo la ruptura de la tradición romanista y la aceptación de un sistema socialista podría desplazar las *sedes materiae* del Derecho mercantil al ámbito público y su consiguiente encuadramiento como una rama del Derecho económico.

JOSÉ BONET CORREA

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: «Dictámenes Jurídicos» (Tres tomos). Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.

Pluma más autorizada que la nuestra, en este mismo fascículo del ANUARIO reseña y da cuenta de la publicación, «INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL», anotada y puesta al día por don Alfonso de Cossio y Corral, Catedrático de Derecho Civil, y don Antonio Gullón Ballesteros, Profesor Adjunto de la misma asignatura.

La personalidad del autor de las «INSTITUCIONES» y de los tres tomos en los que se reúnen, sus «Dictámenes Jurídicos», es suficientemente conocida, bastante aquí destacar cómo, precisamente a través de sus «Dictámenes Jurídicos» y de su dilatada vida profesional, puede apreciarse su condición de verdadero jurista que vivía en estrecho contacto con la realidad.

El primer tomo, que comprende Dictámenes relativos al Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, de Propiedad y Derechos Reales, va precedido de una explicación previa de la que es autor, don Luis Clemente de Diego, hijo del Maestro de Maestros. La semblanza de don Felipe resulta de la transcripción que en el mismo tomo se hace del discurso pronunciado por el excelentísimo señor don José Calvo Sotelo, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 18 de mayo de 1936, y por último y antes de entrar en lo que es objeto fundamental de la obra, anotamos el Prólogo, de don Joaquín Garrigues, en el que se apunta lo que indicábamos al principio, su contacto contante con la realidad jurídica.

El tomo segundo, con un total de 779 páginas, va destinado a los Dictámenes emitidos por don Felipe Clemente de Diego, sobre la materia de «Obligaciones y Contratos».

El tomo tercero, por último, con un total de 676 páginas, se refiere a los Dictámenes que giran en torno al Derecho de Sucesión.

Cada tomo contiene, al principio, un índice general de los Dictámenes que contiene y, al final, un índice alfabético, por conceptos jurídicos, lo que facilita, sumamente, la tarea del lector; y para completar el conjunto, a continuación, un índice de las disposiciones legales más importantes que en cada uno de los «Dictámenes» se citan.

Obra como la reseñada constituye una aportación importante a la bibliografía jurídica española, además de constituir un merecido tributo de gratitud a la labor, verdaderamente magistral, unánimemente reconocida de don Felipe Clemente de Diego.

J. H. C.

DE DIEGO (Dr. F. Clemente): Instituciones de Derecho civil español. Nueva edición revisada y puesta al día por ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS. Tres tomos (735, 764 y 546 págs.) Madrid, 1958.

Quisiera encontrar el tono exacto con el que decir la impresión que me ha producido recibir la elegante y cuidada, interna y externamente, nueva edición de las Instituciones de Don Felipe. No pretendo ocultar la honda

emoción sentida al releer sus páginas, que compartirán seguramente todos los que tuvieron la suerte de conocerle y de estudiar siguiendo sus enseñanzas. Confieso llanamente que no puedo juzgar de modo frío y objetivo la labor del maestro; de tal modo me siento ligado a ella y ha sido y es mi deseo ser, en lo posible, su continuador. No fui su discípulo directo. Hice mi aprendizaje en Sevilla, al lado de Demófilo de Buen, y él me enseñó admiración y cariño hacia don Felipe. Después, desde que le visité para presentarle mi tesis para el grado de doctor, tuve repetidas ocasiones en las que tratarle. No las he olvidado, a pesar de mi desgraciada memoria. Recuerdo especialmente la bondad con la que acogió y animó al estudiante provinciano y su generosidad y modestia, patente en todo momento. No creo haya habido, en España o fuera de ella, jurista que conociera mejor nuestra doctrina clásica y que tuviera una cultura mas cumplida del Derecho europeo de su tiempo. Mas ocultaba sus saberes con extraño, admirable pudor. En alguna monografía y, sobre todo, en ciertas conversaciones privadas se descubría y, entonces sólo, se le podía conocer, adivinar en toda su verdad, como persona y como maestro. Alguna vez, sus discípulos se han quejado, nos hemos lamentado de que aquella su generosa entrega, la pródiga generosidad de su tiempo, nos haya privado del gran tratado de Derecho civil que hubiera debido escribir; quizá injustamente, porque ella hizo también posible el renacer de los estudios del Derecho privado en España y de la dirección que hoy se sigue y que preomina en la Universidad española. Como he dicho ya en alguna parte, estimo que don Felipe Clemente de Diego es la figura que preside la ciencia jurídica española moderna y la que abrió los cauces por los que hoy discurre. Ahora debo añadir, como advertencia hacia los juristas jóvenes, que la obra de don Felipe no está pasada, que sigue siendo actual, que contiene enseñanzas útiles para cualquier estudio del Derecho. Esta nueva edición de las Instituciones es buena prueba de ello. A menudo me he lamentado del abuso en traducir libros extranjeros. Ahora esa debilidad por lo forastero puede servirnos, pues permitirá valorar mejor esta obra. Compárese con cualquiera de las traducidas y, en seguida, se advertirá su excelencia; no sólo por la elegancia y claridad del lenguaje, sino por la profundidad de su sentido jurídico.

También me parece que debemos todos los juristas dar las gracias a Alfonso de Cossío que, con su discípulo, el doctor Gullón, ha realizado la difícil y provechosa tarea—seguramente grata y hasta envidiable—de revisar y poner al día el texto magistral. Hasta por un doble motivo. Por enseñarnos con el buen ejemplo que la obra de Derecho no pasa con la moda. Que la obra recién publicada, no por ser reciente deja «superadas» a las anteriores; que la doctrina jurídica, en sus grandes obras, crea valores impercederos. Además, porque han facilitado el manejo de un libro clásico de nuestro Derecho.

Respecto a las «Instituciones», cualquier comentario resultará ocioso después de lo dicho. El elogio sería redundancia y la crítica del detalle habría de quedar en cicatería pedante. Bastará repetir lo indicado antes con otras palabras: sirven y enseñan, hasta en aquello en que podamos discrepar; el trato con un gran pensador no es tiempo perdido, sino puesto a ganancia.

La revisión y actualización de la obra se ha hecho con cuidado y res-

peto. Se conserva casi íntegramente el texto original; únicamente los capítulos dedicados al Derecho hipotecario han sido redactados de nuevo para adaptarlos a la ley hipotecaria reformada. Las adiciones se distinguen de aquél, por utilizarse para ellas diferente tipo de letra y se ha procurado limitarlas a «algunas doctrinas y a la revisión total de la jurisprudencia y bibliografía», como se nos dice en el prólogo.

He leído con gusto, y espero que con provecho, buen número de adiciones. No se nos dice quién es el autor de cada una. En las más de ellas, el estilo lo revela claramente, me parece. Muchas veces, al lector le sabrán a poco. Lo que no le entrañará a quien conozca la agudeza, el buen estilo y el hondo saber de Alfonso de Cossío. Discrepancias de opinión podrán naturalmente señalarse. También alguna laguna en la bibliografía. Mas unas y otras cosas quizá tengan importancia solamente para el autor contradicho u omitido. En todo caso, no pueden estimarse tacha de las notas, que necesariamente habían de limitarse a lo más importante para que no aumentasen de modo excesivo la extensión de la obra.

Antes de terminar quisiera hacer una petición, que quizá pudiera formularse como recuerdo de una obligación incumplida. Respecto a la edición del «Curso elemental», prácticamente inasequible, y a la publicación de los dictámenes (1), casi todos inéditos. Don Felipe fué Presidente del Tribunal Supremo, catedrático de la Universidad, miembro de las dos Academias Jurídicas, cofundador de la Revista de Derecho privado, abogado de la Bolsa, ayudó y enseñó a millares de juristas, sus libros los conserva el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. La edición y publicación que solicito podría ser, debería ser patrocinada, por alguna o por todas esas corporaciones; no sólo en memoria del maestro, sino para bien de la ciencia jurídica. Sería un provechoso negocio para esta nuestra doctrina y probablemente hasta para el editor.

F. DE CASTRO

DI MARINO, Issa: «*La séparation de fait des époux*», *La Pensée Universitaire Aix-en-Provence*, 1957; 157 + VII páginas.

La presente obra aparece publicada en edición ciclostylada y parece constituir la tesis doctoral de su autora. El tema ofrece gran interés en el Derecho matrimonial, y no había sido estudiado monográficamente en Francia desde las tesis doctorales de Richardot (1931) y Ecal (1939).

Aunque centrada principalmente sobre el Derecho privado, no dejan de hacerse oportunas referencias al Derecho social e incluso al Derecho fiscal.

A falta de una reglamentación legal de los efectos de la separación de hecho—muy perjudicial para la mujer, como hace notar la autora—, es objeto de estudio la jurisprudencia de los Tribunales, que han llegado a constituir una especie de estatuto de la separación de hecho, tratando de evitar injusticias y sorteando el riesgo de hacer una copia a tamaño reducido, del divorcio o de la separación de personas.

(1) En Prensa esta nota, nos llegan los Dictámenes que publica Bosch, y de los que se da cuenta en esta misma sección.

Estudia, en primer lugar la autora, los derechos conyugales que aparecen influidos por la separación de hecho (alimentos, poder doméstico de la mujer, domicilio de la mujer, derechos arrendaticios urbanos, relación paterno-filial), y luego pasa a ocuparse de los que no se ven afectados por aquella situación (deber de fidelidad, presunción de paternidad del marido, acción de desconocimiento, estatuto patrimonial del matrimonio, derecho a indemnización en caso de muerte). Es amplia la referencia al Derecho social (prestaciones familiares y seguros sociales) notando la falta de concordancia con las soluciones que, para casos idéntico, ofrece el Derecho civil. Cierra el estudio unas breves alusiones a la legislación fiscal.

A juicio de la autora, no es deseable una regulación legislativa de la materia, pareciendo preferible que se deje a los Tribunales la facultad de dictar en cada caso las medidas necesarias durante la separación de hecho. Para suprimir las diferencias entre la legislación social y la civil, propone la sustitución de la noción de *personne à charge* por la de «persona con derecho a alimentos».

La obra utiliza exclusivamente fuentes bibliográficas francesas, y en ocasiones se revela demasiado superficial, pero puede ser útil como punto de orientación para el estudio de la cuestión en nuestro Derecho.

Gabriel GARCÍA CANTERO

FUENMAYOR CHAPIN, Amadeo de: «El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)», Instituto Editorial Reus, Madrid 1959, 147 págs.

La Orden de 10 de marzo de 1941, primero, y la firma del Concordato de 1953, después, ofrecieron base para una interpretación del artículo 42 del Código civil que viniera a conformarse con la doctrina del canon 1.099. Canonistas y civilistas coincidieron en sus apreciaciones, y en algún momento la *communis opinio* llegó a ser casi unánime. Pero con la publicación del Decreto de 26 de octubre de 1956—en apariencia destinado a ser una simple reforma del Reglamento del Registro civil, aunque en la realidad prefigurador de lo que había de ser el nuevo artículo 42 del Código—pronto se advirtió que la orientación legislativa no discurría por tales derroteros. Y la polémica doctrinal surgió entre canonistas y civilistas, o mejor, entre «maximalistas» y «minimalistas», o sea, entre quienes postulaban la necesidad de acoger íntegramente el Derecho de la Iglesia en el punto referente a las personas obligadas a la forma canónica del matrimonio, y quienes eran partidarios de conservar en todo su significado el término «profesars». La polémica subió de tono, adquiriendo cierta dureza, pues se llegó a hablar de una violación del Concordato, haciendo revivir una cuestión que si en el siglo *xxx* constituyó una de las más espinosas que tuvieron que solventar los autores de la Codificación, en la mitad del siglo *xx* llevaba camino de convertirse en un peligroso punto de fricción doctrinal. La Ley de 24 de abril de 1958, al reformar diversos preceptos del Código civil, mantuvo sustancialmente el criterio avanzado por el Decreto de 1956, en la nueva

redacción dada al artículo 42. Por otra parte, es de observar que después de la reforma se siguen manteniendo posturas «maximalistas» por algunos comentaristas (1).

Para mediar en la polémica eran precisas singulares cualidades de objetividad y tacto, al par que un sólido prestigio en Derecho Canónico y en Derecho Civil. Había que pacificar los ánimos, aquietar los escrúpulos de unos, y dar a los otros las debidas satisfacciones. Necesario era establecer la debida distinción entre los principios y su actuación práctica; tener en cuenta el condicionamiento histórico, el *hic et nunc* de toda realización legislativa, recordar las exigencias que impone nuestra pertenencia a una Comunidad de Naciones cuyos ordenamientos matrimoniales son como son, y no como nosotros deseáramos que fueran. Y esto es lo que ha realizado Fuenmayor con mano maestra en un fino análisis del reformado artículo 42 del Código civil, que en adelante será de necesaria consulta para quien aspire a conocer nuestro sistema matrimonial. Obligado es reconocer que pocos tan bien preparados como el autor para ensayar una valoración de la reforma desde un punto de vista intrínseco, y para ofrecer criterios nuevos que puntualicen mejor la exégesis civil.

El presente estudio—publicado como artículo en los números de diciembre de 1958 y enero de 1959 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia—ofrece tres partes claramente diferenciadas. La primera, lleva por título *El estado de la cuestión al tiempo de la reforma*, y constituye una exposición histórica arrancando del Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de febrero de 1875 en donde se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por Alonso Martínez y que pasó a constituir el texto del artículo 42. En la segunda, bajo el rótulo *El artículo 42 reformado*, se efectúa un profundo análisis interpretativo del nuevo precepto, de máximo interés para la teoría y para la práctica, al propio tiempo que se compara con el derogado. La mera enunciación del título de la tercera parte—*La reforma ante el Derecho de la Iglesia*—es suficientemente expresiva para dar idea del interés real que ofrece su contenido.

I. Fuenmayor sigue paso a paso las vicisitudes del atormentado artículo 42, desde sus orígenes hasta la Ley de 24 de abril de 1958. Juzgamos innecesario el detallarlas por estar ya expuestas sustancialmente por otros autores. Subrayaremos sólo que están recogidas fielmente las diversas interpretaciones doctrinales—puede decirse que nada ha escapado a la crítica de los comentaristas en el viejo texto del artículo 42», constata el autor—así como la evolución de su exégesis por vía administrativa. Al analizar el sentido de la frase «los que profesen la religión católica», escribe Fuenmayor: «En torno a esta frase, que ha sido tildada de ambigua, equívoca, desafortunada y hasta capciosa, se ha centrado... la principal discrepancia de los comentaristas, tanto en el plano de la exégesis doctrinal como en las famosas interpretaciones de índole gubernativa. Y es que la frase encierra—con más o menos acierto—el eje sobre el que gira el sistema matrimo-

(1) Díez GÓMEZ: *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, en «Rev. de Derecho Notarial», 21-22 (1956), 328, escribe: «Parece indudable que por no profesar la Religión católica ha de entenderse no haber recibido el bautismo».

nial, fruto de una transacción o compromiso de tendencias contrapuestas, que, si parecen unidas en el momento de la llamada *concordia*, luego rebrotan al tratar de la aplicación práctica de norma trascendental».

II. Por exigirlo así el elemento sistemático propio de toda exégesis legal, el autor pasa revista a las normas concordantes del artículo 42 en la legislación civil o estatal: artículos, 86, 75 y 76, 51, 83—4.º, y 101—4.º del Código civil, 471 del Código penal, 80 número 2 de la Ley de Registro de 1957, los preceptos correspondientes del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, y la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957.

Al enfrentarse con la expresión «los que profesen la Religión Católica» del nuevo artículo 42, dice: «A mi juicio, la expresión legal—tanto en el nuevo texto del artículo 42 como en el anterior—admite, en principio dos interpretaciones extremas: a) «No profesar la Religión Católica», como equivalente a no haber estado nunca, después de la infancia, agregado en el fuero externo a la Iglesia Católica, concepto que incluye a los que se hallan exentos de la forma canónica por el canon 1.099, es decir, a los que ni recibieron el bautismo en la Iglesia católica ni se convirtieron a ella de la herejía o del cisma; b) «No profesar la Religión católica», como sinónimo de no hacer actualmente profesión de fe, concepto amplio que admite una gama variada de matices, pudiendo comprender no sólo a los infieles o heterodoxos desde su infancia, que nunca profesaron nuestra fe, sino también a los que, católicos de origen o de conversión, son ahora apóstatas, cismáticos, herejes o simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos. La ambigüedad de la expresión legal en materia de tanta trascendencia y gravedad, esta pidiendo—así lo confirma la abundante experiencia de casi tres cuartos de siglo—una norma reglamentaria que tome partido, con criterio de autoridad, entre esas varias posibles acepciones. Convencido estoy de estas dos cosas: 1.º Que mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase, ha de existir una exégesis del artículo 42 por vía administrativa; 2.º Que la norma reglamentaria, por su misma naturaleza, podrá modificarse por la autoridad civil sin reformar el texto del artículo 42. Hoy tenemos también norma reglamentaria: el Decreto de 26 de octubre de 1956—y el nuevo Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, que ha recogido sus preceptos—, que ha tomado partido a favor de un criterio intermedio, pues si no hace equivalente, el «profesar» al «pertenecer» o «haber pertenecido en algún momento a la Iglesia católica», rechaza también las interpretaciones más laxas, al excluir de entre los que no profesan a quienes siendo católicos—de origen o de conversión—son ahora simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos».

Estima, finalmente, que, sin modificar el nuevo texto, es posible, por vía administrativa una interpretación más acomodada a las normas eclesiásticas.

Con base en el Decreto de 1956, cuyas normas se han recogido en el nuevo Reglamento del Registro civil, juzga el autor que son posibles contrayentes del matrimonio civil, tres categorías de personas: a) Los que no son súbditos de la Iglesia católica; b) Los súbditos de la Iglesia católica exentos

de la forma canónica si contraen entre sí o con persona infiel; c) Los apóstatas, es decir, los católicos incurso en el delito canónico de «apostasía»; prescindir de la referencia a la apostasía llevaría inevitablemente a dejar sin valor práctico el deber jurídico de contraer canónicamente que el Estado impone en el apartado 2.º del artículo 42 a todos los que profesan la Religión católica. En cuanto al problema de la prueba de la no profesión, recoge Fuenmayor los criterios de la Circular de 2 de abril de 1957.

Ocupándose de la fundamental cuestión de la exigencia de la forma canónica en el Código civil, sostiene el autor que el deber impuesto en el artículo 42 apartado 2.º de celebrar el matrimonio canónicamente, no es simple deber moral, sino de carácter jurídico, uno de los que la doctrina llama «deberes finales», porque se imponen a quienes intentan alcanzar un resultado jurídico, en este caso, a los que quieren contraer matrimonio. Se pregunta luego por la sanción que acarrea la infracción de tal deber. En último término, si el matrimonio ha llegado a contraerse entre personas, una de las cuales al menos profesa la Religión católica, la nulidad resulta del carácter imperativo, no meramente dispositivo del artículo 42 del Código y tiene cabida holgada en el artículo 101, apartado 4.º del Código civil, pues, en tal supuesto el Juez carece de poder absoluto, no tiene competencia alguna para celebrar el matrimonio civil. Refuerza su argumentación con la consideración en su conjunto del sistema matrimonial cuya infracción debe acarrear la nulidad al amparo del artículo 4.º del Código.

Discrepando de Sancho Rebullida (2) entiende Fuenmayor que el sistema hoy vigente en España es el de matrimonio civil subsidiario. La reiteración de matrimonio en forma canónica por persona unida civilmente de conformidad con el nuevo artículo 42, hace funcionar el artículo 51 del Código, y el nuevo matrimonio, por tanto, carecerá de efectos civiles. Sigue la opinión de Mons. del Amo en el sentido de que el hecho integrará además la figura del delito de bigamia del artículo 471 del Código penal. Confrontando el nuevo texto con el viejo artículo 42, y después de una minuciosa exégesis con interesantísimas alusiones a los posibles casos de «conversión» de un matrimonio civil en canónico—el supuesto contrario no cabe—, concluye Fuenmayor que la reforma ha llevado a consagrar con trazo enérgico el sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario, evitando el peligro de que se convierta de hecho en facultativo.

III. Por venir de quien vienen, juzgamos del máximo interés las afirmaciones del autor contenidas en la tercera parte bajo el título «La reforma ante el Derecho de la Iglesia». Que sepamos, nadie había abordado la cuestión, Fuenmayor lo hace con valentía y amplia documentación.

El artículo 42 es una norma del Derecho secular llamada a tomar partido en materia mixta, por ello se hace indispensable contemplar el Derecho de la Iglesia aplicable actualmente en España. Sería unilateral el criterio de interpretar la reforma con olvido del espíritu del ordenamiento canónico,

(2) Se trata de un trabajo publicado en «Pretor», 6 (1957), 5 s., bajo el título *El artículo 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*. Pero, posteriormente, SANCHEZ REBULLIDA ha perfilado más su parecer y juicio crítico del sistema matrimonial instaurado por el artículo 42 reformado, en un amplio comentario legislativo publicado en «Themis», 4 (1958).

espíritu que sólo puede entenderse recordando la finalidad sobrenatural de la Iglesia, la *salus animarum*.

El autor define y caracteriza las instituciones de la dispensa, exención, tolerancia y disimulación que han tenido y siguen teniendo vida lozana en el Derecho canónico, el cual no se inspira en el principio, propio del Derecho secular moderno de la igualdad de los súbditos ante la ley, sino en aquel otro paulino del *alter alterius onera portate*. La Iglesia, a quien no le preocupa la dispensa, aspira a suprimir la tolerancia y a eliminar la *res dissimulata* cuando el cambio de circunstancias permitan aplicar en su plenitud la norma infringida.

Fuenmayor se inclina a creer que la declaración de S. S. León XIII relativa a la fórmula de Alonso Martínez contiene una ley tolerante, y que el Concordato de 1953 ha querido revisar, derogándola implícitamente, la *lex tolerans* de 1887, en el sentido de que la imperatividad de la forma canónica se extienda al caso de que uno sólo de los contrayentes profese la religión católica; el apartado C) del Protocolo ad artículo 23 del Concordato exige, de manera inmediata y directa, un mínimo, sin renunciar por ello la Iglesia al máximo, tal como resulta de la declaración genérica de la confesionalidad del artículo 1.º. Otra cosa es determinar cuándo será posible exigir la perfecta armonía de ambos ordenamientos en la materia matrimonial. Esto corresponde a una esfera distinta, la de la diplomacia, llamada a ponderar la oportunidad, es decir, el ritmo aconsejado por la prudencia en la aplicación de los últimos efectos que cabe esperar de la confesionalidad.

En la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957 exige la Iglesia que la permisión del matrimonio civil, según las normas del Decreto de 1956, se haga con criterio restrictivo. ¿Cómo calificar esta actitud de la Iglesia? Entiende Fuenmayor que no puede hablarse de tolerancia en sentido jurídico, pues falta una declaración formal—la *lex tolerans*— del superior eclesiástico que sirve para legalizar dentro de ciertos límites la conducta que se juzga tolerable, y falta, asimismo, una conducta antijurídica no impedida por la Iglesia por medios coercitivos (existe una inobservancia del Derecho canónico por parte de los contrayentes y por parte de los testigos, pero a unos y a otros se imponen las penas canónicas *per modum precepti*, según la Circular). Tampoco existe una *dissimulatio*. Para explicar esa actitud pasiva de la Iglesia basta recordar la doctrina de comentaristas y teólogos, según la cual obra lícitamente el legislador secular que—por razones graves impuestas por las circunstancias de la vida civil moderna—establece el sistema de matrimonio civil facultativo; los contrayentes y los testigos obran ilícitamente, pero no—si se dan las circunstancias indicadas—el legislador ni los jueces del Estado. Doctrina que se aplica a países como Italia y la República Dominicana, y que con mayor razón al sistema actual español de matrimonio civil supletorio, en que para la mayor parte de los súbditos se exige civilmente también la forma canónica de celebración.

¿Puede estimarse en un todo correcta, a la luz del magisterio de la Iglesia, la reforma llevada a cabo en nuestro régimen matrimonial mediante el Decreto de 1956 y la nueva redacción dada al artículo 42 del Código civil?, se pregunta el autor.

No es el español el único ni el primero de los Estados modernos confesionales que se han visto obligados a tolerar, a pesar de su profesión de catolicismo, el matrimonio civil en supuestos que la Iglesia califica abiertamente de uniones concubinarias. Los matrimonios civiles que se pueden celebrar al amparo del Decreto de 1956 (y nuevo Reglamento del Registro civil) algunas de las personas obligadas a la forma canónica por el canon 1.099, son ciertamente un mal—un torpe concubinato a los ojos de la Iglesia—; pero esto no puede extrañar, se toleran únicamente los males, nunca el bien o la virtud. Hay aquí tolerancia porque el Estado se limita a una permisón puramente negativa: no reprime ese mal, imponiendo coactivamente la observancia del canon 1.099; y deja en libertad a los súbditos rebeldes a la Iglesia —a los apóstatas—para que celebren el matrimonio civil o el religioso. La cuestión se reduce a determinar si se dan en nuestro caso aquellas circunstancias de hecho a que hacía referencia Pío XII en su Alocución de 6 de diciembre de 1953 al Congreso de Juristas Católicos Italianos, y que permiten hablar de una verdadera hipótesis de tolerancia. Fuenmayor distingue dos órdenes de razones: internas e internacionales, siendo, a su juicio, las últimas, verdaderamente decisivas. Al tiempo de la reforma del Código había el fundado temor de una campaña internacional de los disidentes, y el Estado se inclinó—*pro bono pacis*— por la tolerancia. Se trata de una tolerancia de hecho que lleva consigo la libertad, por parte de la Iglesia, de revisar el actual sistema cuando ella estime que las futuras circunstancias son oportunas para exigir que el Estado, sacando las últimas consecuencias de su confesionalidad, acomode por entero su legislación matrimonial al ordenamiento canónico. Lo que aún falta por lograr para que la armonía sea completa está condicionado por circunstancias históricas que deben ser apreciadas en último término por la propia Iglesia.

IV. Posiblemente el lector que ha llegado hasta este punto desea menos saber la opinión del recensor que tomar conocimiento directo de la obra criticada. En realidad, nuestro parecer ya está anticipado, y volvemos a reiterarlo en el sentido de que juzgamos el estudio de Fuenmayor como el más serio esfuerzo hasta ahora realizado de crítica constructiva sobre la reforma realizada en este punto por la Ley de 24 de abril de 1958. Pero no pensaríamos haber cumplido nuestro deber si no subrayáramos los puntos, a nuestro juicio, más notables en el trabajo de Fuenmayor: el expreso reconocimiento de la discordancia entre la doctrina canónica y el sistema instaurado por el nuevo artículo 42 del Código, su logrado esfuerzo para una interpretación restrictiva del concepto de la «no profesión», su ingeniosa teoría para sancionar la infracción del artículo 42, el dejar—finalmente—abierta la puerta para una interpretación más acomodada al Derecho de la Iglesia sin necesidad de modificar el Código civil y dentro del marco del Concordato de 1953.

Sostiene Fuenmayor que ninguna cláusula del Concordato obliga al Estado, directa ni indirectamente, de manera incondicionada, con la exigencia propia de un pacto contractual, a recibir en el ordenamiento civil la norma contenida en el canon 1.099. Rebate luego las opiniones contrarias fundamentadas, sea en el artículo 23 del Concordato, sea en el artículo 35, número 2.º en la declaración de confesionalidad del artículo 1.º Hay que

reconocer que sus argumentos poseen mucha fuerza. Sin embargo, la tesis del autor no casa con la referencia en el apartado D) del Protocolo al «matrimonio de los no bautizados», respecto del cual el Estado ha limitado voluntariamente su facultad legislativa futura comprometiéndose a no establecer impedimentos opuestos al Derecho natural. Es evidente que si aquí se sigue un criterio de la no recepción del bautismo, no hay razones para utilizar el subjetivo de la profesión en el artículo 42.

La no profesión es un concepto poco técnico, que se escapa al intérprete a poco que quiera en él profundizarse. Desde este punto de vista, la reforma no ha sido afortunada. Ciertamente que había el problema humano, entrañablemente humano, de los católicos bautizados que luego se convertían al protestantismo; pero con el nuevo artículo 42 sigue abierta la fuente de otros conflictos, no menos humanos ni de gravedad inferior, derivados de la inflexible aplicación del artículo 51 del Código civil y del 471 del Código penal. Problemas que tan acertadamente Mons. del Amo proponía eliminar para el futuro.

Por último, cabe reprochar a la Ley de reforma el no haber tocado la regulación propia del matrimonio civil—salvo en aislados preceptos—que adolece de numerosas e importantes deficiencias (3).

Gabriel GARCÍA CANTERO

GLASSING, Hellmut: «Voraussetzungen der Adoption», Frankfurt a. M. Berlin, 1957; 139 páginas.

En un momento en que se inicia por la doctrina española el estudio y comentario de la nueva reglamentación jurídica de la adopción dictada por la Ley de 24 de abril de 1958, nos parece de interés dar cuenta del presente estudio, notable por su copiosa documentación y el enfoque general de las cuestiones tratadas. El autor trabaja con vistas a la reforma del derecho alemán, en parte ya realizada en este punto, y sostiene que no es posible una nueva regulación del Derecho de adopción sin una cuidadosa información estadística y un panorama de Derecho comparado. Podemos añadir que esta materia «está de moda», pues después de la aparición de la presente obra, y aparte de la nueva ley española, pueden citarse como reformas totales o parciales de la institución, la *Adoption Act* inglesa de 18 de diciembre de 1958, la ley belga de 10 de febrero de 1958, la Ordenanza francesa de 23 de diciembre del mismo año y la Ley brasileña de 8 de mayo de 1957.

Se trata de un estudio jurídico-político con amplias referencias al Derecho francés y muy copiosa información bibliográfica, no faltando referencias al derecho italiano, anglosajón, escandinavo, holandés e incluso el Código español; pero faltan citas de doctrina en nuestro idioma.

La obra está dividida en tres partes: en la primera se ocupa de los

(3) Examinamos estas deficiencias en nuestro trabajo *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*. Roma-Madrid, 1960.)

presupuestos sociológicos de la adopción, con indicaciones sobre el significado social de la misma, unas interesantes estadísticas de diversos países y un ensayo de clasificación de los diferentes sistemas legislativos; la segunda hace referencia al desarrollo del derecho alemán de la adopción desde la promulgación del B. G. B., con la exposición de las líneas generales de los proyectos de reforma; en la tercera se estudian los presupuestos materiales de la adopción, de parte del adoptante (ausencia de hijos, edad, consentimiento del cónyuge, capacidad) y del adoptado (circunstancias personales, consentimiento o audiencia), finalizando con lo que denomina «presupuestos normativos», entre los que destaca la conveniencia del menor.

Gabriel GARCÍA CANTERO

GORLA, Gino: «Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien».—Publicaciones del Institut Universitaire d'Etudes Européennes, de Turín, 1958; 196 págs.

Como resumen de un curso desarrollado en el Institut Universitaire d'Etudes Européennes de Turín, Gorla nos ofrece en esta breve monografía una síntesis de su obra *Il contratto. (Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico)*, Milano, 1955. (Traducción española, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.)

Gorla desarrolla su estudio a la luz del Derecho comparado, pero—y ésta es su mayor originalidad, que da a su aportación un especial relieve—no se limita a confrontar normas, sino que lleva la comparación al terreno de la jurisprudencia. Este método «comparativo y casuístico» tiene, a juicio del autor, un gran valor: en presencia de un caso *concreto*, resuelto por los Tribunales, el espíritu del jurista se enfrenta con la vida real y se decide a prescindir de ciertas teorías abstractas que, dada su vaguedad, sólo han causado perjuicios a la ciencia jurídica. En el orden didáctico, el método casuístico tiene la virtud de suscitar en el estudiante el sentimiento de la justicia concreta, de la necesidad de «hacer justicia». Es este sentimiento el que ha empujado al espíritu humano a adaptar a la justicia los principios o las normas de Derecho estricto, bien entendido que tal adaptación se ha mantenido siempre dentro de ciertos límites impuestos por la necesidad de respetar la estabilidad de la regla jurídica y la certidumbre del Derecho. Es este procedimiento el que más ha contribuido y contribuye a la formación de los grandes jueces.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, el método casuístico es sumamente útil para penetrar más profundamente en el espíritu de los distintos sistemas jurídicos y para llegar a comprender el verdadero alcance de las diferentes nociones y técnicas que presentan tales sistemas. Por todas estas consideraciones, Gorla cree que el método casuístico no solamente es aplicable al estudio de los sistemas de *common law*, en los que la decisión judicial constituye la principal fuente del Derecho, sino que reviste un especial interés para el estudio y la enseñanza del llamado Derecho continental.

El estudio de la jurisprudencia, como «casuística», nos revela un hecho sumamente interesante: a pesar de la casi identidad de ciertos artículos de nuestros Códigos, tales artículos han sido interpretados de manera completamente distinta por la jurisprudencia francesa (así como por la de los países que la siguen) y por la jurisprudencia italiana. Dado este hecho cabe preguntarse, ¿qué valor tienen las fórmulas de nuestros Códigos? ¿Hasta qué punto se puede confiar en la unificación del Derecho privado italo-francés o en una más amplia unificación del Derecho privado continental?

Con este enfoque metodológico, Gorla afronta el estudio del contrato, cuyo problema fundamental se sintetiza en estos interrogantes: ¿Puede pensarse que toda promesa, por el hecho de haber sido emitida y por referirse a un negocio lícito, engendra una obligación jurídica? ¿O sólo producen tal efecto ciertas promesas o ciertas categorías de promesas? Si es así, ¿cuáles serán éstas? ¿En qué medida se produce una obligación jurídica como consecuencia de una promesa? ¿Qué papel desempeñan la voluntad y la intención de obligarse?

Los Códigos no resuelven directamente estos problemas y la doctrina suele darles una respuesta abstracta y *a priori*. El autor se propone encontrar las respuestas con carácter concreto y *a posteriori*, es decir, después de un examen detenido de las «reglas efectivas de Derecho» aplicables a los distintos contratos. Para ello, no solamente tiene en cuenta las reglas escritas sino también las reglas efectivas que, para cada contrato, resultan de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia.

Con este criterio se estudian, en la primera parte, la donación y, en general, las obligaciones de dar, los contratos en favor de tercero, las suscripciones públicas, la promesa al público, las obligaciones con prestación distinta a la de dar, etc. En la segunda parte, una selección de sentencias dictadas por Tribunales italianos y franceses viene a proyectar sobre el terreno de la jurisprudencia las cuestiones teóricas antes examinadas. Con agudo sentido didáctico, cada sentencia va seguida de un breve comentario y de un «cuestionario» en el que, por medio de hábiles preguntas, se orienta al lector hacia un juicio propio sobre el mayor o menor acierto de la solución jurisprudencial.

En suma, esta monografía tiene para quienes no conozcan la extensa obra de Gorla dedicada al estudio del contrato, el valor de un resumen o de una síntesis de aquélla; para quienes ya la conozcan, representa una nueva elaboración de alguno de los puntos tratados en ella, probablemente con miras a una futura segunda edición de la misma. Y, para todos, el interés de un estudio vivo a través de un método que puede significar un nuevo camino lleno de posibilidades para el conocimiento y la enseñanza del Derecho privado.

IGLESIAS, José: «Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado».
Tercera edición revisada y aumentada. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958
(681 páginas).

El buen nombre y la inmejorable acogida que tuviera, entre los especialistas españoles y de fuera de España, el libro del profesor Iglesias, ha sido después rubricada por la del público, en general, que ha hecho necesaria esta tercera edición. Ahora, se han reunido en un solo volumen, los dos de que constaban las anteriores ediciones. Ello no ha supuesto supresiones o disminución de la materia estudiada. Al contrario, gracias a un nuevo y más condensado ajuste tipográfico, elegante y de buen gusto, no solo se conserva todo e íntegro el anterior contenido, revisado y puesto al día, sino que se le ha agregado lo que ahora constituyen los tres primeros capítulos de la Introducción. Estos se ocupan de: Conceptos fundamentales (concepto del Derecho e interpretación del Derecho). Historia de la Constitución política romana e Historia del Derecho romano. En este tercer capítulo se trata de las fuentes del Derecho y de la supervivencia del Derecho romano.

C. B.

IUS ET LEX: «Festgabe zum 70 Geburtstag von Max Gutzwiller», herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) Verlag Helbing & Lichtenhahn. Basel, 1959 (800 páginas).

La Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (Suiza), ha publicado una colección de estudios para festejar el cumplimiento de los setenta años del profesor Gutzwiller. Juristas de casi todas las naciones europeas y alguno de América han colaborado. Compañeros de Universidad y de sociedades científicas, que desean honrar al colega y al amigo, discípulos antiguos y modernos que le ofrecen así testimonio de su agradecimiento y afecto. Hasta tipógrafos y encuadernadores contribuyen al buen éxito de este homenaje, confeccionando un libro del que puede estar orgullosa la casa editora.

La personalidad científica de Max Gutzwiller es bien conocida en España. Su labor investigadora es de extraordinaria amplitud. El catálogo de sus publicaciones, de los años 1917 a 1958 cuenta más de noventa títulos y ello sin contar notas bibliográficas, comunicaciones y contribuciones en Congresos y reuniones de Conferencias, Institutos y Asociaciones internacionales. Los lectores de este ANUARIO conocen su estudio «El ámbito de aplicación de la Ley uniforme» (ADC, XI-IV-1958; págs. 985-1002). Habrán apreciado su modo de trabajar; minuciosidad en la preparación, erudición extraordinaria, laboriosidad incansable, ingenio brillante y apasionada búsqueda de la justicia; y, como medio para lograrla, una entusiasta entrega a la obra de la unificación del Derecho.

«Ius et lex» título del libro, ha sido intencionadamente elegido, en consideración a la labor del profesor Gutzwiller. «Lex», como expresión de la particularidad de cada ordenamiento social en el espacio y en el tiempo.

que necesita para su coordinación de las normas del Derecho internacional privado y que cede a veces ante la unificación exigida por el tráfico. La «Lex» ha de ser atendida en su curso histórico: a pesar de su multiplicitud laberíntica ha de ser comprendida, conforme a los métodos de Derecho comparado, mediante la formulación de los problemas comunes, destacando las categorías y principios jurídicos que la informan y ha de ser valorada, conforme a las más altas ideas. Referida la «Lex» a estos puntos de vista general, deviene entonces miembro orgánico de «Ius». De este modo, en las palabras preliminares con que se ofrenda el libro, se ha querido condensar la concepción jurídica del profesor Gutzwiller; por medio de la unificación de los «termini technici», del Derecho internacional privado y de la unificación de las disposiciones legales, buscar el respeto de «la naturaleza de las cosas» y con ello la mejor realización de la Justicia.

Los trabajos reunidos en «Ius et lex», dado su número, cuarenta y cuatro, no permiten una reseña individual. En la mayoría de los casos el lector advertido podrá valorar su interés e importancia al conocer el autor y el tema de cada estudio. A este efecto, se sigue la división y el orden del índice.

I. *Historia del Derecho romano y suizo.* KUNKEL: *Zum römischen Königtum* (pág. 3). BROGGINI: *Ius lex que esto* (pág. 23); MEYLAN: *Permutatio rerum* (pág. 45); LEVY: *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht* (pág. 65); BATELLI: *Autour des lois eventuelles genevoises de 1814* (pág. 73); MÜLLER-BÜCH: *Johannes Schnell und die Pflege der Vaterländische Rechtsgeschichte in der «Zeitschrift für Schweizerisches Recht»* (pág. 97).

II. *Cuestiones metodicas fundamentales, unificación del Derecho.* WACKERNAGEL: *Über rechtssoziologische Betrachtungsweise, insbesondere im Völkerrecht* (p. 119). HELLEBRAND: *Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte* (p. 133). MÓNACO: *La méthode de l'harmonisation normative dans le marché commun européen* (p. 149). WEHBERG: *L'Institut de Droit international et sa méthode de travail de 1873 jusqu'à nos jours* (p. 165). BAGGE: *Trente ans de collaboration* (p. 181). VALLINDAS: *Droit uniforme international et droit comparé* (p. 189). CASTRO: *La autonomía de la voluntad en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta internacional* (p. 201). BOLLA: *Unificazione legislativa e proprietà intellettuale* (p. 219).

III. *Derecho internacional privado.* BETTI: *Grundprobleme des internationalen Privatrecht* (p. 233). MARIDAKIS: *Considérations sur l'activité de l'Etat concernant l'énoncé de règles de Droit International Privé* (p. 253). NADELMANN: *Some historical notes on the doctrinal sources of american conflict of law* (p. 263). OFFERHAUS: *L'Université d'Amsterdam et le Droit International privé* (p. 283). MAKAROV: *Die Haager International privatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel* (p. 303). VON OBERBECK: *Essai sur la délimitation du domaine des conventions de Droit International Privé* (p. 325). WORILEY: *The enforcement of claims in personam in the Conflict of Laws* (p. 347). HAMEL: *Faut-il parler de «nationalité» des sociétés commerciales?* (p. 365). KISCH: *La loi la plus favorable* (p. 373). SERICK: *Bemerkungen zum mazedonischen Recht* (p. 395). VISCHER: *«Mariage mixte» und Ehescheidung im internationalen Privatrecht der Schweiz* (p. 413). SCHNITZER: *Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes* (p. 429).

IV. *Cuestiones generales, comparación jurídica.* VERDPOSS: *Primäres*

Naturrecht, secundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie (p. 447). PILOTTI: *Tendance de notre époque à créer des formes nouvelles d'associations entre Etats* (p. 457). MANN: *Die Verträge des Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie* (p. 465). GROSSEN: *Nationalité et protection diplomatique* (p. 489). IMBODEN: *Bedeutung und Problematik juristischen Gutachten* (p. 503). SHIMA: *Die lückenlosigkeit des Rechtsschutzsystems und ihre Grenzen* (p. 523). HUBER: *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie* (p. 535). ISELE: *Zur Revision des Kantonalen Staatskirchenrecht* (p. 563). SCHWANDER: *Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen* (p. 603). NIEDERLANDER: *Nemo turpitudinem auditur* (p. 621). JAGGI: *Positives und natürlichse Privatrecht* (p. 639). FREDERICQ: *De la vente à tempérement* (p. 653). VAN HECKE: *Locatio operis faciendi* (p. 673). MERZ: *Der massgebende Zeitpunkt für Auflösung der Einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft aus einem wichtigen Grund* (p. 685). STEIGER: *Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs* (p. 699). DESCHENAU: *Obligations propterrem* (p. 711). LIEBER: *Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und Lehre Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und Italiens* (p. 749). TROLLER: *Ist der immaterialgüterrechtliche «numerus clausus» der Rechtsobjekte gerecht?* (p. 769-786).

He colaborado en este libro-homenaje, como antiguo discípulo del profesor Gutzwiller (asistí a su curso de Derecho civil y a su seminario sobre la venta en la Universidad de Heidelberg, durante el semestre de invierno 1927-1928), y allí digo que envío mi contribución: «no sólo como expresión de mi consideración y afecto hacia el profesor del que he recibido tantas atenciones, sino también como discípulo que entrega un tardío ejercicio a su maestro, el profesor Max Gutzwiller, que me iniciara en el estudio del Derecho comparado y la unificación del contrato de compraventa, cuando uno y otro éramos jóvenes.»

F. DE C.

LARENZ, Dr. Karl: «Lehrbuch des Schuldrechts». Zweiter Band. «Besonderer Teil». Dritte, durchgesehene und erweiterte Auflage. C. H. «Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin. 1959 (440 páginas).

Es grato ver confirmado el propio juicio sobre un libro alemán, tanto en la crítica alemana como por la generalidad de los juristas alemanes. El éxito extraordinario del libro del profesor Larenz no puede extrañar a los lectores de este ANUARIO, que recordarán cómo repetidas veces se ha señalado aquí su valor, por su contenido tan meditado y original y por su redacción ejemplarmente grata y clara (1).

La tercera edición, de la que ahora se da aquí cuenta, se califica de

(1) Compárense las notas bibliográficas de F. de C., A. D. C., VI, 3 (1958), pág. 279, y de Carlos MELÓN INFANTE, A. D. C., X, 2 (1957), pág. 547. Sobre la obra de LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, las notas de F. DE CASTRO, A. D. C., V, 1 (1962), pág. 279, y de Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. D. C., X, 2 (1957), pág. 539.

«revisada y ampliada» (2). Se recoge la jurisprudencia y la doctrina científica, según los casos, hasta enero o marzo de 1959, y se hacen algunas importantes modificaciones respecto a la segunda edición. Pueden señalarse, como principales, las siguientes:

Se añade una sección nueva al estudio de la venta a plazos, para considerar los importantes problemas planteados en los últimos años por la financiación de estas ventas por instituciones de crédito. Al tratarse del contrato de servicios se ha tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal federal de trabajo, en lo que importa al Derecho civil. En la parte dedicada a la responsabilidad por actos ilícitos (dolo y negligencia) se ha concedido especial atención al desarrollo jurisprudencial de la protección de la personalidad. El autor hace aquí notar que el Proyecto del Ministerio federal de Justicia sobre los llamados derechos de la personalidad, no ha sido bien entendido por la Prensa, pues se trata más que de una verdadera reforma del Derecho vigente, de la recopilación de los resultados ya obtenidos por la jurisprudencia y de su redacción en forma de ley (3). Puede considerarse como una de las innovaciones más notables introducidas en esta edición las páginas dedicadas a la antijuricidad en la lesión de los bienes especialmente protegidos (los llamados derechos absolutos del § 823, I, B. G. B.) (págs. 358-365); destacándose por la atención que el autor le concede, el estudio crítico de las teorías de Nipperdey (que acepta la concepción del penalista Welzel) y de Hans Stoll, más conservadora ésta y más conforme con el sistema del Código civil alemán.

C. B.

«MANUAL DE INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO», por Pascual Marín Pérez, Magistrado, Catedrático de Derecho Civil y Encargado de la Cátedra de Instrucción a la Ciencia del Derecho en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid (Editorial Bosch, 1959).

La obra reseñada tiene, según advertencia preliminar del autor, el propósito de iniciar en la materia jurídica a los alumnos de su Cátedra y de servir para que los de Escuelas Especiales, de Comercio, Sociales, etc., tomen contacto con la problemática del Derecho.

A nuestro juicio, servirá, asimismo, a los estudiantes de la Facultad de Derecho como recopilación de conocimientos, y a los profesionales de la vida jurídica para recordar ideas que siempre conviene tener a punto.

Antecede a cada capítulo una nota bibliográfica, indicativa, más que de la documentación que sirvió al autor para componerlo—mucho más amplia, desde luego—, de aquellas obras en las que el lector puede ampliar conocimientos, y que son de fácil adquisición y manejo.

Consta la obra—síntesis del curso 1958-1959, explicado por Pascual Marín

(2) La diferencia se advierte en el número de páginas: la segunda edición tiene 413, y la tercera, tiene 440 páginas.

(3) De este Proyecto se ocupa, en este mismo fascículo, Federico DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad*.

en la Facultad de Ciencias Políticas—de seis partes divididas en treinta y un capítulos, un índice alfabético de nombres, otro de materias y el índice general, y tiene 647 páginas.

La primera parte, «Generalidades», partiendo de un concepto vulgar del Derecho, lo delimita y diferencia de otros complejos normativos morales, sociales y religiosos, aportando una doctrina clara y sugestiva para distinguir la norma moral (interiorizante y unilateral), los usos sociales (exteriorizantes y unilaterales) y el Derecho (exteriorizante y bilateral). En el capítulo segundo aborda el concepto de Derecho desde una posición prospectivista y sincrética.

La segunda parte, «Fuentes del Derecho», aborda en tres capítulos la genética y metodología jurídicas en forma transparente, con ideas originales sobre el valor de la jurisprudencia—tan respetuosas con la doctrina del Tribunal Supremo, como propugnadoras de la independencia de criterio del Juzgador de Instancia—y sobre el método de investigación y enseñanza del Derecho.

La tercera parte, «El hombre ante el Derecho», nos da el concepto del derecho subjetivo y la doctrina de los hechos, actos y negocios jurídicos.

La cuarta parte, «Derecho e Historia», es un completo resumen de los principales ordenamientos y sistemas jurídicos—romano, germano, canónico y anglosajón—y de los hitos más fundamentales de nuestra historia del derecho, siendo de resaltar; su clara postura ante el problema del derecho foral; y su interpretación de los Principios del Movimiento Nacional de 18 de mayo de 1958 en su proyección jurídica—los considera como una norma de aplicación inmediata derogatoria de la legalidad que se les oponga—.

La quinta parte, «Derecho, Política y Economía», completa la primera en el sentido de que en ella se medita, sobre el ingrediente sociológico y económico del Derecho, la distinción del Derecho Público y el Derecho Privado en dos vertientes o posiciones de un mismo concepto, etc. En ella brilla a gran altura la cultura jurídica, la agudeza de pensamiento y la claridad de exposición del autor.

La sexta y última parte trata de las diversas ramas jurídicas, en particular (Derecho Político, Penal, Civil, Mercantil, Laboral, Procesal, Canónico e Internacional) y pese a la obligada síntesis y resumen que se ve forzado a hacer el autor, y que le impiden en esta parte más que en ninguna otra, el desarrollo total de su pensamiento, tiene páginas—por ejemplo, las dedicadas a estudiar el concepto del Derecho civil—del más alto valor científico.

Felicitemos sinceramente al autor por su libro, y lamentamos que la forzada síntesis a que han de ajustarse estas notas bibliográficas nos impida dar una más amplia extensión a esta reseña.

JOSÉ M.^a A. DE MIRANDA
Magistrado de Trabajo

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean: «*Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*», Tome IV: Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités. Nouveau tirage avec mise à jour au 1.º octobre 1958, de l'ancien Tomo III du traité élémentaire. Paris, 1959 (1320 + 50 páginas).

Con el tomo IV termina la publicación de «la nueva fase de un libro genial», como con justo entusiasmo se le ha calificado. Del tratado clásico de Planiol y de «la nueva fase» se ha ocupado ya este ANUARIO con amplitud y cuidado (1). Este tomo último cierra la obra con una nota de duelo y desmayo.

El prefacio lo dedica el profesor Boulanger a lamentar la muerte del profesor Ripert (4 julio 1958), fallecido ante su mesa de trabajo, la pluma en la mano preparando la nueva edición de su «*Traité de Droit commercial*», y a recordar lo que debe al gran maestro. Nadie que le haya conocido dejará de unirse a su dolor; ha desaparecido una figura cumbre del Derecho moderno, una de las que más expresivamente ha sabido manifestar la finura y agudeza del genio jurídico francés.

Cuenta Boulanger que, dos días antes de la muerte de Ripert, estuvieron conversando sobre la publicación del tomo IV. La inminencia de una reforma legislativa sobre los regímenes matrimoniales planteaba una cuestión difícil. Dijo, entonces, Ripert: «Será necesario contentarnos con una reimpresión de tirada restringida del antiguo tomo III, agregándole una puesta al día». Así se ha hecho. De este modo, el último tomo desdice un tanto de los anteriores, y no merece la consideración de obra renovada o rehecha que correspondía a las precedentes.

Ha de advertirse que en la portada se dice puesta al día hasta el primero de octubre de 1958, pero hay que advertir que se han añadido cincuenta páginas de diferente color, en las que se contiene una puesta al día hasta primero de noviembre de dicho año 1958.

C. B.

UNIDROIT, Institut International pour l'Unification du Droit Privé. Annuaire 1957. Aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé (Projets et Conventions). Editions «Unidroit», Roma, 1958.

Cuidadosamente editado y en la habitual doble versión francesa e inglesa nos llega el Anuario 1957 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Se inicia con las habituales secciones de Lista de Estados participantes y Organización del Instituto. Aparece una nota necrológica relativa a la muerte en trágico accidente del profesor Marcel Henry Bregstein, uno de los juristas más distinguidos de Holanda, que era miembro del Consejo de Dirección del Instituto desde 1955.

El texto del presente Anuario se distribuye en cuatro partes. En la primera, bajo la rúbrica *La unificación del Derecho en los trabajos del Instituto*, se incluyen el tradicional informe del secretario general Mario

(1) MELÓN INFANTE, Carlos: *Una nueva fase de un libro genial*, A. D. C., X, 1 (1957), págs. 155-158; reseña del tomo II, A. D. C., X, 2 (1957), págs. 550-552.

Mateucci, sobre la actividad del Instituto durante el año de referencia y dos interesantes trabajos con cierta unidad temática. El primero es un «Informe sobre las posibilidades de utilizar ciertos principios del *trust* en los países llamados de derecho civil», elaborado por el profesor Geoffrey Hornsey, de la Universidad de Leeds. Comienza con una exposición sistemática de las situaciones de hecho y relaciones jurídicas a que se aplica el *trust* en los sistemas de *common law*, sigue con el examen de dos instituciones análogas el *Treuhand* del derecho alemán y el *Bewind* del derecho holandés, y termina considerando las posibilidades de incorporar útilmente la institución del *trust* a los sistemas jurídicos de nuestra órbita. El segundo se titula, *Los «investments trusts»*, y su autor es el profesor Bentivoglio, de la Universidad de Messina. En él se estudia esta interesante variedad del *trust*—surgida en Inglaterra a mediados del siglo pasado con finalidades análogas a la de las sociedades de inversión, pero con mayor amplitud y flexibilidad—, su regulación en Estados Unidos, su reciente introducción (1930) en Suiza y, finalmente, la posibilidad de utilizarla en sistemas jurídicos extraños al *common law* especialmente Francia, Bélgica e Italia.

En el capítulo de acuerdos y proyectos internacionales basados sobre trabajos del Instituto se inserta un Proyecto de Ley Uniforme sobre arbitraje en las relaciones internacionales de Derecho privado, cuyo texto ha sido elaborado por el Instituto y revisado por la Comisión Jurídica de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.

El contenido de la segunda parte del Anuario, rotulado *La Unificación del Derecho en el mundo*, se distribuye en dos capítulos. En el primero se incluyen informes redactados por conocidos especialistas de los respectivos países sobre los esfuerzos realizados y los resultados obtenidos durante el año 1957 en pro de la unificación jurídica en Gran Bretaña, Yugoslavia, Estados Unidos, Canadá, los países del Benelux, los escandinavos y la Liga de Estados Arabes. En el segundo se reseñan los resultados de la décima sesión de la Conferencia Diplomática de Derecho Marítimo celebrada en Bruselas, la cual sobre la base de los proyectos elaborados en la precedente sesión de Madrid en 1955, ha aprobado dos Convenios Internacionales, uno sobre la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques, otro sobre pasajeros clandestinos, y un Proyecto de Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte de pasajeros por mar. Estos tres documentos internacionales, cuyos textos íntegros se reproducen en el Anuario, están fechados en Bruselas a 10 de octubre de 1957. A continuación figura un proyecto de Ley Uniforme sobre arbitraje mercantil interamericano, aprobado por el Consejo interamericano de juristas, y la sección concluye con el texto del Convenio por el que se instituye un Consejo Consultivo Interparlamentario del Benelux, firmado en Bruselas el 5 de noviembre de 1955.

La tercera parte se consagra a la jurisprudencia en materia de interpretación de Derecho uniforme, y la cuarta y última es una información bibliográfica muy completa sobre el tema de la unificación jurídica en sus varios aspectos.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALONSO GARCÍA, Manuel: *El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo*, RGLJ, tomo 206, núm. 2, febrero 1959; págs. 171-223; número 3, marzo 1959; págs. 307-358.

Después de unas consideraciones sobre el método jurídico en general, analiza el autor las distintas posiciones metodológicas, en relación con el problema de la investigación y el conocimiento del Derecho, referidas, en particular, al Derecho del Trabajo. Aludido brevemente el método de interpretación y el de aplicación, se mantiene, en general, un sincretismo metódico, ya que, dice el autor, «no creemos que con unicidad de método se pueda llegar al conocimiento del Derecho laboral».

ALONSO MARTÍN, Angel: *La Ley natural considerada por el P. Francisco Suárez desde distintos puntos de vista*, RFC, año VII, núm. 19, marzo-agosto 1958; págs. 7-24.

Breve reseña de la vida de Suárez para glosar a continuación uno de los estudios fundamentales del eximio jurista y teólogo: la consideración de la ley natural: materia sobre que recae, si es una; efectos de la misma; supuestos de obligar, prohibir o anular de forma directa.

DE LA MARNIERRE, Edmond, S.: *Crónica de Legislación y Jurisprudencia francesas*, RIN, año X, núm. 39, julio-septiembre 1958; págs. 343-363.

Aspectos divulgadores de la reciente legislación y jurisprudencia francesas, en materia de estado civil, filiación adulterina, sociedad entre conyuges, partición sucesoria en su relación con la «copropiedad» horizontal, prohibición de pactos sucesorios, retracto sucesorio, participación del Estado en sociedades anónimas, competencia notarial en materia de licitaciones.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *La Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, RDN, año VI, núm. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 327-390.

Estudio exegético de la Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958. Por orden sucesivo se transcriben los textos reformados y se añade a continuación el pertinente comentario a cada uno. Siguen unas notas sobre la aplicación de la Ley de reforma en el tiempo y en el espacio.

FAIREN, Manuel: *Aportación a la doctrina de las fuentes del Derecho y la interpretación*, RDN, año VI, núm. 21-22, julio-diciembre 1958; páginas 229-269.

Amplios comentarios en torno a la cuestión de las fuentes del Derecho y a la interpretación, tomando por base la obra de ESSER: «Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts», en el que se pretende destacar el «principio» y la «norma» en la diaria aplicación del Derecho. Trátase de un estudio crítico de la obra.

GARCÍA GARRIDO, M.: *Clasicismo y vulgarismo en la Historia del Derecho Romano*, RDN, año VI, núm. 21-22 julio-diciembre 1958; págs. 117-128.

Entre los elementos o factores que han ejercido su influencia en la historia jurídica romana y que determinan su división en fases o períodos, destacan por su importancia dos de dichos elementos, que pueden considerarse centrales: el clasicismo y el vulgarismo. Delimitación y significado de ambos y de los Derechos que originan: el Derecho clásico y el Derecho vulgar.

ZOGHBI, Alberto: *Humanismo y Derecho*, RFC, año VII, núm. 19 marzo-agosto 1958; págs. 25-45.

Sentido y destino de lo jurídico en los humanismos «demasiado humanos». ¿Qué pasa con el Derecho cuando el hombre, descubierto a sí mismo, se constituye en la cima de todos los valores? ¿Se humaniza o se deshumaniza? ¿Dónde queda la confluencia de las dos grandes áreas del Derecho, la pública y la privada? La íntima dialéctica del derecho humanista hay que buscarla en el flujo y reflujo de los más viejos conceptos de la filosofía jurídica: autoridad, de una parte; autonomía, de la otra.

2. Derecho de la persona.

GUASP, Jaime: *El individuo y la persona*, RDP, enero 1959; págs. 3-20.

Ante el creciente aumento del campo del Derecho público a costa de sectores que tradicionalmente correspondieron al Derecho privado, éste tiende a centrar su contenido en torno a la idea de *persona*, para convertirse en el *régimen jurídico de la personalidad*. ¿Está bien elegido este punto central, que se erige como ciudadela para la supervivencia del Derecho privado? Contesta el autor negativamente. El centro básico y contenido nuclear del Derecho privado debe estar referido, no al concepto *persona*, sino al concepto *individuo*. Este ha de formar el concepto central, defensor de la supervivencia del Derecho privado.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique: *El domicilio forzoso de las hijas de familia*, RGLJ, tomo 208, núm. 4, abril 1959; págs. 475-490.

En relación a la disposición del art. 321 del Código civil que retrasa, en circunstancias normales, la plena emancipación de la mujer, se muestra el autor partidario de la supresión de esa zona templada que el precepto establece entre la mayoría de edad legal y la que podría calificarse de «mayoría de edad social». Para casos de emergencia rige el art. 20 de la Ley Orgánica del Patronato de Protección a la Mujer. Posición de éste en su intervención en la vida de la mujer emancipada y correlación con el art. 321 del Código.

SAVATIER, René: *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, RTDC, año LVII, núm. 1, enero-marzo 1958; págs. 1-24.

Considerada como falsa y artificial la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, esta falsedad y artificialidad se muestra incluso con relación a la clase de bienes para los que se formuló: los bienes corporales. Aparte de que la noción de inmueble por naturaleza toma nuevos rumbos a consecuencia de la reforma hipotecaria francesa realizada en 1955 y de que el concepto de mueble corporal presenta nuevos aspectos (consideración de los macro y micromuebles, partículas atómicas de la materia), surgen bienes corporales que están fuera de la clasificación: la propiedad de los flúidos y de las ondas de la energía y de las fuerzas.

SAVATIER, René: *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RTDC, año LVII, núm. 3, julio-septiembre 1958; págs. 331-360

Dedicado por el autor un estudio a los nuevos aspectos en la concepción jurídica de los bienes corporales (vid. en esta sección) e indicado que más que cosas, lo que existe son derechos, resulta que no existen, pues, más que bienes incorporales. Estos, tradicionalmente considerados como derechos, se dividen en dos grandes grupos: derechos reales y derechos personales. El autor considera los nuevos aspectos de los derechos reales y personales, la penetración, con relación a los mismos, objetos de derechos de uno u otro tipo. Finalmente se indica la existencia de bienes incorporales que quedan fuera de la clasificación mencionada.

THOMSEN, H.: *Zür Änderung des Rufnamens*. EF, año VI, cuaderno 3, marzo 1959; págs. 92-93.

Notas en contra de GERSTEIN (EF, cuaderno 1 de 1959, pág. 12), en torno a la modificación del nombre en el Derecho alemán. Libre modificación del mismo.

3. Derecho de cosas.

BENATTI, Francesco: *Possesso di buona fede e acquisto dei frutti*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 321-331.

En sentencia de 6 de abril de 1957, la Corte de Casación italiana ha cambiado la tendencia anterior y reciente y ha afirmado que el art. 1.148 del Código italiano, relativo a la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe, se aplica también a las relaciones entre enajenante y adquirente. Declara la sentencia que, dejando aparte la regla «*possessione vale titolo*» y la usucapión abreviada, los demás efectos de la posesión de buena fe deben desplegar su eficacia aunque la adquisición desemboque en dominio. Comentario crítico de esta postura (la dominante).

BUSIO, Ricardo Alberto: *Algunos aspectos de las escrituras traslativas de dominio de pisos o departamentos*, RN, año LXI, núm. 642, noviembre-diciembre 1958; págs. 719-732.

En el Derecho argentino, en relación con las escrituras traslativas del dominio de departamentos, pueden formularse estas afirmaciones: la inobservancia de formalidades no perjudica al título de propiedad; cabe constatar, por nota marginal, actos o contratos, siempre que esto no suponga alterar la voluntad de las partes y que constatación surja de los elementos de que dispone el autorizante para hacer la escritura; en la enumeración de elementos comunes basta una simple referencia a la ley; no son atacables las escrituras si en nota marginal se han consignado circunstancias meramente formales.

DEUBNER, K. G.: *Bemerkungen zur analogen Anwendung des § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch*, MDR, año XII, cuaderno 4, abril 1958; págs. 197-199.

Determina el § 281 BGB que cuando, a consecuencia de las circunstancias que han hecho imposible la prestación, reciba el deudor algo como indemnización o le corresponda una pretensión de indemnización, el acreedor puede exigir lo recibido o la cesión de la pretensión. Se ha discutido si esta norma puede aplicarse, por analogía, a la relación poseedor-propietario; es decir, en el caso de que el poseedor enajene a un tercero la cosa que debía restituir al propietario, ¿podrá éste, en base al § 281, exigir el precio de enajenación? Citando caracterizada doctrina en contra, el autor opta por la afirmativa.

FRANCESCHELLI, Remo: *L'assetto amministrativo della cinematografia*, RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 307-320.

Normas de intervención administrativa en la cinematografía italiana. Aspectos múltiples y variedad de organismos.

GÓMEZ, Manuel de J.: *Debe derogarse la Ley 14,159 del Catastro Nacional*, RN, año LXI, núm. 637, enero-febrero 1958; págs. 25-44.

La Ley argentina de 29 de septiembre de 1952 sobre catastro geométrico parcelario contiene un título que establece normas procesales para los juicios relativos a la prescripción adquisitiva de treinta años de bienes inmuebles. El régimen procesal en cuestión es inconstitucional y debe derogarse.

GOETZEN, Marcel: *Proprieta industriale y mercato comune*, RDC, año LVI, núm. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 253-264.

No con ánimo *de lege ferenda*, sino en el plano *de lege data*, el autor examina algunas cláusulas que el Tratado de 25 de marzo de 1957, que instituye la Comunidad Económica Europea, dedica a la propiedad industrial. Se establece, a juicio del autor un régimen de autonomía parcialmente controlada.

MEDINA, Eduardo Carlos: *Propiedad horizontal vs. condominio*, RN, año LXI, número 642, noviembre-diciembre 1958; págs. 731-735.

Comentario crítico a un Decreto argentino de 1950 que establece reglas sobre la venta de inmuebles en propiedad horizontal, equiparando ésta al régimen de comunidad y al objeto de evitar el agio en estas ventas.

ORÚS, Manuel: *Algunas cuestiones que se plantean en la acción de reivindicación*, RN, año LXI, núm. 638, marzo-abril 1958; págs. 159-182.

Indicadas la normas que en el Derecho argentino prescriben que la acción reivindicatoria ha de dirigirse contra el poseedor actual de la cosa, estudia el autor los problemas que plantea el *fictus possessor* en el Derecho romano, en la doctrina y en la jurisprudencia argentina. Se refiere después a los supuestos de intervención del título por parte del poseedor.

PEREIRA DUARTE, Julio C.: *La gestión de negocios ajenos en el régimen de propiedad horizontal*, RN, año LXI, núm. 637, enero-febrero 1958; páginas 45-52.

Funcionamiento de la gestión de negocios ajenos en el régimen de la propiedad horizontal; en el desenvolvimiento funcional de ésta se presenta con frecuencia aquella figura, unas veces por necesidad y otras *ex lege*. Aspectos jurídicos del problema en el Derecho argentino.

Vaquert Salort, Miguel: *La imprescriptibilidad de los censos mallorquines*, RDCI, año XXXV, núms. 368-369, enero-febrero 1959; págs. 83-93.

En contra de la opinión doctrinal y del contenido del Derecho positivo mallorquín, el autor se muestra contrario a la imprescriptibilidad de los

censos en Mallorca. A su juicio, y después de un motivado estudio del problema, debe entenderse derogada la norma que declara imprescriptible el capital censuario a las veintinueve últimas pensiones. Tal norma es contraria a los tiempos y circunstancias actuales.

VERCELLONE, PAOLO: *Esposizione reclamistica e sercittú industriale*, RDC, año LVI, núm. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 311-320.

Ejerciendo una persona en su propia finca la profesión de fotógrafo y habiéndole concedido el dueño de otra finca el derecho de exponer en ella fotografías en una vitrina, esta concesión no es una servidumbre, sino más bien un arrendamiento de duración perpetua (30 años) oponible, siempre que esté inscrito, a los sucesivos propietarios de la finca en que se exponen las fotografías. Comentario de esta postura, mantenida por la jurisprudencia, fijándose, sobre todo, el autor en el significado y alcance que la *utilitas* del predio dominante ha de tener; ésta puede hacer referencia a una eventual función económica del predio. La *utilitas* en el caso examinado se refería, más que al fundo, personalmente al fotógrafo.

4. Obligaciones y contratos.

ABERKANE, Hassen: *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, RTDC, año LVII, núm. 4, octubre-diciembre 1958; págs. 516-554.

Son frecuentísimos los supuestos en que una persona indeterminada causa daños, lo cual plantea graves problemas jurídicos en relación con la posible indemnización a las víctimas. El autor examina las posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con estos casos, desde el ángulo de la falta, de la responsabilidad, de los autores posibles del daño, de la víctima y de la prueba. Propuesta de soluciones sobre la base de separar los «grupos intencionales» y los «grupos fortuitos», afirmando para los primeros y rechazando para los segundos toda idea de responsabilidad colectiva o solidaria.

BERGENROTH: *GmbHG § 64 I Gläubigerschutzgesetz im Sinne § 823 II BGB.* MDR, año XII, cuaderno 4, abril 1958, págs. 199-201.

Según el § 823, II, del BGB, quien antijurídicamente infringe una ley destinada a la protección de otra persona, está obligado a indemnizar el daño. En este sentido, entiende el autor que el § 64, I, de la Ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada es una «ley de protección a los acreedores». La norma en cuestión se refiere a la apertura del concurso por insolvencia de la sociedad.

BÖHMER, Emil: *Verschuldenshaftung oder Verursachungshaftung?*, MDR, año XII, cuaderno 5, mayo 1958; págs. 288-289.

Ante el dilema responsabilidad por culpa o responsabilidad por el resultado, el autor cree que la regla general debe ser y seguir siendo la responsabilidad derivada de la culpa, admitiéndose sólo la responsabilidad objetiva, como excepción, en los casos de un riesgo especialmente cualificado. La responsabilidad sin culpa podría decretarse *ex lege* para aquellas empresas de gran riesgo, pero aun con respecto a ellas, manejarse con gran cautela este tipo de responsabilidad.

CLAUSS, Karl: *Die Familie im Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, EF, año VI, cuaderno 2, febrero 1959; págs. 41-44.

Los hijos, especialmente los varones, durante la «edad de la zanganeería» causan, con frecuencia, daños a sus padres. Al no existir en el Derecho alemán una norma que limite o excluya la responsabilidad de los hijos para con los padres, a primera vista, pudiera parecer aplicable el § 823 del BGB (equivalente a nuestro art. 1.902). Esta solución no puede admitirse. Tanto por motivos éticos como por razones de carácter pedagógico, la responsabilidad de los hijos para con los padres debe estar limitada. Desarrolla el autor esta orientación partiendo de la base de la limitación de responsabilidad entre los que pertenecen a una «comunidad» y haciendo aplicación de esta idea al ámbito del Derecho de Familia. Referencia a supuestos concretos. Aspecto de procedimiento y repercusiones del problema en las normas sobre seguros.

CÓRDOVA, Efrén: *La nueva tarifa general de salarios mínimos en Cuba*, RCD, año XXX, núm. 2, abril-junio 1958; págs. 3-44.

La Constitución cubana asegura unos salarios mínimos al trabajador y preceptúa la revisión periódica de los mismos por medio de unas comisiones paritarias de cada rama del trabajo. La falta de disposiciones complementarias se ha advertido, sobre todo, con motivo de la nueva regulación de los salarios mínimos. (Acuerdos de 13-II-1958 y de 15-IV-1958 de la Comisión Nacional de Salarios.) Estudio del alcance de estos acuerdos y de las circunstancias que han conducido a ellos.

CORTINO, Gastone: *Questioni sul telequiz «Lascia o raddoppia»*, RDC, año LVI, núm. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 375-396.

Aspectos jurídicos diversos del juego «doble o nada» de la televisión italiana, en comentario a una sentencia del Tribunal de Roma de 11 de junio de 1958: carácter del reglamento, naturaleza del contrato, posición de los expertos, eficacia de la contestación y de la no contestación, imposibilidad de la prestación, etc.

ESSER, Josef: *Kurssicherungsgeschäfte und ausländische Enteignungsmassnahmen*, MDR, año XII, cuaderno 5, marzo 1958; págs. 287-288.

Notas críticas a una sentencia del BGB de 30 de diciembre de 1957, en la cual la jurisprudencia alemana se enfrenta por vez primera con el problema del posible influjo que en un negocio con cláusulas de estabilización puedan tener ciertas medidas expropiatorias, acordadas en el extranjero.

FALBO, Miguel N.: *La compra como negocio indirecto (Cláusula en comisión)*, RN, año LXI, núm. 639, marzo-junio 1958; págs. 327-336.

La práctica notarial argentina conoce con el nombre de cláusula «en comisión», en la compraventa de inmuebles, a la compraventa por persona a designar: el comprador declara comprar por y para otra persona, cuyo nombre calla hasta el momento de firmar la escritura traslativa del dominio. Naturaleza y mecanismo de la cláusula mencionada.

FOSCHINI, Mariello: *Effetti del fallimento sul mandato «in rem propriam»*, RDC, año LVI, núm. 3-4, marzo-abril 1958; págs. 81-97.

Comentario a la sentencia de Casación de 30 de octubre de 1956 según la cual el mandato irrevocable «in rem propriam» no cesa con la quiebra del mandatario, pero se incluye entre los derechos que forman parte del patrimonio del quebrado, y como tal, sujeto a reclamación a favor de la masa. Habiendo el mandatario cedido un crédito cuya cobranza formaba parte del mandato, el «curador» de la quiebra está legitimado activamente para exigir la revocación de la cesión sin que sea precisa la presencia en juicio del mandante. Se estima exacta la posición jurisprudencial.

FUENTES LOJO, JUAN V.: *El transporte gratuito de cosas y su naturaleza jurídica*, RGD, año XV, núm. 171, diciembre 1958; págs. 1111-1114.

El transporte gratuito es unilateral, no oneroso, causal y real (porque supone la entrega de objetos al transportista). Dentro del Derecho español, el transporte gratuito debe quedar englobado dentro del mandato.

GAMBINO, Agostino: *Assicurazione e risparmio edilizio*, RDC, año LVI, números 7-8, julio-agosto 1958; págs. 265-279.

Consideraciones sobre las «Bausparkassen» o Cajas de Ahorro para la construcción, fundadas en Alemania en abril de 1924. Nacimiento, mecanismo, ámbito y eficacia de estas Cajas. Delimitación y relaciones entre el contrato de seguro y el contrato de ahorro para la construcción; contenido de la relación jurídica.

HENN, Günter: *Die rechtsgeschäftliche Zulässigkeit von Wert sicherungsklauseln*, MDR, año XII, Cuaderno 7, julio 1958; págs. 461-465.

Refiriéndose al problema de las cláusulas de estabilización, establecidas por negocio jurídico, y en relación al problema en el Derecho alemán, comienza el autor indicando su finalidad y sentido, así como su fundamento legal. Se alude después a la distinción entre deudas de valor y deudas en cantidad, para terminar distinguiendo cláusulas que necesitan aprobación del Banco Federal.

MONTEL, Alberto: *Ancora in tema di legittimazione dell'appaltatore all'azione di spoglio*, RDC, año LVI, núm. 3-4, marzo-abril 1958; págs. 147-153.

En sentencia de 4 de marzo de 1958, la Corte italiana de casación se pronuncia por primera vez en orden a la legitimación del «appaltatore» (figura equivalente a nuestro arrendador de obra) para el ejercicio de la acción de despojo. La estima procedente. La sentencia aborda así los dos aspectos esenciales de la naturaleza de la detentación del «appaltatore» y los límites de la legitimación para la acción de despojo, según éste provenga de tercero o del propio comitente.

MONTEL, Alberto: *A proposito di responsabilità per danni prodotti da caduta di satellite artificiale*, RDC, año LVI, núms. 3-4, marzo-abril 1958; págs. 162-163.

Apostillas a un trabajo de Guarino en relación con la responsabilidad derivada de la caída de satélites artificiales: distinción entre satélites que fallan y satélites que entran en órbita. Con respecto a éstos, Guarino estima que pasan a formar parte del espacio cósmico y devienen *res nullius* o mejor *non res*, por lo cual, los daños que producen al caer, por nadie deben resarcirse. El autor no se muestra conforme, ya que entiende que la naturaleza o no de *res nullius* del satélite en órbita, no puede ejercer la mínima influencia sobre la responsabilidad de quien lo ha puesto en condiciones de causar el daño.

MONTEL, Alberto: *Ancora in tema di azione di risarcimento per danni da lesione di possesso*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 371-374.

Comentario a un fallo del Tribunal de Lecco, que parece construir la responsabilidad del expoliante como una responsabilidad contractual, ex art. 1.218 del Código civil italiano, por no haber cumplido el autor del despojo la obligación de reintegrar la cosa. Crítica de esta postura, sostenida en sentencia de 11 de junio de 1958.

MOTTA, Achille: *L'art. 1467 Cod. civ. ed i contratti di fornitura stipulati con la Pubblica Amministrazione senza clausole di revisione prezzi*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 401-408.

El art. 1.467 del Código civil italiano prevé la resolución del contrato por excesiva onerosidad. La jurisprudencia declara con reiteración que esta regla no es aplicable, aun en el supuesto de no ir provistos de cláusulas de revisión, a los contratos de suministro pactados por la Administración con particulares. Mantiene recientemente esta doctrina una sentencia de la Corte de Casación de 16 de julio de 1956. El autor la comenta, mostrándose contrario al criterio de la jurisprudencia; desde ningún punto de vista puede sostenerse.

ROQUETTE, Hermann: *Werkförderungsverträge*, MDR, año XII. Cuaderno 7, julio 1958; págs. 465-468.

Significado y características de los «contratos para fomento de la construcción» en Alemania. Naturaleza de los mismos, financiación de la obra, destino vinculado de las viviendas, arrendamiento por el constructor, etc.

ROSSEBURG, Hansjürgen: *Grenzen des Rücktrittsrechtes bei Abzahlungskauf*, MDR, año XII. Cuaderno 8, agosto 1958; págs. 558-560.

La Ley alemana sobre negocios a plazos de 16 de mayo de 1894, regula el derecho de resolución, para el caso de que el comprador no cumpla sus deberes de pagos parciales. La práctica demuestra que los vendedores no suelen hacer uso de esta resolución, ya que prefieren intentar la ejecución forzosa para obtener los plazos no pagados. Como consecuencia de las dilaciones de la ejecución, del uso de la cosa en ese tiempo, etc, el comprador ha de pagar a veces cantidades que alcanzan o superan el precio de la cosa. Esto es contrario al espíritu de la ley.

SCALFI, Gianguido: *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispetive*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 452-495.

El Código italiano de 1865, siguiendo las orientaciones tradicionales de la doctrina, conocía la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales (referida al vínculo) y en onerosos y gratuitos (referida al resultado patrimonial). El Código civil de 1942 adopta un nuevo concepto: contratos con prestaciones recíprocas (*prestazioni corrispetive*). Consideraciones sobre este concepto y sus aplicaciones en el Derecho italiano. Razón de ser de la postura del Código. Examen casuista.

SCALONE, Giuseppe: *Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 333-369.

La indeterminación subjetiva en los negocios unilaterales y en los contratos es un instrumento indirecta o impropriadamente circulatorio (negocio

incompleto y contrato en blanco) El contrato por persona a designar ha sido sometido a numerosos intentos de construcción doctrinal que no han sido capaces de una satisfactoria explicación de la realidad del fenómeno. Previa consideración por el autor de estos esquemas doctrinales.

SCHMIDT, Reimer: *Die Haftung für den Arbeitsunfall des Arbeitskollegen*, MDR, año XII. Cuaderno 4, abril 1958; págs. 193-195.

Comentario a una interesante sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, de Alemania Occidental, recaída en 28 de septiembre de 1957, en torno a la responsabilidad de los compañeros de trabajo en caso de accidente laboral. A juicio del autor, la sentencia representa una orientación que quizá contradiga la letra de la ley, pero que está en plena armonía con los principios generales del Derecho tal como hoy se entienden. La sentencia determinó que no se puede exigir responsabilidad del compañero trabajo cuando su culpa no es grave en atención a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el riesgo especial del trabajo a él encomendado.

SCHNEIDER, Egon: *Die Aufrechnung gegen rechtshängige Teilforderungen*, MDR. Cuaderno 11, noviembre 1958; págs. 823-824.

Negada la compensación cuando existan varios créditos o deudas aptos para ella, juega entonces el mecanismo de la imputación legal de la prestación a la deuda más gravosa, debiendo reputarse tal la que esté ya judicialmente reclamada.

SCHOPP, H.: *Ergänzende Vertragsauslegung bei späterem Verlorengehen der Kenntnis von Vertragsbestimmungen*, MDR, año XII. Cuaderno 5, mayo 1958; págs. 291-292.

En el supuesto de que a posteriori se llegue a desconocimiento de las cláusulas de un contrato procede llenar esta laguna mediante la interpretación del mismo (interpretación creadora, complementaria o constitutiva). La norma que determina que los contratos deben interpretarse conforme a la fidelidad y la buena fe, en atención a los usos de tráfico (§ 157 BGB), se entiende unánimemente aplicable, tanto al caso de oscuridades iniciales como sobrevenidas. Notas en torno a la interpretación creadora.

SCHWARZE: *Gewährleistungsansprüche bei verborgenen Mängeln*, MDR, año XII. Cuaderno 4, abril 1958; págs. 195-197.

Precisada la significación de los vicios ocultos y su repercusión en la eficacia de la compraventa en el ámbito civil y mercantil, entiende el autor que las cláusulas que excluyen la responsabilidad, en especial por vicios ocultos, pueden considerarse nulas, por contrarias a las buenas costumbres o estimarse su ejercicio incompatible con el principio general de la fidelidad y la buena fe, recogido en el § 242 BGB y en el § 346 HGB. La misma conclusión ha de defenderse, aunque no se trate de supuestos en los que se pretenda aprovechar una situación de monopolio.

STARCK, B.: *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*. RTDC, año LVII, núm. 4, octubre-noviembre 1958; págs. 475-515.

Examinadas las diversas teorías del riesgo para explicar la responsabilidad sin falta, la doctrina vuelve a la consideración de la *falta* como única verdadera fuente de responsabilidad, estimando los casos de responsabilidad sin falta como excepciones a la regla general. Este método no es satisfactorio y es insuficiente. El autor indica los casos de responsabilidad sin falta, y trata, después, de su explicación y justificación, a través de un método sintético. Llega a la conclusión de que, a pesar de la multiplicación de los casos de responsabilidad sin falta, la persona dañada está aún expuesta a dos peligros: los daños causados por fuerza mayor o por un autor insolvente o desconocido. La repercusión de estos daños será, sin duda, el objetivo de las próximas conquistas de la *teoría de la garantía*.

THOMA, Volker; WOLTER, Björn: *Zweckentfremdung und Enteignung*, MDR, año XII, Cuaderno 4, abril 1958; págs. 203-205.

Tomando por base unas recientes decisiones del BGH, los autores se enfrentan con la cuestión de si procede o no indemnización de daños en el supuesto de que un industrial pierda la clientela de su negocio como consecuencia de modificación de calles, desviación del tránsito o circunstancias análogas. Entienden los autores que el industrial puede exigir indemnización en aquellos casos en que la calle se destina a nuevos fines, sustrayéndola, en parte, al uso común; no puede, en cambio, exigir dicha indemnización cuando los actos que entorpecen su negocio supongan sólo la conservación o mejoramiento de la calle, para darle, por ejemplo, más anchura.

VILLAR Y ROMERO, José M.ª: *¿Puede una corporación local declarar por sí la nulidad de un contrato civil que estipuló con un particular y, en virtud de ella, recuperar directamente la posesión de los bienes que cedió como consecuencia de tal contrato?* RDP, enero 1959; págs. 21-28.

Examen de un supuesto concreto: contrato de cesión de explotación de unas canteras otorgado por un Ayuntamiento a favor de un particular; declaración unilateral de nulidad por la corporación, pretendiendo ser irrisoria la merced pactada y por faltar el requisito de la certeza del tiempo (por pactarse el convenio como arrendamiento). En relación con este caso, y después de indicar que se trata de un contrato de carácter civil, el autor entiende y justifica su postura, que la corporación local (aun dándose circunstancias que hicieran anulable el contrato) no está autorizada para declarar por sí la nulidad, ni por consiguiente a recuperar la posesión de los bienes cedidos.

5. Derecho de familia.

BOEHMER Gustav: *Ergänzende Bemerkungen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n. F., F., EF*, año 6. Cuaderno 3, marzo 1959; págs. 81-84.

Notas complementarias a un escrito publicado en la misma revista (cuaderno 1, de 1959, págs. 1-6) en relación con el nuevo § 1.369 del BGB (redacción de la Ley de equiparación de 1957) relativo a los actos de disposición de los cónyuges sobre los objetos del hogar matrimonial: cada cónyuge sólo puede disponer de los que le pertenecen, si cuenta con el consentimiento del otro, pudiendo el Tribunal de Tutelas suplir en ciertos casos este asentimiento. Notas complementarias a la exégesis del precepto, sobre todo en la remisión a los §§ 1.360 a 1.368 del BGB.

CAMY SÁNCHEZ-CARRETE, Buenaventura: *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, RDC, año XXXV, núms. 368-369, enero-febrero 1959; págs. 42-82; núms. 370-371, marzo-abril 1959; págs. 194-242.

Estudio de conjunto de la nueva regulación de la adopción en la legislación española: concepto, historia, caracteres, clases, elementos, efectos de la misma (especial referencia a los problemas sucesorio y supuestos de extinción). Termina el estudio aludiendo al prohijamiento y al acogimiento familiar.

DE FAYS-GENIN, Etienne: *La Ley belga de 30 de abril de 1958, relativa a los derechos y obligaciones de los esposos*, RIN, año X, núm. 39, julio-septiembre 1958; págs. 385-396.

El aspecto personal de las relaciones entre los cónyuges se ha regulado en Bélgica, sucesivamente, por las disposiciones del Código de Napoleón, por una Ley de 20 de julio de 1932 y, últimamente, por la Ley de 30 de abril de 1958. Estudio de esta Ley, que ha puesto fin en el Derecho belga al sistema de la potestad marital y de la incapacidad de la mujer casada. La Ley ha convertido en completa la igualdad de los cónyuges, con matices de ínfima significación. Papel preponderante de la autoridad judicial en la solución de conflictos matrimoniales. Examen de disposiciones concretas. Esta Ley hace necesaria la reforma del régimen de bienes.

HELDRICH, Andreas: *Gleichberechtigungsgesetz und Güterstand bei Neubürgern*, EF, año 6. Cuaderno 2, febrero 1959; págs. 46-49.

Comentarios casuistas sobre la cuestión concreta de si las normas contenidas en el art. 8, I, 3 de la Ley alemana de equiparación de sexos de 18 de junio de 1957 (normas sobre el régimen de bienes de los matrimonios que, al entrar en vigor la ley, se rigieran por el estado de bienes de administración y aprovechamiento del marido) serán o no aplicables a

aquellas personas que, en la fecha de comienzo de vigencia de la ley, tuvieran su residencia habitual en Alemania Occidental o en Berlín-Oeste, pero rigiéndose, en principio, su régimen de bienes por una legislación extranjera. El problema, al no estar previsto en la ley, ha de resolverse, a base de los principios generales de Derecho internacional privado e interzonal, que el autor analiza.

JOHANET DUPLESSIS, FRANCISCO: *Valoración del interés del Estado en el régimen matrimonial*, RCD año XXX, núm. 3 julio-septiembre 1958; págs. 42-57.

Después de indicadas las vicisitudes de la institución matrimonial en Cuba, se fija el autor en el art. 43 de la Constitución y propugna la paulatina supresión de la disolubilidad del vínculo, ya que la misma es contraria al interés fundamental del Estado, que considera al matrimonio, básico para la familia y la sociedad. (Art. 43 de la Constitución.)

MARIÍN BLANCO, JOSÉ: *Legislación de seguridad social y Derecho de Familia*, RGLJ, Tomo 206, núm. 4, abril 1959; págs. 449-474.

La idea de la seguridad social realiza normalmente sus fines a través de instituciones de Derecho privado: contrato de seguro, contrato de trabajo y familia. En la amplia relación de la seguridad social con el Derecho de Familia, el autor se fija en ciertos aspectos concretos de éste: matrimonio, deber de socorro y asistencia entre cónyuges, obligación legal de alimentos, patria potestad. Entiende el autor que desde el punto de vista de la legislación de seguridad social, es posible hablar de un concepto social de la familia y de un Derecho de familia, basados, ambos, en la efectividad social y en la función sociológica del agregado familiar.

PITLO, A.: *Die Aufhebung der Geschäftsunfähigkeit der verheirateten Frau im niederländischen Privatrecht*, año VI. Cuaderno 2, febrero 1959; págs. 49-53.

Aspectos fundamentales de la Ley holandesa de 1 de enero de 1957, que, limitada al ámbito del Derecho civil, suprime las incapacidades de la mujer casada. Se mantiene, sin embargo, el principio de autoridad en el marido; se mantiene, asimismo, como régimen legal de bienes, la comunidad universal, pero con importantes variaciones: quizá la fundamental sea la posibilidad de modificación o exclusión, después de contraído el matrimonio.

REITHMANN, CRISTOPH: *Gleichberechtigungsgesetz und Güterstand bei Neubürgern*, EF, año VI. Cuaderno 3, marzo 1959; págs. 91-92.

Notas en contra de la opinión de HELDRICH (vid. en esta sección) y en relación con el problema indicado en el trabajo de este autor. (Véase.)

RODRÍGUEZ ABRADOS, Antonio: *Disposición onerosa de inmuebles gananciales*, RDN, año VI, núms. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 129-228.

Estudio de un punto concreto de la reforma del art. 1.413: la disposición onerosa de los inmuebles gananciales en las situaciones normales del matrimonio. Amplias referencias de Derecho extranjero y precedentes españoles de la reforma. A continuación, se estudia, ya bajo el nuevo texto del art. 1.413, la disposición sobre inmuebles, y con referencia a ella, el consentimiento de la mujer y la autorización judicial. Indicada la ineficacia de los actos realizados sólo por el marido, delimita el autor el ámbito, dentro del Derecho español, del nuevo art. 1.413. En general, después de señalar sus peligros, se juzga la reforma de no necesaria, pero al menos aceptable.

TIEDAU, Erwin: *Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft am 1. juli 1958*, MDR, año XII Cuaderno 6, junio 1958; págs. 377-384.

El nuevo régimen matrimonial de bienes, instaurado en Alemania como «estado legal», por la Ley de equiparación de sexos de 1957, es la «comunidad de ganancia» (reparto del cónyuge que ha obtenido un mayor incremento patrimonial con el otro.) Este régimen empezó a regir el día en que entró en vigor la ley indicada: el 1 de julio de 1958. Aspectos prácticos del comienzo de vigencia del nuevo régimen legal de bienes, referidos especialmente al ámbito notarial y de la abogacía.

VILLANUEVA ARIAS, FRANCISCO: *Repercusiones que, en materia matrimonial, ha tenido en nuestro Derecho positivo el Concordato concertado con la Santa Sede en el año 1953*, RGD, año XV, núm. 171, diciembre 1958; págs. 1091-1110.

Haciendo aplicación del método deductivo y después de una referencia general al problema de las relaciones de la Iglesia y el Estado (con especial alusión a España y al Concordato), se delimita la institución matrimonial y se examinan las repercusiones concretas del Concordato), se delimita la institución matrimonial y se examinan las repercusiones concretas del concordato en el sistema matrimonial español en estos puntos: transcripción del matrimonio canónico en el Registro Civil, matrimonio de los hijos de familia, matrimonios mixtos y matrimonio de no bautizados.

6. Derecho de sucesiones.

BERGMANN, W.: *Gleichheitssatz und bäuerliche Vererbung*, EF, año 6. Cuaderno 3, marzo 1959; págs. 87-91.

En las familias campesinas existe normalmente una comprensible división del trabajo en virtud de la cual, el trabajo de fuera de casa suele encomendarse a los hombres y el de dentro a las mujeres (hogar, huerto,

cuidado de los establos, etc.). Esto supone el que la dirección de la empresa agrícola esté en manos del varón, lo cual desemboca, sobre todo, en el ámbito sucesorio testamentario o *ex lege*, a una preferencia del sexo masculino. Valoración de esta circunstancia, en relación con el postulado de igualdad jurídica de sexos (*Ley de 1957*). Consideración de las normas sobre haciendas agrícolas vinculadas.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La venta de la herencia*, RGLJ, Tomo 206, núm. 3, marzo 1959; págs. 359-392.

Comiéntanse examinando las posiciones doctrinales en torno a la compra-venta de la herencia, construida como un compuesto de dos negocios: uno de transmisión de bienes y otro de asunción de deudas. La venta no transmite al comprador la cualidad de heredero y tiene carácter aleatorio. Indicación de supuestos concretos, objeto del contrato, efectos del mismo, posición del comprador. Termina el trabajo con una referencia al caso de venta de la herencia por el heredero aceptante a beneficio de inventario.

INFANTE, Faustino: *Títulos imperfectos (Partición-donación de ascendiente, inter vivos)*, R.N, año LXXI, núm. 639, mayo-junio 1958; págs. 337-346.

Aspectos y naturaleza del título del vendedor cuando éste emana de una partición hecha por el ascendiente entre vivos. Caracteres de la donación-partición, posición de los terceros adquirentes, del donante, de sus acreedores y de los descendientes. Notas de jurisprudencia.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, RDP, abril 1959; págs. 275-302.

En la interpretación del art. 811 se han seguido métodos equivocados: el de exégesis literal a través de la lógica formal y el de las posibles construcciones dogmáticas de precepto. El método correcto radica en una interpretación finalista concorde con la ratio del precepto: posibilidad de dispensa de la reserva, extensión objetiva de ésta, fundamento de la norma. En el Derecho de Sucesiones, el art. 811 representa una norma de *ius singulare*, de interpretación restrictiva. Posición de la jurisprudencia. En cuanto a la integración del precepto, se estudia su relación con el problema de la troncalidad, la posible aplicación de las normas de la reserva de los arts. 968 y sigs., finalizando con una doble referencia a la integración de la norma, por medio de la analogía y de los principios generales del Derecho.

WESENER, Günter: *Der Voraus des überlebenden Ehegatten*, EF, año 6, Cuaderno 3, marzo 1959; págs. 84-87.

Consideraciones comparativas sobre la «aventaja» que corresponde al cónyuge superviviente, en relación con los objetos del hogar doméstico matri-

monial, tal como se regula en el § 1.932 del BGB y en el § 758 del ABGB (Código civil austríaco). La ventaja en cuestión la tomó el ABGB, en su modificación por la Novela Parcial de 1914, del BGB; a su vez, la norma austríaca ha influido en la nueva redacción que el § 1.932 del BGB ha recibido por la Ley de equiparación de 1957.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BORRACHERO, Miguel: *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, RCDI, año XXXV, núms. 370-371, marzo-abril 1959; págs. 243-250.

En contra de la opinión de LACAL (vid. en esta sección), entiende el autor, que por ser la cancelación de hipoteca un acto de disposición, requiere la realizada por el marido el consentimiento de la mujer, en base al nuevo art. 1.413 del Código civil.

CASADO PALLARÉS, José María: *El Registro de la Propiedad en Australia (cien años de sistema Torrens)*, RCDI, año XXXV, núms. 368-369, enero-febrero 1959; págs. 1-38; núms. 370-371, marzo-abril 1959; págs. 145-193.

La Ley Torrens entró en vigor en Australia en julio de 1858. Cumplido el centenario del sistema registral, implantado por aquella Ley, es oportuna una revisión de los aspectos fundamentales del mismo: registración inicial, certificado del título, depósito del duplicado, valor de la inscripción, principios del sistema, etc. El trabajo continuará en otro número de la misma Revista.

LACAL, Pascual: *La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas*, RCDI, año XXXV, núms. 368-369, enero-febrero 1959; págs. 39-41.

Sobre la base del nuevo art. 1.413 del Código civil, entiende el autor, no debe considerarse necesaria la presencia de la mujer en las cancelaciones de hipotecas. El esposo acreedor es un mero elemento pasivo de la relación jurídica, sin que su voluntad participe de manera activa en el negocio: asume un papel puramente mecánico de cancelación de la hipoteca, una vez extinguido el crédito. La mujer, en este caso, sería un «convidado de piedra».

MONTEL, Alberto: *Ancora in tema di nullità e convalida di scritture immobiliari non registrate*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; pág. 450.

Adhiriéndose al criterio de la sentencia de casación de 25 de junio de 1958, relativa a un supuesto de venta de cosa ajena en documento privado, seguida de la puesta en posesión al comprador, comenta el autor algunos aspectos de la nulidad y convalidación de escrituras inmobiliarias no registradas.

NERSON, Roger: *La publicité des hypothèques légales de la femme mariée et de l'incapable en tutelle*, RTDC, año 57, núm. 2, abril-junio 1958, págs. 161-198.

El Código francés, a pesar de tener como modelo la Ley de 11 de Brumario del año 7, no sometió al régimen de publicidad a las hipotecas legales a favor de la mujer casada y a favor de los incapaces sometidos a tutela. Los inconvenientes de este sistema intentaron salvarse por procedimientos prácticos que no bastaron para paliar el inconveniente que la clandestinidad de esas hipotecas suponía para el crédito inmobiliario en general. El inconveniente se remedia al fin por el Decreto de 4 de enero de 1955 que, manteniendo las citadas hipotecas, condiciona su eficacia a la inscripción. Estudio de esta inscripción y del nuevo régimen de las hipotecas de la mujer casada y del incapaz y consideraciones críticas finales.

MOUTA MERAS, R.: *Ante la reforma del Reglamento Hipotecario*, RDP, abril 1959; págs. 310-310.

Indicada la razón de ser el procedimiento especial contenido en el art. 41 de la Ley Hipotecaria, se señalan, desde la vertiente del profesional del Derecho, las ventajas e inconvenientes de la actual regulación y las reformas aconsejables: carácter definitivo o no del fallo, cosa juzgada, inutilidad de ciertos preceptos en su relación con el art. 41, legitimación, costas, etc.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

GARRIGUES, Joaquín: *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, RDM, Vol. XXVII, núm. 71, enero-marzo 1959; págs. 7-59.

Utilizando el método histórico-legislativo, se llega a un concepto formal del Derecho mercantil, se determina cuál ha sido el punto de vista del legislador al acotar un sector jurídico para someterlo al Derecho mercantil. La verdadera esencia de su razón de ser, como Derecho especial, sólo se captará a través de un método de observación de la realidad económica. A través del primer método llega el autor a la definición (delimitación) del Derecho mercantil español, diciendo que es «el que regula los actos de comercio pertenecientes a las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estudio del comerciante individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales». La razón de ser del Derecho mercantil, investigada a través del método de observación de la realidad económica, presenta a éste como Derecho de los actos en masa y como Derecho regulador de la empresa, si bien la doctrina de ésta se muestra en crisis. La relación Derecho civil-

Derecho mercantil podría cristalizar así: a) Un Código único de obligaciones, en el que entrarán los contratos mercantiles generalizados; b) un Código de Comercio para la empresa y los contratos a ella ligados; c) un Código civil para las normas sobre la personalidad, familia y sucesiones.

GRISOLI, Angelo: *Misure antimonopolistiche e provvedimenti anticonsortile nella lotta contro i monopoli*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 429-451.

Al objeto de extraer conclusiones útiles para la legislación italiana, estudia el autor las experiencias de la legislación inglesa, en la lucha contra los consorcios y monopolios, que entorpecen la libertad de comercio y contratación. La Ley inglesa de 1956, aísla, en la más amplia serie de medidas antimonopolísticas, las medidas destinadas a combatir los acuerdos creadores de consorcios restrictivos de la libre contratación. La experiencia inglesa se muestra muy útil al respecto: adoptó nacionalizaciones, instituyó comisiones sobre monopolio, creó un nuevo sistema de control administrativo con un órgano jurisdiccional especial.

ROWEDDER, Heinz: *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, MDR, año XII. Cuaderno 6, junio 1958; págs. 384-388.

Continuación y terminación del estudio del autor sobre la Ley alemana sobre «cartells» o Ley contra las limitaciones a la libre competencia, en el ámbito comercial.

2. Comerciantes y sociedades.

ASQUINI, A.; FRE, G.: *Sulla legittimità costituzionale e sulla interpretazione dell' art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, RDC, año LVI, núms. 3-4, marzo-abril 1958; págs. 85-104.

Posición de los autores en torno a la constitucionalidad o anticonstitucionalidad del art. 3 de la Ley italiana de 22 de diciembre de 1956, en relación con el problema de la libertad de organización sindical y las empresas con prevalente participación estatal.

AZZOLINA, Umberto: *Sull' ammissibilità di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 496-502.

Debatido doctrinal y jurisprudencialmente es, en el Derecho italiano, el problema de si ha de considerarse o no admisible la sociedad de hecho, integrada por personas físicas y por una sociedad de capital como un socio más; esta cuestión es un aspecto concreto del más amplio problema de si es admisible la participación de las sociedades de capital en otras sociedades regulares de personas o de capital. En relación con la cuestión con-

creta planteada, entiende el autor que debe reputarse inadmisibile la participación de una sociedad de capital en una sociedad de hecho, por ser contraria dicha participación al sentido de la legislación sobre las sociedades de capital.

BUNOCORE, Vincenzo: *Revoca dello stato di liquidazione e proroga tacita nella società di capitali*, RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto; págs. 294-310.

Tomando por base el contenido de una decisión jurisprudencial (Tribunal de Sassari), el autor se enfrenta con el problema de la revocación del estado de liquidación de las sociedades: posibilidad, necesidad o no de la mayoría para el acuerdo de revocación. Se examina después la afirmación del Tribunal de que en el vigente sistema legislativo italiano no es posible una prórroga tácita de la sociedad de responsabilidad limitada. Consideración del problema en relación con los diversos tipos de sociedad de capital. Opta el autor por la inadmisibilidad de la prórroga tácita.

CÁMARA, Héctor: *Negociaciones entre la sociedad anónima y sus administradores*, RN, año LXI, núm. 637, enero-febrero 1958; págs. 7-24.

Con antecedentes y notas de Derecho comparado se estudia, en el Derecho argentino el problema de la contratación de la sociedad anónima con sus propios administradores (art. 338, y 345 del Código de Comercio, reformado en 1889). La primera norma prohíbe terminantemente la contratación indicada; la segunda prescribe que los administradores, cuando entre sus intereses y los de la sociedad hubiere pugna de intereses, deben comunicarlo a los demás administradores, no participando en su decisión. Exégesis de ambas normas y delimitación de su respectivo contenido.

GIUSIANA, Enrico: *Annullamento, rescissione e recesso del socio nella società in nome collettivo*, RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 280-292.

El «recesso» es, en el Derecho italiano, el derecho que corresponde al socio de disolver la relación que le vincula a los otros socios, en virtud del contrato de sociedad. Este es el «recesso» en sentido estático; en sentido dinámico, es el acto con que se ejercita este derecho. Consideraciones sobre la posibilidad o no posibilidad de reclamar la nulidad por violencia o la rescisión por lesión del acto de «recesso». Este, como acto unilateral, no se adecúa bien a las reglas sobre nulidad y rescisión.

GRISOLI, Angelo: *Un diritto del nuovo socio all' ingresso in una cooperativa?* RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 293-306.

En general, y con respecto a ciertas especies de cooperativas, se pregunta el autor si se podrá configurar un derecho subjetivo de admisión en una cooperativa para el aspirante a socio, que se califique según las con-

diciones previstas por el acto constitutivo. Es un problema no afrontado ni doctrinal ni jurisprudencialmente. En este problema, entiende el autor que debe armonizarse el clásico principio de la «puerta abierta» con la motivada limitación al ingreso de nuevos socios.

MIGNOLI, Ariberto: *Sull' invalidità di deliberazioni non verbalizzate del consiglio di amministrazione*, RDC, año LVI núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 332-343.

En sentencia de 26 de junio de 1956, la jurisprudencia italiana optó por la nulidad de las deliberaciones de las juntas de las sociedades por acciones cuando no se hacían constar documentalmente («verbalizzazioni»). Ahora, a pesar de faltar este requisito declara la plena validez de las deliberaciones (Sentencia de 10 de octubre de 1957). Argumentos no convincentes.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel: *La inscripción del comerciante individual en el Registro mercantil*, RDM, vol. XXVII, núm. 71, enero-marzo 1959; págs. 61-118.

Comienza el autor señalando la novedades terminológicas del nuevo Reglamento del Registro mercantil de 1956, que habla de «comerciantes o empresarios mercantiles individuales». Estudia la naturaleza de la inscripción del comerciante individual, según el Código y según el Reglamento. La regla general es que la inscripción, en cuanto a su carácter, sea potestativa; siendo la excepción la obligatoriedad de la inscripción: supuestos concretos.

FATTI, Domenico: *Osservazioni sui mutamenti di valore nei bilanci delle società azionarie*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 406-417.

Especies diversas de los cambios de valor relevantes a efectos del balance, en las sociedades por acciones: movimientos intrínsecos, movimientos monetarios, amortizaciones, movimientos monetarios negativos.

PIRET, René: *El derecho de suscripción inherente a las acciones con carácter de bienes propios y las acciones nuevas adquiridas con ayuda de dinero de la comunidad*, RIN, año X, núm. 39, julio-septiembre 1958; págs. 365-384.

Un cónyuge, casado bajo el régimen de comunidad, posee acciones propias. La sociedad de la que es accionista procede a un aumento de capital. Al cónyuge, como socio, le corresponde el derecho de suscripción; ahora bien, si en la adquisición de las nuevas acciones, se ayuda con dinero de la comunidad, ¿qué carácter tendrán los títulos adquiridos? Estudio de este problema en el Derecho belga.

RICHERT, Erich: *Zur Frage der Umwandlung der GmbH in eine Partenreederei*, MRD, año XII, Cuaderno 4, abril 1958; págs. 201-203.

Consideraciones sobre la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una entidad naviera, caracterizada por la participación de varios en la propiedad del buque, pero sin constituir una verdadera copropiedad. Indicadas unas ideas generales sobre la transformación como alteración de la forma con subsistencia de la personalidad, se alude, después, a supuestos posibles de transformación «descapitalizadora» de la sociedad de responsabilidad limitada, previstos por la Ley de 12 de noviembre de 1956, sobre transformación de sociedades de capital. Finalmente se toma en consideración la hipótesis indicada al principio.

SCHNITZLER: *Zur Vorausregelung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 HGB*, MDR, año XII, Cuaderno 8, agosto 198; págs. 556-558.

Comentario en torno a la pretensión de nivelación del representante mercantil en la legislación alemana: momento de nacimiento de la pretensión al terminar la relación contractual. Esto trae consigo el que la pretensión no pueda excluirse por anticipado (§ 89 b HGB). Notas sobre este problema: exclusión de la renuncia o limitación anticipada, condiciones de regulación por adelantado, prestaciones anticipadas.

VANZETTI, Adriano: *Trent' anni di studi sull' azienda (Parte II)*, RDC, año LVI, núms. 3-4, marzo-abril 1958; págs. 105-161.

Siguiendo el análisis expositivo de los resultados y tendencias dominantes en el estudio de la empresa y sus elementos en los últimos treinta años, el autor se refiere en el presente número de RDC a la doctrina alemana en contraste con la latina. Preponderancia de los conceptos básicos: «organización» y «universitas».

VANZETTI, Adriano: *La tutela della proprietà e del possesso dell' azienda*, RDC, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 422-444.

La Corte de Casación italiana en sentencia de 31 de marzo de 1958, ha mantenido, en relación a la propiedad y a la posesión de la «azienda» (base económica de la empresa), estos tres puntos de vista: a) en caso de concurrencia desleal, el complejo de la clientela de una «azienda» no es susceptible de formar objeto de derecho real y de la consiguiente tutela posesoria; b) la menor productividad de una «azienda», debida a hecho de tercero, no constituye despojo de frutos; c) la posesión de la «azienda», como universitas rerum, no es tutelable con la acción de retener la posesión. Comentario amplio del autor, que se adhiere a las dos primeras afirmaciones del fallo, no a la tercera.

3. Cosas mercantiles.

DE MAJO, Antonio: *Duplicazioni di tratte e cessione di provvista*, RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 263-270.

Singular cuestión derivada de una duplicidad de letras emitidas por el mismo librador, concidiendo la emisión de la segunda con la cesión del crédito derivado del suministro de mercancías que dió origen a la primera. Según la jurisprudencia (Sentencia de 28 de mayo de 1957), efectuada la cesión, mediante giro de letra, con notificación de dicha cesión, la anterior emisión por parte del acreedor de otra letra aceptada por el deudor, no equivale por sí sola al pago que haga ineficaz la sucesiva cesión, derivando del hecho de la emisión de la letra aceptada sólo la consecuencia de que el crédito no podrá ser pagado antes de la caducidad de la letra misma. Comentario a este problema y a su solución.

MAGRI, Benito: *Sulla validità della cambiale emessa dal rappresentante a proprio favore*, año LVI, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1958; págs. 457-463.

Comentario crítico, contrario al contenido de la sentencia del Tribunal de Milán de 26 de marzo de 1957, que declaró válida la emisión de letra por el representante, y a su favor, en el supuesto de no haber conflicto de intereses con el representado.

SPRENGEL, Hans-Erhard: *Die Begebung von Schecks mit faksimilierten Ausstellerunterschriften*, MDR, año XII Cuaderno 8, agosto 1958; págs. 553-556.

Aspectos jurídicos derivados de la emisión del cheque firmado en fac-símil por el librador. El cheque así emitido adquiere el significado de una asignación otorgada oralmente por el emisor, el cual queda vinculado hacia el tomador en el sentido de que el cheque será pagado. La pretensión de regreso no puede hacerse valer en proceso documental, sino en proceso ordinario. Semejantes cheques deben quedar limitados a casos excepcionales.

4. Obligaciones y contratos.

COLTRO CAMPI, Cesare: *Considerazioni sui contratti a premio e sulla aleatorietà dei contratti di borsa*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 380-405.

Diversos tipos y naturaleza de los contratos a premio (premio simple y otras figuras) y aspectos del fenómeno de la aleatoriedad de los contratos de bolsa, en general y con referencia a hipótesis concretas.

6. Derecho de quiebra.

DE MARTINI, Angelo: *L' «eventus damni» nella revocatoria fallimentare*, RDC, año LVI, núms. 7-8, julio-agosto 1958; págs. 244-262.

Comentando la posición dominante de la jurisprudencia italiana, en relación con la acción revocatoria en la quiebra, se considera el daño de la masa y su condición de presupuesto o no de la acción misma. La jurisprudencia tiende a considerar el *eventus damni* como elemento esencial de la acción revocatoria en la quiebra.

IV. DERECHO NOTARIAL

CREHUET, Pompeyo: *Reconstitución de protocolos*, RDN, año VI, núms. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 7-115.

Amplísimo estudio en torno a la reconstitución de protocolos, en el que el autor adopta, como básica, esta sistemática: I. Constitución de instrumentos públicos. II. Reconstitución de instrumentos públicos matrices. III. Procedimientos de reconstitución. Sigue un resumen condensando las reglas generales y especiales que, según el autor, deben seguirse para los procedimientos notariales de reconstitución de instrumentos públicos matrices inutilizados o desaparecidos de los archivos de protocolos de Notarías o Generales del Distrito.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito: *La identificación de comparecientes en la función notarial*, RN, año LXI, núm. 641, septiembre-octubre 1958; págs. 591-600.

Los comparecientes ante el notario pueden ser partes concurrentes. Respectiva significación. Notas sobre su identificación, con referencias al Congreso de Madrid de 1950.

HOFFMANN, Oscar Eduardo: *Notariado argentino y canadiense*, RN, año LXI, núm. 637, enero-febrero 1958; págs. 61-71.

Estudio comparativo del Notariado argentino con el canadiense; historia ejercicio y organización de uno y otro.

HOFFMANN, Oscar Eduardo: *Notariado guatemalteco y argentino*, RN, año LXI, núm. 638, marzo-abril 1958; págs. 197-206.

Aspectos comparativos de la función y el ejercicio de la actividad notarial en Guatemala y Argentina, países ambos adheridos a la organización del Notariado latino.

NAVARRO AZPEITIA, Fausto: *Adaptación de la actividad profesional del notario a los métodos y procedimientos modernos, en especial en lo que concierne... a la grafía de los originales y de las copias*, RDN, año VI, núms. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 273-292.

Es uno de los temas del V Congreso Internacional del Notariado Latino. Propugna el autor la adaptación de la actividad notarial a los más modernos métodos y medio mecánicos y físicos de escritura, impresión y estampación. Ello no es incompatible con el mantenimiento de la responsabilidad profesional del notario, en cuanto al contenido de los documentos que autoriza.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *La fe pública*, RIN, año X, núm. 39, julio-septiembre 1958; págs. 305-342.

Resumen de las conferencias del autor en las Facultades de Derecho de Montevideo y Guatemala en 1956 y 1957, siendo éste el esquema del trabajo: prueba y documento, prueba legal, fe pública en general, tiempo y prueba, la autenticidad, notas de la fe pública, clases de la misma.

ROMERO CERDEIRIÑA, Angel: *Posible aplicación de los progresos técnicos a la conservación del instrumento*, RDN, año VI, núms. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 303-310.

Comunicación al V Congreso Internacional del Notariado Latino. Entiende el autor que los protocolos notariales han de conservarse sin merma ni mutilación de ninguna clase, lo cual no impide que, llegado el caso, pudiera utilizarse, para aligerar su conservación y con las debidas garantías, la microfotografía.

TRÍAS DE BES, Federico: *Eficacia del documento notarial en las relaciones internacionales*, RDN, año VI, núms. 21-22, julio-diciembre 1958; págs. 293-302.

Las conclusiones del II Congreso de Madrid (1950), celebrado por el Notariado, contienen, en materia de eficacia internacional del documento notarial, las que podrían calificarse de normas de Derecho vigente o constituido. Tomando por base estas conclusiones, se propone al V Congreso del Notariado Latino la unificación de las normas sobre conflictos de leyes.

ZALDIVAR DÍAZ, Rafael: *El Notario en Chile*, RIN, año X, núm. 39, julio-septiembre 1958; págs. 397-414.

Antecedentes históricos y organización actual de Notariado en Chile.

ZALDIVAR DÍAZ, Rafael: *Respuesta al cuestionario referente al régimen de previsión de los notarios en Chile*, RN, año LXI, núm. 641, septiembre-octubre 1958; págs. 609-613.

Aspectos concretos del régimen de previsión notarial en Chile, fundado en el año 1925. Se contestan veintidós puntos específicos, formulados en plan de preguntas sucesivas.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

GALLEGO MORELL, Manuel: *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal español*, RGLJ, Tomo 206, núm. 2, febrero 1959; págs. 224-248.

Recapitulación y examen de lo que es y representa la doctrina procesalista española, dentro del campo de esta ciencia. Existe en España una creación procesal doctrinal que responde a las necesidades de la sociedad actual y a las ideas político-sociales del momento. Principales aspectos de la doctrina y significación de los autores y principios directores de una posible reforma de la legislación, con indicación de sus vicios principales.

2. Parte general.

SIERO PÉREZ, Isabel: *La independencia del Poder judicial como garantía de los derechos fundamentales*, RCD, año XXX, núm. 2, abril-junio 1958; págs. 45-54.

Ponencia de la autora a la décima conferencia de la Federación Internacional de Abogados. La independencia del poder judicial, como garantía de los derechos fundamentales del hombre, es un derecho inalienable del ciudadano y, como tal, debe considerarse principio básico de todo sistema democrático. El autogobierno y la inamovilidad de los funcionarios judiciales son las bases de la independencia del poder judicial. La independencia en cuestión no es un nuevo principio constitucional reformable.

TSCHISGALE, M.: *Die weitere Beschwerde im neuen Kostenrecht*, MDR, año XII. Cuaderno 5, mayo 1958; págs. 292-294. Cuaderno 6, junio 1958; págs. 388-391.

La Ley alemana de 26 de julio de 1957 sobre modificación de las normas sobre costas ha supuesto una profunda reforma del sistema. En el presente trabajo se estudia el recurso de queja ampliamente establecido por la Ley, en lo tocante al valor del litigio, a las costas judiciales, a los gastos por prueba pericial y de testigos, en lo referente a las partes, en materia de beneficio de pobreza, honorarios de abogado, etc.

3. Procesos especiales.

BEITZKE, G.: *Die Kosten der Anfechtung der Ehelichkeit*, EF, año VI. Cuaderno 2, febrero 1959; págs. 44-48.

El principio fundamental contenido en el § 91 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana de que el vencido soporta las costas del proceso, no se adecúa bien a las particularidades de los procesos sobre «estado» de las personas. Entre otras razones porque no siempre puede precisarse con exactitud quien es el vencido, ya que con frecuencia, ambas partes, mantienen pretensiones idénticas, siendo, sin embargo, necesario el proceso, para que se produzcan o se puedan hacer valer los efectos jurídicos de una determinada situación (divorcio, nulidad de matrimonio, impugnación de legitimidad, etc.), o porque frente a una autoridad ha de quedar fijada una determinada relación jurídica familiar (existencia o inexistencia de matrimonio o de filiación). En estos supuestos, la división de costas por mitad sería más exacta. Estudio de la cuestión con referencia a los procesos de impugnación de legitimidad.

BREITNER, FRANZ: *Einige Aspekte der überstaatlichen europäischen Gerichtsbarkeit*, MDR, año XII. Cuaderno 7, julio 1958; págs. 472-474.

Simultáneamente con los acuerdos de constitución de la comunidad económica europea y de la comunidad atómica europea, se firma un convenio sobre la constitución de organismos comunes para las «comunidades europeas». Se prevé en él la competencia de dichos organismos para resolver problemas de interpretación y aplicación de los indicados acuerdos. Los organismos tienen un carácter de jurisdicción supranacional. Algunas notas sobre el mecanismo de esta jurisdicción.

BUSE, Andreas: *Ist die Pfändung eines zukünftigen Anteils an dem Versteigerungserlös eines Grundstückes möglich?* MDR, año XII. Cuaderno 11, noviembre 1958; págs. 825-826.

Tomando por base la doctrina del antiguo Reichsgericht, que ponía limitaciones al embargo de la cuota futura en el precio de subasta de una finca, ofrece el autor unas notas en torno al supuesto, mostrándose, en general, contrario a la fundamentación jurisprudencial.

DONAU, Hellmut: *Zur Abänderbarkeit einstweiliger Anordnungen aus § 627 b ZPO*, MDR, año XII. Cuaderno 6, junio 1958; págs. 391-392.

El § 627 b de la Ordenanza Procesal Civil Alemana determina la concesión, mediante decisión provisional, de alimentos, en tanto adquiere firmeza la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio. Consideraciones en torno a la posibilidad de modificación por cambio de circunstancias.

GIANNINI, Amedeo: *La Convenzione di New York 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali*, RDC, año LVI, núms. 9-10, septiembre-octubre 1958; págs. 370-379.

Tras una breve referencia a las Convenciones de Ginebra de 1923 y 1927 y a las Reglas de Copenhague de 1950, sobre el arbitraje comercial internacional, se alude a las Convenciones de Nueva York de 1958. Examen de las «recomendaciones» sobre la difusión del arbitraje. Contenido de la convención, campo de aplicación (reconocimiento y ejecución de sentencias en el ámbito internacional). Las disposiciones de la Convención de Nueva York no modifican satisfactoriamente las acordadas en Ginebra.

LAGE DE BUSTO, Carmen E.: *El Reglamento de copropiedad y administración como título ejecutivo*, RN, año LXI, núm. 641, septiembre-octubre 1958; págs. 601-608.

Notas sobre la posible cláusula ejecutiva en los reglamentos de propiedad horizontal, al efecto de hacer efectivas las expensas y gastos comunes contra el partícipe en la comunidad que no las satisface. A juicio de la autora, el reglamento puede considerarse título ejecutivo suficiente, que afecta a los sucesivos adquirentes de los pisos.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministério 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 Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

- F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review. (Londres.)
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnica-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 Generale delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).

- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- 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 Publico (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencias y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

Sucesiones

1. *La madre viuda no puede repudiar válidamente por sí, y en nombre de sus hijos menores cuya legítima representación ostenta, sus derechos en la herencia paterna conservando los que le correspondan por su mitad de gananciales, siendo necesario, en este supuesto, el nombramiento de defensor judicial.*

a) El procedimiento normal de liquidación de la sociedad conyugal no impide que, conforme a modernas orientaciones hipotecarias, plasmadas en el artículo 209 del Reglamento Hipotecario y recogidas en la Resolución de 6 de abril de 1957, pueda procederse a la liquidación por el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, una vez anotado el derecho hereditario en el Registro de la Propiedad, siempre que se realice la disposición por todos los que ostenten la titularidad sobre los bienes y la operación se verifique con la debida claridad.

b) En el presente caso, al renunciar la madre a los derechos sucesorios en la herencia de su marido y retener los que pudieren corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal, actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores y realiza un acto negativo de repudiación, que en parte, por conservar la expresada participación en la sociedad conyugal, tiene carácter positivo y se orienta a facilitar la liquidación pendiente, mediante la venta de la única finca que integra el haber social, por lo que entraña una posible contradicción de intereses, que hace necesario, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 165 del Código Civil, el nombramiento de defensor judicial. (Res. de 20 de octubre de 1958. «B. O.» de 13 de enero de 1959.)

2. *Instituida por la testadora una usufructuaria universal y disponiendo que al fallecimiento de ésta, se distribuyeran determinados legados y que el resto de la herencia la adquiriese una comunidad, debe ésta considerarse instituída heredera, aunque la testadora no usare materialmente dicha palabra en el llamamiento hecho a su favor.*

No es correcta la distribución de bienes hecha por el albacea contador que fué nombrado por la testadora para el momento del fallecimiento de la usufructuaria, por carecer de facultades para intervenir, hasta que se produzca dicho fallecimiento.

a) La técnica civil y la jurisprudencia estiman que, junto al usufructo, se debe reconocer un derecho correlativo de nuda propiedad, puesto que las figuras jurídicas constituyen unidades intrínsecamente inseparables y no existen sin titulares determinados, por lo que al haber instituido la testadora heredera usufructuaria a su hermana y no haber dispuesto de la nuda propiedad, como consecuencia de la desmembración del dominio, ha de suponerse implícitamente atribuido, bien a los herederos abintestato, bien a las personas que en su día adquirirán el pleno dominio de los bienes usufructuados.

b) De conformidad con la norma interpretativa del artículo 675 del Código Civil, al instituir la causante heredera usufructuaria a su hermana y ordenar que cuando ésta falleciese se distribuyeran determinados bienes entre diversos legatarios y que el resto de la herencia lo adquiriese la Comunidad de Padres Franciscanos, deben estimarse éstos instituidos herederos aunque la testadora no usare materialmente esta palabra en el llamamiento hecho a su favor, toda vez que no han de escindir-se en absoluto de los términos de generalidad empleados en la cláusula de institución universal en el usufructo.

c) Los favorecidos por las instituciones o legados a término adquieren su derecho desde la muerte del causante, y si fallecieren antes del cumplimiento del plazo establecido, lo transmiten a sus sucesores, aunque se trate de plazo suspensivo o incierto como es la muerte de una persona, pues el Código Civil en su artículo 799, se ha separado de sus precedentes romanos que equiparaban término y condición («terminus in testamento conditionem facit»), y somete al mismo tratamiento el plazo, sea cierto o incierto, por lo que hay que reconocer que, tanto la Comunidad de Padres Franciscanos como los legatarios, adquirieron su derecho desde el momento de la muerte de la testadora.

d) La indivisibilidad de la aceptación hereditaria puesta de relieve en el artículo 990 del Código Civil, no permite estimar correcta la distribución de bienes realizada en la escritura calificada, porque de una parte se anticipa la efectividad de la institución hecha a favor de la Comunidad y de otra se deja en suspenso la entrega de los legados ordenados por la causante, desvirtuándose con ello el alcance y efectos de la institución, aparte de que el albacea carece de facultades para intervenir al no haberse realizado el evento a partir del cual la testadora le encargó el cumplimiento de su misión.

e) Es reiterada doctrina de la Dirección, que la función fiscal e hipotecaria se desenvuelven en diferente órbita, sin que el criterio seguido por una legislación pueda servir de base para aplicarlo a otra, y cuando en el documento presentado conste la nota de pago, exención, aplazamiento o prescripción, no debe suspenderse la inscripción por esta causa. (Res. de 5 de enero de 1959. «B. O. del E.» de 6 de febrero de 1959.)

DERECHO HIPOTECARIO

Seguido procedimiento judicial sumario, conforme a la Ley Hipotecaria de 1909, y declarada desierta la tercera subasta, no procede celebrar otra, viéndose obligados los interesados a tener que iniciar otro procedimiento.

a) El artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1909 autorizaba la celebración de tres subastas, la última sin sujeción a tipo, y en el caso de que quedase desierta, silenciaba la posibilidad de que pudieran celebrarse otras. Ello ha de estimarse como una prohibición impuesta por la Ley derogada para celebrar nueva subasta, aunque de esta suerte se privase al acreedor de procurarse la satisfacción de su derecho por este medio privilegiado y quedase incumplida la finalidad del procedimiento, viéndose obligados los interesados a tener que iniciar otro nuevo.

b) Las reglas contenidas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria presentan las características de públicas, imperativas o necesarias que, en general, corresponden a las normas procesales e impiden a los particulares desplegar cualquier actividad dirigida a modificarlas, conforme expresamente previene el artículo 129 de la misma Ley. Ello unido a la necesidad de reducir al mínimo el sacrificio de los intereses del deudor y a que la finca fué subastada en épocas tan distantes como las de 27 de enero de 1945 y 19 de noviembre de 1955, fechas de la tercera y cuarta subastas, respectivamente, con la posibilidad apuntada por el Registrador de que haya caucado la instancia, llevan a la conclusión de no estimar inscribible el documento calificado. (Res. de 11 de noviembre de 1958. «B. O del E.» de 19 de enero de 1959.)

EXPEDIENTE DE DOMINIO.—No puede inscribirse en el Registro un auto judicial que declare acreditado el dominio de una finca ya inscrita a favor de otra persona, si se ha seguido el procedimiento establecido por la Ley Hipotecaria para la inmatriculación de inmuebles, con omisión de los requisitos especiales que la misma Ley establece cuando se trata de justificar el dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido.

a) La lectura del auto aprobatorio pone de relieve que no ha sido citado el titular registral en la forma preceptuada por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, trámite inexcusable cuando se trata de un expediente para reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y, además, que fueron notificados los dueños de los predios colindantes, conforme al procedimiento de inmatriculación de inmuebles, con lo cual, si bien la resolución judicial se ajusta a la petición específica del solicitante, carece de la disposición cancelatoria exigida por el artículo 286 del Reglamento Hipotecario.

b) Al no contener el auto aprobatorio tal disposición cancelatoria, surge como fundamental obstáculo para la extensión del asiento, el hallarse ins-

crita la finca y ser necesario, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cumplir con el tracto sucesivo, porque los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y no pueden cancelarse sin el consentimiento de las personas a cuyo favor aparezcan extendidas, o sin que por lo menos hayan sido oídas o citadas en el juicio correspondiente. (Res. de 27 de noviembre de 1958, «B. O. del E.» de 20 de enero de 1959.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Reclamación de la filiación natural

(Sentencia de 29 de noviembre de 1958)

1. *Los antecedentes del caso.*—Doña María Dolores M. C. dedujo demanda contra los herederos de D. Antonio L. S., solicitando se dictara sentencia, declarando la pertinencia del reconocimiento de la hija de la demandante como hija natural del fallecido D. Antonio L. S. y su carácter de heredera del mismo y ordenando la oportuna rectificación en el Registro Civil. Como fundamento de su demanda alegó haber sostenido con don Antonio L. S. relaciones amorosas, con ánimo de contraer matrimonio, lo que había impedido, aparte otras circunstancias, la inesperada muerte de aquél el día 26 de marzo de 1950, siendo fruto de estas relaciones la hija natural de ambos María Antonia M. C., que nació el día 7 de junio de 1950; que D. Antonio L. S. había reconocido su paternidad en las cartas que dirigió a su novia, durante el período de gestación de la hija, en las que claramente reconocía como hijo suyo al futuro ser, designándole con el apelativo de «Jeromin», aludiendo al «hijo», preocupándose por la salud de la madre, si el feto estaba o no bien encajado, etc.; y que la madre de don Antonio, doña Manuela S. S., declarada heredera abintestato del mismo, había reconocido de una manera expresa a María Antonia como hija de su hijo, llamándola «nieta» en una carta que a la demandante había dirigido.

Comparecida en autos doña Manuela S. S., como madre y universal heredera de D. Antonio, formuló escrito reconociendo como ciertos los hechos en que se fundaba la demanda, «de los cuales—hijo—tuvo exacto conocimiento por expresa manifestación de su fallecido hijo», por lo que añadía que «se consideraba en el deber ineludible de allanarse expresamente y sin reserva alguna a la demanda».

Opuesto únicamente el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en su sentencia que fué totalmente confirmada por la Audiencia Territorial.

2. *La Sentencia del T. S.*—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en consideración a las siguientes razones:

1.º Conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala en numerosas Sentencias, de las que conviene destacar las de 25 de junio de 1946, 3 de julio de 1947 y 22 de enero de 1948, interpretando el núm. 1.º del artículo 135 del Código civil, y del mismo contexto del precepto legal, se desprende que para que el padre venga obligado a reconocer al hijo natural, se precisa que en escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente; siendo inoperantes a dichos efectos todas aquellas

otras manifestaciones que se limiten a revelar un afecto o una protección al supuesto hijo, o las que solamente indiquen un conocimiento del estado de gestación en la madre y el propósito de sufragar los gastos derivados de tal estado y consiguiente alumbramiento. Y, como quiera que en el caso que se contempla, las cartas auténticas del fallecido D. Antonio, que fueron aportadas a los autos, si bien aluden a la salud de la demandante, lo hacen en forma tan velada e incierta, que pueden ser lo mismo interpretadas como conocimiento de su estado de embarazo o alusión a una enfermedad de otra índole, que aconsejara el reconocimiento y asistencia médica; y, teniendo también en cuenta, que con el mismo eufemismo y falta de concreción se alude al posible fruto del estado de gestación de la recurrente; por lo que queda como único hecho concreto, la realidad de las relaciones amorosas entre los citados y el deseo de don A. L. de contraer matrimonio con la actora, unido a su intención de no causarle perjuicios y de sufragar los gastos que se ocasionaran; es consecuencia obligada estimar no concurren en el caso que se resuelve las circunstancias exigidas por la Ley que obliguen al padre al reconocimiento del hijo natural y al no concurrir infracción del precepto estudiado, procede desestimar el primer motivo del recurso, al aplicar rectamente la sentencia se instancia la doctrina expuesta.

2.º Es, asimismo, doctrina de esa Sala, interpretando el núm. 2.º del mismo artículo 135—SS. de 17 de junio de 1905 y 25 de junio de 1946, entre otras muchas—, que «la posesión de estado de hijo natural sólo puede dimanar de actos directos realizados por el padre, sin que en ningún caso pueda derivarse de los realizados por alguno de los parientes», es decir, que ha de iniciarse por actos personales y directos del presunto padre, sin que, cuando ellos falten, tengan los de sus parientes por allegados que sean, eficacia bastante por sí solos. En su consecuencia, carecen de virtualidad a los efectos perseguidos en la demanda, los actos de reconocimiento realizados por la madre y heredera de A. L. después del fallecimiento de éste, en la carta unida al proceso, y su posterior allanamiento a la demanda, al faltar el requisito previo, como se razona en el fundamento precedente, de actos del propio supuesto padre que directa y concretamente tendieran a exteriorizar su deseo de reconocer a su presunto hijo.

3.º A mayor abundamiento, es constante y reiterada la doctrina de esta Sala, contenida en Sentencias desde la de 10 de febrero de 1897 a las de 19 y 30 de enero de 1931, 16 de enero de 1932, etc., referente a que «la posesión de estado constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a la Sala Sentenciadora»; y, siendo ello así, y declarado en la sentencia recurrida que la menor María Antonia Dolores M. no se hallaba en posesión continua del estado de hija natural de D. Antonio L., sin que, como se deduce de los precedentes razonamientos, concurren circunstancias bastantes para estimar la existencia de error en la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio; procede estar a la declaración contenida en la sentencia impugnada y debe desestimarse el segundo y último motivo del recurso basado en la infracción del apartado segundo del mismo artículo 135 de la Ley sustantiva civil.

C O M E N T A R I O °

1. *El escrito indubitado del padre.*—Ha venido esta Sentencia de 29 de noviembre de 1958, que comentamos, a reiterar, al parecer, toda una línea jurisprudencial clásica y antigua, conforme a la cual la reclamación judicial del estado del hijo natural sólo es posible con fundamento en una previa voluntad manifestada por el padre a través de un escrito indubitado. Se sale así al paso de la opinión de algunos tratadistas que jubilosamente habían creído descubrir una suavización del rígido criterio de la antigua jurisprudencia (1) y un nuevo rumbo que se consideraba acertado y en armonía con notorias corrientes legislativas (2).

No hay, pues, en esta Sentencia nueva doctrina, sino, por el contrario, una doctrina muy antigua o, quizá, una regresión hacia la antigua doctrina. Desde este punto de vista, acaso no valiera la pena este nuevo comentario que seguramente nada añade a lo que ya han dicho magistralmente ilustres estudiosos de nuestra jurisprudencia (3). Hay, sin embargo, en el caso actual un punto que llama poderosamente la atención, que es, por decirlo así, un elemento nuevo en esta vieja polémica entre la doctrina y la jurisprudencia, y que nos empuja un poco a considerar el problema nuevamente. Me refiero al hecho de que en el pleito decidido la demandada—heredera del supuesto padre natural—admitió todos los hechos y se allanó a la demanda, siendo la oposición únicamente sostenida por el Ministerio Fiscal. Este hecho, al parecer extraño, es el que nos lleva a replantearnos ligeramente el problema y a preguntarnos por el sentido que tiene la exigencia de un escrito indubitado del padre en el artículo 135 para fundamentar una acción de reclamación de la filiación natural. Y para ello resulta conveniente un examen, siquiera sea rapidísimo, sobre los antecedentes históricos del problema.

En el Derecho anterior al Código civil, se dice, en aplicación de la Ley 11 de Toro, no se exigía forma alguna para el reconocimiento, ni estaban tasados los medios de prueba que pudiesen acreditarlo, aunque no se encontrara permitida, en cambio, la investigación de la paternidad en sentido propio (4).

(1) PÉREZ GONZÁLEZ-CASTÁN, en *Notas al Derecho de Familia*, de KIPP-WOLFF, IV, 2, pág. 207, habían señalado que «en el nuevo Estado parece también descubrirse una suavización del rígido criterio de la antigua jurisprudencia, en orden a la necesidad de que el reconocimiento por escrito indubitado sea hecho con el propósito de reconocer, ya que no deben exigirse al documento indubitado otras circunstancias que las determinadas en el artículo 135 del Código».

(2) HERNÁNDEZ GIL, en «Rev. Gral. Leg. y Jurispr. 175, 1944, pág. 79, decía que «si definitivamente prosperase el rumbo señalado (por la sentencia de 8 de febrero de 1943, que el autor comenta) no creemos que nuestra jurisprudencia haga una obra desacertada ni en desarmonía con notorias corrientes legislativas».

(3) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 78 y sigs.; BONET, en «Rev. Der. Priv.», 1947, pág. 403; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en «A. D. C.», V. 1, pág. 385; MELON, en la misma Rev., pág. 367.

(4) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 275; MELON, loc. cit., pág. 371.

El sistema cambió al penetrar en España las ideas del Código civil francés, que, como se sabe, prohibió de una manera absoluta la investigación de la paternidad y admitió únicamente el reconocimiento voluntario y solemne. Dentro de la prohibición de investigación de la paternidad se consideran incluidas también las acciones para reclamar la filiación con fundamento en un reconocimiento formal aunque no solemnizado. Este criterio triunfó en el proyecto de Código civil de 1851 (5), pero fué totalmente desechado por ALONSO MARTÍNEZ quien en el Proyecto de 1882 acoge otro sistema distinto (6), inspirado en el Código civil portugués (7), y más conforme, según se ha dicho, a la inveterada tradición peninsular hispano-portuguesa (8).

La base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888 parece adoptar un camino intermedio (9), respecto de los dos últimamente citados (10). Los autores han observado con agudeza no sólo el mayor rigor que la Ley de

(5) En el Proyecto de 1851 el reconocimiento de un hijo natural había de constar en la partida de nacimiento, en escritura pública o en testamento. «De otro modo—se decía—no producirá efecto en derecho» (art. 124). El artículo 127 enunciaba solemnemente el principio de que «se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad o de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio», y el artículo 131 admitía con carácter excepcional que «en los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los Tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o la maternidad». Sobre ello, ver GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios sobre el Código civil*, Madrid, 1852.—El sistema del Proyecto de 1851, estrechamente emparentado con el sistema francés, es radicalmente diverso del sistema civil vigente. No hay en él ni rastro, como no lo hay tampoco en el «Code», del problema del escrito indubitado.

(6) El artículo 114 del Proyecto de 1882 decía que «el padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1.º Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad, y 2.º Cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.—En los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole».—El artículo 135 del Código civil es una transcripción fiel del proyecto citado. Las diferencias que entre ambos se observan, son simples correcciones de la redacción. P. ej., la expresión «escrito indubitado del padre» es sustituida por la de «escrito suyo indubitado».

(7) En el Código civil portugués se dice que «se prohíbe la acción de investigación de la paternidad ilegítima, excepto en los casos siguientes: 1.º Existiendo escrito del padre en que expresamente declare su paternidad. 2.º Hallándose el hijo en posesión de su estado civil, en los términos del artículo 115. 3.º En el caso de estupro violento o de raptó, coincidiendo la época del nacimiento, al tenor del artículo 101, con la del hecho criminal».

(8) ROYO, op. cit., pág. 275.

(9) Si bien algunos autores, como ESPÍN: *Manual de Derecho Civil español*, IV, Madrid, 1956, págs. 244 y sigs., la encuentran firmemente inspirada en el sistema francés.

(10) El párrafo primero de la base quinta decía que «no se admitirá la investigación de la paternidad, sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie la posesión de estado».

Bases representa frente al Proyecto de 1882 (11), sino también la poca fidelidad del Código a las Bases (12), aunque no falten autores que opinan lo contrario, es decir, que el Código se ha limitado a desarrollar el precepto de la base 5.ª (13).

Las diferencias entre la base y el artículo son notorias y muy importantes. En la base se habla de una «voluntad indubitada de reconocer», mientras que en el Código se habla de un «escrito indubitado en el que reconozca», cosas completamente distintas, pues mientras en el primer caso lo indubitado ha de ser la voluntad, en el segundo caso lo indubitado es el escrito (14). Por otra parte, en el Código ha desaparecido la exigencia de que la voluntad haya sido «deliberadamente expresada con ese fin». Aún podríamos llegar más lejos, pues lo cierto es que en el Código no existe ninguna referencia al elemento de voluntad, que por otra parte conduciría al absurdo, pues el Código vendría a decir que el padre «está obligado a reconocer» cuando deliberadamente ha querido reconocer. La doctrina por ello ha interpretado siempre el escrito indubitado del artículo 135 como declaración de ciencia o de conocimiento y nunca como declaración de voluntad (15).

Nuestra jurisprudencia hasta el año 1931 permaneció inflexiblemente en la línea voluntarista. No sólo manifestación de la paternidad, sino voluntad indubitada de reconocer, deliberadamente expresada con este fin (16). Cambia un tanto su sentido durante el período republicano, sobre todo con fundamento en el artículo 43 de la Constitución republicana que estableció el principio de equiparación de los hijos, cualquiera que fuese la condición de su nacimiento (17).

(11) FALCÓN: *Código civil español*, Madrid, 1888, I, págs. 164 y sigs.

(12) ESPÍN, págs. 251 y sigs.; ROYO, pág. 275; HERNÁNDEZ GIL, pág. 78.

(13) DE DIEGO, en *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1930, II, pág. 523 dice que el artículo 135 vierte con fidelidad la base quinta, salvo que la base habla de hijo en general y el artículo se refiere al natural.

(14) ROYO, en el lugar cit.

(15) DE DIEGO, op. y loc. cit., pág. 573.—MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, III, Madrid, 1893, págs. 183 y sigs. Es excepcional y, en definitiva, contradictoria la opinión de MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, tomo I (6.ª edic., por CHAMORRO), Madrid, 1943, quien por una parte dice que «el escrito en que el padre reconozca su paternidad ha de ser un documento privado, porque si el reconocimiento constase en un documento público caería de lleno en la esfera voluntaria del artículo 135 y no habría necesidad de obligar al padre a un acto que ya había realizado por su voluntad» (pág. 636). Y unas líneas más abajo añade que «es indispensable que se consigne en el escrito la voluntad indubitada, clara y terminante del padre, de reconocer por suyo al hijo, *deliberadamente expresada con este fin*, como se ordena en la base quinta, antes citada, de las aprobadas por la Ley de 11 de mayo de 1888». E insiste en que «no llena, pues ese objeto la manifestación que incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona a quien se refiera y mucho menos el dar a una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares».

(16) Ver, entre otras, las sentencias de 23 de junio de 1908, 13 de enero de 1925 y 1 de marzo de 1927.

(17) De este período son las sentencias de 27 de abril y 21 de noviembre de 1934 y la de 15 de junio de 1936.

No pareció ser la derogación de la Constitución republicana obstáculo para el triunfo decidido de la tesis no voluntarista (18) y en el decenio que va de 1940 a 1950 esta tesis se abre lentamente camino.

La sentencia de 3 de julio de 1941 era ya bien clara en este sentido (19) y su doctrina fué reiterada por la de 8 de febrero de 1943 (20). Se admitía ya la existencia de una discrepancia entre la Ley de Bases y el Código civil y, negando a aquélla valor vinculante, se interpretaba el artículo 135 con independencia de ella. El escrito indubitado no tenía por qué ser fruto de una voluntad deliberada de reconocer.

La Sentencia de 10 de febrero de 1947 no varió este nuevo rumbo, si bien es cierto que tampoco lo afirmó de una manera tajante (21). Pero donde el Tribunal Supremo se mostró categórico y consagró la nueva interpretación fué en la Sentencia de 22 de enero de 1948. Había formulado demanda una mujer casada separada de su marido contra éste sobre reconocimiento de una hija natural habida antes de su matrimonio. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia dió lugar a ella, declarando que la niña que había dado a luz la actora dos meses antes de su matrimonio tenía la condición en aquél entonces de hija natural de dicha demandante y del demandado, y como los indicados padres contrajeron matrimonio, la referida niña quedó legitimada desde el mismo momento del matrimonio, con todos los derechos inherentes a tal clase de hijos. El Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casación. Hay, dice, una marcada diferencia entre la redacción de la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 y el artículo 135 del Código civil (22). Los preceptos de la Ley de Bases iban dirigidos al

(18) MELON, loc. cit., pág. 375.

(19) «Al articular el Código civil—decía esta sentencia—la base quinta, que presidió su formación sobre el problema del reconocimiento forzoso o declaración judicial del estado de hijo natural—impropiamente calificada de investigación de la paternidad—señaló en el artículo 135—abstracción hecha de los supuestos de violación, estupro o raptó—dos casos en que es obligatoria la positiva declaración judicial: el de reconocimiento expreso por escrito indubitado, sin el expreso aditamento exigido en la base quinta de que sea hecho con el deliberado propósito o finalidad directa de tener por hijo al reconocido.»

(20) HERNÁNDEZ GIL decía al comentarla (loc. cit., pág. 78) que el hecho de que se mencione como posible una interpretación del artículo 135, independientemente del criterio representado por la base quinta, aparta a esa sentencia de aquellas otras que invocan conjuntamente y no paralelamente ambos preceptos, permitiendo, en cambio ponerla en conexión con la de 3 de julio de 1941.

(21) Vid. el comentario de BONET, en «R.D.P.», 1947, pág. 403.

(22) Si bien la base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888, declaró que «no se permitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste la voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado», es lo cierto que entre esta redacción y la del artículo 135 del Código civil se observa una marcada diferencia bajo dos distintos aspectos: es el primero que la base quinta emplea el término genérico «hijo», mientras que el artículo 135 se refiere de una manera específica al «hijo natural», y consiste el segundo aspecto—que es el de interés ahora a efectos de decidir la cuestión planteada—en que la base quinta aplica las palabras «deliberadamente expresada con este fin», refi-

Gobierno, no a los Tribunales, por lo que no es posible fundar en la infracción de los mismos un recurso de casación (23). El artículo 135 no exige como condición del reconocimiento que se acredite la deliberada voluntad del padre en tal sentido, sino tan sólo que tenga carácter indubitado el escrito en que se exprese la declaración, sin referirse al propósito que la hubiese inspirado (24).

Parecía así haberse consolidado definitivamente una nueva orientación jurisprudencial que contaba con el asenso decidido de la doctrina, cuando nuevamente se inician las vacilaciones del Tribunal Supremo. La Sentencia de 26 de abril de 1951 parecía volver a los viejos cauces (25) y la Sentencia de 8 de mayo de 1953 se situaba claramente en ellos, al decir que el reconocimiento ha de «evidenciar por sí sólo el propósito deliberado del padre de reconocer al hijo».

La Sentencia de 28 de octubre de 1954 se mantenía en una zona intermedia y gris cuando decía que «el Código civil no llega a prohibir la investigación de la paternidad, pero sólo la permite en los casos de los números 1.º y 2.º del artículo 135, mandando estar, mediante violación, es-

ciéndose a la voluntad indubitada de reconocer, en tanto que lo exigido con carácter indubitado por el artículo 135 es el *escrito* en que el padre reconozca la paternidad, no el propósito que le haya inspirado tal declaración».

(23) «Promulgada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 no para ser aplicada por los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara a ella al hacer uso de la autorización conferida por el poder legislativo, no pueden los preceptos de dicha Ley servir de fundamento a ningún recurso judicial ordinario o extraordinario».—Sobre el valor jurídico que conserva la Ley de Bases, Cfr. CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, pág. 197.

(24) La últimamente apuntada diferencia—a la que ya aludió esta Sala, en sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943 y 10 de febrero de 1947—destruye la base en que se apoya el recurso, pues al no exigirse por el repetido artículo 135 del Código civil, como condición del reconocimiento del hijo natural, que se acredite la deliberada voluntad del padre en tal sentido y requerir tan sólo que tenga carácter indubitado el escrito en que se exprese la declaración, sin referirse al propósito que la hubiera inspirado, resulta manifiesto que, admitida por el recurrente la autenticidad de los documentos en que él califica de hija suya a la menor de que se trata y se declara padre de la misma—lo cual hace en tres cartas aportadas a los autos—no cabe entender que infringe la sentencia el artículo 135, n.º 1, del Código civil, ni tampoco el error de hecho denunciado, ello aun prescindiendo de que, según aparece en otra carta, al enterarse de que la hoy recurrida se hallaba encinta, procuró el recurrente anticipar la fecha del matrimonio, que se celebró pocas semanas después de haber dado a luz aquélla.

(25) «Por la jurisprudencia de este Tribunal—dice esta sentencia—se ha establecido reiteradamente que, inspirado el Código civil, en materia de filiación ilegítima, en un criterio adverso a la investigación de la paternidad, responde a él en sus preceptos con un rigor tan absoluto y acusado, que no solamente excluye la posibilidad legal de lo propiamente inquisitivo, sino que llega con su sentido de prohibición hasta el extremo de impedir que los Tribunales declaren la filiación natural del hijo nacido fuera de matrimonio, aunque aparezca con la plenitud acreditada, siempre que no se demuestre el reconocimiento voluntario de su paternidad por el supuesto padre, manifestada por éste, ya de una manera expresa, ya con hechos del mismo significado de su voluntad, que por nadie puede ser suplida.»

tupro o raptó, a lo dispuesto en el Código penal en cuanto a reconocimiento de la prole; estas normas señalan que «el escrito ha de ser indubitado con reconocimiento de la paternidad expresamente y que la posesión continua del estado de hijo natural ha de justificarse por actos del mismo padre o de su familia» (26).

En estos términos planteado el problema, la Sentencia de 29 de noviembre de 1958 viene a aumentar nuestra perplejidad y nuestras dudas cuando dice «que para que el padre venga obligado a reconocer al hijo natural se precisa que en escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente». Hasta ahora existían dos posturas perfectamente claras, aunque perfectamente dispares: una, según la cual basta un escrito indubitado del padre, manifestando su paternidad; otra, según la cual el escrito del padre debe haber sido realizado con el propósito deliberado de reconocer.

Desde ahora, nos metemos de lleno en una zona incierta, donde la interpretación empieza a resultar sumamente difícil. Porque lo cierto es que esta voluntad, que debe guiar y presidir el escrito indubitado, admite numerosas matizaciones. Cabría entresacar: a) la simple voluntad de hacer esta manifestación, aunque se haga sin ningún propósito definido; b) la voluntad de dejar constancia de un hecho, es decir, voluntad de dar el hecho a la publicidad; c) la voluntad de asumir la paternidad, o lo que es lo mismo, de tener al hijo como tal; d) la voluntad de proporcionar al hijo la situación jurídica del hijo natural.

Cuando la Ley de Bases y la más antigua jurisprudencia exigían un «propósito deliberado a reconocer» parecían colocarse en el caso sub d). Era necesaria una voluntad negocial de reconocer que no había llegado a constituir negocio jurídico válido por un defecto formal (27). En cambio, cuando la doctrina y la línea jurisprudencial más flexible se limitaban a decir que era preciso un escrito indubitado, hacían independiente la manifestación del propósito que la hubiese inspirado, la abstraían de él. El escrito había de ser un acto jurídico de declaración de ciencia, que, como todo acto jurídico, carece de valor si la voluntad ha sido viciada (por coacción, por ejemplo), pero donde lo que se valora, lo que tiene sentido, es la certeza del hecho afirmado con independencia del propósito del declarante.

Ahora penetramos en la zona intermedia. Hay una nueva inflexión, un nuevo giro en la doctrina jurisprudencial. Repitamos las palabras de la

(26) Sentencia cit.—Vale la pena observar que respecto a la cuestión más debatida—previo reconocimiento deliberado—esta sentencia de 1954, parece tomar una posición negativa, pues refiere lo indubitado al escrito, no a la voluntad—como en el sistema de la Ley de Bases—y respecto al escrito no exige más que contenga un reconocimiento expreso.

(27) No es éste el momento de debatir la cuestión relativa a si el reconocimiento voluntario y solemne es o no, en nuestro derecho, un negocio jurídico. Ver el tema ampliamente tratado en ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954.

Sentencia de 29 de noviembre de 1958, que son la clave de la posición actual: «que ese escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresarse su decidido propósito de reconocerlo legalmente». De una lectura atenta de este párrafo podemos extraer algunas conclusiones de sumo interés: 1.º Que el carácter indubitado se predica del escrito, no de la voluntad, como en la Ley de Bases. 2.º Que no obstante, se exige que el escrito sea exteriorización de una voluntad y de una voluntad cualificada, con lo cual se rechaza la tesis, anteriormente sostenida por el propio Tribunal Supremo, de que la manifestación es independiente del sentido que el sujeto hubiera querido darle. 3.º Que el contenido volitivo ha de ser referido a «tener al hijo como propio», con lo cual se rechaza también la tesis del propósito deliberado de reconocer. Lo cual nos lleva a concluir que la jurisprudencia se está moviendo ahora, en la escala antes esbozada, entre los casos sub c) y sub b).

Denota todo ello una cierta dosis de inseguridad y un cierto movimiento pendular en la doctrina del T. S. que no será del agrado de quienes gustan de las afirmaciones categóricas o de la firmeza doctrinal, aunque puede ocurrir que sean necesarios esta lentitud y este carácter cambiante de la elaboración para llegar a posiciones definitivas. Nuestra convicción personal está más cerca de lo que el Tribunal Supremo había dicho en 22 de enero de 1948, que de lo que dice ahora: para aplicar el artículo 135, núm. 1.º, debe bastar una confesión de paternidad contenida en escrito indubitado. No obstante—dada la gran dificultad del tema—es comprensible la vacilación de la jurisprudencia.

La Sentencia anotada es exacta cuando afirma la inoperancia de las manifestaciones que no hacen referencia al hecho escueto de la paternidad; inoperancia, v. gr.: a) de las manifestaciones de puro afecto; b) de las manifestaciones de deseo de proteger o de sufragar gastos; c) del conocimiento del estado de gestación. En cambio, el hecho de que la confesión de paternidad se haga de una manera más o menos velada, con mayor o menor concreción, o a través de eufemismos, plantea un problema que en rigor es ajeno al sentido que haya de darse al artículo 135, un problema que es de interpretación del acto jurídico concreto.

2. *La posesión del estado de hijo natural.*—La manifestación más importante de la Sentencia que anotamos en torno al problema de la posesión del estado de hijo natural, es que esta posesión de estado tiene que derivar siempre de actos directos del padre. Los actos realizados por la familia del padre pueden ser eficaces como continuación de la conducta adoptada por el padre, pero no pueden, en ningún caso, suplirla. Se trata de doctrina antigua, que ahora se reitera (28). No es este seguramente el momento de analizar el concepto de posesión de estado (29). Lo que

(28) Sentencias de 25 de junio de 1946 y 2 de febrero de 1948.

(29) Ver CASTRO, op. cit., II, 1.º, págs. 81 y sigs.; MELON, en el lugar citado.—Sobre el tema en general, SALVI: *Le possesso di stato familiare*, Milano, 1952.

parece cierto es que, según el artículo 135, esta posesión ha de estar justificada por actos directos «del mismo padre o de la familia». En el artículo 135 los actos del padre y los actos de la familia son términos disyuntivos, lo que parece dar a entender, con arreglo a una interpretación puramente literal, que cualquiera de estos dos grupos de actos son eficaces para justificar la posesión de estado. Y así parece haberlo entendido en alguna ocasión el propio Tribunal Supremo (30). Sin embargo, esta doctrina que ahora se reitera, conforme a la cual la posesión de estado ha de iniciarse por actos personales y directos del presunto padre, sin que, cuando ellos falten, tengan los de sus parientes, por allegados que sean, eficacia bastante por sí solos, no parece infundada, sobre todo en aquellos casos en que, existiendo el padre, sostener otro criterio equivaldría a admitir la suplantación en asunto de tanta gravedad y repercusión como éste. La cosa se presenta mucho más borrosa en un caso como el que este pleito juzgaba, en el que el supuesto hijo natural nace después del fallecimiento del padre, pues, entendida rigurosamente esta doctrina, impide la posesión del estado de hijo, salvo que se admita la posibilidad de que tal posesión se inicie hallándose el hijo meramente concebido, lo que no deja de suscitar dificultades (31).

3. *El allanamiento y la acción de reclamación de la filiación natural.* El tema no es abordado de una manera directa por la Sentencia: que anotamos, pero queda en ella prejuzgado y resuelto. La solución es ésta: el allanamiento del demandado carece de eficacia, como tal allanamiento y como confesión de los hechos constitutivos de la demanda, cuando el Ministerio Fiscal sostiene la oposición. Esta doctrina, cuya exactitud no puede rebatirse, tiene su fundamento en: a) el carácter público del estado civil (32), que hace necesaria y preceptiva la presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos en que una cuestión de este tipo sea debatida; b) la indisponibilidad de las cuestiones relativas al estado civil de las personas, que sustrae esta materia al ámbito de vigencia y de eficacia de la autonomía privada (cfr. art. 1.814 C. c. (33); c) el carácter general del estado civil (34) y, como consecuencia del mismo, su inescindibilidad, ya que sobre un tema de estado civil no puede recaer más que un sólo pronunciamiento, con eficacia de cosa juzgada erga omnes (cfr. art. 1.252).

(30) «Actos que demuestren con evidencia la voluntad del padre o de su familia en su caso» (sentencia de 7 de noviembre de 1896). «Actos... procedentes del padre o de su familia» (sentencia de 19 de enero de 1931). «Este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia» (sentencia de 26 de junio de 1903).

(31) Lo que la sentencia da por sentado y parece admitir sin discusión es la posibilidad de reconocimiento como hijo natural de un *nasciturus*, puesto que ese tema ni siquiera se pone en tela de juicio.—Sobre ello ver ALBALADEJO, págs. 154 y sigs., para quien el reconocimiento del concebido hecho solamente por el padre está impedido por el artículo 132, que prohíbe revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo y expresar cualquier circunstancia por la que pueda resultar conocida.

(32) CASTRO, op. y loc. cit., pág. 72.

(33) CASTRO, pág. 73.

(34) CASTRO, en el lugar cit.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, pág. 387.

El allanamiento, en nuestro caso, tampoco podía valer como confesión, puesto que la demandada era la madre y heredera del supuesto padre natural y la confesión debe recaer sobre hechos personales del confesante (art. 1.231), estando, en este sentido, ya declarado que no es válida la confesión que sobre el reconocimiento de hijo natural de su causante pueden hacer los herederos (35).

LUIS DÍEZ PICAZO

(35) Cfr. S. T. S. de 29 de diciembre de 1927.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Alberto BERCOVITZ, Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo GOMEZ YSABEL, Rafael GONZALEZ GALLARZA, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, José PEREZ RALUY, Antonio PEREZ VEGA, y Luis DIEZ-PICAZO, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: «IURA NOVIT CURIA»: *La Sala no viene sujeta estrictamente a la formulación de derecho realizada por los litigantes, en virtud del principio «iura novit curia», siempre que se respeten los términos del debate y los hechos que los determinan.*

NEGOCIO JURÍDICO: INTERPRETACIÓN: *Debe prevalecer la del Tribunal «a quon», cuando manifiestamente no se denuncia por el contenido de los actos y contratos interpretados su equivocación.*

PRUEBA: CONFESIÓN: *Cuando se procede a una apreciación conjunta de las pruebas, la de confesión no es de rango superior a las demás.*

TÍTULOS VALORES: SU TRANSMISIÓN: FORMA DE LA MISMA: *Según el Decreto de 19 de septiembre de 1936, ratificado por la Ley de 23 de febrero de 1940 (art. 3) y declarado subsistente, después de la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas, por el Decreto de 18 de agosto de 1951, son nulos los actos de transmisión y negociación de valores industriales o mercantiles sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Notario. [S. 23 de abril de 1959; no ha lugar.]*

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: AUTONOMÍA PRIVADA: *Este principio, consagrado en el art. 1.255 C. c., significa que la persona puede realizar los negocios jurídicos que tenga por conveniente y que, contenidos en los límites de la ley, son reconocidos por ésta y reciben de ella fuerza obligatoria.*

OBLIGACIONES DE HACER: PLAZO: INCUMPLIMIENTO: *Hay que estimar incumplida la obligación cuando, aun no habiéndose señalado plazo, la inactividad del deudor ha hecho posible la producción de un hecho obstativo que impide el posterior cumplimiento y deja a la obligación carente de interés y de contenido económico y jurídico.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: TÉRMINOS CLAROS: PREVALENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL: *No se infringen los arts. 1.281 y sigs. del*

Código civil cuando las palabras terminantes del contrato están dichas lisa y llanamente y no permiten albergar duda alguna respecto de las obligaciones contraídas, habiendo siempre de estarse, con preferencia a todo criterio, al mantenido por el juzgador de instancia.

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: *Lo es no mencionar el concepto en que se entiende cometida la infracción de la ley que se cita. [S. 13 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

3. PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL: *Son principios fundamentales de nuestro derecho sustantivo (arts. 348 y 1.255 del C. c.) el de que el derecho de propiedad no debe ser restringido y el de que la autonomía de la voluntad exige que no se impongan limitaciones, salvo las restricciones derivadas. [S. 22 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: *Es intrascendente la variedad de redacción que supone el art. 2, párrafo 1.º de la LAU de 1955 en relación con el artículo 2 de la LAU de 1946.*

4. EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO: ABUSO DE DERECHO: *Es un principio general del derecho, no una mera teoría, que los derechos subjetivos han de ejercitarse en función del fin para el cual el ordenamiento jurídico los reconoce. [S. 22 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

«Aun cuando suele hablarse de abuso del derecho en varios sentidos, concibiéndolo algunos como el ejercicio de un derecho en forma anormal en cuanto a su intensidad, calificando otros como abusivo el ejercicio del derecho que revistiendo formas desacostumbradas y particularmente incómodas para los terceros, comprometa su normal goce por ellos, creando una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias con que los terceros cargan, y atribuyendo finalmente otros a la expresión el sentido técnico más restringido de acto de emulación, que consistiría en el ejercicio de un derecho sin utilidad propia y sólo para perjudicar a los demás, en cualquier caso se trata de determinar si los derechos subjetivos han de ejercerse guardando la debida concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico, esto es, si los poderes jurídicos concedidos a las personas por el Derecho objetivo sólo son tales en cuanto están puestos en función para satisfacer intereses humanos confesables, empleando este último calificativo para configurar esos intereses en cuanto sean tutelados y tutelables por el ordenamiento jurídico, es decir, en tanto sean legítimos». (Considerando 2.º)

«Los derechos, productos sociales como el Derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad, existen para ella y por ella, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión que cumplir, cada uno de ellos es dirigido hacia un fin y no atañe a su titular desviarlo del mismo, son elaborados por la sociedad y no la sociedad para ellos, su finalidad hállese fuera y por encima de los mismos, no son pues absolutos sino relativos, deben ser ejercitados en el plano de la institu-

ción, conforme a su espíritu, sin que sigan una falsa dirección, y su titular que hubiera, pues, no usado, sino abusado, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esta desviación culpable, vanamente objetaría que ha ejercido un derecho, porque ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, y es precisamente esta falta lo que se llama abuso de derecho». (Considerando 3.º)

«Un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho en general, con el Derecho objetivo, con la «juricidad», siendo ese conflicto el que los romanos ya habían percibido y tradujeron con la conocidísima máxima «summum ius, summa iniuria», cuando por el contrario en todo caso es el móvil y es el fin lo que hay que considerar; el fin es susceptible de justificar a menudo los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin, pues esto implicaría trastocar la moral, implicaría a la vez una inmoralidad, un absurdo y un camino ampliamente abierto a la mala fe y al fraude, por lo que es preciso que el Derecho permanezca siendo la ciencia definida en Roma por el jurista Celso: «ars boni et aequi», la escuela de la probidad y de la equidad». (Considerando 4.º)

«La teoría del abuso del derecho es a la vez objetiva, si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de los derechos, el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esa función o se lleva contra la misma, desde este punto de vista la teoría es de orden social, como el criterio mismo que constituye el punto central; pero para llegar a esta conclusión es necesario preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer el porqué ha actuado o cómo y si a obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva y, desde este punto de vista y en esta medida, la teoría del abuso adopta en sí un sentido, sino intencional, al menos subjetivo». (Considerando 5.º)

«Siendo los derechos subjetivos relativos, han de ejercitarse en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica, lo cual significa no estar frente a una mera teoría, sino ante un *principio general de Derecho* impuesto por la juricidad; si en efecto el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitudes para satisfacer intereses humanos, si esos intereses tutelados por el Derecho objetivo son de esa especie, si la norma legal, el Derecho, tiende hacia la consecución de un fin, que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social, y a tutelar los valores sin los cuales esa convivencia queda lesionada, hay que concluir que los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del Derecho». (Considerando 6.º)

«La jurisprudencia más reciente ha admitido dicho principio, estableciendo la sentencia de 14 de febrero de 1944, que integran el concepto de abuso de derecho los siguientes elementos esenciales: 1.º Uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo) o bajo forma

objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anomalía en el ejercicio del derecho); declarando que, lejos de existir en nuestro derecho precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran, a través de algunas reglamentaciones muy modernas e incluso también a través del articulado del Código civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada o que, con análogo alcance, recogen el principio de la buena fe como criterio que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el art. 1.902 del citado cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien «por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado», sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del Derecho, permite admitir, con una interpretación amplia, que pueda alcanzarse esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos de cualquier clase, que pueden determinar la conducta del titular, bien tengan las características externas de la intención de dañar, o consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate no adecuado a su verdadero espíritu y finalidad, doctrina legal recientemente confirmada por la sentencia de 24 de febrero de 1959». (Considerando 7.º)

OBSERVACIONES: Esta sentencia, que resume muy acertadamente la doctrina ya consagrada del abuso del derecho, a la que concede ya rango de principio general del derecho, ha seguido muy de cerca la obra de BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1959, tomo I, pág. 289 y siguientes.

9. **VECINDAD:** *El extremo de si la causante ha ganado vecindad en territorio sujeto a derecho común, a efectos de determinar la legislación aplicable a su sucesión, es cuestión de hecho sometida a la apreciación de la Sala.*

PARTICIÓN: RESCISIÓN POR LESIÓN: *La acción rescisoria de la partición por causa de lesión está subordinada a que ésta sea determinada, y los preceptos del código en la materia deben interpretarse restrictivamente.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción debe dirigirse también contra los albaceas.*

RENDICIÓN DE CUENTAS: *La Sala condena a una de las demandadas a rendir cuentas en atención a haber sido administradora de los bienes familiares, debiendo concretarse, en ejecución de sentencia, los bienes sometidos a la administración, sus clases y las fechas a que alcanza la gestión, a instancia de la parte beneficiada con tal pronunciamiento. [S. 11 de abril de 1959; no ha lugar.]*

CAPACIDAD CIVIL DEL REPRESENTANTE DE COMUNIDAD RELIGIOSA: NULIDAD JUICIO EJECUTIVO: ACEPTACIÓN LETRA DE CAMBIO: *Dada la cuantía de la letra de cambio*

aceptada por el Provincial de una Comunidad Religiosa, carece de capacidad civil para obligarla al no contar con la necesaria autorización de sus Superiores.

PODER PARA ACEPTAR LETRA DE CAMBIO: *El aceptante de un letra de cambio a nombre de otro, deberá hallarse autorizado para ello con poder de la persona en cuya representación actuase, pues para realizar actos de riguroso dominio a nombre de otro se requiere mandato expreso. [S. 6 de junio de 1959; ha lugar.]*

El Padre Rector de una Comunidad Religiosa aceptó, al parecer por complacencia, y sin responder a una auténtica provisión de fondos, dos letras de cambio importantes, respectivamente las sumas de 197.500 y 242.000 pesetas, sin contar para ello con la autorización que exige el Código Canónico y las correspondientes Constituciones. Ejecutadas ambas letras por el concesionario, se insta la nulidad del juicio ejecutivo. En primera Instancia se acuerda la nulidad de uno de ellos, pero se revoca la sentencia en apelación. El T.S. da lugar al recurso, invocándose los cánones 534 y 536 CIC. en relación con el artículo 37 C. civil.

7. NEGOCIO JURÍDICO: INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES: SU DIFERENCIA: *Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la Ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad que restringen siempre la capacidad de derecho.*

NEGOCIO JURÍDICO: PROHIBICIONES: SUS CONSECUENCIAS: *La prohibición de realizar un negocio jurídico produce, de acuerdo con el apartado segundo del art. 4.º del C. c., la nulidad de pleno derecho.*

NEGOCIO JURÍDICO: PROHIBICIONES: INTERPRETACIÓN ESTRICTA: *Las prohibiciones han de ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de derecho «odiosa sunt restringenda».*

COMRAVENTA: PROHIBICIONES DE COMPRAR: MANDATARIO ENCARGADO DE LA ADMINISTRACIÓN O ENAJENACIÓN: *La prohibición del n.º 2.º del art. 1.459 Código civil supone la existencia de un mandatario encargado de la administración o enajenación de los bienes que intenta adquirir para sí, carácter que desaparece cuando interviene en la venta el propio mandante personalmente o representado por otros apoderados, ya que entonces queda tácitamente revocado el mandato anterior y se produce una novación extintiva por la radical incompatibilidad entre las obligaciones derivadas del contrato de compraventa y las propias del mandato.*

COMRAVENTA: LA PROHIBICIÓN DE COMPRAR DEL MANDATARIO: *No rige cuando el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor.*

COMRAVENTA: DOBLE VENTA DE BIENES INMUEBLES: BUENA FE: *La propiedad pertenece al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, siempre*

que tenga buena fe, que consiste en el desconocimiento de la realidad extraregistraral, por lo que conociendo el segundo comprador la anterior venta debe resolverse la cuestión en favor del título de fecha más antigua. [S. 27 de mayo de 1959; ha lugar.]

NOTA: Las afirmaciones relativas a la doble venta, buena fe, etc., pertenecen a la segunda sentencia.

8. SIMULACIÓN: COMPRAVENTA OTORGADA POR USUFRUCTUARIO CON FACULTAD DE DISPONER: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *El demandante tiene acción para reclamar la nulidad del contrato en cuanto es copartícipe de la nuda propiedad de las fincas vendidas por el usufructuario con facultad de disponer, y por ello tiene un interés legítimo y no es ajeno a la compraventa.*

ACCIÓN DE NULIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: ARTÍCULO 1.302 DEL CÓDIGO CIVIL: SIMULACIÓN: *El artículo 1.302 no prohíbe que puedan ejercitar la acción de nulidad los terceros perjudicados y con mayor razón cuando se trata de un contrato simulado y no sólo anulable, cuya ineficacia pueden solicitar cuantos resulten afectados de algún modo por sus declaraciones.*

COMPRAVENTA SIMULADA: DONACIÓN: *De entenderse que la compraventa simulada encubría una donación, ésta no podría ser válida por su forma.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Aunque la sentencia agregue, innecesariamente, que «ha lugar a la presunción de que no hubo pago de precio», ello no indica que hiciera uso de esta prueba, pues la afirmación que hace de que el contrato fué simulado se apoya en la apreciación de prueba directa.* [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]

9. SIMULACIÓN: DONACIÓN ENCUBIERTA: VALIDEZ: *Si se otorga una compraventa y ésta encubre una donación con causa lícita y verdadera, y resulta el «animus donandi» y la aceptación en la misma escritura, el contrato reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable.* [S. 15 de enero de 1959; no ha lugar.]

10. SIMULACIÓN: INDICIOS: *La simulación se desprende, tanto de la desproporción entre el precio real de las fincas con aquél que figura concertado, como por no estar acreditada, en la cartilla que la vendedora tenía en la Caja Postal de Ahorros, la recepción del que se dice fué entregado.* [S. 17 de enero de 1959; no ha lugar.]

11. INEXISTENCIA DE NEGOCIO JURÍDICO POR FALTA DE CAUSA: *Es inexistente por falta de causa la compraventa en la que no hay precio.*

PRUEBA: DOCUMENTO PÚBLICO: *El contenido de los documentos públicos puede destruirse por los demás medios de prueba reconocidos en la ley.*

PRUEBA: CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL: *La confesión en la escritura pública de tener recibido el precio con anterioridad, como extrajudicial que es, se*

considera como un hecho sujeto a la discrecional apreciación de los tribunales según la regla sobre la prueba, de acuerdo con el art. 1.233 del C. c.

PRUEBA: CONFESIÓN JUDICIAL: *La fuerza obligatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás medios de prueba, y debe apreciarse por los Tribunales en combinación con los otros elementos aportados.*

TESTAMENTO: CLAÚSULAS ILÍCITAS: *Es ilícita y de conformidad con el art. 792 Código civil hay que tenerla por no puesta, la cláusula que prohíbe que se promueva contienda judicial so pena de recibir la legítima estricta, si lo que se persigue es alejar toda posible impugnación de unas ventas simuladas. [S. 20 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

12. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** (Véase Sentencia de 7 de abril de 1959, III, 13).

13. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: TRANSACCIÓN ENCUBIERTA BAJO LA CALIFICACIÓN DE PRÉSTAMO:** *Partiendo de los hechos probados, entre los que se destacan el perjuicio en unas operaciones divisorias, la exclusión en ellas de diferentes bienes, adjudicaciones por baja tasación, el ínfimo valor dado a los bienes inventariados, la ocultación de dinero de la herencia, etc., todo ello en perjuicio de los demandados, otorgándose casi inmediatamente a la partición una escritura que se califica por las partes de préstamo y que por tales antecedentes, fecha de la misma y prueba practicada, resulta tener por objeto la reparación por vía de transacción, sin que mediante entrega de cantidad en concepto de préstamo, nada puede este Tribunal Supremo oponer a la conducta calificadora de la Sala de instancia, que calificó el contrato como transacción.*

NEGOCIO SIMULADO: NULIDAD POR FALTA DE CAUSA: VALIDEZ DEL NEGOCIO VERDADERO: *Cuando lo verdaderamente querido y contratado por las partes no fué un préstamo, sino, bajo la apariencia y forma externa del mismo, una transacción, existe una causa real y lícita, eficaz para mantener el valor del contrato, no obstante expresarse en él otra diferente.*

NEGOCIO JURÍDICO: TÍPICIDAD Y NATURALEZA DEL NEGOCIO: *La naturaleza jurídica de los contratos no se determina por el nombre que les dan las partes, sino por sus condiciones, contenido, forma y fin que persiguen los contratantes.*

PRÉSTAMOS USURARIOS: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES: *La Ley de Usura no estableció un nuevo recurso, ni varió los existentes, al referirse a la L.E.C. por lo cual el planteamiento de los asuntos ante el T. S. no puede hacerse por la vía de una tercera instancia, sino por el cauce del recurso de casación.*

INGAPACIDAD: MENOR EDAD: *No pueden invocarla las personas que contrataron con el menor.*

TRANSACCIÓN: NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS: *Supone la existencia de recíprocas concesiones y prestaciones entre las partes.* [S. 26 de junio de 1959; no ha lugar.]

14. REPRESENTACIÓN: TRASPASO DE LOS LÍMITES DEL PODER: *El representante que sin facultades para ello afianza en nombre de su representado las deudas de un tercero, traspasa los límites del poder y, en consecuencia, no obliga a su poderdante.*

NEGOCIO JURÍDICO: ILICITUD DE LA CAUSA: *Existe en las compraventas por precios superiores a las tasas legales.* [S. 27 de mayo de 1959; ha lugar.]

15. NEGOCIO JURÍDICO: INTERPRETACIÓN: *La interpretación de los contratos hecha por el Tribunal de instancia debe respetarse en casación, a menos que sea evidentemente equivocada, pudiendo en este supuesto ser combatida en el recurso de casación como cuestión de derecho por el cauce procesal del número primero del art. 1.692 de la L. E. C.*

SENTENCIA: SUS REQUISITOS: CONGRUENCIA: *No es incongruente la sentencia que aprecia la eficacia de una transacción celebrada durante el pleito, pues se trata de una situación procesal sobrevenida que por su índole misma excusa la resolución sobre el fondo.* [S. 7 de abril de 1959; no ha lugar.]

16. NEGOCIO JURÍDICO: INTERPRETACIÓN: FINQUITO DE CUENTAS: *No puede entenderse como tal un documento de recibo en el cual se hace expresamente la reserva de que resta por entregar la parte proporcional de los fondos de liquidación de un negocio común.*

PRUEBA: PRESUNCIONES: *En casación, si bien puede censurarse por la vía del núm. 1.º del art. 1.692 L. E. C. el juicio lógico formado en la instancia, es a condición de que el hecho de que se parte esté completamente demostrado.*

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES: PRESUNCIÓN DE EXTINCIÓN DE LOS PLAZOS ANTERIORES POR EL RECIBO DEL ÚLTIMO PLAZO: *El precepto del art. 1.110 C. c. no es aplicable cuando no se ventila el pago de una deuda fraccionada, sino la liquidación de un negocio industrial no totalmente practicada.*

PRESCRIPCIÓN MERCANTIL: ACCIÓN DEL SOCIO PARA RECLAMAR SU PARTE EN EL HABER SOCIAL: *La norma del párrafo tercero del art. 947 C. de c. no es de cabal aplicación a la liquidación de una sociedad irregular de transportes, extinguida por venta de la empresa, pues esta liquidación debe hacerse al término de la actividad colectiva.* [S. 2 de mayo de 1959; no ha lugar.]

17. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *Como repetidamente ha declarado el T. S. la interpretación de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal «a quo», y su criterio debe respetarse en casación mientras no resulte violento y arbitrario.*

CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial, fuera del caso previsto en el artículo 580, párrafo II de la L. E. C. es un medio de prueba no legal, y sometido, por tanto, a la censura del Tribunal de Instancia. [S. 12 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

18. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.276 DEL CODIGO CIVIL: *Declarada la inexistencia del contrato carece de aplicación el artículo 1.276 C. c., que al admitir que sea válido un contrato en que se exprese una causa falsa si se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita, establece una excepción que como tal ha de ser aplicada con carácter muy restringido.*

DONACIÓN ENCUBIERTA: CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO: *Al reconocerse expresamente que el contrato de compraventa encubrió una donación no es posible ampararse en la fe notarial ni en orden a la capacidad, que se dice la tiene para la compraventa pero no con respecto a la donación, ni en cuanto al consentimiento, que puede darse para vender pero no para donar. [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

19. CARGA DE LA PRUEBA: «REUS IN EXCIPiendo FIT ACTOR»: *El demandado que opone excepciones o medios de defensa, está gravado con la prueba de los hechos que sean base de los mismos. [S. 10 de junio de 1959; no ha lugar.]*

20. TESTIGOS: INHABILIDAD: *Es inhábil para declarar y no debe tenerse en cuenta la declaración del testigo que es yerno de un socio de la sociedad demandada, pues el pleito de la sociedad debe entenderse pleito de los socios mismos.*

DEPÓSITO: CULPA: *Para que el depositario quede liberado de responsabilidad por pérdida de la cosa es necesario que ocurra ésta sin culpa de aquél; la incautación de lo depositado por la Fiscalía de Tasas arguye la culpa en la entidad sancionada.*

CONFESIÓN: *Los arts. 549 y 565 Lec. requieren que los hechos a que se refieren sean reconocidos llanamente por la parte a quien perjudiquen; las normas procesales son ineficaces para fundamentar un recurso de casación. [S. 16 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

21. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *El enlace preciso y directo entre la demostración del hecho base y la deducción del hecho consecuencia es de libre apreciación del Tribunal de instancia, mientras no se demuestre que la deducción sea ilógica o absurda. [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

II. Derechos reales.

1. NUDA PROPIEDAD Y USUFRUCTO.—*Si bien es cierto que no se concibe el usufructo sin que exista propiedad de que se desmembre, no lo es en cambio que constituido el mismo por disposición testamentaria se haya de disponer simultáneamente de la nuda propiedad atribuyéndola a otra persona.*

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: ATRIBUCIÓN APLAZADA DE LA NUDA PROPIEDAD: *Dispuesto por el testador del usufructo de una finca en favor de sus nietos y a la vez de la nuda propiedad a favor de los mismos, aunque demorando la consolidación hasta el fallecimiento de su padre a quien se constituyó acreedor de una pensión, es inequívoco el propósito del testador de no investir a éste expresa ni tácitamente de la nuda propiedad ni erigirle en titular de un derecho subjetivo ni aun limitado sobre la finca objeto del embargo posterior.*

EMBARGO: TRABA DEL MISMO: *No puede dirigirse un apremio contra quien no tiene la titularidad de ningún derecho actual ni expectante sobre la finca que se discute.*

TERCERÍA DE DOMINIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: TITULARIDAD EXPECTANTE DE LA NUDA PROPIEDAD APLAZADA: *Está legitimado el actor para promover la tercera de dominio, porque en el título utilizado se le atribuye, en unión de los demás cointeresados, y junto al usufructo del bien litigioso, el derecho de nuda propiedad, aunque la consolidación se demore por un plazo que necesariamente ha de llegar; se trata de un derecho cierto, pero todavía no exigible, lo que supone auténtica titularidad, por lo que es evidente que a su amparo puede ejercitarse la acción de tercera. [S. 5 de mayo de 1959; ha lugar.]*

2. DOMINIO DE LAS AGUAS: SUS TIPOS: *Las de dominio público y las de dominio privado quedan perfectamente diferenciadas por la ley y sometidas a distinto trato jurídico, tanto en la amplitud de los derechos que sobre cada una de ellas pueden recaer y ostentarse como en la forma de adquisición de los mismos.*

AGUAS PRIVADAS: *Lo son las existentes en un pozo, sito en predio de propiedad particular, cuyo caudal se forma por sutiles y diversas aportaciones de orígenes imprecisos, pero existentes en los terrenos que circundan al pozo. [S. 25 de abril de 1959; no ha lugar.]*

AGUAS: *Son de competencia de la jurisdicción civil las cuestiones sobre declaración de dominio de aguas públicas, derivado de títulos civiles. [S. 8 de octubre de 1959; ha lugar.]*

La jurisdicción civil es la competente para declarar quién ostenta el dominio del canal X y que puede realizar en él las obras que estime convenientes, cuestiones ambas ajenas a toda acción administrativa que encuentran su base en un título de carácter civil, debiendo la acción que en su ejercicio se promueve merecer igual condición, porque a tenor del art. 254 de la Ley de Aguas, se atribuyen a la jurisdicción ordinaria las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio y posesión de las privadas. No es competente la jurisdicción civil para amparar el uso autónomo que se pretende de las aguas, ni para declarar la nulidad de unas Ordenanzas de riego y de las inscripciones de aprovechamiento practicadas en los registros corres-

pondientes, porque estando atribuida la policía de las aguas públicas y la resolución sobre concesión y regulación de sus aprovechamientos y diferencias que se susciten en su aplicación a los órganos de la Administración (artículo 248 de la Ley de Aguas y 1.º del Reglamento de 14 de noviembre de 1958) es a la jurisdicción contencioso-administrativa a quien deberán ser sometidas, en su caso, dichas cuestiones.

4. APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PRIVADAS: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE MANANTIALES DE LA JEFATURA DE MINAS: *La no inscripción en dicho Registro conforme al Decreto de 23 de junio de 1934, sólo produce una infracción administrativa que da lugar a sanciones de este orden, sin que afecte a los derechos adquiridos por el dueño a virtud de un título civil, puesto que tal inscripción no tiene carácter constitutivo.* [S. 18 de junio de 1959; no ha lugar.]

5. POSEEDOR DE MALA FE: *La mala fe por tratarse de un elemento interno, personal y psicológico del poseedor no puede deducirse de actos ajenos; y para imponer sus consecuencias es preciso una previa declaración del Tribunal, sin que a ello equivalga la alusión a una extralimitación en sus derechos por parte del poseedor que siempre estaba respaldado por las cláusulas de un contrato de arrendamiento.* [S. 25 de mayo de 1959; Sala 6.ª, no ha lugar.]

III. Derecho de Obligaciones.

1. RESOLUCIÓN DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: ARRENDAMIENTO DE UN EDIFICIO PARA INSTALAR UN HOTEL: *La obligación de indemnizar derivada de la relajación vincular declarada, no puede extenderse a cubrir el importe de la renta por todo el tiempo previsto como duración del arrendamiento, pues ello implicaría un privilegio para el actor que podría dedicar el edificio a finalidad distinta con duplicidad de beneficios, o significaría la paralización de una industria que pudiera florecer en el edificio y que ha de quedar cerrado con daño y detrimento del beneficio público* [S. 16 de mayo de 1959; no ha lugar.]

2. NOVACIÓN OBJETIVA: *Se produce novación cuando el pago en especie primeramente convenido es sustituido mediante un acuerdo posterior en pago en dinero.* [S. 6 de marzo de 1959; no ha lugar.]

3. PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS: CONTRATO PREPARATORIO Y PRINCIPAL: *Recaido ya el consentimiento sobre todos y cada uno de los elementos esenciales y secundarios del arrendamiento estipulado sería improcedente repetir dicho consentimiento.*

PRECONTRATO Y CONTRATO CONDICIONAL: *Nunca cabría calificar a un negocio como precontrato por el solo hecho de haber quedado pendiente de la realización de una condición que, con la eficacia que el Código Civil le reconoce, permite llenar cumplidamente la misión dilatoria que, como característica propia se asigna al precontrato.* [S. 2 de mayo de 1959; no ha lugar.]

4. CONTRATO NULO: DEVOLUCIÓN DEL PRECIO: *Declarada la nulidad de la compraventa viene obligado el vendedor a devolver el precio.*

NULIDAD POR IR CONTRA UNA PROHIBICIÓN LEGAL: *Es nula la venta de boletos de alcohol a persona que no esté encuadrada en el ramo vitivinícola precisamente, por ir contra las disposiciones legales que así lo establecen.*

CONDICIÓN DE INDUSTRIAL VITIVINÍCOLA: PRUEBA: *Son documentos auténticos en casación para probar esa condición de industrial vitivinícola, los certificados expedidos por el Sindicato de la Vid, Cervezas y Bebidas de Barcelona, por el Sindicato Nacional del mismo Ramo y por el Provincial de Tarragona. [S. 11 de junio de 1959; ha lugar.]*

5. CONTRATO DE COMPRAVENTA: PROHIBICIONES IMPUESTAS AL COMPRADOR: CONTRATO DE TRANSMISIÓN DE USO: *Cuando las prohibiciones impuestas al comprador por el vendedor pugnan abiertamente con los derechos de gozar y disponer que constituye el dominio, el contrato no puede ser de compraventa y habrá de conceptuarse como un contrato inominado de características muy similares al de transmisión del uso de una cosa, que en nuestro Derecho guarda mayores analogías con el contrato de arrendamiento.*

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: NOVACIÓN: CAMBIO DE OBJETO: *No constituye novación la modificación de la forma de pago y de la especie monetaria en que ha de hacerse el pago.*

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: *Las numerosas reclamaciones extrajudiciales de la cantidad adeudada, que se habían hecho, tipifican la mora apreciada al deudor.*

OBLIGACIONES CON CLAÚSULA PENAL: SU MODERACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *No procede cuando carece de toda justificación la persistente negativa del deudor a abonar el débito, incluso cuando se le facilitó moneda extranjera para el pago y cuando finalmente se le facultó para saldar en moneda española. [S. 27 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

Alguna salvedad ha de hacerse a esta sentencia, cuando afirma de modo tajante que la característica esencial del contrato de compraventa es «la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa», pues resulta indudable que: a) la compraventa es un negocio obligatorio, por lo que podría pensarse que origina una «obligación de transmitir el dominio», pero no que por ella se opere esta transmisión; b) que en nuestro derecho es sumamente dudosa la existencia de esta obligación de transmitir el dominio en la compraventa, por lo que la mayor parte de la doctrina sostiene la pervivencia de la idea romana conforme a la cual la obligación del vendedor no es proporcionar al comprador la propiedad de la cosa, sino una posesión quieta y pacífica. (Sobre el tema ALBALADEJO, en *Rev. Gral. Leg y Jurisp.*, año 1947); c) que, aun admitiendo la existencia de la obligación de transmitir, ésta no podría limitarse al dominio, sino que tendría que extenderse a toda transmisión de un derecho que se haga a cambio de un precio en dinero.

6. RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA POR MUTUO ACUERDO: *Esta resolución supone restituir las cosas al estado que tenían al celebrarse el contrato, teniendo que devolver el vendedor la parte del precio percibida. La renuncia ha de ser expresa.* [S. 15 de abril de 1959; ha lugar.]

7. COMPRAVENTA DE INMUEBLES: INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO: CUMPLIMIENTO INICIADO POR EL COMPRADOR: INCUMPLIMIENTO MAYOR: *Para usar del derecho de intimación del art. 1.504 C. c., de la acción de cumplimiento o de la resolución contractual, es presupuesto inexcusable tener puntual y cabalmente cumplidas las obligaciones que le incumben.*

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: *Si al momento de iniciarse este juicio el comprador cumplió su obligación de pago consignando judicialmente la parte de precio que restaba, tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato*

ENRIQUECIMIENTO TORTICERO: *Con base en el enriquecimiento torticero el vendedor debe intereses de la parte de precio que recibió anticipadamente a partir de la fecha en que él mismo incumplió el contrato y hasta la fecha en que entregó la cosa vendida.* [S. 11 de marzo de 1959; no ha lugar.]

Los hechos aparecen sustancialmente recogidos en el primer Considerando: 1.º) Los litigantes concertan por documento privado de 22 de octubre de 1945 la compraventa de la finca «Cabrejas» de 325 fanegas de tierra por precio de 740.000 pesetas. 2.º) Al tiempo de concertarse el contrato, el comprador abonó como señal y parte del precio 300.000 pesetas, comprometiéndose a pagar el resto el 31 de mayo de 1946. 3.º) En la fecha últimamente indicada el vendedor se obligó a entregar la finca «libre de gravámenes, personal y ganado». 4.º) El 17 de enero de 1946 entregó a cuenta del precio aplazado la suma de 40.000 pesetas. 5.º) El 31 de mayo de 1946, ni el vendedor entregó la finca, ni el comprador el resto del precio. 6.º) El primero de agosto de 1946 el vendedor hace saber notarialmente al comprador su decisión de dar por resuelta la venta por no haber pagado el 31 de mayo anterior el resto del precio. 7.º) Al siguiente día el comprador acredita notarialmente que la finca vendida estaba ocupada por personal y ganado y que nada se había dispuesto con anterioridad al 31 de mayo anterior para su desalojo, estando gravada por una hipoteca de 100.000 pesetas. 8.º) El 6 de agosto de 1946 el comprador pide judicialmente el cumplimiento del contrato, consignando la parte de precio no pagado.

En el caso a que hace referencia esta sentencia, es indudable que existe incumplimiento por ambos contratantes, pues el 31 de mayo de 1946, ni el vendedor entregó la cosa —ni siquiera adoptó medida alguna para desocuparla de personal y ganado, según se comprometió—, ni tampoco el comprador hizo entrega del resto del precio. En este punto la sentencia subraya dos cosas: 1.ª) que mayor incumplimiento se observa en el vendedor, pues por su parte es total, mientras que el comprador había pagado casi la mitad del precio; 2.ª) que la existencia de una deuda hipotecaria hubiera permitido al comprador suspender el pago del precio ante el temor de ser perturbado por la acción hipotecaria «en cuyo caso no hubiera podido ser calificado

como incumplidor», y, por otra parte, el vendedor bien pudo cancelar tal gravamen con la parte de precio que recibió anticipadamente.

La sentencia se enfrenta, primeramente, con la acción de resolución instada por el vendedor, que antecede en el tiempo a la de cumplimiento que ejercita el comprador. Es claro que habiendo incumplido el propio vendedor su obligación previa de poner a disposición del comprador la finca vendida libre de gravámenes, personal y ganado, no puede instar la facultad de resolver el contrato con base en el art. 1.124 del Código civil.

El comprador por su parte, inicialmente también incumplidor, al consignar el resto del precio está facultado para optar por el cumplimiento. En cuanto al abono de intereses de la parte del precio abonada anticipadamente, a falta de precepto expreso, nos parece de equidad, pues el vendedor siguió disfrutando de la finca vendida.

8. COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO: CONFESIÓN DE UN TERCERO: *Se trata de una compraventa y no de un préstamo cuando lo convenido entre las partes es que si dentro de determinado plazo se devolvía el precio de venta, podía recobrase la finca, y no puede prevalecer sobre este criterio de la Sala la confesión y singular explicación hecha por un tercero.* [S. 10 de junio de 1959; no ha lugar.]

9. DERECHO DE RETRACTO Y DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: *La subrogación característica del retracto propiamente dicho que tiende a «reacquirir», no puede ser confundida con la situación jurídica derivada de un pacto por obra del cual se reserva un derecho a adquirir por primera vez una finca ajena por el tanto que ofrece un posible solicitante, previa la notificación anticipada del propósito de vender y la prohibición de que la venta se haga válidamente a otra persona en un plazo preestablecido.*

DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: SU RÉGIMEN: *El ejercicio del derecho se regirá por las condiciones del pacto que reguló sus particularidades, sin que le sean aplicables los requisitos dispuestos para los retractos. Y así, no puede invocarse la infracción de normas que como la necesidad de la previa consignación como trámite peculiar de la admisión de la demanda está trazado en exclusiva contemplación del proceso de retracto, o como la del plazo de duración para retraer en el retracto convencional, sólo aplicable a esta figura jurídica.* [S. 13 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

10. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: REMUNERACIÓN: *Calificadas las relaciones entre las partes como de arrendamiento de servicios, no se desconoce en la sentencia recurrida la obligación de la arrendadora de abonarlos al que los prestó, en cuantía que se fija discrecionalmente a falta de convenio expreso.* [S. 4 de junio de 1959; no ha lugar.]

11. MANDATO: EXCESO: RATIFICACIÓN TÁCITA: (Véase S. 14 de mayo de 1959).

12. TRANSACCIÓN: SUS REQUISITOS: *Para que exista transacción es precisa una reciprocidad de concesiones.*

TRANSACCIÓN; SU NATURALEZA: CONTENIDO: *No es transacción el acto por virtud del cual las partes dan pleno cumplimiento a una sentencia.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RESOLUCIÓN CONTRARIA A LO EJECUTORIADO: *No lo es aquella que deniega una ejecución por encontrarse ya la sentencia cumplida privadamente por las partes.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RESOLUCIÓN SOBRE PUNTOS NO CONTROVERTIDOS: *No se resuelven puntos no controvertidos en el pleito, cuando el tribunal no entra a conocer de otras cuestiones sino de aquellas que directamente atañen a la calificación de los actos privados de ejecución de la sentencia.* [S. 1 de junio de 1959; no ha lugar.]

13. ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: PACTO DE REVISIÓN DEL LAUDO: CONDICIÓN: CADUCIDAD: *Si las partes pactaron la revisión del laudo, en el supuesto, que después se dió, de que fuera declarado resuelto alguno de los contratos de arrendamiento objeto de división entre ellas, siempre y cuando fueran requeridos los amigables componedores para ello en un plazo de seis meses siguientes a la firmeza de la sentencia de desahucio, este pacto contiene una condición, que no puede estimarse nula por contraria a la ley o a las buenas costumbres, sino que debe considerarse válida y eficaz, como libremente consentida por las partes, siendo igualmente válido el plazo de caducidad para el ejercicio del derecho correlativo a la obligación que se crea.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No procede la acción de este tipo, cuando concurre el requisito del empobrecimiento de una de las partes, pero no se da el desplazamiento patrimonial de los bienes al caudal de la otra parte.* [S. 7 de abril de 1959; no ha lugar.]

15. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: TRANSPORTE DE PERSONAS CON CAMBIO DE VEHÍCULO: UNIDAD PATRIMONIAL DE EMPRESAS: *Existe obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en un accidente de carretera, cuando el vehículo no estaba preparado con las condiciones exigidas en la Ley y su conductor carecía del carnet especial, sin que obste a esta obligación el hecho de no ser el demandado la persona que contrató el transporte, sino el dueño del vehículo que durante el trayecto substituyó al que había emprendido el viaje, el estar demostrado que ambas empresas formaban una unidad patrimonial y los empresarios eran concesionarios en coparticipación del servicio público.* [S. 30 de abril de 1959; ha lugar.]

Los hechos que habían dado lugar al pleito eran los siguientes. El 19 de enero de 1950 el actor tomó en La Coruña un billete para dirigirse a Vivero, ocupando un asiento en el autobús de la empresa «El Oriente», propiedad de don L. C. P., y abonando a ésta el importe del mismo. En uso del billete y debido a haber sufrido una avería el vehículo en el camino, los viajeros continuaron en otro ómnibus de la empresa «El Noroeste», cuyo propietario era el demandado don M. R. P. Este vehículo chocó contra un árbol, lesionando-

se varios viajeros, entre ellos el demandante, quien sufrió una herida producida por un vidrio procedente de una ventanilla, que se le introdujo en la mejilla izquierda seccionándole el globo ocular con enclave en el techo de su órbita que precisó ser enucleado. El Juzgado de Instrucción incoó un sumario que fué sobreseído. El actor reclamó por gastos de curación, salarios dejados de percibir e indemnización que correspondía a la incapacidad permanente y total que le había quedado para su profesión de chófer una determinada cantidad.

El conductor del ómnibus que originó el daño carecía del permiso de primera clase especial que para tales vehículos exige el artículo 261 del Código de Circulación. Las ventanillas del coche siniestrado no iban provistas de vidrios inastillables o de seguridad, como previene el artículo 226 del mismo ordenamiento legal. Don L. C. P. y don M. R. P. eran concesionarios en coparticipación del servicio de La Coruña a Vivero, entre otras, siendo uno de los vehículos afectos a la concesión aquel donde se produjeron las lesiones y figurando una sola persona como administrador único de ambas empresas.

La Adiencia Territorial había revocado la sentencia del Juzgado y había absuelto al demandado de la pretensión deducida por el actor, por entender que, habiéndose producido el accidente como derivado del contrato de transporte que éste tenía celebrado con la empresa «El Oriente», servicio que se prestaba en el momento de producirse la lesión, es esta empresa la que debe soportar las consecuencias que del mismo han resultado, toda toda vez que el cambio de vehículo realizado no implicó novación del transporte, cualquiera que fuera la causa a que obedeciera la sustitución.

El TS. declara haber lugar al recurso con fundamento en los siguientes considerandos:

1.º Tanto la legislación sustantiva, como la teoría científica y la doctrina jurisprudencial —SS., entre otras, de 12 de marzo de 1934— distinguen en el nacimiento de las obligaciones unas, que según el art. 1.091 proceden de los contratos, las cuales tie:en fuerza de ley entre las partes y su ejecución tiene lugar al tenor de las reglas que ellas establecen; otras, como dispone el artículo 1.092, se originan en los delitos o faltas en que el sujeto incurre, debiendo regirse por las normas contenidas en el Código Penal; y, por último, unas terceras, determinadas en el art. 1.093, se derivan de actos u omisiones en que interviene culpa o negligencia no penada por la Ley, las que son reguladas por los preceptos contenidos en el capítulo segundo del título dieciséis del mismo ordenamiento; obligaciones que tienen carácter y finalidad diferente, ya que por las primeras, las contractuales, nacidas de la voluntad de las partes, quedan sujetos a la indemnización consiguiente, por prescripción del art. 1.001 y como derivado del daño o perjuicio causado, aquellos que por incumplimiento de lo convenido, originado por haber incurrido en dolo, negligencia o morosidad, contravienen lo que de modo libre habían previamente pactado; las segundas quedan subordinadas, como consecuencia de un acto delictivo, a la jurisdicción penal y es ésta la que declara la responsabilidad civil, pero como accesorio o secuela de una sanción criminal; y las terceras, la extracontractual, que no nace de previa convención y es a la que se refieren los art. 1.092 y 1.093 de aquel mismo texto, surge al producirse

el daño, como consecuencia no de una estipulación anteriormente celebrada, sino del incumplimiento de una obligación impuesta por la naturaleza y derivada de la necesaria relación; y convivencia social, cuyo ámbito es de mayor extensión al no estar sujeta a límites de antemano establecidos, derecho que hay que reparar en la medida y forma que determinen los tribunales civiles.

2.º Al existir un contrato celebrado entre el actor y la empresa de transporte, como se acredita por aquél con la adquisición del billete y por ésta con la hoja de ruta, es en razón a su incumplimiento, al producirse el daño, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionen al viajero, de los que debe responder, con arreglo al principio fundamental de derecho de que no hay responsabilidad sin culpa, aquél que origina ésta, culpa que se presume en todo incumplimiento de contrato y que es exigible, aun cuando de modo expreso no figure pactada, por la extensión que la concede el art. 1.258 del C. c., al prescribir que el consentimiento de las partes obliga no sólo a lo que está directamente determinado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, precepto de aplicación al contrato de transporte mercantil, en virtud de la regla contenida en el art. 50 del C. de C. y en razón a que este cuerpo legal sólo se ocupa de él, y por incidencia, en cuanto a las personas, en su art. 352, cuando menciona las cartas de o billetes de viajeros para determinar los requisitos que han de tener, sin que trate de los daños que pueden sufrir, ni dicho ordenamiento, ni antes el Reglamento dictado para el servicio de carruajes destinados a la conducción de viajeros de 13 de mayo de 1857 y el de Policía de Ferrocarriles de 8 de septiembre de 1878, ni ahora la Ley de 18 de febrero de 1941 y el Decreto de 28 de octubre de 1951.

3.º Obedeciendo la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado, en la que fué condenado el demandado, a que la Sala de instancia entiende que, al ser dirigida la acción sobre indemnización de daños y perjuicios que el actor pretende contra el propietario de la empresa «El Noroeste», dueño del vehículo en que se produjo el accidente, carece éste de legitimación pasiva debido a que con él no se había celebrado estipulación alguna, naciendo su derecho a ser indemnizado de la empresa «El Oriente», que es con quien contrató, tal aserto adolece de solidez desde el momento en que de las actuaciones aparece, según informe de la Jefatura de Obras Públicas, que tanto don M. R. P. como don L. C. P. «son concesionarios en coparticipación del servicio público regular para el transporte de viajeros en la línea de El Ferrol a Vivero, con Hijuela de Jubia a La Coruña», siendo el coche causante del accidente uno de los que están registrados en la indicada Jefatura para efectuar el citado recorrido; empresas las dos que tienen un mismo administrador; y, como el vehículo a que se alude no estaba preparado con cristales inastillables y el chófer que lo dirigía no poseía el carnet especial exigido para conducir ómnibus de viajeros de más de nueve plazas, según igualmente se asevera por aquella Jefatura, resulta evidente que, si bien fué celebrado el contrato de transporte entre el actor y uno de los copropietarios, al no estar el accidente previsto dentro de las condiciones estipuladas y deducirse que las lesiones producidas son una consecuencia de la falta de pericia del conductor, extremo que estaba obligado a conocer su patrono por estar a sus órdenes trabajando y ser ambas empresas una sola entidad con unidad

patrimonial, puede y debe el demandado responder de la culpa de su dependiente, en razón a que no debió confiarle, en beneficio del interés público, el servicio que le encomendó.

4.º Al surgir del accidente el derecho del perjudicado a obtener una indemnización, cuya responsabilidad recae en el demandado, a consecuencia de haber enviado para que pudiera continuar el viaje el ómnibus sin cristales de seguridad y con un mecánico sin aptitud legal, forzosamente hay que enlazar las obligaciones consiguientes del contrato, adquiridas entre la empresa y el viajero, con aquellas otras creadas por la culpa o negligencia derivada del accidente sobrevenido después y en relación directa e inmediata con el viaje emprendido, sirviéndole de título el billete expedido, por lo que, al desconocer el tribunal «a quo» la unión de las dos empresas encargadas de transporte y dejar de atribuir al propietario del segundo coche las consecuencias jurídicas que del accidente son inherentes, lo que constituye una cuestión de derecho que puede ser denunciada por la vía núm. 1.º del art. 1.692 L.E.C, procede admitir, por esta razón y por los fundamentos que preceden, el motivo segundo, ya que los arts. 349 y sigs. del C. de C. fueron, de modo indebido aplicados, al desconocer la Sala sentenciadora aquellas consecuencias jurídicas que son inherentes, al deducirse de los hechos que eran una misma las empresas porteadoras y sus dueños, y uno y otro responsables directos, tanto de los accidentes en que sus dependientes puedan incurrir cuanto de las indemnizaciones que, secuela de los mismos, correspondan a los perjudicados; y al no entenderlo así el Tribunal de instancia procede, sin necesidad de analizar el primer motivo, dar lugar a la casación por la aceptación del segundo.

OBSERVACIONES: La Sentencia que anotamos, para llegar a un resultado cuya justicia no puede seguramente discutirse, ha seguido un razonamiento sobremanera confuso en el que no han dejado de aparecer algunas inexactitudes terminológicas y alguna contradicción interna. Los extremos tratados por la sentencia son varios y, por ello, acaso convenga una leve sistematización.

a) *El tipo de responsabilidad.*—El demandante había fundado su demanda en el supuesto de una responsabilidad extracontractual. La Audiencia, en cambio, entendió que, habiendo existido un contrato de transporte, la responsabilidad, de existir, tenía que ser contractual. ¿Cuál es en este punto la postura del T. S.? Preciso es confesar la gran dificultad de averiguarlo. De una parte, acoge el motivo segundo del recurso y admite que había existido *indebida aplicación* de los arts. 349 y sigs. del C. de C.; precisamente la tesis del recurso había sido que «la legitimidad de la acción que nace de los arts. 1.092 y sigs. del C. c. excluye que, al amparo de los artículos del C de C., que regulan el contrato de transporte, se pudiera hacerla desaparecer». El T. S. acoge este motivo, lo que parece dar a entender, como decimos, que nos hallamos en presencia de una responsabilidad «extracontractual». Sin embargo, antes había dicho la propia sentencia que «al existir un contrato entre el actor y la empresa de transporte, es en razón a su incumplimiento, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionan al viajero», de donde se deduce que presenciarnos un típico caso de responsabilidad «contractual», producido por un incumplimiento de contrato de transporte, argumentos que se trata de reforzar haciendo al demandado «copropietario» de la empresa porteadora. En otro pasaje, sigue el T. S. una línea intermedia, donde aparece un nuevo tipo de responsabilidad que parece ser una mezcla de una y de otra, cuando dice que «forzosamente hay que enlazar las obligaciones consiguientes del contrato con aquellas otras creadas por la culpa o negligencia».

Lo que ha ocurrido seguramente es que la Audiencia tenía razón al afirmar que la responsabilidad era contractual y, aunque partiendo de esta base, hubiera sido abstractamente posible fundar la condena del demandado y casar la sentencia recurrida, tal y como el recurso venía planteado (en el motivo 1.º no se cita expresamente ningún precepto como infringido, aunque se alude a la violación de los arts. 1.092 y sigs. del C. c. y en el segundo se alega solamente la aplicación indebida de los arts. 349 y sigs. C. de C.) hubiera tenido que ser desestimado, con merma de lo que se consideraba solución justa.

Pudo también admitirse que de un solo hecho --el accidente-- nacen dos acciones independientes una *ex contractu* y otra *ex cuasidelicto*, separando e independizando las conductas del empresario porteador, no demandado y del dueño el vehículo posteriormente utilizado, a quien se demandó, conductas que, en cambio, el T. S. enlaza decididamente entendiéndolo que ambos sujetos formaban una sola empresa.

b) *La existencia de culpa.*—En este problema, que reviste un extraordinario interés, el T. S. hace las siguientes importantes manifestaciones: 1.º Que en nuestro derecho existe un principio fundamental con arreglo al cual no hay responsabilidad sin culpa; 2.º que la culpa se presume en todo incumplimiento contractual; 3.º que la responsabilidad por culpa es exigible, aun cuando no figure expresamente pactada, por virtud del art. 1.258 C. c.; 4.º que este precepto es de aplicación al transporte mercantil, en virtud del artículo 50 del C. de C.

Sin embargo, acontece que el transporte mercantil posee un régimen especial de responsabilidad (arts. 362 y 377). Con arreglo al primero el porteador responde de los daños «si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes» y de acuerdo con el segundo «el porteador será responsable de todas las consecuencias a que pueda dar lugar su omisión en cumplir las formalidades prescritas por las leyes y reglamentos de la Administración pública en todo el curso del viaje». Se podrá decir que estos preceptos contemplan especialmente el transporte de mercancías (cfr. sin embargo arts. 349, 2.º y 352), pero no cabe duda de que constituyen la más completa regulación del contrato de transporte que poseemos.

En el caso concreto, la culpa deriva de no estar el vehículo preparado con vidrios inastillables (art. 226 C. de Circ.) y de no poseer el mecánico carnet especial para ómnibus de más de nueve plazas (C. de Circ., 261). El demandado responde de la culpa de su dependiente «en razón a que no debió confiarle, en beneficio del interés público, el servicio que le encomendó» y además porque el patrono está obligado a conocer la falta de pericia del personal a sus órdenes.

c) *La persona responsable.*—Era el problema fundamental del pleito decidir si respondía la empresa porteadora no demandada —«El Oriente»— con quien el accidentado contrató el transporte (tesis de la Audiencia) o si respondía la empresa demandada —«El Noroeste»— que había asumido el transporte a causa de una anterior avería del primer vehículo que emprendió el viaje (tesis del Juzgado). El T. S., con fundamento en la existencia de una coparticipación en la concesión del servicio público y de un único administrador, enlaza a las dos empresas en una sola y considera a los dos empresarios responsables directos, condenando en consecuencia al demandado. La sentencia es en este punto sumamente confusa. Se habla, a veces de propiedad de la empresa (Copropietarios, dueños), lo que no deja de ser inexacto. Se dice que ambas empresas son «una sola entidad», con lo cual parece aludirse a una superada concepción personalista de la empresa, y que ambas forman una «unidad patrimonial», con lo que parece irse a una concepción de la empresa como patrimonio de muy difícil admisibilidad.

Seguramente el problema hubiera podido ser resuelto con menos dificultad aplicando el principio de solidaridad entre los diversos porteadores (ar-

título 373 C. de C.), bien hayan asumido el transporte simultáneamente y en común, bien lo hayan hecho sucesivamente.

15. RESPONSABILIDAD CIVIL: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: INTERRUPCIÓN: *La prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por un desahucio obtenido dolosamente, se interrumpe por la presentación de la querrela y tramitación de la subsiguiente causa criminal, por ser los mismos los hechos e idénticas las circunstancias que sirven de apoyo a la demanda de indemnización, como determina el art. 1.973 del C. c., siendo indiferente que en el procedimiento penal se solicitara indemnización por concepto distinto de lo pedido en el pleito actual, ya que las acciones nacieron de los mismos hechos procesales realizados por el causante del daño y esas son las que fueron afectadas por la interrupción del plazo prescriptivo.*

DAÑO MORAL: CONCEPTO: *El daño moral está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales del honor, la salud, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello los más sensibles y frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, deben ser, sin embargo, indemnizables discrecionalmente al amparo del art. 1.902 del C. c., como compensación de los sufrimientos del perjudicado. [S. 28 de febrero de 1959; Sala 1.ª]*

16. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INEJECUCIÓN DE ACUERDOS MUNICIPALES: *Incorre en responsabilidad civil un alcalde que, después de haber sido seguido irregularmente por orden del Ayuntamiento un procedimiento de apremio que fué anulado por el Gobernador civil, deja de ejecutar el acuerdo de la Comisión Permanente disponiendo la devolución de los muebles embargados o, en su defecto, el pago de una indemnización.*

COSTAS PROCESALES: PRINCIPIO DEL VENCIMIENTO: *No tiene aplicación cuando la demanda es sólo parcialmente acogida. [S. 26 de junio de 1959; ha lugar.]*

IV. Arrendamientos.

1. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: TEMPORALIDAD: *El contrato de arrendamiento es por esencia temporal y nunca puede estimarse perpétuo (artículo 1.543 del C. c.).*

PRORROGABILIDAD CONVENCIONAL LIMITADA DEL ARRENDAMIENTO: *No puede dejarse a voluntad del arrendatario la posibilidad de prorrogar indefinidamente el contrato de arrendamiento; tal prórroga sólo es posible por tiempo limitado.*

JUICIO DE DESAHUCIO: ÁMBITO DEL MISMO: *La determinación de si un contrato de arrendamiento y, en su caso, las prórrogas, ha vencido, es materia*

propia y genuina del juicio de desahucio y no ofrece complejidad alguna.
[S. 2 de julio de 1959; no ha lugar.]

2. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: FECHA: CAMBIO DE ARRENDADOR: *Lo dispuesto en el art. 1.227 del C. c. no se opone a que, en virtud de la apreciación de la prueba, se tenga por auténtica la fecha de un contrato de arrendamiento otorgado en documento privado por el antiguo arrendador, obligando dicho contrato al arrendador actual, subrogado en los derechos y obligaciones del antiguo.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No es causa de resolución la realización de obras autorizadas por el contrato.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: INSTALACIÓN DE PORTERÍA: *No constituye transformación en vivienda de un local de negocio, la instalación en éste de una portería, dependencia necesaria e integrante del colegio.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *La falta de precisión y claridad en la exposición del motivo del recurso es razón suficiente para la desestimación del mismo.* [S. 11 de mayo de 1959; no ha lugar.]

3. PROCEDIMIENTO APLICABLE: ACCIÓN PARA QUE EL ARRENDATARIO SOPORTE OBRAS DE REPARACIÓN: *El cauce procesal adecuado para el ejercicio de la acción concedida al arrendador por el art. 1.558 del C. c. es el juicio ordinario.* [S. 30 de mayo de 1959; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTO SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL: NO USO COMO CAUSA DE DESAHUCIO: *Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, el uso de la cosa arrendada es una obligación del arrendatario y el no uso da lugar al desahucio, con mayor razón en el caso debatido, en el que se da un completo abandono.* [S. 23 de junio de 1959; no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: INDUSTRIA DE GARAJE: *No puede desconocerse el carácter de empresa industrial de un negocio de garaje, cuando consiste en el acogimiento y custodia, no de automóviles propiedad de los contratantes sino del público en general.* [S. 6 de julio de 1959; no ha lugar.]

6. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONCEPTO: *La industria es una unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser inmediatamente explotada.*
[S. 4 de julio de 1959; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA: CALIFICACIÓN: *El que en un solar edifique por el arrendatario una construcción con consentimiento del arrendador no altera la naturaleza del contrato ni lo atrae a la órbita de la LAU.*

NOVACIÓN DEL CONTRATO: *La novación objetiva, para alcanzar eficacia, pre-*

cisa que se declare terminantemente por las partes o que la antigua obligación sea de todo punto incompatible con la nuevamente creada.

AUMENTO DE RENTA: *El aumento de renta no puede oponerse por sí solo a la calificación del contrato hecho por la Sala.*

JUICIO DE DESAHUCIO; CUESTIONES COMPLEJAS: *El hecho de que se autorice al arrendatario a construir una edificación provisional que al extinguirse el arrendamiento ha de desaparecer, no supone complejidad que cierre el paso al juicio de desahucio.*

RECURSO DE CASACIÓN; INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *La interpretación del contrato corresponde al Tribunal «a quo» cuyo criterio debe ser respetado en tanto no resulte arbitrario y desorbitado.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No es viable proponer cuestiones nuevas en trámite de casación. [S. 1 de junio de 1959; no ha lugar.]*

8. LOS EXTRANJEROS ANTE LA LAU: *Los beneficios de la LAU no pueden aplicarse a un súbdito alemán si no prueba que la legislación alemana sobre arrendamientos urbanos otorga a los arrendatarios españoles los mismos beneficios que a sus nacionales [S. 20 de junio de 1959; ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Se dictó la anterior sentencia en un proceso resolutorio en que por el actor se había ejercitado la acción denegatoria de prórroga, por cierre de local, al amparo de las normas de la LAU y sin que para nada se tratara en la demanda de la extranjería del demandado; éste, formuló reconvencción sobre obras, a la que se opuso el actor alegando la extranjería del demandado. El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda y rechazó la reconvencción, en tanto que la Audiencia Territorial de Valencia desestimó la demanda y dió lugar a la reconvencción. Interpuesto recurso de injusticia notoria que se fundamentó, en cuanto a la impugnación del pronunciamiento absolutorio del demandado, en la infracción de las normas de la LAU sobre denegación de prórroga por no uso, aparte de alegar la infracción del artículo 7 de la LAU sobre aplicación de los beneficios de la referida Ley a extranjeros, a efectos, fundamentalmente, de impugnar el pronunciamiento estimatorio de la reconvencción.

A la vista de tales antecedentes y dado el estricto formalismo del recurso de suplicación en el que, además, como es sabido, no cabe plantear cuestiones nuevas, resulta sorprendente que se dé lugar al recurso en cuanto a la impugnación del pronunciamiento absolutorio, no por estimar erróneamente fijados los hechos base de la denegación de prórroga por no uso o incorrectamente interpretada la norma correspondiente, sino por la razón o argumento, no utilizado por el propio actor, de que «transcurrido el plazo contratado, el demandado arrendatario alemán no puede enervar la acción resolutoria de su relación arrendaticia por causas fundadas en preceptos de aquella especial disposición legislativa inaplicable» —la LAU— afirmación cuya congruencia con el problema planteado por el actor en su demanda no resulta nada clara. Y ello sin contar con la existencia del Convenio hispa-alemán de 7 de mayo de 1926 cuyo artículo 9 dispone que en cuanto al ejercicio del comercio e industria, los súbditos de cada una de las partes contratantes, disfrutarán en el territorio de la otra de iguales privilegios, exenciones y beneficios que los nacionales y los súbditos de la nación más favorecida, convenio cuya existencia, naturalmente, no es necesario probar y que no fué alegado

en la contestación a la demanda, pues, en cuanto a ella, el actor se movió siempre dentro del estricto marco de la LAU. (J. P. R.)

9. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO (LAU de 1946): *No obsta a la aplicación del art. 480 del C. c. el que en el contrato otorgado por el usufructuario se omitiera la indicación de la verdadera cualidad del mismo.*

AUTOMATISMO DE LA EXTINCIÓN: *La extinción del usufructo produce automáticamente la del arrendamiento otorgado por el usufructuario como arrendador.*

IRRETROACTIVIDAD DEL ART. 57 DE LA LAU: *El art. 57 de la LAU no tiene aplicación retroactiva.*

PREARIO: *El precario existe cuando el poseedor carece de título, o es inejicaz o ha perdido virtualidad el invocado, pudiendo estimarse como precario la situación resultante para el antiguo inquilino de la aplicación del artículo 480 del C. c.*

10. RENUNCIA DE DERECHOS EN LA LAU: *La renuncia de derechos del artículo 6 de la LAU debe ponerse en relación con al art. 4 del C. c.*

RENUNCIA A LA ACCIÓN DEL ART. 103 DE LA LAU: *El derecho a la reducción de renta establecido en el art. 103 de la LAU es irrenunciable por afectar al erario público.*

PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *Para ejercitar la acción del art. 103 de la LAU no es preciso que el arrendatario acredite hallarse al corriente del pago de las rentas.*

ABUSO DE DERECHO Y ACCIÓN DEL ART. 103: *No concurren los presupuestos del abuso del derecho en la acción ejercitada por el arrendatario para pedir al amparo del art. 103 de la LAU la reducción de la renta de 48.000 a 20.000 pesetas [S. 20 de junio de 1959; no ha lugar.]*

11. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LA LAU 1955: ELEVACIÓN DE RENTA: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: ERROR MATERIAL DE LA SENTENCIA: *El error material de la sentencia, aun siendo cierto, no da lugar a casación pues una vez rectificado resulta que el arrendatario, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del incremento de renta, guardó silencio sobre el mismo.*

FACULTAD DE RESOLVER: *La resolución del contrato sólo procede cuando el arrendatario rechaza un incremento justo de renta. [S. 22 mayo de 1959; no ha lugar.]*

12. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *De conformidad con el artículo 1.969 C. q. el plazo de prescripción de la acción para reducir la renta*

a la declarada a la Hacienda es de quince años. [S. 29 de abril de 1959; no ha lugar.]

La doctrina de esta sentencia, dictada con arreglo a la ley derogada, es perfectamente aplicable al art. 103 de la vigente, en el cual lo que aparece sustancialmente modificado es el plazo de disfrute de la reducción de la renta, que antes era indefinido. En el mismo sentido debe notarse que el artículo 106, 2 de la ley actual, excluye a esta acción de la caducidad de tres meses que, como norma general, establece el primer apartado del propio artículo. (G. G. C.).

13. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: CAMBIO DE BASE FISCAL: *La facultad novatoria concedida por el art. 133 de la ley derogada se conserva por el arrendatario aunque después del trimestre posterior a la celebración del contrato se modifique la base fiscal por cualquier causa, y aunque tal modificación ocurra antes de que el arrendatario inicie el ejercicio de aquella facultad.*

DECRETO LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1954: *Conserva el arrendatario su facultad novatoria si la ejercita antes de la promulgación del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954.* [S. 28 de abril de 1959; ha lugar.]

14. LAU: APLICACIÓN ANALÓGICA DE SUS PRECEPTOS: *La aplicación analógica de los preceptos de la LAU debe hacerse con criterio extremadamente restrictivo.*

PERTURBACIONES DE DERECHO DEL ART. 115 DE LA LAU: *El hecho de que el arrendador niegue autorización al arrendatario para instalar una industria de hostelería en el local arrendado y no facilite permiso exigido por la Delegación de Información y Turismo, no puede considerarse como perturbación de derecho, máxime si el local no fué dado en arrendamiento para dedicarlo específicamente a hospedaje.* [S. 27 de julio de 1959; ha lugar.]

15. DERECHO DE RETRACTO: LEY DE 1946: ARRENDATARIO ÚNICO QUE HA SUBARRENDADO: *No puede ejercer el derecho de retracto, ya que el arrendatario debe ocupar toda la finca* [S. 6 de junio de 1959; ha lugar.]

A. El arrendatario único de toda la finca había subarrendado a un tercero con consentimiento del arrendador la segunda planta del inmueble.

B. A falta de interpretación histórica porque el precepto carece de precedentes, ya que en la ley citada se reconocieron por primera vez tales derechos a favor del arrendatario, la lógica lleva a la conclusión de que solamente se concede para adquirir lo que el arrendatario real efectivamente usa o goza para su vivienda o su negocio; pero no lo que con sus propios actos ha demostrado, que no le es necesario para lo uno ni para lo otro arrendando a otro, para instalar otra vivienda u otro local de negocio ajenos, lo que él lleva en arrendamiento sin necesitarlo. (Considerando 2.º).

16. **RETRACTO DE ARRENDADOR: VENTA DE EXISTENCIAS:** *Ninguna disposición legal confiere derecho al arrendador para retraer las existencias, mercaderías y enseres propiedad del arrendatario cuando las venda al realizar el traspaso.* [S. 19 de mayo de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Los párrafos 2.º y 3.º del art. 41 de la LAU ofrecen una gravísima contradicción que una interpretación puramente gramatical de los textos no puede salvar. El párrafo 2.º parece decir que en el caso de traspaso de un local con existencias, el arrendador goza del derecho de tanteo y retracto sólo respecto del arriendo del local; en cambio el párrafo 3.º presupone la existencia de los referidos derechos respecto a las existencias transferidas conjuntamente con el derecho de arriendo. El Tribunal Supremo, en la anterior sentencia, primera en la que se pronuncia sobre el tema, ha concedido prioridad al párrafo 2.º calificando de disposición «extraña» a la del párrafo 3.º y aunque precisa reconocer que la solución de la contradicción planteada es harto difícil, una interpretación finalista del artículo 41 pudiera llevar a la solución contraria, en efecto, si existe, como parece evidente, un interés en el mantenimiento de la estabilidad de las empresas —y con ello es clara prueba la LAU— no cabe negar que la extensión de los derechos de adquisición preferente a todo el complejo patrimonial objeto de transmisión conjunta —derecho de arriendo, existencias, mercaderías, enseres, etc.— satisface a dicha finalidad y debe ser fomentada por la Ley; de ahí la razón de ser de una norma que como la del párrafo 3.º, no sólo parece presuponer la existencia de esa posibilidad de tanteo o retracto conjunto, sino que tiende a estimular su ejercicio concediendo una ventaja patrimonial al arrendador que lo haga efectivo. (J. P. R.).

17. **DERECHO DE RETRACTO: AGRUPACIÓN DE PISOS:** *Los derechos de tanteo y retracto han de considerarse aplicables no sólo a los casos en que se venda un solo piso o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más pisos, y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio. En este supuesto se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar dichos derechos referidos exclusivamente al piso o local que ocupe cada uno de ellos.* [S. 20 de mayo de 1959; ha lugar.]

18. **DERECHO DE RETRACTO: NO CONSIGNACIÓN DE RENTA PARA APELAR:** *El artículo 148 de la LAU se refiere al caso de que la sentencia de que se recurre haya decretado el desalojo, pero no a resoluciones de otra clase, como cuando se discute si procede o no un retracto.*

PLAZO PARA RETRAER: *El plazo de 60 días que establecía el art. 64 b) de la anterior LAU debe contarse a partir de la notificación de la negativa de préstamo por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional cuando se haya solicitado a este Organismo.* [S. 23 de abril de 1959; ha lugar.]

19. **ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU 1955: NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *Procede la resolución del contrato si con posterioridad al otorgamiento del mismo un hijo de la arrendadora necesita la vivienda arrendada para establecer en ella su propio hogar.* [S. 6 de junio de 1959; no ha lugar.]

20. **FUNDAMENTO DE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA:** *La única causa y único fundamento de la promulgación y subsistencia de la legislación especial de arrendamientos urbanos es suprimir la especulación sobre locales.*

CONCEPTO DE SUBARRENDATARIO: *Subarrendatario equivale a arrendatario de cualquiera que no sea propietario.*

DERECHO DE PRÓRROGA: *El inquilino que no ha cumplido sus más elementales obligaciones de defensa y custodia de lo a él confiado no puede ejercitar con éxito su derecho de prórroga.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LAU DE 1946: *La DT. 2.ª de la LAU de 1946, al referirse al cambio de subarrendatario, comprende, no sólo al que lo sea de primer grado, sino al subarrendatario de otro subarrendatario.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª: CARGA DE LA PRUEBA: *A efecto de la excepción opuesta por el arrendatario al amparo de la DT. 2.ª de la LAU de 1946 corresponde a dicha parte la carga de probar la fecha del subarriendo. [S. 26 de mayo de 1959; ha lugar.]*

OBSERVACIONES: La segunda de las anteriores máximas suscita ciertas reservas; con arreglo a la fórmula en ella contenida habría que considerar como subarrendatario a quien recibiera en arriendo de un usufructuario. En cuanto a la tercera máxima constituye la culminación de una serie de afirmaciones de la sentencia en la que tras hacerse una distinción entre el arrendatario consumidor — el que ocupa la cosa arrendada— y el especulador —el que transmite a un tercero el uso de la cosa— se llega a la consideración de que el primero es el único que debe considerarse como arrendatario protegido por el régimen estabilizador de la LAU, doctrina cuya generalización resulta evidentemente muy peligrosa y cuya base legal es harto precaria, ya que la no utilización directa por el propio arrendatario de la cosa arrendada no puede tener otras consecuencias que las que taxativamente señala la Ley especial (posibilidad de resolución por cesión o traspaso, especialidades del régimen de retracto). (J. P. R.).

21. LAU 56: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La ausencia de necesidad no puede deducirse del hecho de que en vida de la madre de la actora no se ejercitara la acción, a pesar de ser entonces el número de familiares igual al actual, pues esto puede obedecer a causas varias; y, en todo caso, las acciones pueden ser ejercidas mientras no transcurra el tiempo señalado para su prescripción*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: IMPUGNACIÓN: *La declaración de la necesidad del propietario de ocupar la vivienda sólo puede impugnarse al amparo de la causa 4.ª del art. 136 LAU vigente (error de hecho).*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS QUE LO DEMUESTRAN: *La certificación del Apeador, en la que se consigna el número de departamentos de la casa, con expresión de la superficie de los mismos, no demuestra el manifiesto error en la apreciación de la prueba, al declarar, teniendo en cuenta el número de personas que constituyen la familia y la servidumbre, así como el de dormitorios con que la casa cuenta, su situación y su falta de condiciones higiénicas, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada. [S. 20 de abril de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: V. Sentencia de 21-V-1959.

22. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La necesidad surge desde que existe el estado formal y serio de contraer matrimonio, ya que es contrario a toda lógica esperar a su celebración provocando una situación anómala, de no contar con hogar para su recogimiento.* [S. 1 de julio de 1959; no ha lugar.]

23. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *El orden de selección del art. 79 de la LAU de 1946 operaba tan sólo respecto a viviendas de una misma finca, no siendo preciso tomar en consideración las de los demás inmuebles aun de los situados en la misma calle.* [S. 12 de junio de 1959; no ha lugar.]

NOTA: Esta doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias al aplicar la LAU de 1946 ha adquirido rango legal, a virtud del artículo 64 de la vigente LAU, para los litigios sometidos a esta última.

24. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946: DENEGACIÓN PRÓRROGA: DERRIBO AUTORIZADO POR EL GOBERNADOR: ANULACIÓN DEL ACUERDO: *Apareciendo que se han cumplido, la notificación al Gobernador de la Provincia, el compromiso de reedificación ante dicha Autoridad, el permiso de demolición y la notificación a los ocupantes del local con las formalidades legales, se ha generado a favor del propietario el derecho de denegar la prórroga, de carácter civil, que no se pierde por un acuerdo posterior del Gobernador revocando el permiso.* [S. 20 de febrero de 1959; ha lugar.]

No deja de ser anómala la intervención de la Autoridad gubernativa cuando se ventilan relaciones jurídicas entre particulares. El primer considerando de la sentencia da la razón de aquella cifrándola en «razones de índole social en atención a la crisis viviendas, es concedida esta facultad de autorizar el derribo a la autoridades gubernativas, pero sin que su intervención prejuzgue la procedencia de la excepción». Tal autorización es un elemento más del complejo supuesto de hecho constitutivo de la norma, y una vez concedidas, se produce el efecto sin que la revocación posterior del acuerdo influya en la esfera civil.

25. DEMOLICIÓN DE FINCA: DERRIBO NO TOTAL: *Si bien la demolición de la finca no ha sido completa hasta el punto de que la antigua edificación quedara convertida en solar, supuesto que permanecieron en pie determinados elementos constructivos que se aprovecharon en la nueva construcción, tal circunstancia no es suficiente para estimar que no se dió el derribo de la finca aunque se conservase la fachada y paredes maestras laterales y posterior, y aunque la planta baja no fuera demolida en la totalidad de su extensión, porque no obstante ello, por el carácter de las obras efectuadas y a efectuar, es preciso el derribo de toda la estructura interior de la casa, según dictámen pericial.* [S. 11 de junio de 1959; ha lugar.]

26. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: NO USO DEL LOCAL DE NEGOCIO: *Lo hay cuando el local de negocio ha permanecido cerrado y en él no se ha desplegado por el arrendatario actividad constante de tráfico, sobre todo del propio de un establecimiento abierto al público a que fué dedicado bilateralmente, de común acuerdo, el local arrendado, estando acreditado que, después de la*

publicación de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos dicha situación se ha prolongado por un periodo de tiempo superior a seis meses en el curso de un año. [S. 16 de mayo de 1959; no ha lugar.]

27. NO USO DE VIVIENDA; JUSTA CAUSA: *El traslado de residencia de un funcionario y su familia, con muebles, por cambio de destino, no es justa causa para dejar deshabitada indefinidamente una vivienda. [S. 8 de junio de 1959; no ha lugar.]*

28. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO; CIERRE DE OFICINAS DE UN BANCO* *Al trasladar un Banco sus oficinas a otro lugar y suspender la comunicación con el público en el arrendado, pierde éste su condición de establecimiento abierto y es de aplicación la causa 3.ª del art. 62 de la LAU, sin que sea preciso que en el local haya cesado toda actividad.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO; CONDICIONES TEMPORALES: *Cerrado un local por más de seis meses en el año siguiente a la entrada en vigor de la LAU de 1955, pudo ejercitarse la acción denegatoria de prórroga sin esperar el transcurso de todo aquel año. [S. 3 de junio de 1959; no ha lugar.]*

29. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO; DIVERSAS CAUSAS Y TIPOS DE INACTIVIDAD: *El texto legal regulador de la denegación de prórroga por no uso no se refiere a los casos en que la inactividad venga impuesta por la naturaleza del negocio o la interrupción sea debida al normal funcionamiento para cuyo fin fué establecido.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO; JUSTA CAUSA DE NO OCUPACIÓN: *Para determinar la existencia de una justa causa de cierre hay que tener en cuenta las características del negocio instalado en el local arrendado. [S. 23 de junio de 1959; ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Se dice en la sentencia que sería contrario a toda razón avlicar en estricta expresión literal, la norma sobre denegación de prórroga por no uso, a aquellas empresas que, por razón de su objeto y contenido, sólo pueden actuar durante cierta época del año inferior al plazo indicado en la norma, así las fábricas de molturación de frutos que sólo ejercen actividad en la época de la recolección y aquellas otras montadas con base en otros servicios que no funcionan en determinadas estaciones del año como las de hostelería en balnearios, supuesto este último que era precisamente el de autos. Es indiscutible el acierto de esta sentencia que ha sabido dar a la norma legal una interpretación finalista que ha de salvaguardar la estabilidad física de buen número de empresas que, no por desarrollar su actividad de modo intermitente, son menos dignas de protección. (J. P. R.).

30. TRANSMISIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA; CONVIVENCIA: *La sucesión prevista en el art. 71 de la LAU de 1946 (antecedentes del 58 de la vigente) presuponía la convivencia del inquilino con sus familiares, precisamente, en el local objeto de la transmisión. [S. 24 de junio de 1959; no ha lugar.]*

31. NOVACIONES DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO; PRESUNCIÓN POR ALTERACIÓN DE ESTRUCTURA FÍSICA: *La instalación por el arrendatario con el consen-*

timiento del arrendador, de una chimenea de tipo industrial, permite deducir que el local arrendado, que no estaba destinado por virtud del contrato a finalidad industrial, se ha transformado en local de negocio.

OBRAS DE REPARACIÓN EN ELEMENTOS INCORPORADOS AL INMUEBLE: *El régimen de reparaciones del art. 107 de la LAU es aplicable a los elementos incorporados a la fábrica del edificio —una chimenea en el caso de autos— por el arrendatario con consentimiento del arrendador. [S. 24 de abril de 1959; ha lugar.]*

32. SUBARRIENDO DESPUÉS DE EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO: LANZAMIENTO DEL OCUPANTE: COMPETENCIA DE LAU: *El lanzamiento de la tercera persona que con la aquiescencia del arrendatario se introdujo en el local, y que continúa ocupándolo después que el arrendatario ha rescindido su contrato con el arrendador, ha de lograrse mediante el ejercicio de la correspondiente acción de resolución amparada por la Ley de Arrendamientos urbanos, sin que tenga fundamento la alegación de incompetencia de jurisdicción, pues no iba a ejercitarse una acción declarativa para obtener el lanzamiento del ocupante, como si se tratase de un precarista.*

VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN JUDICIAL: IMPUGNACIÓN: *No cabe hacerla al amparo de la causa cuarta del art. 136 LAU 56, sino a través de la causa tercera, ya que es problema de interpretación.*

SUBARRIENDO O TRASPASADO INCONSENTIDOS: *Como, al dar por resuelto el contrato por el arrendatario, quedó ocupado el cuarto por un tercero, extraño a la relación arrendaticia, hay que admitir que sería en virtud de subarriendo inconsentido o de un traspaso realizado de modo distinto al autorizado por la Ley, que es el contenido de las causas 2.ª y 5.ª del art. 114 LAU vigente. [S. 23 de mayo de 1959; desestimatoria.]*

33. SUBARRIENDO LOCAL DE NEGOCIO: AUTORIZACIÓN PARA TRASPASAR: *La autorización concedida al comprador de una industria para traspasar la propiedad de ésta, con la limitación o reserva de tanteo en favor del vendedor, no contiene literalmente una autorización expresa y escrita para subarrendar el local de negocio. [S. 27 de junio de 1959; no ha lugar.]*

34. TRANSMISIÓN INTER VIVOS DEL IUS UTENDI DEL ARRENDATARIO: *La Ley no acepta más que dos medios de transmisión inter vivos, por el arrendatario, del uso o goce del local arrendado: el subarriendo y el traspaso del modo dispuestos en la misma. Basta la afirmación del uso o goce del local por tercera persona, sin haberse guardado dichos modos, para estimar la resolución.*

SUBARRIENDO ENCUBIERTO POR APODERAMIENTO: *El poder conferido por un arrendatario a un tercero para administrar el negocio del inquilino no basta para desvirtuar la cesión o subarriendo afirmado por el Tribunal de Instancia. [S. 21 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

35. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: NOTIFICACIÓN: *La notificación del traspaso debe realizarse por el concesionario, siendo inválida e ineficaz la notificación hecha por persona distinta, como el cedente. [S. 27 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

36. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO ILÍCITO: *Los efectos del cambio de forma de una sociedad hay que referirlos a la legislación vigente en el momento del cambio.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO ILÍCITO: CAMBIO DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ANÓNIMA: *La transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en anónima antes de la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1953 suponía la extinción de la primera y, por tanto, tratándose de sociedades arrendatarias, el traspaso.*

NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Con anterioridad a la Ley de 1953 la jurisprudencia entendió que las sociedades de responsabilidad limitada eran de tipo personalista, siéndoles aplicables supletoriamente las reglas de las colectivas.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No es viable el planteamiento en suplicación de cuestiones nuevas. [S. 27 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: *Contra el criterio mantenido por la generalidad de la doctrina mercantil se insiste en esta sentencia en atribuir el alcance de un cambio de personalidad al mero cambio de forma de las sociedades parece sin embargo, dejarse abierta la posibilidad de un cambio de criterio al menos en cuanto a las transformaciones de Sociedades de responsabilidad limitada en Anónimas operadas con posterioridad a la vigente Ley reguladora de la primera especie de las referidas sociedades.*

En cuanto a la cuestión que por su novedad en el proceso no fué abordada en cuanto al fondo en la sentencia resolutoria del recurso, debe notarse que se trataba de un fundamental defecto en el planteamiento de la demanda resolutoria por cesión, demanda que fué dirigida únicamente contra la entidad cesionaria. Es sorprendente que tal defecto pasara desapercibido a la Audiencia Territorial —el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda— y a la propia entidad demandada que planteó la cuestión por vez primera en el trámite de injusticia notoria. Claro está que podría argumentarse que la Sociedad Anónima demandada era la misma persona jurídica que la de responsabilidad limitada, supuesta cedente— y ello era cierto—, pero en tal caso la justificación del pronunciamiento resolutorio caería por su base. (J. P. R.)

37. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD COLECTIVA: *Arrendado un local de negocio a «la señora viuda e hijos de X», refiriéndose a esta entidad en singular, llamándola «el arrendatario» sin consignar el nombre de personas individuales, es evidente que a la persona del arrendatario se le concediera una entidad distinta de las personas individuales de la viuda y de sus hijos, por lo que al adoptar esa entidad la forma de compañía regular colectiva con el nombre de «Viuda de XXX e hijos» ni varió la esencia de la entidad, ni variaron las personas integrantes de la misma ni la extensión y cuantía de su responsabilidad y solvencia, ni siquiera el*

nombre; por la insignificante variación del lugar de sus miembros. [S. 3 de junio de 1959; no ha lugar.]

38. PERTENENCIA DEL DERECHO ARRENDATICIO A UNA SOCIEDAD: CESIÓN: *Declarado por la Sala, en virtud de la interpretación del contrato social, la pertenencia del derecho arrendaticio a la sociedad, hoy en liquidación, que en el local arrendado tenía su base, sin precisar su origen o modo de adquisición, no cabe ya discutir la eficacia de la cesión a que se alude, cuando no consta lo que tampoco significa necesariamente que haya sido omitido—, el consentimiento del arrendador.*

ADQUISICIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO POR UNA SOCIEDAD: *Por la circunstancia puramente negativa de que no conste que haya sido omitido el consentimiento del arrendador para la aportación o cesión del derecho arrendaticio a una sociedad, no queda excluida la posibilidad de que la voluntad de ambos socios, y mientras el arrendador no manifestara su oposición, hiciera ingresar el derecho arrendaticio en el patrimonio social cualquiera que fuera la eficacia del pacto.* [S. 8 de abril de 1959; no ha lugar.]

39. PARTICIÓN: ADJUDICACIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO: *La adjudicación del derecho arrendaticio, como resultado de la partición, a uno de los herederos, no supone traspaso.*

NATURALEZA DE LA PARTICIÓN: *La partición no puede considerarse como acto traslativo de propiedad que implique la cesión recíproca de las partes indivisas de la herencia entre los coherederos.* [S. 19 de junio de 1959; no ha lugar.]

40. CESIÓN O SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES: INCONGRUENCIA: *Aun existiendo causa de resolución de un contrato de arrendamiento, éste subsiste mientras, por sentencia firme, no se decrete a petición de parte, la resolución.* [S. 20 de junio de 1959; no ha lugar.]

41. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR CESIÓN: PRESUNCIONES: *Aunque el cambio fiscal constituye un dato para presumir la cesión, no es bastante, cuando exista otra circunstancia que ponga de manifiesto que el arrendatario continúa como usuario del local.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: REGLAS DE VALORACIÓN DE PRUEBA: *La infracción del art. 1.218 y concordantes del C. c. debe impugnarse a través de la causa 3.ª y no de la 4.ª del art. 136 de la LAU* [S. 1 de julio de 1959; no ha lugar.]

42. CESIÓN INCONSENTIDA: CAMBIO DE NOMBRE DEL CONTRIBUYENTE FISCAL: *La sola alteración fiscal no es bastante para deducir la sustitución en el ejercicio o propiedad del negocio comercial y, consiguientemente, la sucesión de la cosa arrendada.* [S. 12 de junio de 1959; no ha lugar.]

43. LOCAL DE NEGOCIO: LAU 1956: OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Es admi-*

sible el consentimiento tácito siempre que se manifieste por hechos demostrados que sean inequívocos y concluyentes.

CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El consentimiento del arrendador no puede, por ser volitivo, identificarse con el conocimiento, que es intelectual, pues, sabido es que no se quiere todo lo que se conoce.*

ARRENDAMIENTO URBANO: CONSENTIMIENTO: IMPUGNACIÓN: *La declaración de existencia o de inexistencia del consentimiento, como cuestión fáctica, no es atacable, sin cita de la causa 4.ª del art. 136 LAU, por razonamientos, no por interpretación de doctrina legal. [S. 16 de mayo de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: Concuerdan las SS. de 30-IV-58 (ADC. XI-3.º, pág. 949), 29-III-58 (ADC. XI-3.º, pág. 954), 5-X-57 (ADC. XI-3.º, pág. 955), 21-I-57 (ADC. XI-3.º, pág. 955). Habla de actos «suficientemente expresivos» del consentimiento, la S. de 11-XI-58 (ADC. XII-1.º, pág. 389). Considera al consentimiento cuestión fáctica, la S. de 27-X-58 (ADC. XII-1.º, pág. 390).

44. **CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: IMPUGNACIÓN:** *La impugnación del concepto que respecto a la alteración de la configuración haya extraído de los hechos declarados probados el Tribunal a quo, no puede hacerse por la vía del error de hecho, sino por la de la infracción de precepto o doctrina legal. [S. 8 de mayo de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: La Sala, en la sentencia recurrida, había declarado que se había alterado la configuración mediante la apertura de un hueco en un muro interior medianero, para poner en comunicación el salón de un café con la cocina de otro, perteneciente a distinto dueño, pero del mismo titular arrendatario realizador de la obra.

No es unánime el criterio que la jurisprudencia ha mantenido respecto a cuál sea el procedimiento adecuado para impugnar en casación (injusticia notoria) la declaración hecha acerca de si unas obras modifican o no modifican la configuración. Si bien una sentencia de 31 de enero de 1957, sentaba que el camino adecuado era el de la infracción de precepto o doctrina legal, sentencias posteriores de 26 de marzo de 1958 (ADC. XI-3.º, pág. 952) y 27 de octubre de 1958 (ADC. XII-1.º, pág. 390), establecieron que la vía adecuada era la causa cuarta del art. 136 LAU, esto es, la del error de hecho. La sentencia actual abandona esta última dirección retornando a la establecida en la sentencia de 31 de enero de 1957.

Como lo normal es que no se suscite cuestión sobre la realidad de las obras efectuadas, sino que quien las realizó lo admite así, pero se opone a que, mediante ellas, se haya alterado la configuración, al ser ésta, según se ha declarado reiteradamente, un concepto jurídico, lo más apropiado será, en efecto, la vía de la infracción de precepto o doctrina legal, a no ser que la impugnación recaiga sobre el aspecto fáctico de la configuración, es decir, que se discuta la realidad de las obras realizadas. (V. comentario a sentencia 27 de octubre de 1958, ADC. y página citados).

45. **CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: LEY DE 1956:** *El suprimir una cocina en la planta baja e instalarla en el piso primero, sin requerir el traslado ninguna obra de fábrica, no altera la configuración. [S. 30 de mayo de 1959; ha lugar.]*

46. **LOCAL DE NEGOCIO: LAU 1956: CONFIGURACIÓN: CARÁCTER:** *Determinar si unas obras realizadas alteran la configuración o no, constituye a los efectos*

arrendaticios un hecho conceptual, o un concepto fáctico jurídico, cuya valoración se halla sustraída a las reglas de la construcción, objeto del reconocimiento técnico de los arquitectos.

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La alteran las obras que afectan al cambio de distribución del espacio. También, aun no afectando a su material distribución, las de apertura o cierre de huecos en la estructura del edificio, y las de ampliación o reducción de las dimensiones de dichos huecos o puertas. [S. 3 de junio de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: I. Las obras realizadas consistieron en la ampliación en catorce centímetros del hueco de una puerta.

II. El T. S., en distintas decisiones recientes, ha afirmado que la alteración de la configuración es algo contingente que debe examinarse en cada caso concreto (SS. 28-IX-1957, ADC. XI-3.º, pág. 953; 24-X-1957, ADC. XI-3.º, páginas 953-4) y que esta labor de examen es tarea del juzgador, extraña a la técnica de la edificación (S. 30-I-1957, ADC. XI-3.º, pág. 952). Doctrina expresada posteriormente más ponderadamente diciendo: «La configuración, aunque presupuesto fáctico, no es un puro hecho material, sino un concepto compuesto material y jurídico, que incumbe fijar a los Tribunales en cada caso» (S. 14-II-1958, ADC. XI-3.º, pág. 952). En la misma línea de los fallos anteriores, en la sentencia actual se califica a la configuración como «concepto fáctico jurídico» a apreciar por el Juez.

47. ACTOS INMORALES: NOTORIEDAD Y PUBLICIDAD: *La notoriedad requerida para la resolución del contrato se refiere a la esencia o naturaleza de los actos inmorales que realiza el inquilino, bastando por ello la prueba de su efectucción, siendo intrascendente a tal fin la circunstancia de que sea o no del dominio público.*

ACTOS INMORALES: NOTORIEDAD: *La notoriedad que se exige en las acciones inmorales no se refiere a su peligrosidad, ni es sinónima a dedicación habitual, permanente y continuada.*

ACTOS INMORALES: JUICIO CRIMINAL: ERROR DE HECHO: *La sentencia dictada en juicio criminal absolviendo al recurrente no es expresiva del manifiesto error en la apreciación de la prueba en el juicio civil, pues, aparte de que son distintas las formas de enjuiciar en una y otra jurisdicción, puede muy bien haber sido absuelto el demandado en la causa criminal seguida contra él por escándalo público, por no constar, a juicio del Tribunal de lo criminal, que aquél tuviera conocimiento del trato ilícito que realizaban las dos mujeres que se hospedaban en su fonda y, a pesar de ello, estimar el Tribunal civil que en el interior de la vivienda se cometieron actos que resultaban notoriamente inmorales. [S. 9 de junio de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: Concuerda con S. 17-I-1959 (ADC. XII-2.º, pág. 728).

48. INCOMODIDAD NOTORIA: GASÓGENO: *Lo es el insoportable calor que irradiaba la chimenea constituida por material que fácilmente lo transmite a las paredes y tuberías próximas, motivando que el agua salga caliente y el calor se difunda por las estancias de los pisos. [S. 19 de junio de 1959; no ha lugar.]*

49. RUINA O DESTRUCCIÓN DE LOCAL; ACCIONES EJERCITABLES: *Es facultativo para el arrendador ejercitar las acciones del art. 149 causa 9.ª o la del artículo 155 de la LAU de 1946 (equivalentes con alguna modificación a las del art. 114 causa 10.ª y 118 de la vigente).*

INTERPRETACIÓN DEL ART. 115 DE LA LAU DE 1946: *El art. 155 se refiere al costo de la obra de todo el inmueble en relación al valor total.*

REGLA DE CAPITALIZACIÓN: *No cabe aplicar por analogía al supuesto del art. 155 de la LAU de 1946 la regla de capitalización de la DT. 20 de la propia Ley. A efectos del art. 155 la determinación del valor fiscal debe hacerse capitalizando el líquido imponible al 4 por 100, interés legal. [S. 1 de julio de 1959; no ha lugar.]*

50. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946; SUBARRIENDO PROTEGIDO; DERECHO TRANSITORIO: *Tratándose de un subarriendo no consentido concertado antes de entrar en vigor la ley de 1946, y habiéndose promovido el juicio después del 1.º de octubre de 1946, procede aplicar la disposición transitoria 2.ª de la ley derogada y no dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento solicitada. [S. 25 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

51. EXTINCIÓN DEL SUBARRIENDO POR EL TRANSCURSO DEL PLAZO: *El subarriendo se extingue al vencer el plazo pactado sin que obste a ello que el subarrendatario continúe ocupando el local pese al requerimiento del subarrendador.*

RECONVENCIÓN REVISORIA DE RENTA SUBARRENDATICIA: *La acción reconvenzional revisoria de renta no es viable si, al promoverse el proceso resolutorio en que se dedujo la reconvencción, se había extinguido el arrendamiento. [S. 26 de junio de 1959; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Resuelve esta sentencia, con indiscutible acierto, el problema frecuentemente planteado ante los órganos de instancia y no siempre resuelto con igual criterio por los órganos de suplicación, relativo al ejercicio de la acción resolutoria de subarriendo por expiración de plazo —con anterioridad, claro es, a la presentación de la demanda— seguido del planteamiento en vía reconvenzional en el mismo proceso de una acción revisoria de renta basada en el art. 13 de la LAU; como el ejercicio de esta acción presupone la subsistencia del subarriendo y, por otra parte, la estimación de la acción revisoria con devolución fraccionada de la renta, supone la prolongación de la ocupación de la vivienda por el subarrendatario hasta el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, se suscitó la cuestión de si debía abordarse en primer término el tema de la acción —cuya estimación imponía desestimar la reconvencción— o el del pedimento reconvenzional —que de estimarse podría esterilizar la acción resolutoria o, aplazar al menos su efectividad—. La prioridad cronológica de ejercicio de la acción, respecto al de la reconvencción y el automatismo de la extinción del subarriendo a que se refiere la primera de las máximas transcritas, son argumentos decisivos en abono de la doctrina mantenida. (J. P. R.).

52. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS; CONVERSIÓN DE RENTAS; LEGITIMACIÓN; CO-TITULARIDAD: *La división entre varios herederos de una finca dada en arrendamiento por el causante, no implica la inexistencia de una cotitula-*

ridad de derechos respecto del arrendamiento subsistente. [S. 13 de junio de 1959; Sala 6.ª; ha lugar.]

53. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: RETRACTO: CÓMPUTO DE PLAZO: El cómputo de plazo para el ejercicio de la acción de retracto, se inicia cuando el arrendatario retrayente tuvo conocimiento de la venta, independientemente de que con posterioridad se inscriba en la misma. [S. 22 de abril de 1959; Sala 6.ª no ha lugar.]

54. RETRACTO: FALTA DE NOTIFICACIÓN: Cuando falta la notificación ha de estar a la fecha del conocimiento de la transmisión por el arrendatario, para el cómputo del plazo de ejercicio, de la acción por el retrayente, sin que sea bastante la inscripción de la finca en el Registro, que no pudo ser conocida por el arrendatario dadas sus condiciones de vivir lejos del partido judicial. [S. 25 de septiembre de 1959; Sala 6.ª; ha lugar.]

55. RETRACTO: CONOCIMIENTO DE LA VENTA: No cabe alegar desconocimiento de la venta de la finca objeto de retracto cuando al arrendatario se le notificó notarialmente, a instancia de los compradores, el propósito de éstos de cultivarla directa y personalmente. [S. 25 de septiembre de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

56. RETRACTO: DOMINIO CONSOLIDADO: CONSIGNACIÓN: Cuando la acción del retracto se ejercita una vez consolidado en la nuda propiedad el usufructo, en virtud del cual se concertó el arrendamiento de la finca, la consignación o reembolso del precto no puede ser el de la nuda propiedad, sino el de los reembolsos legales y el del valor de la finca, por tratarse de un caso no previsto en la ley, y que hay que asimilar al de no haberse fijado el precio en dinero, y sin que a ello sea obstáculo la falta de notificación de la venta de la nuda propiedad, que únicamente afecta al cómputo del plazo de la acción de retracto. [S. 15 de octubre de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

57. ACCESO A LA PROPIEDAD: VALOR DE LA FINCA: Si el valor de la finca objeto de recurso fué fijado de común acuerdo, y tenido en cuenta al hacer la consignación, no puede impugnarse por motivos no discutidos en instancia.

INDEFENSIÓN: La celebración de una innecesaria conciliación ante la Cámara Sindical de Avenencia, no entraña ni indefensión ni vicios del procedimiento. [S. 18 de junio de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

58. ACCESO A LA PROPIEDAD: PROPUESTA SUBSIDIARIA DE ENERVAR: Ninguna disposición se opone a que el arrendador pueda supeditar la facultad de enervar el acceso a la propiedad del arrendatario, a que éste tenga efectividad por el cumplimiento de los requisitos que lo hacen viable.

DOCTRINA LEGAL: No es motivo de revisión la infracción de la Doctrina Legal. [S. 18 de mayo de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

59. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACCIÓN DE DESAHUCIO: No constituye obs-

título al ejercicio de la acción de desahucio el que no aparezca determinada la cuantía del daño, pues basta que sea conocida su realidad y que el mismo es atribuible al locatario. [S. 12 de enero de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

60. APARCERÍA; RETRACTO: Para que sea procedente el derecho de retracto del aparcerero es preciso demostrar la aparcería; sin que sea correcto afirmar que la ley de 23 de julio de 1942 ha dado a los preceptos de la aparcería el sentido de puras recomendaciones. [S. 19 de junio de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

V. Derecho de familia.

1. «LITIS EXPENSAS»: La mujer casada que litiga con su marido puede exigir de este litis expensas en la medida de lo necesario para el normal funcionamiento de sus pretensiones, cuya necesidad, alcance y cuantía, corresponde al discernimiento del Tribunal de instancia, como problema de hecho.

«LITIS EXPENSAS»: Este derecho que tiene la mujer es compatible con el de alimentos.

«LITIS EXPENSAS»: APLICACIÓN EN CATALUÑA: Este derecho de la mujer es exigible en todo el territorio nacional. [S. 28 de mayo de 1959; no ha lugar.]

2. POBREZA; MUJER QUE LITIGA CONTRA SU MARIDO QUE SE DEFIENDE COMO RICO: JURISPRUDENCIA MODERNA: Al no probarse la condición de pobre del marido, ni los bienes de que éste disfruta, quien está condenado a pagar a su esposa una pensión de ochocientas pesetas mensuales, defendiéndose como rico, pone de manifiesto una posición contraria a su pobreza y consecuentemente aplica el art. 18 de la Ley de enjuiciamiento civil, sin que valga en contra de esa apreciación una sentencia del año 1878, pues la jurisprudencia moderna es otra. [S. 1 de julio de 1959; desestimatoria.]

Nota: a) Hechos. La recurrente —mujer casada— había solicitado el beneficio de pobreza para litigar contra su marido. El Juez de primera instancia y la Sala en apelación se lo denegaron, fundamentalmente, por no haber la interesada justificado la pobreza, ni los medios de vida de su marido y, por el contrario, aparentar éste tener una posición contraria a la pobreza —litigaba como rico, estaba condenado a pagar a la mujer una pensión provisional para alimentos de ochocientas pesetas—, basando, por consiguiente, la denegación en el art. 18 L. e. civ. La recurrente pretendía que, a tenor de una sentencia de 6 de abril de 1878, el art. 18 de dicha Ley era inaplicable en los casos en que la mujer que solicita el beneficio, lo pretende para litigar contra su marido (1).

(1) J. GUASP, comentando el art. 18 L. e. civ., dice: «La disolución de la sociedad conyugal impide naturalmente que se produzca la acumulación de este artículo que tampoco ha de tenerse en cuenta en los litigios de un cónyuge contra el otro, salva la obligación que puede pesar sobre el marido de abonar a la mujer litis expensas...» Comentarios a la L. e. civ., I Madrid, 1943, pág. 203, nota 1.

El Tribunal Supremo rechaza tal argumentación, en los considerandos transcritos, sentando la correcta aplicación del art. 18 de L. e. civ., por no constar la separación de los cónyuges, y no tener aplicación la sentencia de 1878.

b) OBSERVACIONES: Alude el T. S. a que «la jurisprudencia moderna es otra». Realmente, no sólo la jurisprudencia sino la legalidad misma. En efecto, si el principio recogido en el citado art. 18 había sido sentado reiteradamente por la jurisprudencia con anterioridad a la promulgación de la Ley de enjuiciamiento (pueden verse las SS. citadas en Manresa, Comentarios a la L. e. civ., I, Madrid, 1883, pág. 91), cuando dicha Ley establece la acumulación de los bienes de ambos cónyuges, no reconoce, como excepción a dicho principio, el caso de litigios entre los cónyuges; de aquí que no pueda admitirse tal excepción. Por otra parte, el art. 1.408 C. c., dice que serán de cargo de la sociedad de gananciales, las deudas y obligaciones de la mujer «en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad». El camino que se ofrecía era, pues, admitir que los gastos judiciales devengados por la mujer constituyen una deuda legal de la sociedad de gananciales. Así lo ha reconocido y construido la jurisprudencia —exceptuando a «la mujer rica» en aquellos «pleitos que le afecten particularmente» (S. 21-I-1898)— que dice, de un modo que no deja lugar a dudas, que «entre los casos en que la mujer puede obligar legalmente a la sociedad de gananciales se encuentra el de demandar o defender en los pleitos con su marido... cuando ella no dispone de bienes..., ya que con arreglo a los preceptos de la L. e. civ. vigente no puede la mujer casada defenderse como pobre, aun cuando carezca de bienes, si los tiene su marido» (S. 27-XII-1918), o bien que las litis expensas «son indispensables para el caso de que la mujer que tenga que litigar con su marido no pueda aprovecharse de la defensa gratuita, no por culpa suya, sino por la participación que mientras subsista el matrimonio la corresponde en la situación económica del marido» (S. 2-II-1920). En igual sentido, la S. de 8 de marzo de 1933 y Resol. de 22 de febrero de 1946.

Por lo demás, es interesante añadir que «la moderna jurisprudencia» que aplica, en el sentido indicado, el art. 18 L. e. civ., tiene un remoto y nada moderno precedente en la sentencia de 4 de noviembre de 1875 —anterior por tanto a la Ley de Enjuiciamiento civil—, que dice: «no altera dicho principio —el de la acumulación de los bienes de ambos cónyuges— el que la mujer haya intentado demanda de divorcio, mientras no recaiga sentencia firme que extinga o altere la sociedad conyugal».

3. ENAJENCIÓN POR LOS PADRES DE INMUEBLES DE SUS HIJOS MENORES SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL: NULIDAD: *No existe contrato cuando los padres enajenan los bienes inmuebles de sus hijos menores en que les corresponde la administración y el usufructo, salvo necesidad o utilidad y previa autorización judicial, según el art. 164 del C. c.; siendo radicalmente nulas esas enajenaciones, sin que sea posible una subsanación del defecto, ni que prescriba la acción para solicitar la declaración de tal nulidad.* [S. 25 de junio de 1959; ha lugar.]

NOTA: Estamos de acuerdo con la clara doctrina que sienta esta sentencia. El art. 164 del C. c. es claro y no puede interpretarse de otra forma. Cuando el padre enajena sin los requisitos que se señalan en el dicho artículo, el contrato es nulo y, por tanto, no puede confirmarse. (J. M. P.).

VI. Derecho de sucesiones.

1. CAPACIDAD PARA TESTAR: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD: *Mientras no se demuestre de manera inequívoca que, en el momento del testamento, el testador tenía enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, se presume la capacidad, no sólo por hallarse amparado el testamento por la fe pública, sino porque toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser.*

LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM»: *La existencia de la lesión invocada es un problema de mero hecho, sometido al discernimiento del Tribunal «a quo».* [S. 25 de abril de 1959; no ha lugar.]

2. ARAGÓN: TESTAMENTO MANCOMUNADO: ARTÍCULO 19 DEL APÉNDICE: TESTAMENTO REVOCATORIO: *No hay necesidad de notificación notarial al otro cónyuge, cuando los dos revocan ante el mismo notario, aunque por testamentos separados.*

LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA REVOCACIÓN: *La notificación prevenida en el artículo 19 del Apéndice se halla evidentemente establecida en interés exclusivo del cónyuge llamado a recibirla y, por tanto, sólo él o sus herederos pueden invocar en su provecho la omisión.*

ARTÍCULO 1.248 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.248 del C. c., según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, es un precepto simplemente admonitivo, radicalmente inidóneo para la casación.* [S. 18 de mayo de 1959; no ha lugar.]

Dice esta sentencia en el segundo considerando que la segunda parte del párrafo I del artículo 19 del Apéndice «se refiere más propiamente al caso de que uno de los otorgantes del testamento mancomunado intente aisladamente revocarlo, pero no cuando obrando ambos de perfecto acuerdo y, naturalmente, con el previo conocimiento que este acuerdo supone en cada uno de las interacciones revocatorias del otro, acuden simultáneamente al mismo notario para otorgar sus respectivos testamentos, porque ello más que en el segundo supuesto del párrafo inicial de dicho artículo se halla comprendido en el primero, o sea en el de llevarse a efecto la revocación, por testamento mancomunado».

Y en el considerando tercero dice que «la exigencia de la notificación, si se tiene en cuenta los términos, espíritu y finalidad del precepto comentado, carece del valor de un requisito «ad solemnitatem», y solamente cabe reconocerle el de un medio «ad probationem» que si bien puede ser instituido como único para la justificación perseguida, equiparándolo en sus efectos a los requisitos solemnes, en el supuesto de autos no ha de imponerse una aplicación formalista e inexorable del referido precepto, sino que por el contrario, puede y debe atenuarse en atención al supremo interés de la justicia, finalidad primaria de toda norma positiva, cuando por las singulares circunstancias que en el caso concurrieron surge la plena convicción, que no

empeña la menor sombra de duda, de que el previo conocimiento del propósito revocatorio que la ley requiere tuvo lugar de modo cierto» (J. M. P.).

3. DESHEREDACIÓN: NEGATIVA A PRESTAR ALIMENTOS: *La petición de alimentos no es necesario que se formule judicialmente, pero tiene que tener alguna exteriorización para que provoque el asentimiento o la negativa a prestarlos, y en este caso poder ver si se les niegan los alimentos sin motivo legítimo, dando lugar a la desheredación.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los testimonios de otros procedimientos, carecen de evidente valor probatorio a efectos de autenticidad en casación.* [S. 20 de junio de 1959; no ha lugar.]

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD COLECTIVA: SOCIOS DE HECHO: ACEPTACIÓN TÁCITA: *Si en la escritura fundacional se pactó la continuación de la sociedad con los herederos del premuerto, éstos si bien normalmente deben hacer expresamente la aceptación de la cualidad de socio, al no haber precepto prohibitivo en la materia, pueden aceptar de una manera tácita, entrando de hecho y de derecho a formar parte de la sociedad.*

SOCIEDAD COLECTIVA: NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL CAMBIO OPERADO: CONTINUACIÓN CON LOS HEREDEROS DEL SOCIO PREMUERTO: *Como el problema debatido afecta únicamente a los socios, la no inscripción de ese cambio no tiene trascendencia en este caso.*

SOCIEDAD COLECTIVA: MALA FE EN LA POSESIÓN DE ESTADO DE SOCIOS: *No cabe admitir mala fe de las recurrentes en una posesión de estado de socios de la compañía que les fué reconocido por el causante, y se les reconoce por esta sentencia.* [S. 31 de marzo de 1959; ha lugar.]

2. TÍTULO VALORES: SU TRANSMISIÓN: FORMA DE LA MISMA: (Véase Sentencia de 23 de abril de 1959, I, 1).

3. EMPRESA MERCANTIL: UNIONES DE EMPRESAS: (Véase Sentencia de 30 de abril de 1959, III, 14).

4. PRESCRIPCIÓN EN DERECHO MERCANTIL: ART. 952, 1.º DEL C. DE C.: COMIENZO DEL CÓMPUTO: *El comienzo del cómputo del año, en la acción para reclamar el importe de las reparaciones hechas en un buque, es el momento de la prestación de los servicios o trabajos, cuando no estuvieran contratados por tiempo determinado.*

MANDATO: EXCESO: RATIFICACIÓN TÁCITA: *Aunque el mandatario se haya excedido, queda obligado el mandante si ratifica expresa o tácitamente, según el art. 1.727 del C. c.* [S. 14 de mayo de 1959; no ha lugar.]

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Acreditada una compraventa*

mercantil por la nota de pedido de la mercancía, su entrega se presume hecha en el domicilio del vendedor en cuyo favor se decide la competencia. [S. 14 de abril y 18 de junio de 1958.]

6. COMPRAVENTA MERCANTIL; COMPETENCIA: *La regla de que en la compra-venta mercantil se entiende verificada la entrega en el domicilio del vendedor, tiene sólo carácter de presunción iuris tantum a efectos de competencia.* [S. 28 de junio de 1958.]

7. COMPRAVENTA MERCANTIL; COMPETENCIA: *Es el domicilio del vendedor cuando allí fueron entregadas las mercancías, sin que a ello obste que se hayan girado letras de cambio para facilitar el pago.* [S. 5 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

8. TRANSPORTE MERCANTIL; RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR; ACCIDENTE DE CARRETERA: (Véase Sentencia de 30 de abril de 1959, D. c. III, 14).

9. QUIEBRA; DEFECTO DE CAPACIDAD DE UN SÍNDICO: *Consentida la designación y la actividad de un síndico y prestada conformidad por el quebrado a dicha designación, no es posible invocar con éxito por el mismo quebrado el defecto de capacidad.* [S. 20 de mayo de 1959; no ha lugar.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. BASTANTE: PROCURADOR HABILITADO: *El hecho de haberse presentado la demanda sin acompañar poder bastanteado por letrado habilitado, es inoperante, puesto que desde el momento en que el Juzgado habilita como procurador a la persona designada al efecto, se la inviste de un apoderamiento judicial especial suficiente para actuar en el procedimiento.* [S. 4 de julio de 1959; no ha lugar.]

2. SENTENCIA; CONCEPCIÓN ORGÁNICA: *No es dable prescindir de ninguno de los elementos que integran la sentencia, que es un todo orgánico, siendo en su parte dispositiva donde tiene su reflejo y concreción la motivación jurídica que la inspira.*

VALOR DE LOS CONSIDERANDOS: *Los términos, orientación y sentido de los «considerandos» son los que han de venir a fijar y aclarar en definitiva el pertinente significado y alcance del fallo.* [S. 17 de junio de 1959; no ha lugar.]

3. COSA JUZGADA; LLAMAMIENTO A JUICIO DE UN NUEVO DEMANDADO: *La sentencia desestimatoria recaída en proceso en que se pidió, frente a un arrendatario, el reconocimiento de la adquisición de «un derecho de traspaso», produce excepción de cosa juzgada en ulterior juicio en que se reproduce*

tal pretensión, dirigiéndola contra el anterior demandado y contra el arrendador. [S. 1 de junio de 1959; no ha lugar.]

4. TASACIÓN DE COSTAS: INTERVENCIÓN NO OBLIGATORIA DE PROCURADOR: *No es superflua la intervención del Procurador en un pleito de menor cuantía seguido en localidad distinta de la que constituye habitual residencia del litigante que lo utilizó, por lo que los honorarios devengados por dicho Procurador deben incluirse al practicar la tasación de costas.* [S. 28 de abril de 1959; estimatoria.]

NOTA: I. Se trataba de la impugnación de la concesión de un rótulo comercial. La sentencia condenó en costas a la parte vencida en el pleito, incluyéndose en la tasación de dichas costas los honorarios del Letrado de la parte contraria, y excluyendo los del Procurador de la misma, por corresponder a actuaciones inútiles y superfluas, según previene el art. 424 L. E. Civil. En este recurso de casación interpuesto se alegaron, como infringidos, el art. 11 del Estatuto de Procuradores, y el art. 270, núm. 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial, razonándose que la L. E. Civ. sólo excluye de las costas los derechos del Procurador y los honorarios del Letrado cuando se trate de juicios verbales, o de actos de conciliación (artículo 11), sin prejuzgar la no inclusión en los juicios especiales; que, en este sentido, el art. 270, núm. 11 y art. 271 del Estatuto de la Propiedad Industrial, tampoco se oponen a la inclusión, siendo, por ello, aplicable el artículo 11 párrafo fin., del Estatuto de Procuradores que taxativamente dice: «En los juicios en que no exija la Ley, la comparecencia por medio de Procurador y se utilizara éste, si hubiere condena en costas a la parte contraria, sus derechos serán incluidos en la tasación cuando el litigante a quien represente tenga su domicilio en lugar distinto de aquel en que se tramite el juicio».

II. El considerando de la sentencia habla de pleito de «mayor cuantía», por equivocación, y habiéndose solicitado se aclarase se refiere a un menor cuantía, se dice que no ha lugar a la aclaración porque, aunque hubiera alguna inexactitud en los considerandos, el recurso de aclaración es improcedente, ya que el fallo es claro y sin lugar a dudas. (J. G. Y.).

5. COSTAS: INTERVENCIÓN DE PROCURADOR: *No es superflua la intervención del Procurador en pleito de menor cuantía seguido en localidad distinta de la habitual residencia del litigante que lo utilizó, por lo cual sus honorarios están bien incluidos en la tasación de costas.* [S. 28 de abril de 1959; no ha lugar.]

6. IMPUGNACIÓN DE HONORARIOS DE LETRADO: CONDENAS EN COSTAS: *La parte condenada en costas debe abonar los honorarios ocasionados por la intervención de su letrado en las vistas y preparación del recurso de casación.* [S. 27 de junio de 1959; no ha lugar.]

1. POBREZA: VOLUNTARIA HOLGANZA: ABOGADO: *El título de Abogado impide figurar comprendido en la situación definida en el número 1.º del art. 15 L. E. C. aun cuando, lamentablemente, se haya inscrito en concepto de tal como parado, solicitando trabajo en las oficinas de la Falange. No es jornal las remuneraciones que perciba por sus servicios profesionales.* [S. 26 de junio de 1959; no ha lugar.]

8. POBREZA: COMPOSITOR: PROFESIÓN NOBLE: *Un creador de piezas musicales para las obras de cinematografía ejerce, con sus vivencias y facultades intelectuales, una profesión noble, cuya retribución en ningún modo puede equipararse a la propia de una actividad manual.*

POBREZA: OCULTACIÓN DE BIENES: *La ocultación de bienes no se opone a la concesión del beneficio de pobreza, si no influye en la situación económica del peticionario, y no es, además, maliciosa.* [S. 30 de junio de 1959; no ha lugar.]

9. POBREZA: OCULTACIÓN DE BIENES: *Es preciso que la omisión sea maliciosa e influya en la realidad de la situación económica del litigante, a los efectos de podersele considerar pobre en sentido legal.* [S. 1 de julio de 1959; no ha lugar.]

II. Procesos en especial

1. CONCEPTO DE JUICIO DECLARATIVO: *Nuestras leyes, cuando emplean la expresión juicio declarativo, se refieren, no a todos los juicios de naturaleza declarativa, sino únicamente a los comprendidos en el art. 482 de la LEC., a saber, el ordinario de mayor cuantía, el de menor cuantía y el juicio verbal.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LAS JUNTAS DE ESTIMACIÓN ARRENDATICIAS: *El juicio declarativo a que se refiere el art. 152 de la LAU es el ordinario que por razón de su cuantía corresponda.* [S. 12 de mayo de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: En rigor, la referencia a los tres tipos de proceso declarativo del art. 482 de la LEC. debe entenderse adicionada por un cuarto miembro, el proceso llamado ordinariamente de cognición, regulado en la Ley de Bases de Justicia Municipal y disposiciones complementarias. En cuanto a la segunda de las máximas jurisprudenciales transcritas ningún reparo cabe oponerle de *lege data*; de *lege ferenda* hubiera sido en cambio más lógica una remisión a los procesos arrendaticios. (J. P. R.).

2. RECURSO DE CASACIÓN: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *En ejecución de sentencia no caben otros motivos de casación que los taxativa y agotadoramente consignados en el art. 1.695 LEC., no siendo admisibles ni la interpretación extensiva ni la analógica.*

INTERPRETACIÓN DE EJECUTORIA: PLAZO CUMPLIMIENTO: *La interpretación de ejecutoria incumbe al Tribunal de instancia; establecido en la sentencia que una venta fiduciaria debe dejarse sin efecto mediante reintegro al vendedor de determinada suma dentro del plazo máximo de un año, no infringe la ejecutoria la Sala que resuelve que tal plazo debe contarse a partir de la fecha en que se recibieron los autos en el Juzgado.* [S. 26 de junio de 1959; no ha lugar.]

3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RESOLUCIÓN CONTRARIA A LO EJECUTORIADO: RESOLUCIÓN SOBRE PUNTOS NO CONTROVERTIDOS: (Véase Sentencia de 1.º de junio de 1959).

4. ARRENDAMIENTOS: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Cuando se alega el traspaso inconstituido no es necesario demandar al adquirente para la legítima constitución de la relación procesal.* [S. 22 de abril de 1959; no ha lugar.]

5. PROCESO IMPUGNACIÓN ACUERDOS SOCIEDAD ANÓNIMA: COMPETENCIA TERRITORIAL: *Es juez competente, con exclusión de cualquier otro, el de Primera Instancia correspondiente al lugar donde se hubiera celebrado la Junta General de accionistas.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS: *No es irregular el emplazamiento por edictos, pues se libró exhorto a Madrid, a donde la demandada trasladó provisionalmente su domicilio, y al no resultar aquí habida, se interesó por la parte actora la forma edictal.* [S. 23 de junio de 1959; no ha lugar.]

III. Recursos.

1. APARCERÍA RÚSTICA: CONSIGNACIÓN: COSA JUZGADA: *El auto que deniega la apelación, por ser insuficiente la consignación, por no tratarse de lo declarado en juicio contradictorio, no produce efecto de cosa juzgada; y por tanto, puede variarse por la Sala en virtud de nuevas demostraciones de hecho.* [S. 27 de abril de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: FIRMA DE LETRADO PARA APELACIÓN: *El escrito de apelación es preciso que vaya autorizado con la firma de Letrado aunque en la 1.ª instancia el litigante se haya defendido por sí mismo, ya que la L. A. R. no ha modificado el art. 10 de la L. e. c.* [S. 1 de junio de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]

3. RECURSO DE CASACIÓN: SU NATURALEZA JURÍDICA: *Las sentencias de casación, siguiendo los principios científicos, deben simplificar el derecho, no haciendo otras declaraciones que las que exija la resolución de la colisión jurídica planteada.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen este carácter los escritos forenses de los litigantes.* [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]

4. DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los oficios del Ingeniero Jefe del Distrito Forestal carecen del carácter de documentos auténticos para demostrar el error de hecho en casación.* [S. 25 de mayo de 1959; no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: PROCEDIMIENTO: *La cuestión de si ha debido seguirse el procedimiento marcado en la Disp. trans. 3.ª de la Ley 23-VI-1940 en vez del declarativo ordinario, no es de incompetencia de jurisdicción sino que debe ser tratada por la vía del núm. 6.º del art. 1.692 L. e. c.* [S. 5 de junio de 1959; no ha lugar.]

6. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PROVIDENCIA PARA MEJOR PROVEER: *Lo acordado para mejor proveer no puede equipararse a las demás diligencias de prueba; el párrafo 2.º del art. 340 L. e. q. prohíbe todo recurso contra tales providencias.* [S. 12 de junio de 1959; no ha lugar.]

7. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEPÓSITO INSUFICIENTE: *Establecido por el artículo 1.699 de la L. e. c. según quedó redactado por la Ley de 20 de diciembre de 1952 que en los casos en que la cuantía litigiosa sea inferior a cien mil pesetas el depósito sea de setecientos cincuenta, el haberlo constituido el recurrente tan sólo por la cuantía de quinientas pesetas lo hace insuficiente, lo cual es causa de inadmisión y en el actual trámite de desestimación.* [S. 22 de abril de 1959; no ha lugar.]

8. RECURSO DE REVISIÓN: MEDIDAS CAUTELARES: *El recurso de revisión exige como requisito sine qua non la condición de firmeza de las resoluciones recurridas; las medidas cautelares no consienten el ejercicio de los recursos supremos.*

MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *No procede entrar a examinar si hubo maquinación fraudulenta al no concurrir todos los requisitos exigidos para que el recurso de revisión sea admisible.* [S. 3 de junio de 1959; no ha lugar.]

Debe señalarse la importancia de esta sentencia en su aspecto económico —pues la cuantía de los bienes a que afectaban las medidas cautelares sobrepasaba los cien millones de pesetas—, así como en el plano jurídico.

HECHOS: La historia de este proceso y de los hechos que le motivaron, es sumamente complicada y no deja de presentar rasgos pintorescos. Es posible que no se haya producido un caso idéntico en nuestro foro civil. Estamos en presencia de una voluntad tesoneramente aplicada a la defensa de sus derechos conculcados que no vacila en acudir a medios que, si bien la sentencia extractada se abstiene de calificar de fraudulentos, no dejan de parecer algo extraños y desusados.

En testamento abierto un padre deshereda a su hija natural no señalándola —en beneficio de una hermana natural y de los hijos legítimos de otra hermana— sino una pensión alimenticia mensual. Fallecido el padre, la hija desheredada entabla juicio voluntario de testamentaria y simultáneamente juicio declarativo para que se declare su derecho a legítima. En este último proceso solicita la intervención de todos los bienes de la herencia; el Juzgado accede en principio a las medidas solicitadas, pero luego vuelve de su acuerdo, e interpuesto recurso, se desestima. Después de una querrela contra los administradores del caudal hereditario nombrados en testamento, la actora interpone demanda de nulidad de partición, y simultáneamente reproduce en otro Juzgado su petición de medidas cautelares, que se estima sólo en parte, y de la que luego desiste. Utilizando un ardid —en el sentir del recurrente en revisión— vuelve a interponer nuevamente su petición de intervención de toda la herencia, simultáneamente con una demanda de pobreza, logrando que sea repartida a Juzgado diverso del que anteriormente la denegó. Pendiente esta solicitud, y con base en do-

micilios en otra capital, la actora reproduce nuevamente su constante petición. Por último, en vía de apelación logra que la Sala de Vacaciones de la Audiencia le conceda por Auto de 8 de octubre de 1955 la deseada intervención de todo el caudal hereditario. El proceso principal, o sea, la acción encaminada a lograr su declaración de heredera legítima, finaliza por sentencia favorable antes de resolverse el presente recurso de revisión.

La sentencia del T. S., al desestimar el recurso de revisión, en ocho extensos y meditados considerandos, se ocupa de la naturaleza y caracteres del mismo, subrayando se trata de un «singular medio de impugnación, esencialmente distinto de la casación», aludiendo a «las razones que *ex jure condendo* pudieran justificar que la ordenación del remedio de la revisión en nuestra ley procesal, pudiese tener amplitud mayor de la consentida por ella». Fundamentalmente, las razones para rechazar una amplia interpretación del requisito de firmeza de la sentencia a que alude el art. 1.797 Lec. son las siguientes: 1.ª) Una medida interlocutoria o provisional no determina la formación de cosa juzgada sobre el fondo del negocio; 2.ª) lo propio ocurre en el caso de una medida instrumental encaminada a evitar un perjuicio difícilmente reparable en tanto se ventila la cuestión de fondo, la cual una vez resuelta absorbe o elimina los efectos de aquélla.

Nos parece totalmente aceptable la doctrina de esta sentencia, pues en otro caso se haría de la revisión una nueva instancia. (G. G. C.).

9. RECURSO DE REVISIÓN: DESAHUCIO LOCAL DE NEGOCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Posee legitimación activa la sociedad recurrente que en virtud de traspaso se subrogó en los derechos y obligaciones del arrendatario primitivo.*

MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: DOLO PROCESAL: *Proceden con dolo procesal encaminado a lograr la indefensión del demandado y obtener una sentencia firme, injustamente, por medio de maquinaciones fraudulentas, los que demandan a quién dejó de ser arrendatario en virtud de traspaso legalmente realizado.* [S. 23 de junio de 1959; ha lugar.]

10. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: *Tratándose de una acción negatoria de servidumbre dirigida contra aquellas personas desconocidas y en paradero ignorado que se crean con derecho a oponerse a la libertad de la finca de la actora, la citación por edictos, omitiendo citar especialmente a determinados parientes y colindantes, aunque pueda constituir un defecto procesal, no tiene trascendencia jurídica suficiente para justificar un remedio tan extraordinario cual es el intentado recurso de revisión.* [S. 9 de abril de 1959; no ha lugar.]

III. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. FUENTES DE DERECHO: DOCTRINA LEGAL: *El carácter de doctrina legal sólo concurre en las sentencias del Tribunal Supremo y no tiene tal carácter una sentencia dictada por la A. T. de Sevilla.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: FINALIDAD UNIFICADORA: *No obligan a esta Sala, otros criterios de interpretación que los mantenidos por la misma con el fin de unificar criterios dentro del ámbito territorial de su jurisdicción.* (S. de 29 de mayo de 1959: no ha lugar.)

2. CONVERSIÓN DE SUBARRIENDO EN ARRENDAMIENTO: *La notificación a que se refiere el artículo 17 de la LAU es requisito esencial de eficacia de la acción en el mismo regulada.* (S. de 15 de mayo de 1959: no ha lugar.)

3. RESOLUCIÓN POR SUBARRENDAR DE MODO DISTINTO AL AUTORIZADO EN LA LEY: SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS: CARGA DE LA PRUEBA DE LA FECHA DEL SUBARRIENDO: *El ejercicio de la acción del artículo 114, causa 2.ª de la LAU, exige que el actor acredite, con el rango de elemento constitutivo de su derecho, tanto la existencia del hecho resolutorio como la circunstancia de haberse producido durante la vigencia de la LAU, si sólo en ésta tiene el hecho tal consideración.* (S. de 20 de mayo de 1959: ha lugar.)

4. CESIÓN INCONSENTIDA DEL ARRIENDO DE VIVIENDA: *Tras el plazo de caducidad, el arrendador viene obligado a tolerar la cesión operada sin su consentimiento.*

COSA JUZGADA MATERIAL: *La cosa juzgada, actúa normalmente, por vía de excepción, pero cuando el accionante la respeta y actúa sin atacar para nada la verdad que proclama la anterior resolución judicial, es el propio órgano jurisdiccional el que viene obligado a respetar dicha verdad que le obliga.* (S. de 26 de mayo de 1959: no ha lugar.)

5. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DE CESIÓN: SUPUESTA CESIÓN MORTIS CAUSA: *La caducidad del artículo 25 de la LAU trae su origen en un ilícito contrato celebrado entre el cedente y el cesionario, y no se origina cesión por un mero estado de hecho posesorio mantenido tras el fa-*

Ilícimiento de la inquilina, por quien convivía con ésta. (S. de 27 de mayo de 1959: no ha lugar.)

6. PRÓRROGAS CONVENCIONALES DEL ARRIENDO Y PRÓRROGA FORZOSA: *Pactado como duración del contrato el plazo de cuatro años, prorrogables a su término por anualidades sucesivas, salvo denuncia con un año de antelación, ello no implica renuncia a la prórroga forzosa. El período de prórroga forzosa sólo se inicia a partir del momento en que, como consecuencia de la declaración de voluntad, contraria al curso de las prórrogas convencionales, debe reputarse finalizada la última de éstas.* (S. de 15 de mayo de 1959: no ha lugar.)

NOTA: Doctrina absolutamente correcta y de gran trascendencia para los supuestos en que haya de ejercitarse una acción denegatoria de prórroga y en el contrato se haya pactado el juego de una serie indefinida de prórrogas, salvo denuncia del mismo por alguna de las partes; en tales casos será necesario que, con la antelación prevista, se realice la declaración necesaria para poner término al período de prórrogas convencionales y para que, abierto el período de prórroga forzosa, pueda entonces realizarse el requerimiento denegatorio de ésta.

7. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO: NOTIFICACIÓN EXIGIENTE: *No debe interpretarse la palabra «fuehaciente» en el sentido de exigencia de que medie un fedatario público, bastando que el arrendador haya conocido la subrogación y, como el administrador, marido de la actora, asistió al entierro de la inquilina y le fué notificada la subrogación a favor de los demandados y la aprobación de la misma, no incide en error la sentencia desestimatoria de la acción resolutoria.* (S. de 6 de mayo de 1959: no ha lugar.)

8. SUBROGACIONES MORTIS CAUSA ANTERIORES A LA VIGENTE LAU: *El efecto de la notificación exigida por la Disposición transitoria 8.ª no es causa de resolución.* (S. de 20 de mayo de 1959: no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *La causa 4.ª de denegación de prórroga no es aplicable cuando la tenencia de las dos viviendas se remonta a fecha anterior a la vigencia de la LAU de 1955.* (S. de 4 de junio de 1959: no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CAUSAS: *Quien convive con una ascendiente y, además, padece grave incomodidad por las obras realizadas en la casa ajena que habita, puede invocar la situación de necesidad.* (S. de 19 de junio de 1959: no ha lugar.)

12. ABUSO DE DERECHO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *No incide en abuso de derecho quien, viviendo realquilado, deniega la prórroga a un arrendatario para disponer de hogar independiente en casa de su propiedad.* (S. de 12 de junio de 1959: no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *El hecho de que el arrendador deniegue la prórroga al arrendatario de la vi-*

vivienda, que adquirió para satisfacer su necesidad de hogar independiente, no constituye un abuso de derecho. (S. de 10 de junio de 1959: no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SIGNIFICACIÓN DE LA PALABRA «LUGAR»: *La palabra «lugar» no puede referirse exclusivamente a las demarcaciones administrativas, máxime cuando se trata de núcleos urbanos próximos entre sí e inmediatos a la Capital, donde por las comunicaciones y necesidades de trabajo quedan desdibujadas y sin finalidad a este respecto, los susodichos límites de los términos municipales.* (S. de 25 de febrero de 1959: no ha lugar.)

NOTA: La doctrina de esta sentencia, ratificada en otra de 30 de mayo del propio año, supone una progresiva interpretación de los artículos 62 y 63 de la LAU, en la que se tiene en cuenta que la relación de presunciones legales de necesidad no agota los supuestos en que esta situación puede darse, el principio de analogía y la circunstancia de que las divisiones administrativas municipales son en muchos casos completamente arbitrarias, y no responden a la realidad física de las concentraciones de población, no siendo infrecuentes los supuestos en que un polígono edificado sin solución de continuidad, abarca territorios de dos o más municipios; por otra parte, la facilidad de comunicaciones y la conveniencia de descongestionar los grandes centros urbanos imponen, en muchos casos, la necesidad de habitar en término municipal distinto del de prestación del trabajo.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ARRENDADOR QUE SE VE PRIVADO DE SU VIVIENDA: *Si bien el precarista puede ejercitar la acción de denegación de prórroga si se ve compelido a desalojar la que habita con tal carácter, ello está condicionado a que subsista tal obligación de desalojo, debiendo presumirse que dejó de ser precarista, quien condenado al lanzamiento en calidad de tal en 1953, sigue ocupando dicha vivienda cinco años después.* (S. de 1 de junio de 1959: no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO PROYECTADO: *La necesidad surge desde el momento en que se pretende contraer el matrimonio, aunque transcurrido un año desde el requerimiento, todavía no se haya contraído el enlace.* (S. de 27 de mayo de 1959: no ha lugar.)

NOTA: Las dudas que hubiera podido suscitar sobre la vigencia actual de la doctrina jurisprudencial, orientada en el sentido a que responde la anterior sentencia, la norma contenida en el apartado segundo del artículo 65 de la LAU, se desvanecen ante sentencias, cual la del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1959, en la que expresamente se negó que tal doctrina implicara violación de lo dispuesto en el artículo de referencia, que había sido citado como infringido en el oportuno recurso de injusticia notoria.

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *El estado conyugal requiere hogar independiente.* (S. de 1 de junio de 1959: no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Se halla en situación de necesidad de vivienda quien, por razón de enfermedad, debe vivir independientemente y con persona que le cuida.* (S. de 6 de mayo de 1959: no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; ABUSO DE DERECHO: *No supone abuso de derecho la reclamación de un piso tras cinco años de contraído el matrimonio, pues la necesidad surge desde que el matrimonio se proyecta y crece a medida que la familia aumenta.* (S. de 10 de junio de 1959; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD; DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No hay norma alguna que obligue al propietario a convivir con la nueva familia formada por uno de sus hijos.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; DISCORDANCIAS INTRANSCENDENTES ENTRE EL REQUERIMIENTO Y LA DEMANDA: *El que se afirmara en el requerimiento denegatorio de prórroga que el beneficiario de la denegación trabajaba en determinada empresa y haya resultado hallarse al servicio de otra del mismo no desvirtúa la eficacia del requerimiento.* (S. de 27 de abril de 1959; no ha lugar.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN LA OBLIGACIÓN DE DESALOJAR LA ANTIGUA MORADA: *Quien se ve desalojado de su vivienda por la realización en ella, de obras incógnitas, puede denegar la prórroga a sus propios arrendatarios ya que la Ley sólo excluye el supuesto de situaciones de necesidad buscadas de propósito.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; SELECCIÓN: *No hay precepto alguno que obligue a probar fehacientemente el vínculo de sangre con el cabeza de familia de las personas que conviven con los diversos arrendatarios, si el parentesco resulta de los padrones municipales.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; REQUERIMIENTO: *Puede realizarse mediante acto de conciliación* (S. de 14 de abril de 1959; no ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR REALIZACIÓN DE OBRAS: *La construcción de un cuarto destinado a water, cubrir en gran parte el hueco de una ventana y sustituir una puerta por una cortina constituye un conjunto de obras que altera la configuración de la vivienda* (S. de 8 de junio de 1959; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN; LUGAR DE REALIZACIÓN DE LAS MISMAS: *La Ley no distingue entre las realizadas en el interior de un edificio y las efectuadas en un patio de la casa arrendada.*

RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN; CONSENTIMIENTO TÁCITO: *No puede inferirse el consentimiento tácito del arrendador del mero hecho de la inactividad procesal del mismo—antes de agotarse el plazo de prescripción—y ello aunque la obra sea visible desde el exterior y haya sido conocida por el arrendador.*

RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: FALTA DE CONCRECIÓN EN LA SENTENCIA RECURRIDA: *Si en la sentencia recurrida no se expresa la forma y materiales de construcción de un gallinero alegado como obra que altera la configuración no puede determinarse si esta se ha producido o no.* (S. de 20 de mayo de 1959: no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR REALIZACIÓN DE OBRAS INCONSENTIDAS: AUTORIZACIÓN DADA POR MANDATARIO DEL ARRENDADOR: *Los mandatarios no tienen facultad para permitir la realización de obras que modifiquen la configuración de la vivienda, por exceder éstas de la mera administración.* (S. de 10 de abril de 1959: no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN DE SUBARRENDAMIENTO POR ACTIVIDADES PELIGROSAS: *El hecho de estimar que entraña peligro para la persona del actor la convivencia con el demandado tras la agresión de que el primero fué víctima, supone aplicación acertada de la causa octava del artículo 114 de la LAU.* (S. de 21 de mayo de 1959.)

26. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: *Si en un piso hallan cobijo maleantes y residen habitualmente prostitutas que reciben a hombres en sus habitaciones, es inconcuso que se realizan en el mismo actividades notoriamente inmorales aunque no se haya requerido la intervención de la policía.* (S. de 21 de mayo de 1959: no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. CAPACIDAD PROCESAL: MUJER CASADA: LICENCIA MARITAL: *La comparecencia del marido ante el Notario en el acto en que la mujer otorga sus poderes, presupone la licencia y autorización de aquél.* (S. de 9 de junio de 1959: no ha lugar.)

2. AMBITO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *El recurso de suplicación sólo puede fundarse en infracciones de esta Ley especial—la L.A.U.—o en preceptos de ley sustantiva o doctrina directamente relacionada con ella.* (S. de 26 de mayo de 1959: no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: VINCULACIÓN DE LA SALA A LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS REALIZADA POR EL JUEZ A QUO: *Ha de partirse de la declaración de hechos probados que efectúe el Juez «a quo» cualquiera que sea el acierto de los razonamientos en que la sentencia se funde.* (S. de 22 de mayo de 1959: no ha lugar.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil.*

TORRES DE CRUELLES, Joaquín: *La medida cautelar del artículo 1121 del Código Civil.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍ RAMOS, Luis: *La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.