

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO X
PASCUOLO I



ENERO-MARZO
MCMLVII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.*

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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.—Rdíguez. San Pedro, 32. Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia y la vigente Ley de Arbitraje

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.
Consul Honorario del Consulado de la Lonja de Valencia.
Abogado del I. C. de Valencia.

El examen de los antiguos procesos consulares mercantiles me ha ocupado no pocas horas de mi vida. A su evolución, encuadramiento y trascendencia dediqué parte de un libro, comenzado en 1950 y terminado en 1953 (*El juicio ordinario y los plenarios rápidos*). En 1952, la entrada en vigor del nuevo Estatuto y Ordenanzas del Consulado de La Lonja de Valencia, suponía la aparición, mejor dicho, la reaparición de un sistema arbitral de gran interés, y tradicionalmente emparentado con el anterior Consulado levantino. Aparte algunas notas, dediqué al examen de estas Ordenanzas unas páginas en la *Revista de Derecho Mercantil*; páginas escritas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arbitraje. Esta Ley hacía necesario fijar el punto exacto del vasto campo de tal figura en que debía hallarse el juicio arbitral consular con referencia a ella, como norma general.

De ello se ha tratado aquí. He intentado parangonar constructivamente las normas de la Ley con las de las Ordenanzas del Consulado de La Lonja de Valencia que se refieren al arbitraje peculiar del mismo. La observación de la práctica consular la continuo al día. Estas páginas fueron redactadas en los primeros días del año 1956, y tratan de dar una visión general de varios de los problemas que el arbitraje consular suscita, al ser relacionado con la nueva ordenación legal general; más tarde, es mi intención continuarlas, recoger la evolución de aquél, y la doctrina que en torno a la Ley de Arbitraje se produce, así como entrar en el examen de otros problemas que aquí no aparecen tratados o solamente mencionados.

1. Sigue siendo problema de gran interés el de las relaciones históricas y actuales en que se hallan el proceso civil y el mercantil; la Historia nos muestra sus evoluciones respectivas, y a través de ellas, que la frontera que los deslinda—desaparecida por

(*) Homenaje póstumo al Profesor Piero Calamandrei de la Universidad de Florencia.

su unificación en muchos casos—es una frontera claramente permeable, por lo que un adelanto, un perfeccionamiento conseguido en el campo del uno, acaba por ser recogido por el otro, pero que también un retraso histórico causado por tradicionalismos mal entendidos (que llegan a provocar verdaderos complejos de conformismo en los especialistas), puede provocar un retraso en el campo del otro. En no pocas ocasiones han sido los mercaderes y los procesalistas mercantilistas los que han sobrepasado estadios en que el proceso civil se había detenido o evolucionaba con una mayor lentitud, nociva al «estilo de mercaderes», a las rapidez con que se desarrollan los fenómenos comerciales. En otro trabajo intentamos ocuparnos de la evolución histórica de ambos procesos hasta su unificación en España (siglo XIX) (cfr. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, 1953). Pero, insuficiente la evolución del arbitraje español ordinario—esto es, del desarrollado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil vigente—, torna a dar lugar a que en materia mercantil se produzcan, o reproduzcan iniciativas de interés, dirigidas a solventar, según los sanos principios de la economía procesal—maltratada en ocasiones por el proceso civil, y aún por el arbitraje ordinario anterior—las diferencias existentes entre mercaderes por motivos comerciales, con la posibilidad de utilizar en su pleno valor los principios y reglas científicas y técnicas que deben regir la contratación mercantil en cada una de sus múltiples facetas, muchas veces fijadas por la especialidad de las mercancías. Así surgen especialidades en los arbitrajes periciales; así surgen nuevos tipos de arbitraje, o se depuran tipos anteriores, reconstituyendo instrumentos de heterocomposición extrajudicial adecuados y practicables. Su triunfo en la práctica mercantil muestra su bondad; su historia venerable y su expansión geográfica a través de la misma, contribuyen a ello. Aunque habiéndose trasladado de la esfera de lo propiamente procesal a la de lo arbitral, el Consulado de La Lonja de Valencia, cuna de Consulado de Mar medieval, con su Estatuto y Ordenanzas de 1952 (que han seguido a las de su «renacimiento» desde el punto de vista de tratamiento y composición de litigios por tal vía), sigue en la línea mercantil ortodoxa. Su arbitraje ordinario y el extraordinario, se estiman como de gran interés y lo despiertan ya en otros lugares.

La relación que toda esta línea de acción, primero procesal y luego para-procesal, tiene con antiguas y venerandas instituciones italianas, nos ha hecho pensar en el interés que supondría para los juristas, en general, el tener a su disposición, al menos, unas líneas generales sobre el arbitraje consular de Valencia en la actualidad, y sobre algunos de los problemas que plantea. Dedicados a esta labor, los miembros del Consulado—directivos y miembros—nos han dado toda clase de facilidades, y merecen aquí la expresión de nuestro agradecimiento; sólo su entusiasmo, que

bien podría apellidarse de institucional, ha hecho posible este mal perfeñado ensayo.

2. Después de haber representado un importantísimo papel a lo largo de la evolución de los reinos españoles, los Consulados, durante el siglo XVIII, «iban perdiendo toda vigencia como corporación mercantil» mientras «conservan intactos su valor como órganos de aplicación e interpretación de las ordenanzas de comercio» (1); la agremiación decaía, mientras un fuero privilegiado se extendía; a finales del siglo XVIII, el número de Consulados españoles, considerados como instrumentos de una jurisdicción mercantil, iba en aumento (2). La codificación mercantil (Código de Comercio de 1829, Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, etc.), arrastrando a los Consulados comerciales hacia el campo de la jurisdicción civil, les asestó un golpe gravísimo (3); a través del siglo XIX, pocos vestigios pueden observarse sobre instituciones de tal tipo.

3. Es conocida la importancia que revistió históricamente el Consulado de Valencia, y desde el punto de vista que nos interesa, lo correspondiente al *ordre judicari de la Cort dels Consols de Mar de Valencia*, verdadero orden procesal muy progresivo. Tanto a través de él como de otros Consulados españoles, hallaron difusión tipos procesales de gran interés, basados en principios de economía procesal; respondiendo a los de la Clem. *Saepe contingit*. Desde este punto de vista, cabe asegurar que, aparte del papel que los Consulados desempeñaron principalmente, contribuyeron como vehículos a la difusión de tales principios procesales. Esta lección, no se olvidó.

El arbitraje—en general—fue regulado, en su doble aspecto de «arbitrajes» y «amigable composición» (4) por la Ley de enjuiciamiento civil (Lib. II, tit. V, arts. 790 y ss.). Juntamente con estos dos tipos, se admitieron en España otros arbitrajes: v. gr., sobre la base del artículo 1.447 del Código civil (5); sobre la del Decreto de 26 de julio de 1929; Orden de 21 de junio de 1934 (Ordenanzas del Consulado de La Lonja de Valencia, antecedente de las vigentes), en materia mercantil. La primera de estas dos

(1) Cfr. un breve estudio de la evolución de la jurisdicción consular, en RUBIO: *Sáins de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 87 y ss.

(2) Algunos de los nuevos Consulados son citados por RUBIO: Ob. cit., pág. 91 y s.

(3) Sobre algunas de sus consecuencias, cfr. FAIREN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, parte I.

(4) Cfr. sobre ello, por ejemplo, GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. II, vol. I, pág. 1144 y ss.; PRIETO CASTRO: *El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1943, ed. sep., entre otros.

(5) Del contrato de compraventa: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.»

ordenaciones, se refiere a la actuación de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las cuales tienen como uno de sus objetivos, el de «intervenir corporativamente, como amigables componedores, en las cuestiones que se susciten entre los elementos cuyos intereses representen y emitir peritajes sobre la calidad de mercancías» (art. 9.^o, 3.^a) (6). La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica española se inclinan a considerar este tipo de arbitraje como impropio o libre.

La Orden Ministerial de 21 de junio de 1934 constituyó, bajo el Patronato de la Cámara Oficial de Comercio y Navegación de Valencia y del Colegio Oficial de Agentes Comerciales, «un organismo autónomo que funcionará bajo el nombre de Consulado de La Lonja de Valencia»; una de sus finalidades era la de resolver paritariamente las diferencias surgidas en la interpretación de los contratos de compraventa «para lo cual organizará los Tribunales de amigable composición y arbitraje necesarios a los que previa y libremente se sometan las partes contratantes» (artículo 3.^o, a).

4. De esta ordenación de 1934 es continuación la actual, basada en el Estatuto del Consulado (OO. MM. de 18 y 21 de mayo de 1952) y en las Ordenanzas del mismo, aprobadas por Orden Ministerial de 18 de septiembre del mismo año.

La trascendencia de la nueva organización consular valenciana reside, no sólo en responder a necesidades del tráfico mercantil «según estilo de mercaderes», esto es, rápida y económicamente, ni tampoco en suponer una ampliación más, y de importancia, del marco de actuación de los arbitrajes impropios, tan necesarios en ciertas materias comerciales (7), sino también en que se halla en línea de descendencia de la famosa ordenación del Consulado de Mar (8).

(6) Esta norma se halla desarrollada en los Reglamentos de servicio y régimen interior de las diversas Cámaras; así, por ejemplo, en el artículo 79 y siguientes del Reglamento de la Cámara de Bilbao, ciudad de raigambre histórica consular (Regl. de 20 de abril de 1930); en el 34 y siguientes del de la Cámara de Valencia de 24 de octubre de 1929.

(7) El interés de la doctrina científica en torno al arbitraje, su desarrollo y adopción de medidas que lo faciliten en la esfera, no sólo nacional de cada país, sino internacional, es notorio. En materia mercantil, huelga recordar la importancia del arbitraje en la actualidad. El mundo de las finanzas sigue también con gran atención todo cuanto a los arbitrajes impropios se refiera (así, por ejemplo, ANASTASIO PASCUAL: *Algunos casos típicos de contratación mercantil afectados por la cláusula «rebus sic stantibus»*, Valencia, 1952, publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, cuaderno número 34).

(8) Queda fuera de nuestra intención el hacer aquí un estudio histórico de las instituciones consulares; en otra obra (*El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, Parte I, *passim*) nos ocupamos de fijar el enlace del régimen procesal consular con el general. Sin embargo, algunos datos generales

Si unimos al interés de la Ordenación valenciana vigente el hecho de que el arbitraje propio español ha experimentado una importante reforma por obra de la Ley de 22 de diciembre de 1953, parece claro que todo el problema haya de atraer a los juristas.

Dicha Ley, ha venido a sustituir la regulación del arbitraje y de la amigable composición contenidas en el Libro II, título V de la Ley de Enjuiciamiento civil; las nuevas figuras aparecen con

sobre la evolución de los Consulados comerciales en España pueden ser de utilidad para quienes se interesen por el tema.

Los más antiguos los de Valencia y Barcelona, se desarrollaron en todos los reinos españoles medievales; a fines del siglo XV, coincidiendo con un momento en que el movimiento hacia la unificación política española ha experimentado un gran avance, se crea en Burgos—punto de importancia focal para el reino de Castilla—un Consulado con amplia jurisdicción; en 1511 se aplica la Ley de Medina del Campo de 1494—referente el citado Consulado de Burgos—a Bilbao; la ordenación procesal es recogida posteriormente en las Ordenanzas dadas a Bilbao en 1737 por Felipe V, famosas en Europa y América. (Sobre esta evolución, cfr. la importante obra de GUIARD y LARRAURI: *Historia del Consulado y Casa de Contratación de Bilbao y del Comercio de la Villa*, Bilbao, 1913-14; la del conocido procesalista HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, por ejemplo, en su edición de 1747, Libro II («Comercio terrestre»), página 432 y ss.; FAIREN: *El juicio ordinario*, cit., pág. 81 y ss.).

Los Consulados aparecieron en gran cantidad de plazas mercantiles (tanto marítimas como terrestres) españolas. Destaca en diversas Ordenanzas el cuidado con que se trata su parte procesal; los principios que las informan son, en general, los mismos.

El siglo XVIII conoce la prosperidad—en general—de los Consulados comerciales, aunque por diversas causas también la decadencia de otros (cfr. sobre este movimiento y sus causas, RUBIO: *Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid, 1950, pág. 87 y ss.). A pesar de la decadencia del Consulado valenciano, el prestigio de su antigua ordenación se mantuvo. Decía sobre ello VICENTE CARAVANTES: «Estas Ordenanzas abrazaron las operaciones terrestres y regularizaron las relaciones mercantiles. Pero aunque se dieron por ley a otros Consulados, se suscitaron dudas sobre su fuerza legal por ser en su origen un Código consuetudinario, dándose preferencia sobre ellas, en Cataluña, Valencia y otras provincias, al Libro del Consulado (esto es, al antiguo «Consolat de Mar») y a los usos particulares» (cfr. *Código de Comercio extractado*, Madrid, 1850, pág. 15).

Pero el proceso consular comenzó a mostrarse como insuficiente. Ya la diversidad de sistemas competenciales producía conflictos graves de los Consulados entre sí y con otras jurisdicciones. Los jueces consulares complicaban su propia máquina procesal «quizá por esa paradójica obsesión por las formalidades del derecho que, contra lo que suele creerse, acomete frecuentemente a los no juristas» (RUBIO: Ob. cit., pág. 101); contribuían los juristas a fomentar tales preocupaciones, ocupándose en sus obras extensamente de los juzgios consulares e intentando dar entrada en ellos a las «formalidades de derecho» (de derecho procesal son las que nos interesan aquí), remitiendo una serie de figuras procesales «a la equidad»; por ser «de equidad» y no de derecho, tales formalidades debían respetarse; en muchas ocasiones, ello llevaba a complicaciones que hacían parecerse al proceso consular, al civil ordinario (hay que citar aquí de nuevo a HEVIA BOLAÑOS; posiblemente el prestigio de su obra y la gran difusión que logró, fueron fuente de preocupaciones para no pocos jueces consulares).

El descontento aceleró la caída del proceso consular; el Código de Comercio de 1829—obra de SÁINZ DE ANDINO—y la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830—también elaborada por el mismo jurista—le dieron el golpe de muerte.

los nombres de «arbitraje de derecho» y «arbitraje de equidad», con terminología utilizada, por ejemplo, en el artículo 822 del Código procesal civil italiano.

5. En su artículo 1.^º, la referida Ley, deja fuera de su ámbito, y a salvo, a la Ordenación arbitral del Consulado de La Lonja de Valencia: «Los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole, continuarán sometidos a las disposiciones por que se rigen». Alguna duda en torno a esta expresión, podría provocarla el artículo 3.^º: «El arbitraje—dice—para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley. Ello no obstante, cuando, en cualquier otra forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubieren aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio». Al exponer el legislador el sentido de esta norma en la Exposición de Motivos, dice qué se dirige a distinguir al árbitro del arbitrador, y al arbitraje formal o propio, del informal o impropio al cual—dice textualmente—«sólo se le reconoce eficacia cuando su resultado haya sido aceptado por las partes». Mas aunque la doctrina se inclina a estimar al arbitraje del Consulado valenciano, como impropio, el artículo 3.^º de la Ley de 1953 no le afecta; pues el Consulado tiene carácter de Corporación de Derecho Público. El artículo 2.^º de la Orden Ministerial de 21 de mayo de 1952 (Estatuto del Consulado, actualmente vigente) lo calificaba de «órgano corporativo autónomo, inmediatamente afecto a la Secretaría General Técnica de Comercio»; sus Ordenanzas—que precisan sanción de dicha entidad y publicación en el *Boletín Oficial del Estado*—lo califican de «Corporación oficial autónoma». Hay que tener en cuenta que, si bien la incorporación

sustituyendo a los Consulados por los tribunales de comercio, luego también desaparecidos en beneficio de la unidad de la jurisdicción ordinaria.

La reacción en favor de la extensión y facilitación del arbitraje mercantil como atípico, como impropio, se manifiesta mucho más tarde; el movimiento que cristaliza en la reaparición de los Consulados—con posibilidades de que éstos creen arbitrajes, no procesos, desde luego—fructifica claramente en los primeros años de nuestro siglo (la Ley de Bases que crea las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en que se les atribuye la posibilidad de resolver las diferencias por amigable composición, es de 29 de junio de 1911). El desarrollo del arbitraje en general como medio de resolver litigios es obra impulsada en no poca parte por los estudiosos del Derecho mercantil. Los motivos de esta expansión no dejan de ser una correspondiente a lo que en su tiempo fué, en no poca parte, causa de la decadencia y muerte de los tribunales consulares como tales tribunales (no como instituciones arbitrales): se centran en la rigidez y antieconomía del proceso civil. Esta preocupación, naturalmente, excede del mundo de los juristas; alcanza a cuantos están interesados en cuestiones de comercio, desde nuestro punto de vista (cfr. arg. en ANASTASIO: Ob. cit., pág. 18 y ss.).

de los comerciantes al Consulado es voluntaria (artículo 6.^o de las Ordenanzas), sus miembros activos «por el hecho de serlo» «quedan sometidos a la jurisdicción del Consulado, y, por tanto, no podrán negarse a aceptar el arbitraje o peritaje del mismo, si a ello fueren requeridos por la otra parte contratante» (artículo 8.^o); y ello es lógico si se considera que el Consulado «es un órgano arbitral de amigable composición» (art. 2.^o del Estatuto); el arbitraje es una de las razones de ser del Consulado; un motivo más para llegar a la conclusión de que el artículo 3.^o de la Ley de Arbitraje de 1953 no se refiere a la institución valenciana. A mayor abundamiento, piénsese en que las mismas Ordenanzas prevén que los miembros numerarios, para llegar a serlo, han de prometer «el fiel cumplimiento de las Ordenanzas» (artículo 21, d, de las mismas), con lo cual quedan sujetos, en general, al sistema de arbitraje consular (9); que los miembros activos se han de inscribir en sus respectivos gremios («Son gremios, a efectos de estas Ordenanzas—dice el artículo 32—las agrupaciones de miembros numerarios o adheridos que se dediquen al tráfico de un mismo producto o grupos de productos asimilados a tal fin»); que los gremios «podrán establecer las reglas o condiciones generales de compraventa, con las particularidades de sus respectivos productos» (art. 74) (10); que estos contratos-modelo, deben ser aprobados previamente por el Consejo del Consulado (artículo 74 de las Ordenanzas); que es «condición fundamental común a todos estos contratos-modelo (que también pueden denominarse «contratos oficiales»), el que en ellos conste la siguiente cláusula compromisoria (que la Ley de Arbitraje denomina ahora «contrato preliminar de arbitraje»): «toda diferencia nacida de la interpretación o cumplimiento de los contratos de compraventa o relacionadas con los mismos será sometida a arbitraje, de acuerdo con las Ordenanzas y disposiciones del Consula-

(9) He aquí el modelo de solicitud de ingreso en el Consulado para miembros numerarios: «El que suscribe en calidad de (comerciante, industrial agente comercial, socio de la firma comercial X, etc... a continuación sus datos personales), expone: 1.^o Que su casa ejerce legalmente, de manera regular y continua, como industrial, comerciante, etc ... de los siguientes productos cotizados en la Lonja... 2.^o Que tiene su domicilio comercial (lugar, etc). 3.^o Que frequenta la Lonja de Valencia una vez por semana, cuando menos. En su virtud, tiene el honor de solicitar del Consulado su ingreso en el mismo como miembro numerario, a cuyo efecto promete el fiel cumplimiento de las vigentes Ordenanzas y demás disposiciones que rijan en el Consulado y en la Lonja, conforme a lo establecido en el apartado 4º del artículo 21 de las Ordenanzas aprobadas por el Ministerio de Comercio de 18 de septiembre de 1952 («B. O. del 21). Y, por tanto, suplica a V. S. se digne dar el curso procedente a la presente solicitud de ingreso (lugar, fecha y firma); dirigida la solicitud al Ilmo. Sr. Prior del Consulado de la Lonja de Valencia.

(10) Hasta la fecha hoy contratos-modelo correspondientes a los gremios de salvados, aceites de oliva, aceites de orujo, cereales, frutos secos, legumbres y garrofa; se preparan los correspondientes al vino y «aceites comestibles y refinables».

do de La Lonja de Valencia, cuyo laudo será final y obligatorio para las partes contratantes; las cuales lo aceptan de antemano y se obligan a cumplirlo en sus propios términos» (artículo 75, I.^a, de las Ordenanzas) (11), por lo que, si bien el uso de tales contratos oficiales es voluntario, los que contraten con arreglo a ellos, quedan sometidos al dicho arbitraje: esto es, que quien entra, voluntariamente, en el mecanismo consular, a partir del momento de su ingreso, puede verse sujeto a un arbitraje sin que pueda negarse a aceptarlo—esto es, de modo contractual concreto, ello es claro—, sino impuesto unilateralmente por otra persona, y todo ello refrendado por Ordenanzas que tienen un rango normativo determinado. El arbitraje consular, queda fuera del artículo 3.^º de la Ley general sobre Arbitraje; por su evolución actual, incluso puede haber indicios de que marcha hacia su transformación en proceso. Es pronto hacer aserciones categóricas sobre este punto; pero no debe descuidarse la observación de posibles fenómenos de tal tipo en el marco de la evolución del proceso (se habla aquí de «proceso» *lato sensu*) de un país o de un grupo de países.

6. Otro problema que nos plantean las nuevas Ordenanzas es el de determinar si los árbitros fallan los asuntos a ellos sometidos según derecho o según equidad. [Para deslindar el ámbito de tal problema, se prescinde aquí del examen de los servicios de peritaje y análisis del Consulado (artículo 77 y ss.), cuyos objetos son los de «provocar, mediante el certificado pericial o de análisis del caso, una solución imparcial, rápida y económica de pequeñas diferencias surgidas sobre procedencia, calidad y condición de las mercancías cotizadas en La Lonja de Valencia o admitidas oficialmente a la aplicación de los fines de Consulado»—arbitraje pericial—utilizando solamente el sentido de su regulación a título de material destinado a facilitar la hermenéutica de la regulación sobre arbitraje consular ordinario.]

El estatuto consular vigente, atribuye a éste la condición de «órgano arbitral, de amigable composición»; lo mismo dice el artículo 2.^º de las Ordenanzas. Esta redacción no es clara. El léxico tradicional español, daba a la «amigable composición» el significado de un arbitraje de equidad, en oposición al arbitraje de derecho (arbitraje propiamente dicho) (artículos 790 y ss.; ar-

(11) En los siete «contratos oficiales» citados que existen actualmente, la cláusula compromisoria tiene un carácter aún más amplio: «Toda diferencia o duda nacida de la interpretación o cumplimiento del presente contrato, *salvo arreglo mutuo amistoso*, será sometida a arbitraje, de acuerdo con las Ordenanzas y disposiciones del Consulado de la Lonja de Valencia, cuyo laudo será final y obligatorio para las partes contratantes, las cuales lo aceptan de antemano y se obligan a cumplirlo en sus propios términos.» Aunque esta «duda» estuviere provocada por la falta de compleción o integración de una relación jurídica aún no definida totalmente, no caería tampoco en el campo de la Ley de Arbitraje vigente (art. 2.^º, párr. 2.^º).

tículos 827 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, sustituídos por la nueva Ley de Arbitraje, que hace desaparecer la expresión «amigable composición»). En dicha Ley de arbitraje, se regulan igualmente dos tipos: el de aquél en que los árbitros deben fallar con arreglo a derecho y aquél en que solamente deban hacerlo «con sujeción a su saber y entender» o arbitraje de equidad. Naturalmente, según el tipo de arbitraje a que se acojan los interesados—se sigue la referencia a la Ley de Arbitraje—son diversas las condiciones que han de reunir los árbitros: si se trata de un arbitraje de derecho, deberá ser nombrados entre Letrados que ejerzan la profesión; si se trata de un arbitraje de equidad, basta elegir a personas naturales que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir (artículo 20 de la Ley de Arbitraje).

Pues bien, sobre la base de estos datos, trataremos de determinar si el arbitraje ordinario consular de Valencia es un arbitraje de derecho o de equidad, intentando aclarar la posible oscuridad de la expresión normativa «órgano arbitral, de amigable composición» del artículo 2.^o de las Ordenanzas.

A este efecto, el artículo 95 de dichas Ordenanzas, tiene gran interés—desde diversos puntos de vista, aunque por el momento sólo nos interesa el que aquí se trata—; su texto es el siguiente:

«Los juicios consulares se sustanciarán breve y sumariamente, a estilo de mercaderes *sola facti veritatis attenta* la verdad sabida y la buena fe guardada, sin dar lugar a luengas ni dilaciones de malicia, ni intervención de abogados en calidad de tales; con sujeción solamente a las Ordenanzas y disposiciones del Consulado, sin que se haya de tener ni se tenga consideración a defectos de forma ni orden de derecho, pues en cualquier estado que se sepa la verdad se ha de poder determinar y dictar laudo, conforme a la conciencia y leal saber y entender de los juzgadores.»

Aparece también, pues, la expresión «leal saber y entender de los juzgadores» que sirvió al legislador para construir el arbitraje de equidad en la Ley de 22 de diciembre de 1953. De aquí podría inducirse que el arbitraje consular, es un arbitraje de equidad. Sin embargo, no se puede llegar, a nuestro juicio, a tal conclusión escueta, por este simple hecho de identidad de dos expresiones gramaticales. Estimamos que un examen de la composición del Tribunal arbitral consular puede contribuir a avanzar hacia la solución del problema. Recuérdese previamente la diferencia clara que la Ley de Arbitraje de 1953 establece entre los árbitros de derecho y los árbitros de equidad; exigiendo a los primeros el presupuesto necesario de que sean abogados en el ejercicio de la profesión, esto es, exigiéndoles que conozcan el derecho; derecho que ha de ser la base de su actuación.

Volvamos a las Ordenanzas del Consulado:

Allí, el sistema de nombramiento de árbitros es el siguiente: cada parte contratante elige a uno; los dos elegidos, de común acuerdo, eligen al «Fiel» o tercero, y en caso de no llegarse a un acuerdo sobre el mismo, lo nombra el Prior del Consulado. La definición del «Tribunal Consular o de Arbitraje», se halla en el artículo 92 de las Ordenanzas, en el cual se encuentra también una definición del juicio consular:

«A los efectos de estas Ordenanzas, "arbitraje" es el juicio consular o de amigable composición para la resolución paritaria de cuantas diferencias surjan entre los miembros del Consulado y otras personas, o entre aquéllos solamente, por razón de su tráfico mercantil.»

«Tribunal Consular o de Arbitraje, a los efectos de estas Ordenanzas, es el formado por dos Arbitros y un Fiel o tercero para actuar de acuerdo con el párrafo precedente, escogidos libremente de entre los miembros del Consulado reconocidos a tal fin, sin distinción alguna y sin que se requiera ninguna otra condición previa o accesoria que las que se especifican en estas Ordenanzas y disposiciones complementarias del Consulado.»

Se hallan en la definición y en el párrafo anterior, las tres expresiones: «arbitraje», «amigable composición», «juicio consular». Las dudas no se resuelven en el texto vigente y en tal punto (ni en la definición del Tribunal competente para conocer de los «arbitrajes extraordinarios», artículo 94, párrafo 2.º a. f. de las Ordenanzas) (12).

Si contrastamos estas normas consulares con las de la Ley de Arbitraje actual (y aun con las de los textos de la Ley de Enjuiciamiento civil a los que aquélla ha sustituido), sobre las calidades que deben reunir los árbitros, a diferencia de los amigables componedores, parecerá ratificarse la primera impresión ya expuesta: no requiriéndose para ser Arbitro o Fiel en el juicio consular valenciano la calidad de Letrado en el ejercicio de su profesión, debe tratarse de lo que antes se denominaba en España «amigable composición», esto es, de un arbitraje de simple equidad. Insistimos en que tal impresión puede ser engañosa.

En efecto, las Ordenanzas del Consulado vigentes, no imponen como requisitos para ser árbitros o Fiel, el de poseer el título de licenciado en Derecho más el de ejercer la profesión de la abogacía; pero imponen otros requisitos cuya importancia no debe pasarse por alto. En efecto, para ser designado árbitro en juicio consular, «se requerirá estar inscrito en la «lista de árbitros» correspondiente al producto objeto de la compraventa origen del arbitraje o grupo de productos a que aquél pertenezca»

(12) El «juicio extraordinario» es el que no se relaciona con diferencias surgidas en la interpretación y cumplimiento de contratos de compraventa. Es competente para dirigirlo y resolverlo la Junta de Prior y Cónsules o Junta delegada al efecto por aquélla.

(artículo 103 de las Ordenanzas). Inscripción en la «lista de árbitros» (formada y rectificada periódicamente por el Consulado). Para obtenerla basta solicitud de parte e instancia del gremio correspondiente (del gremio a efectos de las Ordenanzas consulares, se entiende) o de su Junta Gremial. El interesado, debe reunir las siguientes cualidades:

1.º Ser miembro activo (del Consulado) adscrito al gremio correspondiente.

2.º No estar suspendido en sus funciones como tal o como árbitro; y

3.º Llevar más de dos años de ejercicio del comercio, Industria o Agencia comercial en el producto o grupo de productos del gremio (13).

De otro lado, para ser elegido Fiel o tercero en el juicio arbitral consular «se requerirá ser Perito del Consulado en el producto objeto de la compraventa origen del arbitraje» (artículo 103 cit.). Para ser, a su vez, nombrado Perito del Consulado, para cada producto o grupo de productos, es necesario que concurran en el candidato toda una serie de cualidades (artículos 80 y ss.), entre ellas un examen previo de la «capacidad» (esto es, de la pericia) del candidato por la Junta Gremial correspondiente (14) (15).

En cuanto a los requisitos que una persona debe reunir para poder ser nombrada Prior o Cónsul (lo cual tiene interés ahora para nosotros, puesto que es la Junta de Prior y Cónsules la que se integra en Tribunal en los arbitrajes extraordinarios), no se precisa tener la cualidad de Licenciado en Derecho, pero sí la de ser «hombres de prudencia y experiencia, hábiles y suficientes en cosas de comercio» (artículo 48 de las Ordenanzas) (16).

Es decir, tanto los árbitros consulares como los Fieles, han de poseer conocimientos derivados de la experiencia comercial y técnica sobre la materia que se somete a arbitraje. Este punto es de gran importancia, en relación con la naturaleza pericial de nuestro arbitraje; árbitros y Fiel, expertos en la materia específica, actuarán sobre la base de las «máximas de la experiencia» específicas, que sirven de guía para la resolución de los casos específicos. Tales máximas de la experiencia, pueden llegar a operar

(13) Cuando el Gremio correspondiente no tenga propuesta la lista de árbitros de un producto o cuando los incluidos en ella no puedan actuar, la Junta de Prior y Cónsules podrá designar libremente como árbitros habilitados, bien para un período de interinidad o para casos concretos, a los que juzgue más capacitados, surtiendo los mismos efectos (art. 103).

(14) Sobre la elección de los Cónsules y Juez de apelaciones en la antigua ordenación consular, cfr. el *Consolat de Barcelona*, cap. I, y el mismo en el *Ordre judiciori de Valencia* («Llibre del Consolat de Mars»).

(15) Cfr. también las Ordenanzas consulares de Valencia en 1934, con ciertas variantes.

(16) Cfr. también el artículo 116 de las Ordenanzas de 1934; en cuanto a la antigua regulación consular, por ejemplo, el *Consolat de Barcelona*, cap. I, y también el mismo en el *Ordre judiciori del de Valencia*.

como normas (tal es el caso de ciertos «usos mercantiles» citados como norma supletoria en el artículo 2.^º del Código de Comercio vigente). En otros casos provendrán mejor de la ciencia que de la experiencia. En las Ordenanzas actuales del Consulado de La Lonja de Valencia aparecen los «usos y costumbres del Consulado de Valencia»; se hacen numerosas alusiones a los conocimientos técnicos que los peritos han de poseer. ¿Puede pensarse que el Tribunal Arbitral que condena a una persona por haber enviado a otra, no el trigo de calidad «A» pactado según la muestra, sino el «B», diferente desde el punto de vista botánico y de inferior calidad, condena por razones de equidad? Entendemos que no. Ese Tribunal condenó basándose, entre otras, en la *norma* (permítase hablar de normas y de leyes científicas) según la cual existen dos calidades de trigo perfectamente diferenciadas a lo largo de estudios científicos y técnicos: la «A» y la «B».

De pretender las Ordenanzas consulares que los tribunales arbitrales resolvieran los juicios según equidad (esto es, según «su leal saber y entender», expresión española utilizada, como se ha dicho, y para indicar a la equidad, pero ocasionalmente a confusiones graves), no exigiría a los árbitros y Fiel requisitos de conocimientos técnicos y aun científicos sobre el producto origen del arbitraje y sobre su comercio; bastaría con que tales árbitros reuniesen las cualidades exigidas para los árbitros de equidad por la Ley de Arbitraje de 1953: pleno ejercicio de sus derechos civiles y saber leer y escribir. Pero las Ordenanzas no lo han hecho así; al exigir tan minuciosamente a sus árbitros y Fieles una especialización en la materia sujeta al arbitraje, vienen a indicar claramente que no quieren que los juicios arbitrales se resuelvan a base de pura equidad, sino contando con las normas científicas y técnicas sobre los productos origen de cada litigio y su comercio. No se trata, pues, de un arbitraje de equidad pura y simplemente.

Pero la diferencia existente entre las normas jurídicas y las máximas de la experiencia nos impide también considerar a nuestro arbitraje como un arbitraje de derecho totalmente. Es algo más que eso.

Contemos, además, con que no es preciso que árbitros y Fieles sean juristas, esto es, peritos en Derecho. Por ello, se llega a la conclusión de que se trata de un arbitraje pericial, *tertius genus* (con facetas de derecho y de equidad, como se verá).

Podemos preguntarnos también sobre el significado de la expresión «según la conciencia» de los juzgadores, del artículo 95 de las Ordenanzas consulares, en relación con «la buena fe guardada» a que también alude; de esta expresión podría también llegar a la conclusión de que los tribunales arbitrales deben juzgar según equidad.

La expresión «la buena fe guardada» aparece en toda una lar-

ga serie de antiguas ordenaciones (17); entre ellas, en las consulares españolas (18), de las que, las de Bilbao, amén de las mediterráneas de que se trata, fueron especialmente famosas (19).

Sobre «la buena fe guardada», el hábil procesalista Hevia Bolaños, en su *Curia Philipica* (20), decía textualmente, con ocasión de estudiar el proceso consular (21):

«La buena fe guardada se entiende, que se ha de guardar equidad de la justicia, templándola con el dulcor de la misericordia, porque la buena fe es equidad, y la equidad es temperamento del rigor; y assi ella no es todo contraria a él, sino su modificativa, con templança del rigor, y sutilezas del Derecho, el qual rigor, y sutilezas del Derecho, no se ha de guardar en el Consulado, sino esta buena fe, o equidad temperativa dél, según Marranta y Ruginelo. Y esta equidad siempre debe tener el Juez delante de los ojos, según lo dice un texto, por ser la perfecta razón que las leyes restringe, interpreta y enmienda, consistiendo sólo en la verdadera razón, donde la qual se usare, la justicia se honra, como consta de Cicerón, y un texto. Y assi los Jueces en las sentencias que dieren, deben usar la equidad, conforme un texto. Y de la sentencia que no tiene misericordia, se ha de huir, según otro texto. Y la más humana sentencia se ha de seguir, conforme otro texto. Y siempre la equidad es preferida al rigor, como se dice en el Derecho. Y en las sutilezas de Derecho perniciosamente se yerra, según un texto del. Y en tanto es verdad, que se ha de atender antes a la equidad, que al rigor, que aunque la última opinión de alguna glossa, o Doctores, se ha visto ser aprobada, como lo nota Bartulo, no procede, quando la primera opinión contiene equidad, y la última rigor, porque en este caso es visto ser aprobada la primera, y no la última, según Francisco Aretino... De suerte, que en el Consulado se ha de juzgar en esta equidad, omisso el rigor del Derecho, solemnidades, y sutilezas del, que a la verdad del negocio no tocan, porque tocando a ella, se han de guardar las leyes, y Derechos, como lo traen Bartulo, Baldo, y con ellos Gregorio López».

Hay que notar que Hevia Bolaños contemplaba la cuestión

(17) Cfr. FAIREN: *El juicio ordinario* cit., pág. 47 y ss. con ref. a diversos Estatutos italianos.

(18) Cfr. también la Ley promulgada en Toledo por los Reyes Católicos en 1480, referente a la jurisdicción del Consejo Real (Ley que pasó a la «Novísima Recopilación» de 1805, como la I, Tit. V, Lib. IV, a través de la «Nueva Recopilación» de 1567).

(19) En ellas aparece también la expresión «la buena fe guardada» en una frase de tonalidad y aun de redacción muy semejante a las del artículo 95 de las Ordenanzas consulares de Valencia vigentes, sup. reproducido en el texto.

(20) Edición de Madrid de 1725, t. II, pág. 169 y ss.

(21) Recuérdese que se trataba de un proceso mercantil ordinario, tal como era la jurisdicción de los Consulados. Esta ordenación de los Tribunales mercantiles persistió, en términos generales, hasta la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829 y Ley de Enjuiciamiento mercantil subsiguiente de 1830.

desde el punto de vista procesal, desarrollando los principios del proceso mercantil a partir de las primitivas ordenaciones consulares, para evitar los peligros de la «cláusula general» —declaración de principios legales, mejor— sobre el mismo proceso, por lo que su argumentación estaba destinada en parte a dar entrada —desde su puesto doctrinal— en el juicio consular a una serie de perfeccionamientos técnicos del proceso; pero, sin lugar a dudas, se refiere también a la equidad como base de las sentencias consulares —ahora laudos arbitrales—.

En cuanto a la expresión «según conciencia», consagra el principio de libre apreciación de la prueba por el juzgador.

¿Qué resulta de todo esto?

A nuestro entender, que las Ordenanzas del Consulado de Valencia han querido que los árbitros y Fiel elaboren sus laudos teniendo en cuenta las normas técnicas y aún científicas que rigen el tráfico de cada mercancía y a que responde la misma naturaleza de la misma; que han abierto la vía de la libre apreciación de las normas de la experiencia mercantil. Y que los tribunales arbitrales consulares deben conjugar su misión arbitral-pericial, con la de componer amigablemente a las partes, aplicando simultáneamente la equidad con el fin de suavizar los posibles rigores a que conduciría la aplicación escueta de las normas científicas o técnicas. Los tribunales consulares son así órganos que desarrollan una misión que participa de los caracteres de un arbitraje de derecho y pericial y de un arbitraje de equidad. Esto es, el «estilo de mercaderes» para resolver sus diferencias en cuestiones de comercio.

Arbitraje de derecho también, puesto que en los laudos se toma en cuenta la calidad de la documentación—prueba documental—propuesta y practicada por las partes (y así se hallan en los autos de arbitrajes del Consulado en Valencia certificaciones expedidas por la Junta de Prior y Cónsules de documentos—incluidos en libros de comerciantes, medio de prueba de valor específico en Derecho español, dado el control a que tales libros están sometidos—citando y refiriéndose a los artículos 40 y 41 de las Ordenanzas en vigencia y a los 36 y 93 del Código de Comercio); por la remisión a los usos del comercio de Valencia (art. 2º del Código de C.). Arbitraje de derecho para-procesal—, puesto que las Ordenanzas valencianas fijan un determinado procedimiento, y aun cuando aparentemente—mejor dicho, *prima facie*, en sentido de primera ojeada, lo cual podría aproximarse al «estilo de mercaderes» clásico que Sáinz de Andino reputaba como peligroso en la Exposición de Motivos de la «Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio» de 1830—no lo determinan (art. 95, derivado del capítulo XXXVI de las Ordenanzas de la Antigua Corte judicial de Valencia, en el «Llibre del Consolat de Mar»), no estatuyen sobre él de modo que garanticen a las partes, si que lo hacen, constitui-

yendo el artículo 95 citado una mera declaración de principios, de ritmo al cual se sujetan los Tribunales arbitrales.

Arbitraje pericial, dadas las calidades que son precisas para que algunas personas sean designadas como árbitros y Fiel (art. 103 y concordantes de las Ordenanzas) (cfr. infra).

Arbitraje de equidad. No solamente hay que tener en cuenta aquí el texto del Estatuto y de las Ordenanzas consulares vigentes que se refieren, como se dice, a un «órgano arbitral, de amigable composición», sino también a la interpretación que el Consulado viene dando a sus propias normas; infra, en nota número 30, la transcripción de un reciente laudo consular dará a conocer toda una serie de problemas en la cual, no pocos, son resueltos por bases de equidad. Si unimos a ello los medios de ejecutar los laudos que ponen en acción los Tribunales ordinarios—la jurisdicción civil y mercantil española unificada—de los que se hablará brevemente, nos daremos cuenta del atipismo de este «arbitraje» con respecto a las leyes generales; y del prestigio doctrinal y práctico que ha adquirido por constituir un arrastre de materiales derivado de un tipo de proceso—tanto civil como mercantil—que siempre obtuvo éxito en la práctica; y en materia mercantil, respondiendo a las necesidades del tráfico, y procurándose evitar, por su evolución temporal, los defectos que el anhelo de economía procesal hubiera podido provocar al causar impactos en el mismo sistema de tráfico.

Atipismo actual en el arbitraje del Consulado de Valencia, que antes fué tipismo de los procesos mercantiles. Atipismo que goza de éxito desde el renacimiento del Consulado—1934—, pese a coyunturas diversas.

7. Las Ordenanzas del Consulado contienen soluciones para toda una serie de problemas en relación con sus arbitrajes; no es posible tratar aquí de toda problemática, pero sí se estima de interés el abordar alguno de ellos, como lo es el de la «determinación procedural» del arbitraje ordinario, y otros previos.

A) En efecto, la nueva Ley de Arbitraje española diferencia claramente dos momentos previos fundamentales al arbitraje: el del compromiso y el del contrato de dación y recepción del arbitraje (arts. 5 y ss. y 24 y s.); en relación con ella, las Ordenanzas modifican la dinámica de producción de ambos actos; y es lógico, pues desde su ingreso en el Consulado, los miembros activos se someten ya al arbitraje consular, y a árbitros personalmente determinados como lo son los integrantes de la Junta de Prior y Cónsules cuando se trate de un arbitraje extraordinario (esto es, aquel en que no se trate de diferencias surgidas con motivo de un contrato de compraventa) y determinados «por clase» cuando se trate de arbitrajes ordinarios (ya que sólo ciertas personas en las que concurran ciertas calidades pueden desempeñar el cargo de árbitros y de Fieles o ter-

ceros). Cuando las partes hayan contratado «en las condiciones del Consulado de Valencia», y hayan utilizado o no los «contratos oficiales», huelga toda otra sumisión expresa. Sólo en los casos que queden fuera de ello, se diferencian con mayor claridad los actos del compromiso y de dación y recepción del arbitraje. Y toda la regulación, puede decirse que «quedá difuminada» a lo largo de las Ordenanzas, en contraste con la mayor rigidez y separación de ambos actos según la regulación de la Ley de Arbitraje de 1953.

B) La amplitud del arbitraje queda fijada por las partes en el contrato o solicitud especial de que se produzca aquél (cuando no hubiera existido la sumisión previa, expresa o tácita, etc.), o también en la misma demanda de arbitraje, cuando esté suscrita por los litigantes; debe acompañarse a la demanda de arbitraje, un exemplar del contrato origen de la diferencia, puesto que por él se fijará si se trata de un arbitraje ordinario o de uno extraordinario (según el contrato sea o no de compraventa) (artículos 98 y 94).

De tratarse de un arbitraje ordinario, la elección de árbitros está sujeta a normas especiales; cada parte elige o designa una terna de personas comprendidas en la «lista de árbitros» del producto y gremio de que se trata (art. 96 y 103). De éstos, se considera designado el que ocupa el primer lugar en la terna; en caso de que «no pueda actuar», lo hará el segundo, y en su defecto, el tercero. Y nótense que aquí el «no poder actuar» significa exactamente eso: «no poder», esto es, hallarse en situación de abstenerse en sentido legal; no significa «no querer», puesto que la inclusión de una persona en la lista de árbitros, parte de su libre voluntad, y, por tanto, una vez incluida, tiene la obligación de aceptar los arbitrajes para los que las partes la designen (artículos 96, 104 y 103 de las Ordenanzas). Los árbitros así nombrados, así elegidos, nombran, a su vez, al Fiel o tercero, de la lista correspondiente de peritos del Consulado (artículos 96 y 103 a. f.). Si los árbitros no se ponen de acuerdo, nombra al Fiel, de oficio, el Prior del Consulado. Si alguna de las partes omite indicar su terna de árbitros, es requerida por el Prior para que así lo haga en un plazo prudencial; de no hacerlo, la Junta de Prior y Cónsules se subroga y nombra la terna (artículo 96 a. f.).

C) El problema procedural del arbitraje consular, puede ofrecer dificultades «prima facie».

En efecto, el artículo 95 de las Ordenanzas, contiene una «cláusula general» procedural (cfr. supra, repr. dicha disposición, en el texto); de redacción muy semejante y de contenido igual al de la Ordenanza XXXVI de las antiguas de «la cort judiciari de Valencia» (y también de Barcelona) del Consulado de Mar; compárese su texto con el del artículo 95 citado:

«Les cónsols, per carta del senyor rey, han poder quels plets e quēstions que devant élls se menen, hoyen e aquells per si de-

guda, determinen breument e de plá, sens brugit e figura de juy, sola facti ueritatis attenta, segons que de ús e custum de mar és acustuma de fer» (22).

«Le Consoli per grazia, que hanno ottenuta del Sig. Re, hanno autoritá achioche le liti, e questioni, que innanzi loro se fanno, le odino, e quelle per se debitamente brive, e summariamente terminino de piano, senza strepito, e figura de giudizio, sola facti veritate attenta, dico sola la veritá del fatto considerata, secondo che di usanza, e costume del Mare si suole fare» (23).

Los principios consignados en este interesantísimo texto, como en otro lugar hemos examinado, fueron de aceptación general en materia, tanto civil, como mercantil, en la Edad Media y en la Moderna (24); su relación con la famosa «*Saepe Contingit*» de Clemente V, no tiene duda (25). Ellos rigieron un tipo específico de proceso; el que hemos denominado «plenario rápido». Pero el hecho histórico de aceptar para un tipo procesal determinado (como lo era el del Consulado de Mar o el de otros Consulados comerciales) un sistema de principios tan interesante desde el punto de vista de la economía procesal como el citado, no podía excluir la necesidad de que tales principios fuesen desarrollados para construir así un verdadero procedimiento. Sin embargo, las dudas fueron muchas, y algunas de gran trascendencia; todos conocemos la que se produjo—y aún no se ha desvanecido—en torno a la palabra «sumario»; la doctrina que propugnaba la posposición de las seguras y prácticas reglas particulares de la «*Saepe contingit*» al principio de haberse de mantener sencillamente para los juicios «sumarios» (erróneamente designados) los llamados «*substantialia processus naturalia*, a jure naturali s. divino inducta», en contraposición a los «*substantialia juris positivi*»; doctrina que causó no pocas dificultades a lo largo de la evolución histórica del proceso (26), favoreciendo el fenómeno de la «indeterminación procedimental», es decir, el dejar en manos y al arbitrio del Juez la labor de fijación de las normas procedimentales á seguir en cada caso; quedando la forma en manos del Juez, el proceso venía a resultar un instrumento peligroso, con riesgo de que disminuyeran y aun desaparecieran garantías trascendentales para las partes.

Este peligro causado por la «indeterminación» se hacia muy patente al tratarse de un proceso mercantil—consular—. Nuestro

(22) Transcripción de VALLS y TABERNER, Barcelona, 1931, t. II; cfr. también MOLINÉ y BRASES, Barcelona, 1914.

(23) Cfr. *Il Consolato del mare colla spiegazione di Giuseppe Casaregi (Casaregi)*, ed. Turín, 1911.

(24) Cfr. en nuestra obra *El juicio ordinario*, etc., diversos textos estatutarios italianos, así como de varios Consulados en Parte I, *passim*.

(25) Cfr. arg. en ob. cit. en nota anterior; en BRIEGLER: *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, Caps. II y III *passim*; también a través de las copiosas citas de nuestro HEVIA BOLAÑOS se induce dicha relación (cfr. ob. cit. t. II de la ed. de 1725, pág. 164 y ss.).

(26) Cfr. BRIEGLER: Ob. cit., pág. 70 y ss. y 119 y ss.

Sáinz de Andino, en la Exposición de Motivos al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento sobre las causas y negocios de comercio (de 1830; como se sabe, dió el golpe mortal a los juicios consulares) lo enfocaba y veía así: «La antigua jurisprudencia mercantil, tan oscura, incierta y complicada sobre los contratos de los comerciantes, sus formas y efectos, no era menos defectuosa acerca del orden de administrar justicia en sus contiendas. Cada Consulado tenía un modo de proceder peculiar fundado solamente en sus usos y prácticas o cuando más en algunas disposiciones inconexas de sus Ordenanzas, sin guardar un sistema regular creado y organizado por la voluntad suprema del legislador, como correspondía que lo hubiera habido; de que se seguía que los pleitos del comercio en que con tanta solicitud convenía haber buscado la mayor sencillez, brevedad y economía posibles para su seguimiento, eran comúnmente los más complicados, largos y dispendiosos; y que mientras se tomaba por única regla de enjuiciamiento en ellos, debían librarse la verdad sabida y la buena fe guardada sin sujeción a forma determinada, por la aplicación errónea de esta verdad tan vulgar como cierta, cada pleito era un amontonamiento farragoso e indigesto de escritos y diligencias que solían servir frecuentemente para atropellar los derechos de los litigantes y sustituir a la autoridad de la ley la arbitrariedad de los jueces» (27).

El problema de la indeterminación procedural quedaba planteado bien claramente con sus peligros; aplicando lo hasta ahora dicho a las Ordenanzas del Consulado de Valencia vigentes, hallaríamos que, de ser únicamente el artículo 95 de las mismas el que rigiese en materia de arbitraje desde el punto de vista procedimental, tal arbitraje, indeterminado así, podría ser muy peligroso.

Los Ordenamientos consulares antiguos, efectivamente, comprendían ciertas normas procesales que venían a desarrollar parcialmente los principios sobre los que el proceso se basaba (los principios del arbitraje, en el artículo 95 de las Ordenanzas de Valencia vigentes); normas insuficientes y no claras en algunas ocasiones. Los Consulados más modernos —me refiero aquí, por ejemplo, a la planta dada al Consulado de Bilbao por las Ordenanzas de 1737—, tampoco llegaban a fijar exactamente todo el procedimiento a seguir, una vez formulados los principios procesales —siempre los mismos— (28). Las Ordenanzas de Valencia, han evitado los peligros inherentes a aquellas situaciones al regular su arbitraje; el artículo 95 de las mismas tiene el valor de exposición

(27) No hemos podido encontrar una edición de esta Ley con su Exposición de Motivos. Tomamos las frases de SÁINZ DE ANDINO de la obra de RUIZ, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil* cit., pág. 101 y ss.

(28) La preocupación de los juristas del pasado ante el panorama indeterminado proceduralmente de los procesos consulares llevaba a alguno de ellos a comentar sus normas colmando tales indeterminaciones o lagunas desde el punto de vista doctrinal; así se ve claramente en HEVIA BOLAÑOS: Ob. cit., loc. cit.

de principios a que el tal arbitraje debe someterse; después de ello, se pasa a regular el procedimiento, de la máxima sencillez.

Esta regulación procedural básica, constituye un límite, un freno a la declaración que en el repetido art. 95 se hace—declaración que consta en toda una serie de antiguas ordenaciones; por ejemplo, en la de las Ordenanzas de Bilbao, parágrafo VII—de que no «se haya de tener ni se tenga consideración a defectos de forma ni orden de derecho»; tal límite es aquel en que el ánhero de economía chocaría con las necesarias garantías de ataque y defensa de las partes.

Por ello, es necesario solicitar el arbitraje por escrito, admitiéndose incluso por telégrafo, siempre que se confirme la demanda por el correo próximo (art. 97, párrafo 1.º); si no se hubiera pactado previamente el compromiso ni se hubiera contratado expresamente «en las condiciones del Consulado de Valencia» utilizando o no los «contratos oficiales» (en los que sabemos que consta la cláusula compromisoria), precisa que las partes se comprometan por escrito—sin que sea precisa ninguna formalización judicial de tales compromisos, como exige la Ley de Arbitraje de 1953, por quedar la ordenación consular al margen de la misma y debidamente respetada, como se vió—. Al solicitar una de las partes el arbitraje consular, debe dirigirse a la otra por pliego certificado, dándole noticias de ello e invitándola a designar ante el Consulado su terna de árbitros y remitir a dicho Consulado o a su árbitro respectivo que actúe, los medios de prueba que considere del caso (artículo 98, párrafo 1.º); además, debe acompañar a su demanda de un ejemplar del contrato y la factura, si los hubiere, de una copia de la carta citada anteriormente y de cuantos medios de prueba o antecedentes entienda oportuno presentar al Tribunal arbitral. Este puede, a su vez, solicitar de las partes «cuantas pruebas y antecedentes» estime oportunos, pero sólo está obligado «a juzgar con las pruebas y antecedentes que obren en su poder al tiempo de celebrar el arbitraje» (tiene un tratamiento especial la toma de muestras del producto o mercancía que ha dado lugar al litigio; precisa recurrir a Peritos del Consulado que designe el Prior de no haber acuerdo entre las partes, salvo que otra cosa se dispusiere en el contrato respectivo); el arbitraje tiene lugar en el plazo de quince días siguientes al del nombramiento del Fiel (artículo 100); los árbitros aducen sus respectivas razones y pruebas, examinan los antecedentes de que disponga el Tribunal y su acuerdo constituye laudo del mismo. En caso de no llegar a acuerdo los árbitros, el Fiel zanja la cuestión definitivamente, siendo su decisión laudo del Tribunal.

El acta del arbitraje será suscrita por los tres miembros del Tribunal, sin que quepa disentimiento ni voto particular, ni inclusión de manifestaciones individuales, ni alusión a las deliberacio-

nes del Tribunal, ni fundamento o motivación del mismo (art. 100) (29) (30).

(29) Lógicamente tiene gran interés la intervención de los Agentes Comerciales Jurados en la contratación (cfr. el art. 36 y ss. de las Ordenanzas vigentes).

(30) Entendemos que tiene interés la transcripción literal de un acta de arbitraje de los que recientemente se han producido, por contener cuestiones de trascendencia.

La Junta de Prior y Cónsules del Consulado de la Lonja de Valencia.—Por cuanto ante este nuestro Consulado presentóse una demanda de arbitraje dispuesta conforme a las vigentes Ordenanzas de 18 de septiembre de 1952, publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 del mismo mes; y sujetas que han sido las partes a la jurisdicción consular, según y como está prevenido, hubimos de admitirla y ha sido sustanciada y dictado laudo, según Acta de Arbitraje que ante nosotros eleva nuestro Síndico, cuyo tenor *ad pedem litterae* es como sigue: *Acta de Arbitraje*.—En la Lonja de los Mercaderes de la ciudad de Valencia del Cid, siendo sobre las trece horas del día ocho de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, los infrascritos se reunieron y constituyeron en Tribunal de Arbitraje ordinario de este Consulado, conforme al artículo 100 de las vigentes Ordenanzas, cada uno con la personalidad que se indica, a saber: D. ..., de Valencia, como árbitro del vendedor, D. ..., de Valencia, nombrado por la Junta de Prior y Cónsules, de oficio, según y como se preceptúa en el artículo 96 de las vigentes Ordenanzas de 18 de septiembre de 1952 (*B. O. del E.* del 21); D. ..., como árbitro del comprador, D. ..., de Valencia, nombrado por el mismo, y D. ..., como Fiel designado por los dichos árbitros, de común acuerdo. Y entendieron en una diferencia por no haber servido la mercancía en el plazo convenido, ni durante su ampliación concedida por el comprador, por teléfono, el 12 de noviembre de 1954; diferencia surgida en la ejecución de una compraventa celebrada entre dichos vendedor y comprador con intervención de D. ... Agente Comercial Jurado, que se efectuó en las condiciones del Contrato Oficial número 1, para salvados, de este Consulado y se formalizó con fecha 13 de septiembre de 1954 en una minuta oficial de Agente Comercial Jurado, documento firmado por el Agente Comercial Jurado D. ..., como apoderado de la casa ... de Valencia, cuya reseña abreviada es: 30.000 kilos de salvado de trigo «Cuartas», precio una pesetas y sesenta céntimos (1,60) el kilo, peso bruto por neto sobre vagón ..., envases comprendidos en peso y precio, para facturar durante el actual septiembre; destino: estación ...; pago, giro a treinta días fecha de las remesas; condiciones: Contrato número 1 del Consulado de la Lonja de Valencia. Mercancías, según muestra-tipo, conservada en poder del Agente, refiriéndose la diferencia surgida a la totalidad de la mercancía.—Luego de examinar las razones que se expusieron y las pruebas y los antecedentes que se aportaron, a saber: la minuta indicada, copia de la carta de 15 de noviembre último del comprador al vendedor, recibo de Tesorería por los derechos anticipados por el demandante, copia de la requisitoria de 3 de diciembre al vendedor y resolución de la Junta de Prior y Cónsules de 18 de diciembre, dictaron el siguiente: *Laudo*.—Que en el plazo de quince días laborables, a partir de los ocho siguientes a la fecha de la comunicación de este Laudo, y sin otro requerimiento, el dicho vendedor deberá pagar al comprador una indemnización total de quince mil pesetas.—Cumplase a la letra, y con ello queda resuelta la cuestión y a salvo de buen nombre comercial de las partes contratantes.—Así lo acordamos, sin parcialidad, pasión ni afición, sólo la verdad sabida y la buena fe guardada, por estilo de mercaderes, y según lo que alcanza nuestro saber y entender; en prueba de lo cual firmamos y rubricamos a continuación (firmado, los árbitros y el Fiel con sus rúbricas). Por cuanto nosotros, la Junta de Prior y Cónsules, encontrándolo todo conforme a Ordenanza, como además así nos lo certifica nuestro Síndico, y habiéndose guardado el tradicional y famoso principio de

Existe un recurso de apelación, ante otro Tribunal consular (31), (artículo 105 y siguientes), también regulado proceduralmente en las Ordenanzas; y lo mismo ocurre en cuanto al arbitraje extraordinario (32). Se admite el «ius novorum» a través de una cláusula general de tipo restrictivo, pero no exhaustivo (33) («ius novorum» en sentido lato; posibilidad de aportar nuevas pruebas si el órgano de apelación las admite por causa justificada).

Como se ve, el mismo desarrollo de los principios contenidos

juzgar *Sola Facti Veritatis Attenta* que ennoblecio nuestro venerable antecesor, el Consulado del Mar, de tan gloriosa memoria, cuya herencia espiritual hemos recogido y vive en nosotros, expedimos la presente por triplicado con envío de un ejemplar a cada parte para que les sirva a ambas de copia del Acta y comunicación del Laudo a todos los efectos y especialmente al primordial y obligado del cumplimiento puntual y exacto del mismo, contra el cual, no obstante, cabe la apelación prevista en el artículo 105 de dichas Ordenanzas, que debe dirigirse al Prior y Cónsul Mayor previo cumplimiento por el apelante, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 111.—Otrosí decimos: que los derechos y gastos de arbitraje devengados se soportarán en la forma y por quién o quienes se determine en el Acta transcrita, y a falta de previsión sobre el particular correrán a cargo de la parte condenada según y como es de Ordenanza (art. 100), que deberá pagárlos si antes no lo hizo, y sin más requerimientos, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de esta nuestra comunicación, en la Tesorería del Consulado o bien en el domicilio de la otra parte si fueron anticipados por ésta.—Dado en la Lonja de Valencia, a diez de enero de mil novecientos cincuenta y cinco.—El Prior y Cónsul Mayor ... (firma.) ... Firmado ... Firmado ... (rubricados todos los últimos, Cónsules 1.^o y 2.^o).

Esta Acta de arbitraje, se ajusta, en sus expresiones generales, a las fórmulas aprobadas por la Junta de Prior y Cónsules y al procedimiento establecido por el Consulado; pero sin que defecto de forma o de procedimiento u omisión, o cualquiera otra causa no esencial, sean bastante, por sí solas o reunidas, para invalidar un arbitraje, ni discutirlo y menos dejar de cumplir su laudo, salvo los casos de apelación reglamentaria (Estatuaria u Ordenada, diriámos mejor) (art. 100, párrafo último); la Ordenanza dice que las Actas se ajustarán, en cuanto sea posible, a las fórmulas, etc.). Cuantas actas de arbitraje consular actual conocemos, se ajustan a esta fórmula general.

El texto de tales actas indica como el Tribunal arbitral conjuga normas técnicas con la equidad; de tal tipo nos parece ser la falta de fundamentación técnica de las mismas, aunque lógicamente existe; ello se dirige a que «quede a salvo el buen nombre comercial de las partes contratantes», esto es, con fines de evitar sospechas de terceros sobre la buena fe de alguna de ellas—buena fe que puede faltar en algún caso, evidentemente—, y de mantener activas las relaciones comerciales entre las personas que integran el Consulado, mítando sólo por los beneficios del comercio.

(31) Nombrado por el Consejo del Consulado a propuesta del Gremio correspondiente o sin ella; se integra por miembros del Consulado incluidos en la lista de árbitros correspondiente, actuando uno de ellos—que será Perito consular—como Colega mayor—clásica expresión del Derecho procesal consular antiguo—(art. 106).

(32) El Tribunal de apelación en estas materias lo forma la Junta consular de apelación, formada según lo prevenido en los artículos 59, 60 y 107.

(33) «En los juicios de apelación, así de juicio ordinario como extraordinario, no pueden tenerse en cuenta pruebas o antecedentes que no hayan sido remitidos o sometidos a conocimiento del Tribunal o Junta que dictó el laudo apelado, salvo causa justificada a estimar por el propio órgano de apelación» (art. 108).

en el artículo 95, conduce a una regulación procedural, aunque amplia, elástica; el «orden de derecho» se conserva en el juicio consular, lo mismo que se conservaba en otros Consulados anteriores (34).

En realidad, y como se apuntó, el contenido del artículo 95 de las Ordenanzas vigentes, tiene el sentido de indicar el sistema de principios técnicos de adecuación y practicabilidad que debe formar el cauce del procedimiento, para mantener su ventaja sobre otros. Las necesidades de economía procesal, subsisten siempre en cuanto al tráfico mercantil; la extensión y carestía del proceso civil español—y no sólo del español—actual, no son compatibles con el «estilo de mercaderes». Y de otra parte, la especialidad y gran cantidad de normas técnicas—y aún científicas—que presiden el comercio de cada mercancía o grupo de mercancías, hacen a esa materia apropiada para que los mismos conocedores, expertos en ella, debidamente escogidos por un organismo independiente, técnico y responsable, resuelvan las diferencias que puedan aparecer.

La ejecución de los laudos arbitrales, corresponde a los Tribunales ordinarios; aquí, el hecho de que la Ley de Arbitraje de 1953 haya derogado la parte correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento—especialmente el artículo 837 y ss. sobre ejecución de las «sentencias» de los antiguos amigables componedores—puede dar lugar a problemas, visto que el artículo 1.^º de la Ley de Arbitraje citada excluye de su régimen al de tipo consular que se examina, lo que podría ocasionar que las resoluciones arbitrales de los Tribunales consulares quedasen sin ejecución o que hubiera que acudir, para poder obtenerla, nada menos que a un proceso declarativo previo; pero razones de lógica procesal han conducido (en el único caso de ejecución forzosa de una resolución de aquel tipo que se ha conocido hasta ahora en Valencia), a considerarla como una sentencia judicial, entrándose por el Juzgado de 1.^ª Instancia correspondiente en su ejecución sin más que examinarse por él la firmeza de la resolución que se trataba de ejecutar (35).

*Universidad de Valencia,
marzo de 1956.*

(34) «Si de las tales sentencias o autos definitivos se apelare por alguna de las partes, haya de ser para ante el Corregidor y Colegas, y no para otro Tribunal; y se ha de otorgar la apelación por Prior y Cónsules, según orden de derechos» (parágrafo 15 de las Ordenanzas de Bilbao, recogidas en la Ley V, tít. II, Libro IX de la Novísima Recopilación; cfr. también la Ordenanza XVI de las del Consulado de Barcelona, de 1763 (Ley X del mismo tit. y Libro de la Novísima Recopilación).

(35) Tales son, a grandes rasgos, los hechos procesales ocurridos; sin embargo, los problemas que pueden plantearse en torno a ellos son de importancia.

La propiedad vista a través de los clásicos agustinos españoles del siglo XVI

BONIFACIO DIFERNAN, Agustino
Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Civil en la Universidad de El Escorial

EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD

La movilidad es una constante inexorable en la vida jurídica. La identidad consigo mismo, lo inefable en el Derecho.

Como la persona, el derecho sufre mutaciones ininterrumpidas, permaneciendo en su esencia e individualidad inalterado.

Esta aparente contradicción ha sido, en muchas circunstancias, la piedra de escándalo que ha servido para desviar la marcha racional del derecho en algunas de sus manifestaciones.

La propiedad, prolongación de la persona, ha oscilado a lo largo de los siglos de historia, entre el individualismo absoluto y el socialismo jurídico. En la época moderna esta homogénea oscilación se rompe con violentos ataques doctrinales y sociales a la propiedad. Hemos llegado a confundir lo esencial, lo inmutable jurídico, con lo accidental y dinámico del derecho. La propiedad se encuentra ante un peligro, y no precisamente por las confusiones sociales, sino más bien doctrinales.

Lo social moviliza el derecho. A su vez, lo social, como afirma Hitze, es un problema esencialmente económico. Y aunque estos dos factores movilizan lo jurídico, no lo destruyen.

En el terreno social no es única la orientación marxista, ni comunista, ni puede citarse como ejemplo único entre tantas convulsiones.

Apenas si hoy recordamos el criterio que formó la ley rusa de 1861 sobre la organización del Mir (Común). El Zar Alejandro II dió, con su famosa ley, el primer paso contra la propiedad individual, que el derecho romano clásico y la revolución francesa habían canonizado. Se le tacha de socialista. Lo fué. Introduce una verdadera revolución en el rancho jurídico. Confiere la consideración de ciudadanos y, por lo mismo, libera de la esclavitud a veintidós millones de esclavos. Dispone que se expropien las tierras de los señores y que pasen a propiedad de los comunes, para que las trabajen y exploten los individuos que forman el Mir. No fué robo. Fué una expropiación. El Es-

tado pagó a los propietarios el importe de cuatro quintas partes de las tierras quedando el resto para que lo paguen los nuevos propietarios. La única obligación que les impone es que las disfruten en común y paguen durante cuarenta y nueve años el 6 por 100 de la cantidad, que el Gobierno sufragó.

Alejandro III renuncia a la reforma de su antecesor, y aunque consigue con esto un reinado pacífico fué la causa de los trastornos posteriores. No llegaron a sus oídos las palabras de Toniolo: «el dilema es inflexible, o renovarse o desaparecer».

Alejandro, hijo, finge ignorar la imposibilidad de detener la palpitación acelerada del corazón gigante de una sociedad que se asfixia. No reflexiona sobre la función social que la propiedad desempeña en la vida, y con ello lanza contra la propiedad misma el peligro de desaparición, si ello fuera posible.

Doctrinalmente, germina pesimista la renovación y acoplamiento de la propiedad a las necesidades sociales actuales. Un coetáneo de ambos Zares, Fiodor M. Dostoyeuski, puede servirnos de ejemplo, con sus novelas sociales, que forman coágulos amargos en el subsuelo de una sociedad con imperativo de renovación. En sus escritos vibra persistente el grito histérico de Mascha, la joven esclava que pide redención (1).

«Consecuencia de todo esto—dice Pío XII (2)—fué el que las recíprocas relaciones de la vida social adquirieron un carácter exclusivamente físico y mecánico... La majestad y la dignidad de la persona humana y de las sociedades particulares resultó herida, rebajada y suprimida por la idea de que la fuerza crea el derecho; la propiedad privada llegó a ser para los unos un poder dirigido a explotar el trabajo de los demás, y en los otros engendró celos, envidias, descontentos y odio.»

La propiedad positiva se ha enfrentado en algunos momen-

(1) En el mismo año, 1861, Dostoyeuski escribe en el «Diario de un escritor» el cuento de *Mascha y Fedia*. Obras completas, tercera edición. Aguilar. Madrid, 1946, tomo II, pág. 1.413. «¡Qué grito lanzó Mascha, y cómo se arrojó a los pies de su hermano! Lo besaba, lo salpicaba de lágrimas, temblaba toda, le faltaba la voz. ¡Redímeme, hermano, redímeme! ¡Que el Señor te bendiga, rico amo! ¡Redímeme! ¡Señor, ven en nuestra ayuda!...»

—Mira *Mascha*—dijo *Fedia*—déjame algún tiempo. Es preciso pensar bien las cosas.

—No hay que pensar nada, *Fedia*. ¡Redímeme en seguida..., en seguida, hermano mío!

—No es tan llano el camino, *Mascha*—salté yo—. Hay que vender lo último que nos queda. ¡De qué vamos a vivir luego?

—Trabajaré, hermano..., trabajaré sin tregua. ¡Saltaré, bailaré para divertir a la gente... Yo seré tu criada en cuanto quieras, pero redímeme! ¡Hermano mío, redímeme! ¡Mira que he sido hasta aquí muy desgraciada! No he tenido día feliz ni sueño tranquilo. ¡Ten piedad de mi juventud! Porque si no no viviré... ¡Me quitaré la vida! ¡Anda, redímeme, redímeme! Ve a verla.»

(2) Pío XII: «Discurso y Radiomensajes de su Santidad» (Radiomensaje Navideño al mundo, 24 de diciembre de 1941). Ed. Acción Católica Española, tomo III, pág. 346, Madrid, 1948. Trad. Mons. Pascual Galindo.

tos de la historia con la propiedad natural formando dilema. Lo actual y lo jurídico llegaron a odiarse. La persona que es el supuesto afectado por la contienda con sus principios inefables, naturales y trascendentales, ha inclinado la balanza en los acontecimientos. Y como efecto de la incomprendición acerca de la función Social que tiene la propiedad, se precipitaron dolorosas convulsiones para renovar lo que era necesario rehabilitar y que en muchas ocasiones, como en el caso del Zar Alejandro III no llegaron a comprenderse.

Esta necesidad de rehabilitación aparece con insistencia en las encíclicas de los últimos Papas y prevén los peligros en los que podemos caer. «El habei dado Dios la tierra a todo el linaje humano, para que use de ella y la disfrute, no se opone en manera alguna a la existencia de propiedades particulares» (*Rerum Novarum*). Sin embargo, siguen afirmando los Papas, «debemos evitar cuidadosamente el chocar contra un doble escollo. Cómo, negado o atenuado el carácter social y público del derecho de propiedad, por necesidad se cae en el llamado individualismo o, al menos, se acerca uno a él, de semejante manera, rechazado o disminuido el carácter privado e individual del derecho, se precipita hacia el colectivismo» (*Quadragesimo Anno*).

El programa revolucionario, y pacífico a la vez, marcado por Pío XII en su discurso en la fiesta de Pentecostés de 1941, es el de la Iglesia Católica: «Que los bienes creados por Dios para todos los hombres lleguen con equidad a todos, según los principios de la justicia y de la caridad». Este es el problema de la Propiedad.

Hoy realizamos su estudio con una orientación investigadora, comentando añosos principios, manejados por los maestros del Siglo de Oro español. Sus estudios reflejan un campo muy extenso, pues se realizan bajo la influencia teológica-moral y jurídica, hermanadas con una filosofía, que en pleno descenso del siglo XX, aún le queda algo que decirnos.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL SIGLO XVI

La situación de la propiedad en siglo XVI, fué decadente. Esto obligó a los teóricos a plantearse todos los problemas que la propiedad lleva consigo, desde el problema de su existencia. La propiedad cualitativamente atomizada nos presentaba series indefinidas de titulares con capacidades jurídicas limitativas las unas de las otras. No sabíamos en múltiples circunstancias cómo armonizar la propiedad con las capacidades plenas de disfrute que tenían los extraños a la propiedad misma y frente al «dominus» que momificado podía tartamudear, bajito, para que no se divulgase, que la propiedad era suya.

La propiedad, derecho fundamental y básico de los restantes

derechos reales, se veía tan estrujado, que pasaba a ser un accidente moral de los bienes. Aunque en la teoría siempre se salvó la permanencia esencial de la (habitudo) como prolongación de la persona, sujeto dominical. El estudio de la persona y el estudio de la propiedad se entrecruzan y complementan, como iremos viendo al plantearnos los distintos problemas que nos presentan los elementos de la propiedad.

Los escritores clásicos distinguen claramente la propiedad en sí misma, como institución, de la propiedad positiva reguladora del movimiento real cotidiano de los bienes. Aquella, esencial, ésta, hechura de las variantes sociales e históricas. Estudian con preferencia la propiedad como derecho inamovible basado en principios filosófico-teológicos. La propiedad forma, o contribuye a formar, la personalidad.

El estudio de la propiedad lo dividen en cinco partes: Primera, de la naturaleza y esencia de la propiedad. Segunda, sujeto. Tercera, del objeto de la propiedad. Cuarta, división. Quinta, modos de transferir la propiedad (3).

La primera cuestión que se nos presenta es etimológica. Todos nuestros escritores utilizan la terminología dominio, en vez de propiedad. La razón es muy lógica, pues en la época a la que nos remontamos, como afirma Gregorio López, este término era usual, pues en la división de la propiedad, el dominio era más general y abarcaba el dominio directo. Otra razón, la Edad Media recibió del derecho romano las tres denominaciones. Mancipium, Dominium y Proprietas. Todas ellas responden a modalidades, accidentales quizá, pero influyentes en la institución. El primero responde a una forma de transmitir la propiedad, el segundo a la relación familiar y de disposición del Pater familias, y el tercero como dominio personal e independiente de la familia.

Nuestros autores viven en su ambiente, y le siguen, considerando siempre la denominación como accidental en su estudio. No dejan por eso de acilarar la terminología y sacar su partido de ella en sus estudios. Aragón (4), al hablar de la terminología, distin-

(3) MIGUEL BARTOLOMÉ SALÓN, O. S. A., *De iustitia* (De dominio) Q. 1.^a, Ed. 1591. Valencia, Cole. 304 y ss. Bibl. Escorialense, 57-VI-13. «Continebit autem haec disputatio quinque potissima capita seu quaestiones. Prima erit de essentia et natura dominii. Secunda, de subiecto, quis sit capax dominii. Tertia, de obiecto dominii, id est quae res dominio hominum possint subiacere. Quarta, de divisione dominiorum et rerum, fuerit no licita, et quando incooperit. Quinta, de translatione dominiorum, quae ratione dominio rerum valeat tuta conscientia ab uno in aliud transferri ultra citroque singulas autem quaestiones.»

PEDRO DE ARAGÓN, O. S. A.: *De iustitia et iure*, Q. 63, pág. 125. Ed. Salamanca, 1590. Bibl. Escorialense, 2-IV-4.

(4) ARAGÓN: Q. 62, pág. 126: «Sed differentia est in eo quod dominatio, et dominatus fuere semper dicuntur de imperio, quod in subditis hominibus exercetur, sive id legitimum sit, sive secus. At vero dominium significat hoc, et etiam facultatem, qua quis utitur in aliis rebus sensu, ratione carentibus. Itaque in domo et in fundo habere te dominum recte dixeris, dominatiorem autem et dominatum non recte.»

gue entre dominación (*dominatio*), el señorío (*dominatus*), y dominio (*dominium*). Los dos primeros términos los emplea al referirse al señorío ejercido sobre los súbditos en calidad personal con unas facultades más bien directivas que dominativas. En cambio, el tercer término lo emplea como facultad, poder justo ejercido sobre las cosas desprovistas de personalidad.

Al penetrar en la naturaleza de la propiedad la incluyen en el género derecho.

El derecho, estudiado por los clásicos, nos introduce en su doble formalidad objetiva y subjetiva. El derecho objetivo, en sí, ontológico, es lo justo existente en las cosas y regulado por una ley (5). En cambio, el derecho subjetivo es relacionado con un sujeto apto y se caracteriza por la actualización facultativa del sujeto.

El derecho subjetivo es el género, facultad sobre la cosa, la propiedad es la especie: potestad plena y absoluta de usar de la cosa (6).

Aquí tenemos un adelanto a las opiniones manifestadas por Azcárate, Sánchez Román y De Diego al entender el dominio como «el más alto y comprensivo poder que corresponde al hombre sobre las cosas de la naturaleza exterior».

La propiedad pertenece al derecho subjetivo, pero no se identifica con él mismo. Salón (7) resume las relaciones existentes entre ellos en cuatro conclusiones: primera, toda propiedad es un derecho, pero no viceversa; segunda, no todo derecho del superior sobre las cosas inferiores puede llamarse dominio; tercera, no toda potestad sobre la cosa, para utilizarla en propio aprovechamiento, es propiedad; cuarta, no es necesario para que exista el derecho de propiedad que el propietario pueda usar y abusar de la cosa, es suficiente que la pueda utilizar en todo lo no prohibido por la ley.

La misma clasificación explica Aragón.

Se trata de un derecho potestativo, pero específico, que relaciona la persona con la cosa, con unas modalidades propias y típicas que la independizan de cualquier otro derecho.

Para más claridad estudia Salón (8) los dos sentidos que se

(5) ARAGÓN: Q. 57, a. II, pág. 4.

(6) SALÓN: Q. 1.^a; a. I.^a, col. 306: «Distingui ius et dominium tamquam superius et inferius, ita ut ius sit quid superiorius significans quancunque potestatum atendi re; dominium vero sit inferius, et significet potestatem plenam, et omnianodam utendi re....»

(7) SALÓN: Q. 1.^a; a. I.^a, col. 308: «Conclusiones: Prima, omne dominium est ius, sed non viceversa; nec sunt ita idem ut convertantur. Secunda conclusio. Non omne ius superioris in inferiores est dicendum dominium. Tertia conclusio. Non omnis potestas atendi re in proprium comodum est dominium. Quart'a conclusio. Ad dominium non est necesse ut possit uti dominus re sua in omnes usus, sed sit est ut possit uti in omnes nulla lege prohibitos.»

(8) SALÓN: Q. 1.^a, a. I.^a, col. 309: «Possimus nihilominus, ut gravissimos istos Doctores concilieremus dicere, dominium duobus modis accipi posse primo

han dado al dominio. La primera acepción es amplia y común a toda relación existente con la cosa poseída, cualquiera que sean los términos de esa relación. La segunda acepción, más restringida y más propia, en cuanto establece un orden y derecho sobre una cosa inferior y sometida, que el propietario puede convertir en su propia utilidad. La primera tiene una convertibilidad entre el dominio y el derecho. En cambio, la segunda sólo afecta al derecho que el propietario tiene sobre sus propios bienes.

La propiedad, en sentido estricto, la definen los clásicos con relativa exactitud. Salón (9) define el dominio como «el derecho

ampla et commune acceptance, pro ordine et habitudine ad rem aliquem utcumque possesam, sirve res illa superior sit, sive inferior, sive pars substantiae naturalis, sive bonum aliquod temporale, sive commune, sive privatum... Alio modo accipitur contractus et magis proprie pro ordine et iure in rem inferiorem et subiectam, quam potest convertire dominus illius in sui utilitatem... Ex his duabus significacionibus in priore illa dominium convertitur cum iure. In secunda vero et propria tantum convenit dominium iuri dominativo et herili quod quisque habet in bona fortunae sibi propria...»

(9) SALÓN: Q. I.^a, a. I.^a, col. 310: «His positis propria et acomodata definitio dominii est, *ius seu facultas propria, libera et voluntaria ueniendi rebus sibi subiectis ad propriam utilitatem in omnes usus, iure sibi permisso*. In qua definitione ius seu facultas est velut genus, reliqua differentiae locum habent. Opponitur in hac definitione in primis vox illa propria, tanquam distinguens dominium a possessione saepe enim contingit ut habeat quis alicuius rei possessionem, non tamen dominium, eo quod nondum habeat rei illius proprietatem sed illa adhuc sit sub lite. Ad propriam utilitatem, ad differentiam iuris quod habet Rex in cives. Dicimus ad omnes usus, ad differentiam iuris quod habent uenarius et usufructuarius, qui habent quidem ius in fructus, non autem dominium in rem, quia non possunt ea uti ad omnes usus, non enim possunt eam vendere aut distrahere. Dicimus in usus, nulla lege impeditos propter pupilos uxorem et primogenitos nobiles quae habent verum quidem dominium non tamen in omnes usus, sed in eos quos lex ipsis concedit... Quod vero haec definitio exacta sit, patet primo, quia solus homo dicitur dominus suarum operationum, quia potest eis uti ad suam utilitatem in omnes usus sibi licitos. 2.^a Ex communione omnium hominum conceptione: omnes enim homines cum iudicant solo instinctu naturae dominium alicuius rei, qui habet ius et facultatem in illam qualem haec definitio exprimit. 3.^a Si admoneas et arguas prodigum suaec prodigalitatis, solet ita respondere, nonne ego sum dominus meorum bonorum...»

Q. I.^a, a. I.^a, col. 311: «Observant hic aliqui in definitione dominii addi optime sine iniuria, ut quis possit uti bonis in omnem usum sine alterius iniuria, quia si ita maxime exponatur natura dominii, quia prodigus licet peccet contra virtutem liberalitatem, non tamen contra iustitiam, cum sit verus dominus; quod ex eo cognoscitur quia nulli facit iniuriam sua prodigalitate: finis vero non est dominus, quia facit iniuriam, sed eo ipso quo dicimus cum uti rebus sibi iure subiectis, significamus sine alicuius iniuria, nam qui iure suo uitetur, aut iure aliquid facit, nulli facit iniuriam... Admonent etiam hic aliqui non esse necesse addi illam partem in usus lege permissos... Nihilominus optime apponitur illa pars, quia dominium est ius et facultas iure gentium introducta, legum quoque instarum observatio in comertiis et contractibus est ab omnibus gentibus recepta, et ita non est quid extrinsecum vel accidentarium sed maxime proprium dominio, ut sit ius in omnes usus lege permissos. Dicere etiam possumus in illa voce usus contineri istam ultimam clausulam lege permissos, quia usus qui non est lege permissos non est revera usus, sed abusus, tunc etiam potestas ad talium usum non est facultas, id est iuridica potestas, quod sonat hoc nomen facultatis, imo nec moraliter loquendo est dicenda potestas cum id tantum pos-

o facultad propia, libre y voluntaria de usar las cosas sometidas a una persona para utilidad propia, en todos los usos permitidos por el derecho».

Es derecho o facultad, como género. No olvidemos que se refiere al derecho subjetivo, relacionado siempre con el sujeto y para ellos con la persona. El derecho de propiedad en tanto existe, en cuanto le consideran como una proyección de la persona. Por esta razón identifica «derecho y facultad». Derecho consciente y subjetivo que se prolonga fuera de la persona. Sólo del hombre puede decirse que es dueño de sus operaciones, pues puede emplearlas para su propia utilidad. El hombre siente el derecho de propiedad hasta por instinto.

La facultad dominical es, como afirma Salón, «iuridica potestas», una potestad jurídica, lícita y posible.

Esta facultad proviene del derecho de gentes. Propia, quiere decir que existe estrecha e íntima relación entre el sujeto y el objeto y que el derecho de propiedad se efectúa con personal y auténtica voluntad dominical. En su exposición, afirma Salón, que este adjetivo nos sirve para diferenciar la propiedad de la posesión. El dominio es la facultad, señorío sobre la cosa, mientras que la pro-

simus quod iure possumus, optime tamen additur, nec frustra ad illustrandum definitionem, et explicandam magis naturam definiti...»

Q. 1.^a, a. 1.^o, cols. 311-313: «Ex his facile est colligere, quid sint, et quo modo distinguantur, haec dominiae Dominium, possessio, usus nudus seu solus, Usufructus, Emphiteusis, et Titulus... has voces usus et usufructus bifariam sumi posse, primo modo, pro ipso actu utendi et fruendi... secundo modo, pro iure et facultate exercendi illum actum in re possessa, quod ius revera differt ab illo actuali usu... sumuntur pro iure et facultate ipsa utendi et fruendi... Sic ergo ista differunt, ut dominium sit facultas utendi re tanquam sua et propria in omnes usus, respiciatque dominium tam fructus rei quam substantiam: potest enim dominus locare, vendere, donare, effundere, evertere, etc. Usus autem et usufructus qui ex ea percipiuntur... Possessio secundum aliquod est voluntaria detentio rei firmata beneficio legis, sed haec definitio materialis tantum est... unde sic formaliter definitur: Ius ortum ex voluntaria et iusta rei detentione per aliquem actum externum firmatum iusta lege. Dicitur libera et voluntaria, quia deficiente consensu voluntatis non est possessio, cum homo per voluntatem et liberum arbitrium possideat, quicquid possidet. Iam quoniam voluntas nisi exteriorius manifestetur non sufficit, additur per actum externum seu corporalem... Demum quia id quod detinetur contra ius non possidetur juris administriculo interveniente vel iusta lege firmatum, ad excludendum iniquam possessionem, quae proprie non est possessio, sed usurpatio... Ius ergo detinendi sub suo dominio illam rem per aliquem actuum externum iusta lege firmatum est possessio: detentio autem effectus possessionis... Emphiteusis est quoddam genus dominii simile usufructus, sed extendit se ad plura, quia emphiteuta re illa potest uti et frui, et illam testamento vel in dote alteri mandare, vel onerare sine facultate alterius, unde emphiteuta non vocatur dominus absolute, sed dominus utilis: ille vero a quo facultas ad vendendum, ad onerandum, vel mutandum accipienda est vocatur dominus directus... Titulus est fundamentum dominii, unde dicendi esse dominium huius rei, dicimus ostende titulum, id est, fundamentum, dominum autem est facultas quae nascitur ex illo fundamento et velut habitudo ac relatio dominii ad rem cuius est dominus: quemadmodum ergo relatio realis differt a suo fundamento, et effectus a sua causa, ita titulum et dominium non possunt esse idem, sed revera debent distinguiri.»

piedad es la relación objetiva de pertenencia y unidad jurídica con la persona

Al comentar la capacidad que tiene la persona de servirse de las cosas en utilidad propia, da un salto al campo del Derecho público y maneja un principio de pura raigambre española, pues afirma que esta expresión la introduce en la definición para diferenciar este poder de aquel otro que tienen los reyes sobre los ciudadanos. Esta doctrina política, ampliamente comentada por nuestros clásicos, es la exposición doctrinal más perfecta que se ha hecho hasta hoy de la democracia perfecta, en que los Reyes y Jefes de Estado tienen un poder, pero de dirección, no de señorío, y una obligación de servicio a los ciudadanos y a la nación.

El propietario puede, con poder justo, disponer de lo suyo como quiera y emplearlo en todos los usos permitidos por el derecho.

No admiten los clásicos un poder absoluto o facultad de abuso frente a lo justo. Para los clásicos hay una regulación en el concepto de propiedad, que, a veces, se opone, contradice y coarta la voluntad del dueño en relación a su mismo derecho.

Salvan la libertad sin aceptar el individualismo jurídico. La propiedad no es como la define Troplog, «un derecho inviolable de la libertad humana de ser respetada en su obra de dominación». La facultad dominativa, para Salón, es general, pero no absoluta. Deberá someterse al derecho.

El uso debe ser siempre conforme a la ley, y en aquellos casos en que el uso no esté permitido por la ley, no se puede hablar de usos sino de abusos, pues no existe facultad, «iuridica potestas», sino una poder antijurídico.

Pone de manifiesto la diferencia que existe entre el dominio y otros derechos subjetivos.

En relación al uso y usufructo afirma que estos derechos pueden entenderse en dos sentidos diferentes. El primero, como el acto mismo de usar y disfrutar, y segundo, el derecho y facultad para ejercer el acto sobre la cosa poseída. Estos dos sentidos se diferencian del contenido que tiene el dominio. La facultad de utilizar la cosa, en el dominio mira al fruto de la cosa y a la sustancia. No así al referirse a los demás derechos limitados. Al estudiar la diferencia que existe entre la posesión y el dominio aclara el concepto de posesión y da dos definiciones de la posesión. Una material, otra formal.

En la primera dice que la posesión es una tenencia voluntaria de la cosa, garantizada por la ley. Y formalmente define la posesión: Un derecho nacido por la justa y voluntaria detención de la cosa mediante algún acto externo, garantizada por la ley. Se detiene a considerar el papel que desempeña la idea de «libre y voluntaria», y afirma, que faltando el consentimiento no es posesión, pues el

hombre posee en virtud de su voluntad y libertad. Cuando la detención es contraria a derecho no hay posesión sino usurpación.

El fundamento del dominio es el título justo, y conforme a la ley. Insiste en la absoluta diferencia que existe entre el título en sí y el dominio, equivalente a la diferencia que existe entre causa y efecto.

Aragón (10) define el dominio como «la facultad propia de utilizar la cosa en todos los usos permitidos por las leyes, refiriendo y ordenando la misma cosa en propia utilidad y provecho».

Hace Aragón, como Salón, un análisis detenido de todos y cada uno de los términos de la definición. Es de suma importancia la relación que establece entre el dominio y la libertad. El «dominus» puede disponer de lo suyo, y en virtud de este principio maneja la propiedad con plena libertad jurídica y moral.

Maneja con soltura Aragón (11) la diferencia entre el derecho de propiedad y la actualización o función de la misma. Afirma que pueden encontrarse el uno sin el otro. Ambos deben ser precedidos por el título que es el fundamento del dominio. El dominio es relación (habitudo) entre el propietario y la cosa poseída. La razón por la cual existe tal posición (habitudo) o relación, es el título de dominio. Relaciona directamente el fundamento con la causa.

Plantea también Aragón un problema de actualidad, la diferencia entre el dominio en acción, funcional, y el derecho de uso de aquellas cosas que se extinguen con el uso. Afirma que la diferencia que existe entre los dos derechos es esencial y afecta a la naturaleza misma de los derechos. Existen ambos derechos indepen-

(10) ARAGÓN: Q. 62, pág. 127: «Dominium est facultatem propriam utendi re in omnes usus lege permissos, referendo et ordinando eandem rem in propriam utilitatem et commodum.

Facultas: quae idem est ac potestas iuridica, et legitima secundum leges et iura.—Propria: tanquam differentia distinguens dominum a possessione.—Utendi re in omnes usus: ad differentiam usus et usufructus, *in quibus iuribus?* non potest alienare rem secundum substantiam, sed salva substantia rei solum potest eius fructibus uti et frui.—In omnes usus lege permissos: Referendo et ordinando eam rem in propriam utilitatem et commodum: ad differentiam omnium aliarum specierum iures, propriam utilitatem et commodum convertere.—Nam dominium, quia est facultas utendi re pro libito sui domini, fit, ut ita versetur circa substantiam rei possesae ut dominus.

(11) ARAGÓN: Q. 62, p. 128: «Ius est quid distinctum ab ipsa actione, quia potest unum sine alio inveniri». «Titulus dominii distinguitur a dominio, sicut fundamentum a relatione. Dominium enim est quedam habitudo inter dominium, et rem possessam. Fundamentum autem, ratione cuius in dominio existit talis habitudo, seu relatio, est titulus domini, vel electio... vel emplio—aut donatio, aut nativa haereditas, vel praescriptio in aliis rebus quae constant esse quid distinctum a dominio, et causa et fundamentum illius...»

«Est gravis difficultas, an in rebus usu consumptilibus, usus et dominium distinguntur sic pecunia, cuius proprius usus est, illam in alienum dominium transferre... non est sermo de distinctione istorum secundum esse naturale. Haec enim tractatio proprie pertinet ad logicum et metaphysicum et est facile videre, aliud esse vintum, et aliud usum vini in esse rei. Sed quod querimus est, an in huiusmodi rebus possit usus sine dominio inveniri vel e contra.

dientemente uno de otro. Emplea varios argumentos (12) para probar su naturaleza distinta. La propiedad se extiende a todos los usos y disposiciones no prohibidos por la ley. Lo confirma con un ejemplo; cuando se invita—dice—a uno a comer, se le transmite el uso de los alimentos que toma sin que se haga un traspaso de la propiedad. En caso de extrema necesidad tenemos que socorrer al necesitado, pero no tenemos la obligación de trasmitirle la propiedad. La propiedad sigue perteneciendo al titular mientras exista, pues la obligación impone el transmitir el uso, que en las cosas consumibles hace desaparecer la cosa, pero pudiera darse el caso de una futura restitución o indemnización. Y esto se explica, porque no se pierde la «habitudo» hacia la cosa. Se trata de un caso odioso, perjudicial para el propietario, pero que el bien social lo exige. Se va a privar al propietario de sus bienes. Este expolio sólo se justifica ante la necesidad absoluta y extrema. Pero «Odia sunt restringenda». Debe atenderse la necesidad, pero perjudicando lo menos posible al inocente propietario. Como la necesidad se cubre con la transmisión del simple uso de la cosa, no debemos atribuirle el uso y propiedad de la misma cosa. Se empobrecería un titular y se enriquecería otro sin causa justa.

En la conclusión expone una opinión intermedia. Afirma que en aquellos casos en que la cosa perece directa e inmediatamente con el uso, no existe diferencia con el dominio. Bien entendido que se trata en ambos casos de su sentido funcional, no de la esencia de los mismos derechos.

SUJETO DE LA PROPIEDAD

Como una consecuencia de la doctrina expuesta sobre la relación íntima existente entre la persona y la propiedad, los clásicos dan suma importancia al estudio del sujeto de dominio.

Considerábamos la propiedad como una prolongación de la

(12) ARAGÓN: Q. 62. p. 129: «Ad hoc, ut quis habeat dominium aliquius rei, non est satis, quod uti illa, sed ultra hoc requiritur quod posset illam consumere alienando, donando, vendendo, et utendo illa quocumque alio usu lege permisso, ut ex definitione dominii superioris posita licet colligere.»

«Quando quis amicos convivio excipit, non facit eos dominos escuentorum, et poculentorum, quibus mensa extruitur, quia nec illis facit facultatem illa surripiendi, ut in propriis domos importent, nec vendendi, aut donandi, sed tantum concedis eis usum... ergo in rebus usu consumptibilibus usus et dominium distinguuntur.» «Possunt monachos habere proprium in commune, licet illud nemo habeat in particulari, ergo possum ego particularis monachus vesci communibus, quamvis non sit particularis eorum dominus.» «Ego teneor succurrere pauperi extreme indigenti, non tamen teneor in illum transferre dominium eius rei, qua indiget, verbi gratia, panis, sed tantum usum, ergo usus et dominium in rebus consumptibilis distinguuntur.» «In rebus usa consumptibilibus, usus et dominium non distinguuntur, ex quo fit, ut harum rerum usus nulli concedi possit quin etiam concedatur dominium. Et loquor solum de illis rebus, quae unico tantum actu consumuntur, non de aliis utensilibus, quae per aliquod tempus in suo uso durare possunt, quales sunt libri...»

persona. Esta prolongación puede tener dos direcciones distintas. La una, de dentro a fuera, de creación o producción, efecto que llevará siempre parte de aquella persona que le sirvió de causa. Si filosóficamente se exige la identidad de naturaleza entre la causa y el efecto, más en este caso, en que se trata de una relación más íntima que la existente entre causa y efecto, pues se trata de una relación entre las distintas partes de un todo esencial. Son las partes de un supuesto, que forman una personalidad.

El sujeto en la propiedad, es el «supositorum» para que exista la «facultas», o poder jurídico. Se requiere un sujeto facultado, capaz de actuación jurídica y con unidad típica y relacionada.

El primer problema que presentan nuestros clásicos es el de la naturaleza del sujeto de dominio, y en análisis detenido sobre cada uno de los supuestos posiblemente capaces de titularidad dominical sacan esta conclusión: Todos los seres racionales pueden ser capaces de dominio, cada uno en su plano, naturaleza y acomodación.

Los supuestos inanimados, dice Salón (13), no son capaces de dominio. Lo demuestra por la naturaleza misma del dominio, que lleva consigo, de una manera intrínseca el libre uso de la cosa dominada (El «libera» de la definición) por parte del dueño.

Si los brutos, siguen afirmando, tuvieran el dominio sobre las cosas, quien les privare de ellas incurriría en una injusticia. Esto sería ridículo. El tercer argumento que esgrime en la prueba es, que el dominio es un derecho, como demostramos y consta en la misma definición. A los seres inanimados y a los animales no les compete el derecho, son incapaces de derecho. Luego también son incapaces de dominio. En cuarto lugar afirma que el que no puede gobernarse a sí mismo ni tiene la facultad de dominio sobre sus propias acciones, con dominio o disposición libre, aunque lo tenga, en el caso fisiológico, menos podrá gobernar sobre otras cosas ni dominarlas. Si el que tiene el dominio, puede mandar, prohibir, disponer de lo sometido, no pueden ejercer estas funciones derivadas del derecho, ni los seres inanimados ni los animales.

(13) SALÓN: Q. II.* a. 1, Co's. 326-329.—Inanimata et irrationalia non sunt capacia dominii.—Probatur primo ex fundamento proposito: Dominium dicit intrinsicē usum liberum rei, cuius est dominus... Secundo. Si bruta haberent dominium in has res, qui illis privaret brutum, facaret ei iniuriam, hoc autem est ridiculum... Tertio. Dominium est quoddam ius, ex definitione eius constat, insensilibus autem et irrationalibus ut docuimus, q. 57, art. 3, non convenit ius, ergo neque dominium. Quarto. Qui non valet governare se ipsum nec potest dominari suis actionibus, minus potest governare alia aut dominari aliis, cum constet enim qui praeest alteri, per proprias actiones praeceſſe et dominari, ut passim videmus, praecipiendo, prohibendo, conferendo, etc. at brutum cum non habeat intellectum et voluntatem non potest esse dominus suarum actionum... Sequitur quotiescumque in Sacris literis occurrent aliquae voces quae videantur dominium aliquod brutis tribuere, intellegendas esse metaphorice...

No tienen entendimiento, ni voluntad, para concebir y ordenar tales actuaciones.

No rehuye Salón el comentar aquellos casos en los cuales las mismas Sagradas Escrituras parecen atribuyen a los animales cierto dominio. Al analizar estos casos saca la conclusión de que se trata de un sentido metafórico del dominio.

Aragón (14) orienta su razonamiento basándose en la procedencia del dominio. Todo dominio viene de Dios, y Dios no se lo dió a ninguna criatura inanimada ni irracional, pues sólo lo transmite a aquellos seres que pueden actuar con libertad y voluntad. Los seres que no tienen facultad sobre sí mismos y sus acciones de ningún modo la podrán tener sobre las cosas extrañas.

Salón, de lo inanimado se eleva al creador para juzgar sobre su capacidad dominativa y señorial sobre las cosas. En una segunda conclusión (15) dice, que sólo Dios es verdadero y perfecto dueño del universo y de todo lo que en él se contiene. Antes de la creación del mundo tenía ya un dominio potencial y ahora un dominio actual y verdadero sobre todo lo existente. Esta conclusión, nos dice, es de fe y, comenta varios pasajes de la Sagrada Escritura, como el «Dominii est terra et plenitudo eius» (16).

Un argumento de razón, se basa en que todas las perfecciones que tenga el hombre, las tiene en grado superior el que pudo e hizo al hombre, pues si le dió unas perfecciones es porque El las tenía en mayor grado.

Aragón, veíamos en la conclusión sobre la incapacidad de los seres irracionales, que presuponía no ser estos seres sujetos de dominio, porque Dios no les había concedido esa capacidad. Pero en otros argumentos analiza con más detención la capacidad dominativa de Dios sobre todo lo existente, afirma (17), que no es

(14) ARAGÓN: Q. 62, p. 132. «Deus nullae creaturae ex irrationalibus, vel insensibilibus aliquod dominium dedit... ille solus potest habere aliquarum rerum dominium, qui operatur libere volens, et ex electione ut docet Aristoteles et S. Thomas.» Qui sui aut suarum actionum dominus non est. aliarum rerum externarum dominium habere nullo modo potest... sed creaturae irrationales non sunt dominae suorum actionum...

(15). SALÓN.—Secunda conclusio: «Deus est dominus vere et perfecte totius universi et omnium quae in eo continentur: ante mundi constitutionem potestate tantum, post mundi vero creationem revera et actu.—Haec est de fide. Ps. 23. Domini est terra et etc.—Segundo. Perfecciones quae convenient hominibus tanto excellenter modo competit Deo, hominibus convenit dominari, est quae in eis perfectio, ergo... Dicimus post mundi constitutionem quia antea, nec erat relatio nec dominium creatoris ad creaturam, nisi tantum in potentia, quae potentia ex parte creaturae accipienda est, cum Deus ita sit actus purus et perfectissimus ut omnis potentia sit expers.»

(16) Ps. 23.

(17) ARAGÓN: Q. 62, p. 131: «supponendum est primo tanquam certum, quod Deus est omnium rerum verus et legitimus dominus, iusta illud Psalm. 23: Domini est terra et plenitudo eius». «Secundo est supponendum quod omne ius, atque dominium in inferioribus existens derivatur a Deo tamquam a primo fonte, et tanquam ab uno, et summo omnium rerum domino.»

necesario probar que Dios es el dueño absoluto de todas las cosas. Pues es el que crea todo lo existente. El es el único que puede conferir esa capacidad o derecho. Refuerza el argumento al comentar las palabras del Génesis (18): Mirad que os he dado a vosotros toda hierba. El ha dado, luego tiene.

La tercera clase de supuestos que estudia Salón son los ángeles, y hace constar expresamente que esta conclusión es contra Domingo Soto (19).

Considera a los ángeles como sujetos capaces de dominio. Los ángeles son dueños de sus propias acciones y tienen un verdadero dominio en los cielos, lo mismo que sobre los elementos y sobre los hombres, tanto individualmente como colectivamente. La naturaleza de este dominio—dice—es un dominio civil e imperativo, semejante al que tienen los príncipes sobre la nación que gobernan. A pesar de encontrar esta doctrina tan natural y lógica lo prueba con toda clase de argumentos. Dios gobierna lo creado, tanto los seres inanimados como los animados y racionales, por ministerio de los ángeles.

La argumentación de Aragón es más acalorada. Da esta doctrina por cierta (20), pues al obrar dirigidos por el entendimiento e impelidos por la voluntad, y ser capaces de operaciones, éstas responden a los principios racionales. Son libres, con capacidad para obrar, luego tienen dominio sobre sus propias acciones. Afirma que puede y debe reconocérselos un dominio sobre los seres inferiores y aún sobre los hombres. Las razones que alega para confirmar esta doctrina son semejantes a las de Salón.

En cuarto lugar Aragón señala al hombre como único ser con capacidad de dominio entre los seres que pueblan la tierra. La primera razón es de orden dogmático (21). El hombre es el único

(18) Génesis c. 1. «Ecce dedi vobis omnem herbam, ut sit in escam et cunctis animantibus terraes.

(19) SALÓN.—Idem. Tertia conclusio contra Dominicum Soto. Angeli non solum sunt domini suarum actionum, verum etiam dominantur coelis, elementis et hominibus, tum singulis, tum etiam integris Regnis et Provinciis. Non quidem dominio herile, quale habet dominus in servum, sed dominio civile et imperativo, quale habet princeps, et gubernatur in Remp.—Probatur. Deus gubernat haec omnia opera et ministerio angelorum, et perducit ad suos fines nam quosdam praefecit coelis, alias elementis, alias animantibus, sed ad has res administrandas habet angelus ius, non minus quam magistratus aut rex, cui cura populi demandata est, neque posset a quo quam grave iniuria ab eo munere impediri, iuxta illud Paul. Hebr. 2.

(20) ARAGÓN: Q. 62, p. 133. «Est certum, quod angelii habent dominium euanoram operationum naturalium. Cum enim operentur per intellectum, et voluntatem, ex quibus propriarum operationum dominium provenit. Dico posse et debere concedi, quod angelii habent dominium aliquando supra haec inferiora, et non tantum supra res inanimatas, sed etiam supra homines. Probatur: Deus cuncta ista inferiora gubernat, et ad proprios fines perducit medio ministerio angelorum, quorum quosdam fecit praefectos coelorum alias animantium brutorum, alias hominum... ergo est dicendum, quod angelii aliquo modo habent dominium in haec inferiore.

(21) ARAGÓN: Q. 62 p. 132: Solis hominibus datum est a Deo omnium re-

que ha recibido ese poder de Dios. Dijo: «hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra», por lo tanto, dotado de entendimiento, voluntad y libertad.

Como argumento de razón recuerda que propio del dominio es el poder dominante sobre lo sometido.

Sólo el hombre puede y tiene ese poder frente a los seres todos que pueblan la tierra. Para Salón (22), el hombre y el género humano tienen capacidad para ser sujetos del dominio sobre todas las cosas, y hasta sobre su propia actividad. La primera prueba es que Dios, Señor de todo, le ha transmitido este poder. En la Sagrada Escritura dice que ha dado la tierra a los hijos de los hombres. En otro pasaje añade la Sagrada Escritura que dió al hombre todos los animales, peces, etc.

Más tarde añade: Os he dado toda hierba. Todo lo apto se lo dió para que le sirva de alimento. El dominio lleva consigo la facultad de disponer de las cosas siempre que no esté prohibido por la ley. Para esto se requiere la libertad, que es el fundamento de la propiedad, y ésta la tiene el hombre.

rum sublunarium dominium.—Genesis C. I. Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram... Faciamus hominem ad nostram imaginem, scilicet, intellectu et voluntate liberum». Ultimo: Domini est imperare, sed creaturae irrationales imperare non possunt est enim imperare rem aliquam in aliud finem ordinare».

(22) SALÓN: Q. II^a, a. 1, Co's. 330: «Cuarto conclusio: Homo, id est, Genus humanum est dominus harum rerum quae sub coelo et in hoc mundo sublunari continentur dominio participato a Deo. Probatur ratione, per voluntatem et donationem veri domini transfertur vere et realiter dominium in alterum. Deus est verus dominus harum rerum; transtulit autem et contulit dominium earum hominibus. Ps. 113. Terram autem dedit filiis hominum» Genes. 8. «Ecce dedi vobis omnia animantia terrae, omnes pisces maris manus vestrae traditi sunt», etc. Genes. 1. «Ecce dedi vobis omnem herbam». Secundo, omnis res est propter suum finem estque illi subiecta, est autem homo finis omnis creaturee corporeae et huius mundi sublunaris. Tertio, dominium est facultas intendi re in omnes usus, lege permissois, hanc facultatem habet rationalis creatura. Fuit ergo maxime consonum rationi, ut haberet homo omnium rerum huius universi dominium, quo sit ut fundamentum dominii in homine sit liberum arbitrium ipsis, quod habet ut intellectualis creatura. Offert se hic dubium, an parvuli et infantes ante usum rationis, tunc etiam et arnentes sint capaces dominii? Et ratio dubitandi est, quia dominium includit usum rei per propias et liberas actiones intellectus et voluntatis... quas non habent parvuli, nec hi qui incident in perpetuam amentiam... Sit nihilominus prima conclusio: Parvuli et infantes sunt veri domini suorum bonorum, etiam ante usum rationis. Si quis accipiat bona infantis infert illi iniuriam, committitque furtum contra ipsum, ergo est verus dominus... Parvulus est vere haeres ut docent omnes leges. Ratio in oppositum nihil valet, nam licet non utatur adhuc infans suo intellectu et libero arbitrio, sat est illum habere istas potentias... Secunda conclusio: Parvuli et perpetuo amentes non possunt habere dominium gubernativum et polyticum. Tertia conclusio: Amentes quamvis perpetui, retinent penes se dominium herile et civile, seu possessionem, suorum bonorum, licet priventur iustis legibus eorum administratione. Probatur, quia dantur ipsis a Rep. tutores sicut parvulis, qui tutores non sunt domini illorum bonorum, sed mere administratores...»

Luego tres pueden ser los sujetos del dominio: Dios, los ángeles y los hombres.

El mismo Salón se propone la duda siguiente: Si el dominio lleva consigo como algo natural el uso racional, voluntario y libre de las cosas, los niños y los dementes no pueden ser sujetos del dominio. Resuelve la dificultad en tres conclusiones certeras y atrevidas.

Primera conclusión: Los hombres son verdaderos propietarios de sus bienes, aún antes del uso de razón. Es cosa cierta, dice, que si alguno se apodera de los bienes de los niños comete una injusticia y un robo contra el niño; luego la conclusión es evidente: que es verdadero dueño de los bienes que pueden serle quitados. También es ley general que el niño no pueda hacer uso de sus potencias espirituales en orden a la disposición de sus bienes, pero no carece de esas potencias; luego no tendrá el uso, de momento, de sus bienes, pero sí la propiedad.

Segunda conclusión: Los infantes y los habitualmente trastornados mentales no tendrán el dominio administrativo y representativo (*gubernativum et polyticum*) de sus bienes.

Tercera conclusión: Los deficientes mentales, aunque sea con carácter absoluto y vitalicio, conservan la propiedad dominical y civil y la posesión de sus bienes, aunque sean privados de su administración por las leyes. Estas mismas leyes les nombran tutores como a los niños, pero no se trasmite a los tutores la propiedad, sino la administración de dichos bienes.

Se presentan en la época medieval algunos errores dogmáticos con repercusiones civiles y más en concreto en el campo del derecho de propiedad. En primer lugar los Valdenses, o pobres de Lyón, y más tarde Juan Vicleph y su secta ponían el fundamento de la propiedad en el estado de gracia. El hombre recibe el poder sobre las cosas, pero sólo en cuanto esté en comunicación amistosa con Dios. En el momento que el hombre cae en pecado, a la vez que la gracia de Dios, pierde totalmente el derecho de propiedad sobre todos sus bienes. Su base dogmática para esta absurda conclusión está en la carta de San Pablo a los romanos en el cap. 13, al afirmar el apóstol: Toda potestad y dominio viene de Dios.

Nuestros clásicos, que a la vez que juristas y moralistas eran excelentes teólogos, esclarecen a la vez lo dogmático y lo civil. Salón (23) sienta la doctrina siguiente: La potestad y el dominio

(23) Salón: Q. II, a, 2, Col. 335, ss.: «Potestas et dominium earum rerum, quae homo possidet, non innititur gratiae et charitati, quasi gratia vel charitas sit titulus vel fundamentum alicuius dominii temporalis, quin amissa etiam charitate, manet peccator dominus eorum quae ante iuste possidebat, et cum dignitate antea habebat... At gratia et charitas sunt res occultae, de quibus nemo certus esse potest, nec in ipso, ergo nequeunt esse fundamentum dominii. Esse maxima occasio bellorum, perturbationum, ac commotionum... Haec conclusio est definita in concilio Constan, sess. 8. errore. 4, 8 et 15 ubi damnatus est error Vnicleph...»

de las cosas que tiene el hombre no se apoyan en el estado de gracia o de caridad, en tal forma que estas virtudes sean el título o fundamento de la propiedad temporal, y no puede admitirse la consecuencia de que la propiedad se pierde en el momento en que se pierden tales virtudes. La gracia y la caridad son virtudes internas y no puede apreciarse su existencia o defecto con certeza suficiente para poner en ellas el fundamento o título del dominio. Sería, más que fundamento de la propiedad, motivo de discordias continuas. Además del argumento de autoridad, cita el Concilio de Constanza que condena a Vicleph. Sigue con los Santos Padres y teólogos. Todos, excepto el Hostiense.

Argumento de razón: El fundamento del dominio civil es una facultad, efecto de la libertad, y ésta se encuentra tanto en los infieles como en los creyentes.

Como remache la tercera conclusión: La gracia y la caridad no atribuyen a los justos nuevo dominio, ni más fuerza al anterior, ni conceden al justo más derecho sobre sus bienes de lo que tiene el pecador. Dios concedió las cosas materiales tanto a los justos como a los pecadores, de idéntico modo que hace salir su sol sobre justos y pecadores.

De todo lo expuesto deduce Salón (24) una cuarta conclusión: El hombre es dueño de todos los frutos de la tierra, de los animales y de todo aquello que es necesario para el perfeccionamiento y conservación de la naturaleza humana. En una quinta conclusión hace una salvedad a todas las conclusiones generales, y así dice que, por derecho divino positivo, a algunas personas privadas se les concede el dominio de algunas cosas especiales, como a los levitas, del derecho sobre las oblaciones y décimas.

Fundamentum dominii non est fides, nec infideles propter defectum fidei desinunt esse domini earum rerum quas alii iustis titulis possident. Loquor de infidelibus paganis, qui fidem nostram nunquam receperunt, nam haeretici vel apostatae, qui ab illa recedeunt, iuste expoliantur omnibus suis bonis, desinuntque esse domini illorum a die commissi criminis. Haec conclusio assentitur ab omnibus Doctoribus, tan Theologis quam Iuris peritis, unico excepto Hostiensi. Etiam ratione probatur, fundamentum dominii: civilis, de quo loquimur, est facultas liberi arbitrii, haec non minus reperitur in infidelibus quam in fidelibus. Ergo tertia conclusio: Gratia et charitas non tribuant novum aliquod dominium iustis, nec habet iustus ratione gratiae et charitatis maius ius utendi rebus suis vel alienis quam peccator. Deus semper concedit iustis ea ad quae ex charitatibus habent ius, ut patet in omnibus supernaturalibus et spiritualibus, et in regno coelesti, et his quae iusti ex charitate merenter, sed bona ista temporalia non semper Deus concedit iustis, Deus ista bona temporalia indifferenter et indiscriminatim omnibus tribuit iustis et iniustis, quod significavit Christus Matth. 5. Qui solem suum oriri facit...

(24) SALÓN: Idem. Cuarta conclusio: «Homo universaliter loquendo iure naturae est dominus omnium fructuum terrae, et omnium brutorum, quorum carnes usui possunt, et eorum omnium quae tuenda et conservandae humanae naturae sunt necessariae.

Quinta conclusio: Iure divino positivo aliquae personae prevatae habent dominium aliquarum rerum. In veteri lege iure divino positivo habebant Levitae ius recipiendi oblaciones et decimas...»

Sexta conclusión de Salón (25): Por derecho humano toda persona es propietaria de aquellos bienes que posee por efecto de un título justo. En la entrega que Dios hizo a los hombres, en Adán y Eva, y a Noé y a sus hijos, aparece una entrega y donación indivisa y común de toda la tierra. Por derecho de gentes, consentimiento de todas las naciones, estas cosas son divididas, juzgándolo así la recta razón como muy útil y conveniente para la paz de los pueblos y la explotación de la tierra. Podemos distinguir cuatro clases de dominio: natural, que se deriva del derecho natural; divino, que se establece por precepto y concesión divina; humano, que se establece por el derecho positivo y que admite dos especies, derecho de gentes y de derecho civil.

DERECHO DE LA PROPIEDAD

El problema clave en el estudio de la propiedad es el objeto, el determinar el punto *ad quem* de la propiedad donde la relación que parte del sujeto debe terminar y descansar. La propiedad es situación, es estado; pero reclama con necesidad de existencia la relación potestativa y el soporte de dicha relación.

El Derecho romano señala como objeto de la propiedad las cosas que están dentro del comercio de los hombres. Nosotros no podemos decansar en esta materia esencial sobre un principio tan etéreo e impreciso. Los clásicos, siguiendo un método analítico, llegan a concretar las bases para una determinación clara y específica del objeto de la propiedad.

Salón (26) dice que son objeto de dominio todas aquellas cosas sobre las que el hombre puede dominar. Y antes nos había dicho (27) que las cosas sobre las que el hombre tiene dominio son de tres clases: unas que se consumen con el uso, otras que se

(25) SALÓN: Q. II^a, a. 2, Cols. 339-340. Sexta Conclusio: «Iure humano est unusquisque dominii in particuliari eorum rerum, quas iusto aliquo titulo possidet. Probatur, Deus temporalia haec indivisa contulit Adae et filiis eius initio mundi, et similiter post diluvium Noe et filiis eius, natura quoque omnia constituit indivisa in communi, iure autem gentium ut videbimus, et consensu omnium nationum bona divisa sunt, recta ratione omnes gentes in id ducente, tanquam maxime utile et expeditius ad pacem Rcp. et cultum agrorum, ergo quod hic sit dominis huius fundi mille alterius humano gentium (quod primam illam rerum communionem divisit) factum est... Ex his sequitur tantum esse quatuor genera dominiorum, primum naturale, quod constat iure naturali, secundum divinum, quod constat ex divino pracepto et concessione, tertium humatum quod constat iure humano, quod dividitur duo genera, in illud quod constat iure gentium, et illud quod constat iure civili...»

(26) SALÓN: Q. III, a. 1, Col. 342: «De objecto dominii, id est, quarum rerum homo sit dominus.»

(27) SALÓN: Q. I^a, a. 2, Col. 314: «Res quarum potest habere dominium, triplices sunt, quaedam enim sunt quae usu non consumantur, ut vinea, domus quae primo usu consumuntur ut cibos et potus: aliae vero tanquam medio inter has quae etsi usu paulatim consumantur, non tamen primo usu vestis, liber...»

consumen con el primer uso, y otras, intermedias, que se consumen con el uso, pero no el primer uso.

Para Aragón (28) el objeto de la propiedad puede ser interno o externo al sujeto. Puede afectar a nuestro cuerpo, como la vida, salud, los miembros y el uso de los miembros. Puede, sin embargo, afectar al espíritu, como el talento, las virtudes, tanto intelectuales como morales, todas las potencias del espíritu. Pueden ser externas al sujeto, pero que se refiere al mismo sujeto, como la fama, el honor y las riquezas.

La fama y el honor aún se suelen considerar estrecha e íntimamente ligadas al hombre. Las riquezas son elementos externos que sufren la imposición del hombre que se proyecta al exterior mediante una relación. Las riquezas se refieren propiamente a los bienes materiales. Y así define Aragón las riquezas (29): Todos los bienes temporales que llamamos bienes de fortuna. Respecto a estas cosas, Aragón sienta algunas conclusiones para probar que por naturaleza son objeto de la propiedad.

Primera conclusión (30): El hombre tiene el dominio de todas las cosas por derecho natural. Para probar esta conclusión refiere varios pasajes de la Sagrada Escritura en los que aparece con claridad nuestro derecho de dominación. En el Génesis, c. I., se dice: «Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza para que domine sobre los peces del mar...». Y más adelante: «Cread, multiplicaos, llenad la tierra y sometedla, y dominad sobre los peces del mar...». También recurre a San Agustín y trae a propósito las palabras del Santo: «Haec imago Dei est in hominibus, ut unus factus sit dominus, ex quo caeteri oriantur, habens imperium Dei quasi vicarius ejus.»

En conclusión aparte estudia la naturaleza de esta relación dominical (31) y afirma que el dominio sobre las cosas inferiores que hemos afirmado ser de derecho natural, se refiere al dominio referido a toda la comunidad, no en cuanto se refiera a individuos de la misma comunidad. Y así dice que no es de derecho natural el dominio particular. También recurre a San Agustín para ga-

(28) ARAGÓN: Q. 62, pág. 113: «Ea que sunt it nobis, adhuc sunt duplice differentia. Quænam enim pertinent ad corpus, ut vita, salus, membra, et usus membrorum: et alia pertinent ad animam, ut ingenium, virtutes, tam intelectuales, quam morales: et denique omnes dotes animae. Bona autem quae sunt extra nos reducuntur ad haec tria, famam, honorem, et dicitia.»

(29) ARAGÓN: Idem: «Per dicitias intelligo quaecumque bona temporalia, quae dicuntur bona fortunae.»

(30) ARAGÓN: Q. 62, pág. 134: «Homo iure naturali habet dominium omnium rerum inferiorum. Genesis C. I. «Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram, ut praesit piscibus maris, etc.... Crescite, et multiplicamini et replete terram et subjicite eam, et dominamini piscibus maris, etc....»

(31) ARAGÓN: Q. 62, pág. 135. Secunda Conclusio: «Dominium rerum inferiorum de iure naturali residet penes totam hominum universitatem, et non penes singulos. Ita, quod iure naturali nullus in particulari est dominus omnium rerum inferiorum.»

rantizar su conclusión y cita las palabras del Santo cuando afirma que si desapareciese el derecho humano nadie se atrevería a decir que una cosa es suya.

También cita las otras palabras de San Agustín cuando afirma que la comunidad de las cosas es de derecho natural; luego ningún hombre particular es dueño de una cosa por derecho natural.

Tercera conclusión (32). Con ella excluye del objeto del dominio los seres superiores, ángeles y cuerpos celestes. Su argumentación es clara: El que domina, siempre tiene que estar sobre lo dominado. Y el hombre no puede ni tiene señorío sobre estas cosas.

Tanto Salón como Aragón se plantean otra cuestión: ¿Es lícito a un hombre tener propiedad sobre otra persona?

Al hablar de la sumisión de unas hombres a otros hablan los clásicos de dos clases de dominio. La primera es un sometimiento total que sería un dominio verdadero y propio, cual ocurre con la esclavitud. En el segundo modo no hay un sometimiento absoluto ni es verdadero dominio, pues se da una verdadera relación de superior a inferior, como ocurre con el sometimiento de los súbditos al gobernante.

En el primer caso utilizaría los hombres sometidos, esclavos, para su propia utilidad, disponiendo de ellos con derecho de vida y muerte, como supuestos ordinarios.

En el segundo caso no tiene este poder. Su capacidad dominadora le autoriza sólo a ordenarlos para utilidad de ellos mismos, no a utilidad del señor.

Como podemos apreciar, establecen una oposición clara entre dominio y sometimiento.

No se oponen a una desigualdad entre los hombres en materia de dirección y sujeción. Así dice Aragón, en una segunda conclusión (33), que el dominio, como dirección, opuesto a someti-

(32) ARAGÓN: Pág. 134. Tertia Conclusio: «Rerum superiorum, sunt angelii, et caelestia corpora, homo non dicitur habere proprie dominium. Probatur ex Psalmo <coelum caeli domino, terram autem dedit filius hominum>. Item ratione hoc ipsum probatur: Angelii sunt superiores hominibus, praesuntque illis: et corpora coelestia sunt similiter superiora corporibus humanis, ergo homo non habet dominium illorum. Nam dominus semper est superior eo cuius est dominus. Et confirmatur: homo non potest uti angelis nec corporibus coelestibus pro suo arbitrio.»

(33) ARAGÓN: Q. 62, pág. 136. Secunda conclusio: «Loquendo de dominio, ut oponit subiectioni, quod est dominium imperfectum, unus homo iure naturae potest dici alterius dominus.» «Servitus naturae appellatur, essentque non solum in statu naturae lapsae, sed etiam in statu innocentia, si homo in illo perseverasset...» «Sicut in eodem homine anima praestat corpori: ita in toto genere humano unus praestat alteri. Ergo sicut in corpore humano propter unam praestantium animam iure naturae dominatur corpori ita etiam et in toto genere humano ex iure naturae illi debent dominari, qui fuerint alias sapientiores, et perfectiores.» «Ex dictis infertur, quod si Genes de Sepul. Quando decit, quosdam homines esse natura servos, loquitur de servitute improprie dicta, eius sententia est vera, atque tenenda: si autem loquitur de propria servitute, sicut loqui videtur cum ex eo inferat licet Hispanos potuisse dominari Indis, et eos

miento, o sea dominio imperfecto, puede decirse que existe de unos hombres para con otros por derecho natural. Y afirma que esta sujeción directiva se da no sólo en el estado de la naturaleza caída, sino que también se daría en el estado de inocencia si el hombre hubiese perseverado en el estado de inocencia. Es el mismo sentimiento directivo que existe en cada hombre en el que el alma impera sobre el cuerpo como efecto de su capacidad natural superior.

Esta diferencia la clasifica Salón (34), siguiendo a Aristóteles, en natural y legal. Natural es aquella que se deriva de la incapacidad o menos capacidad de unos hombres para gobernarse, ya dependa por defecto de edad, inteligencia, cultura, etc., en qué se someten o se dejan llevar por los mejor dotados. Pero esta servidumbre natural no se impone de una determinada manera, necesariamente, sino que brota de circunstancias de desigualdad en la inteligencia, en las costumbres etc. Por naturaleza todos somos iguales y libres, pero *a posteriori* se establecen grados entre los hombres por las circunstancias de debilidad mental, perversión de costumbres, etc. Y así se impone la dominación directiva de los más perfectos para que gobiernen sobre los menos perfectos. Los afectados por esta sumisión natural son libres y tienen el dominio de sus acciones y de sus cosas.

Conforme a esta orientación natural dice Aragón que si las palabras de Ginés de Sepúlveda, cuando afirma que unos hombres son siervos por naturaleza, si se entiende servidumbre impropriamente, la sentencia de Sepúlveda es verdadera, pero si habla de servidumbre propiamente dicha, como parece al afirmar que es lícito a los españoles el dominar a los indios y someterlos a la esclavitud, en este caso sería falsa su sentencia.

in servitute redigere, procudubio eius sententia est falsa, et contra nostram primam conclusionem.

(34) SALÓN: Q. III^a, a. 2, Cols. 343 y ss.: «*Servitus est duplex, naturalis et legalis. naturalis est, qua unus homo non valens se ipsum gubernare ex defectu aetatis, vel ingeni, vel usus rationis, subdit alteri, ut regatur et gubernetur ab ipso servitate pueri, et qui sunt amentes vel rudes et yerdii in ingenio dicuntur servi eorum qui valent prudentia et ingenio, ad eum modum quo appetitus sensitivus dicitur rationis, quia debet regi et gubernari ab ipsa... Haec est servitus naturalis, sic dicta non quia sit a natura constituta, natura enim omnes homines fecit pares et liberos... Sunt autem inter hos aliqui gradus, quidam enim sunt omnino amentes... Alii ita sunt rationis inopes, ut quamvis non sint omnino amentes, habent tamen ferinos mores, vescuntur impune carnibus humanis, et impune interficiunt innocentes, quales feruntur esse apud Indos qui dicunt Canivales et Canides. Alii vero sunt qui non habent eas prudentiae partes, ut se ipsos gubernare valeant, apti sunt tamen ab aliis gubernentur... Servitus proprie sumpta dicit carentia libertatis, qui autem serviant servitute naturali liberi sunt et domini suarum actionum et rerum... Alia est servitus legalis, lege positiva introducta, qua homines (licet a natura liberi et pares inter se conditi sunt) potuerunt tamen voluntate propria aut necessitate aliqua compulsi seipso ex liberis servos facere, non enim natura ita eos pares preduxit, ut imparitatem inter eos fieri prohibuerit.*

Estudia Salón esta clase de esclavitud natural en unas conclusiones que formula como sigue (35): Se da una servidumbre natural por la cual unos hombres mandan y gobernan sobre otros, que no es esclavitud propiamente dicha y que no sólo es lícita, sino necesaria de pleno derecho. Que, además existiría igualmente en el estado de inocencia, en las relaciones familiares y sociales. Hoy se impone mucho más por razones de la desigualdad que existe entre los hombres; desigualdad de cultura, de conocimientos, de desarrollo. Si se encontrare algún pueblo en el que las costumbres fuesen tan bárbaras que se matasen impunemente a los inocentes o se observasen costumbres antihumanas sería lícito a los pueblos más civilizados el hacerlos guerra e imponerles un dominio directivo, y a esto, según Salón, estaríamos obligados por derecho natural que nos impone la obligación de defender al inocente contra las injusticias, aunque no sería lícito por esta causa el imponer al pueblo conquistado por esta causa una esclavitud propia.

Estas dos servidumbres se diferencian en que la natural, meramente directiva, no es introducida por un delito, sino por una exigencia de la naturaleza. La esclavitud legal se establece por libre espontaneidad o por efecto del pecado.

No perdamos de vista que la servidumbre natural no somete a los inferiores a la utilidad de los dominadores. Tampoco debemos

(35) SALÓN: Q. III^a a. 2, Cols. 345 y ss. Prima conclusio: «*Servitus naturalis, qua alii aliis praesunt et sapientiores rudiores gubernant, quae proprie servitus non est, sed subiectio quaedam politica et civilis, non modo est lícita, verum etiam maxime necessaria omni iure...* Utor ratione, si status innocentiae perseverasset, uxores viris, filii parentibus obedissent fuissentque in Rep. humana quidam superiores et alii inferiores qui ab illis gubernarentur... Ergo multo magis nunc in statu naturae lapsae, ubi multi hominum parum valent ingenio et ratione... Quod si omnes homines alicuius Reip. amentes essent, quod ut ad moni non est credibile alicubi reperiiri, vel haberent mores adeo ferinos ut innocentes impune occiderent, et carnibus humanis publice vescerentur, vendentes illas in macello, ut de aliquibus fertur, liceret profecto huiusmodi debellare et in dominium gubernativum sapientum redigere, quia tenemur iure naturali proximis in suis necessitatibus subvenire quae vero maior quam ut huiusmodi non ut velluae, sed ut homines vivant et per sapientes cum ipsi adeo barbari sint gubernentur. Non licet autem eos debellare, ut in servitutem legalem mancipiorum redigantur, non enim exigit charitas, ut ex alienis miseriis lucra nostra quaeramus, sed potius ut cum nostro etiam dispendio et labore illis subveniantur.

Differunt enim duae illae servitutes, naturalis et legalis: primo, quia haec naturalis et gubernativa non est introducta propter aliquam culpam sed natura ipse exigente, sicut diximus, ut rudiores per sapientiores gubernentur: servitus vero legalis introducta est per peccatum. Et enim cum omnes homines natura sua conditi sunt liberi, et sui suarumque actionum domini, propter peccata nonnulli effecti sunt servi. Quia servitus legalis caedit in utilitatem domini, quae maxima est pena atque miseria, ut qui pro dignitate sue naturae creatus est tanquam dominus horum inferiorum, et ad quem haec omnia visibilia ordinantur, ipse ad alium tanquam dominum ordinetur: servitus vero naturalis non est in utilitatem et commodum eorum, qui dominantur et gubernant, sed illorum qui gubernantur et subiciuntur. Non enim est regnum propter Regem, nec Resp. propter Magistratu, sicut nec grex, propter pastorem, sed contra.»

olvidar que no es el reino para el Rey ni la nación para la Magistratura, sino todo lo contrario. (*Non enim est regnum propter Regem, nec Resp. propter Magistratum... sed contra.*)

Nuestros tratadistas tratan con especial interés la cuestión de licitud o ilicitud de la esclavitud legal, su naturaleza y alcance.

La primera conclusión que saca Aragón es como sigue (36): Ningún hombre es señor o esclavo por derecho natural. La esclavitud es contra, o al menos extraña, a la naturaleza del hombre. El hombre «es dueño de todo aquello que fué creado para él, pero ningún hombre tiene un fin inferior a otro hombre, y todos un fin propio y trascendente. Y como los fines son idénticos en unos y en otros hombres, no hay inferioridad o superioridad de unos para otros por derecho natural.

La esclavitud propia, afirma Salón, se caracteriza por la carencia de libertad en el sometido. Sería una esclavitud legal, introducida por la ley positiva. Los hombres, a pesar de ser por naturaleza libres e iguales, pueden, por voluntad propia o por necesidad, someterse a la esclavitud.

Aragón (37) recoge esta doctrina en la siguiente conclusión:

(36) ARAGÓN: Q. 62, pág. 136. Prima conclusio: «Loquendo de dominio secundum propriam rationem nullus homo iure naturali est dominus, aut servus. Probatur: Servitus est contra natura hominis, aut saltem praeter naturam. Item ratione idem probatur: Earum rerum proprie dicitur homo dominus secundum naturam, quae sunt propter ipsum factae. Sed nullus homo nascitur alterius hominis causa, ergo nullus homo iure naturali est dominus aut servus alterius.»

(37) ARAGÓN: Pág. 137-8. Tertia conclusio: Loquendo de dominio secundum propriam rationem, unus homo ex lege humana liceat potest esse alterius dominus. Volo dicere, quo servitus legalis, qua unus homo ita alterius imperio subiicitur, ut possit dominus eo uti ad propriam utilitatem, sicut alii rebus, quarum habet dominium, est licita, et iure humano introducta. Sed antequam ad probationem huius conclusionis accedamus pro illius intelligentia est advertendum primo, quod servitus legalis de qua in praesenti est sermo, definiuntur Iust. de iure personarum, p. I, quod sit constitutio iuris gentium, quam aliquis alieno dominio contra naturam, subiicitur. Ex prima particula huius definitionis colligitur, servitatem, legalem non esse de iure naturale, sed de iure gentium.» «Dupliciter posse aliquid dici de iure naturae. Uno modo quia natura ad illud inclinat: qua ratione dicimus esse de iure naturae. Quod nemine iniuriam faciamus.

Alio modo, quia natura non instituit contrarium illius qua ratione possumus dicere esse de iure naturae, quod homo fit nudus, quia homo in sua conditione non fuit vestitus, sed postea per artem fuerunt vestes inventae. Et quod est contra ius naturae utroque modo, dicitur esse contra hominis naturam: et quia communitas rerum et libertas erant de iure naturae isto modo, idcirco rerum proprietatis, atque servitus dicuntur esse contra naturam hominis...» «Servitus legalis multis modis potest alicui accidere. Primus est, si homo maior viginti annis causa percipiendi pretium se ipsum vendit. Secundus modus contraeundi servitutem est, quando parentes necessitate compulsi vendunt filios. Et hunc modum dicunt nonnulli esse modo in usu apud Ethiopes qui filius vendunt Lusitanis. Et quidem si haec verum est, liceat servi illi potuerunt possideri aliquique vendi. Tertius modus contrahendi servitutem legalem est ex eo, quod aliquis capitur in iusto bello. Sicut enim ea, quae captiuntur in bello iusto iure gentium sunt capientium, ita etiam, et homines in bello iusto capti eodem iure sunt servi capientium.»

Si hablamos del dominio en sentido estricto, un hombre lícitamente puede estar sometido a la propiedad de otro hombre por efecto de una ley humana. Y en virtud de esta misma ley y de la esclavitud lícitamente establecida, un hombre se puede someter a otro y éste puede disponer de aquél para utilidad propia como emplea las demás cosas sobre las que tiene dominio. Pero recalca Aragón que esta servidumbre fué establecida por una ley humana, pues acaba de decirnos que por ley natural todos somos iguales. Y pasa a probar su conclusión. En primer lugar define esta esclavitud legal como institución de derecho de gentes por la que un hombre se somete en propiedad a otro hombre contra naturaleza. Y añade que de esta definición se colige que la esclavitud no es de derecho natural, sino de derecho de gentes. Este pasaje tiene gran importancia en la prueba de la positividad del derecho de gentes y que ya hemos expuesto en anterior trabajo sobre «Miguel Bartolomé Salón, fundador del Derecho internacional» (38).

Una institución puede afirmarse que es de derecho natural en dos sentidos. Uno, que la misma naturaleza nos inclina a ello: no injuriar a nadie. Otro sentido es cuando la naturaleza no nos impone lo contrario.

El hombre, por naturaleza, está desnudo; pero por normatizaciones posteriores ahora se viste. Todo lo que va contra ambos sentidos de lo natural es contrario a la naturaleza humana. Pero la comunidad de las cosas y el estado de libertad del hombre son de derecho natural en el último sentido, y en este sentido decimos que la propiedad privada de las cosas y la esclavitud son contra la naturaleza humana.

Las conclusiones que Salón sienta con relación a la esclavitud legal en poco difieren de las de Aragón, aunque en ocasiones es más original y claro.

En la segunda conclusión (39) afirma que aunque por naturaleza unos hombres sean más capacitados para mandar y otros para obedecer, ninguno, sin embargo, es esclavo o señor por naturaleza, pues todos somos libres y de naturaleza igual. La libertad es de derecho natural y la esclavitud es contraria al derecho natural. Todos los hombres tenemos la misma ley, todos creados por Dios con unos mismos fines y ninguno esclavo de otro.

(38) BONIFACIO DÍPERNAN, agustino, MIGUEL BARTOLOMÉ SALÓN, fundador del *Derecho Internacional*, «Revista Española de Derecho Internacional», vol. VII, número 1, año 1953, págs. 83 y ss.

(39) SALÓN: Cols. 348-350. Secunda conclusio: «*Licet alii sint a natura aptiores ad imperandum, et alii ad serviendum, nullus tamen natura sua servus est aut dominus, sed omnes liberi et pares natura conditi sunt. Probatur: Libertas humana sit a natura... Libertatem hominum esse de iure naturae, et servitutem esse contra ius naturae, id est naturam nullum hominem produxisse mancipium aut servum alterius... Ea dicuntur servire homini a natura, quae sunt facta propter hominem, at omnes homines aequa lege sunt conditi a Deo, nec ullus alterius causa creatus est: ergo natura nullus est alterius servus.*

En la tercera conclusión (40) demuestra que aunque la esclavitud legal no repugne al derecho divino, no ha sido introducida por el derecho divino, pues no se encuentra ningún pasaje en la Escritura Divina ni en las decisiones de la Iglesia por el cual podemos deducir la introducción de la esclavitud legal en la sociedad.

Y en una cuarta conclusión (41) se contenta con sentar este principio general: La esclavitud legal es lícita y honesta. En primer lugar, dice, que en la Escritura Sagrada como en San Pablo y San Pedro se reconoce la existencia y licitud de la misma. Aquí hace Salón un análisis minucioso de la licitud de las causas que producen la esclavitud legal, y valorando y comparando los distintos bienes. Es mejor la vida que la libertad. Es indicio de mayor civilización y rectitud el someter al prisionero de guerra justa a esclavitud que el matarle, etc., y concluye este razonamiento recalando que fue introducida por el derecho de gentes (... *servitus; legalis dicitur introducta... solo iure gentium... nam primo et simpliciter a iure gentium est...*).

Dice San Pablo a los esclavos cristianos: «Esclavos, obedeced a los señores carnales.» Y en la primera carta a Timoteo: «Los que estáis en la esclavitud respetad a vuestros señores, no sea que de lo contrario se critique de nuestra doctrina.» También cita la segunda carta de San Pedro, en la que dice: que los esclavos sean obedientes a sus señores, aún a los inhumanos.

Como nota aclarativa debemos hacer constar contra la abundante literatura de la esclavitud, que la esclavitud precristiana y la posterior al cristianismo son radicalmente distintas. En la precristiana el esclavo era una cosa más en el patrimonio del dominus, con pleno derecho, de *utendi et abutendi*, de vida y muerte.

(40) SALÓN: Q. III^a a. 2, cols. 348-350. Tertia conclusio: «*Servitus legalis licet non repugnet iuri divino, non tamen est introducta divino. Nullus enim est locus scripturae, vel Ecclesiae definito, ex quibus colligatur servitus legalis, tanquam iure divino introducta.*»

(41) SALÓN: Idem. Quarta conclusio: «*Servitus legalis qua unus homo alteri dominatur, licita est et honesta. In primis, ut de ipsa in universum loquamus D. Pau. variis in locis... Nam ut privatum de singulis titulis servitutis dicamus, aequum est, ut filius ancillas sit servus et partus sequatur matrem in libertate vel servitute... Servitus etiam quae mititur titulo emptionis vel venditionis, probatur aperte licita esse, quia ratio naturalis dictat, ut minora bona pro maioribus tuendis exponamus: Sed vita est maximum bonum inter temporalia, cui nec libertas nec ullum aliud temporale aequatur, ergo eadem ratione naturali dictante, quando opus fuerit ad vitam tuendam libertatem propriam exponere, vendendo se alteri, id omnino licet. Nec obstat commune dictum. Non bene pro toto, etc., quia libertad non possit aestimari auro potest tamen et debet aestimari vita quae praeciosior est quam libertas. Denique servitus qua unus dominatur alteri rationi iusti belli, licita est iusta: imo et opus misericordiae, opus misericordiae est eum quem iuste posses occidere, servare illesum, et redigere in servitutem... Ex his patet, servitutem legalem, de qua agimus esse a natura, nec repugnare naturae, imo rationem ipsam naturalem omnes homines admonere eam licitam esse quando fuerit necessaria ad vitae conservationem, et quia illud dicitur, ins gentium... servitus legalis dicitur introducta... solo iure gentium... nam primo et simpliciter a iure gentium est...*»

En el período cristiano se reconoce este estado y se vive, pero el esclavo es persona, no cosa; luego tiene, aunque esclavo, ciertos derechos inalienables, comenzando por la vida.

Salón (42) afirma que existen ciertos elementos sobre los que es lícito el dominio, pero que tienen una naturaleza especial, conforme a la cual no cabe un dominio absoluto por el que se agoten todas las posibilidades sobre la cosa. Cita como ejemplos los ríos, las fuentes y los esclavos; de todos ellos dice que no es lícito el utilizarlos hasta su extinción, y expresamente dice que al esclavo no puede darle muerte el dueño ni explotarle hasta terminar con su vida, pues el dueño no es señor absoluto del esclavo, sino sólo sobre las actividades y obras.

La doctrina sobre la esclavitud es lo suficientemente clara como para ver que la vida del esclavo es superior al dominio privado.

* * *

Otro problema clave y de máximo interés en la actualidad: se trata del derecho de propiedad sobre la propia personalidad.

¿Qué derechos tengo yo sobre mí mismo?

Es un problema de profundo sentido teológico, filosófico, moral y jurídico. La inefabilidad de la persona nos envuelve para cegarnos en el momento que busquemos su comprensión y su estudio. El hombre tiene en la penumbra de su raíz una escala completa de valores. Desde el existir autónomo hasta el conocer que existe y percibir en su existencia las vivencias divinas que se prolongan más allá de su conocer, que las siente sin comprender y las vive sin definir.

Como objeto de su propio dominio, como autopropietario, podemos distinguir en el hombre, con Salón (43), dos direcciones

(42) SALÓN: Cols. 301 y ss. «Denique homo habet dominium in elementa, flumina, fontes, et servos, nec potest illis uti usque ad eorum consumptionem... Non potest aliquis citra aliorum initiam, qui in ea simile dominium habent, illa destruere, vel consumere, servum quoque non potest dominus occidere, et vita ihus usque ad consumptionem uti, quia homo non est dominus servi omnino, sed corporis tantum, laborum et operum illius, ut expositum est.»

(43) SALÓN: Q. III, a. 3, col. 386. «Bonum hominis dividi primo, in spirituale et temporale. Rursum temporale esse in triplici genere: In primo genere est vita, in ultimo opes, in medio fama: nam fama praestat opibus, vita vero et opibus et famae, si simpliciter haec considerentur, nam per accidens et ex aliqua circumstantia, potest aliquando fama vitae praestare: ut si sim persona publica et mea fama, sit necessaria macte Reip. tunc possum exponere vitam pro fama, non ut fama, sed ut pro bono communii toti Reip. necesario... Observamus secundo, teneri unumquemque diligere se ipsum, et velle sibi omnia bona ex precepto charitatis, quia haec cum ordinata sit incipit a seipso... Caeterum procedit iste amor hoc ordine, primo loco tenemur nobis velle virtutes et bona animae, adeo ut horum consequendorum gratia caetera omnia bona, si opus fuerit negligamus. Secundo loco tenemur nobis desiderare vitam. Tertio, diligimus caetera bona temporalia ex charitate, et illa nobis optamus, quantum ad vitam et solitam corporis et animae exiguntur. Ita sit ut solum bonum animi sit per se expetendum, et proper se tantum, nec alius altius rei gratia.»

Honor vero divitiae et alia bona temporalia non sunt amada per se, nec propter aliud quatenus animae vel corpori deseruant. Observemus tertio, honore et opes aliquando esse media ita necesaria ad vitam corporis vel animi tuendam

principales: una espiritual y otra temporal. La temporal la subdividimos en tres partes: la vida, la fama y las riquezas, bienes individuos, pero propios. Todos los bienes externos se dirigen a la conservación y perfeccionamiento de la vida, aunque en contados casos la vida se puede exponer en defensa del honor y de la fama. No se somete la vida al honor y a la fama simpliciter; pueden someterse cuando el honor y la fama pueden ser causas de efectos más trascendentes. En una persona de pública representación la fama puede defenderse con la misma vida.

El amarse a sí mismo es un precepto natural y divino. La escala de valores en este amar, y preferencia, comienza por preferir las virtudes y bienes del espíritu y como consecuencia los demás bienes, siempre que el fin principal lo reclame. En segundo lugar está el aprecio y tendencia por conservar la vida. En tercer lugar todos los demás bienes temporales en cuanto son exigidos por la vida del alma y del cuerpo. En consecuencia, todos los bienes se subordinan al espíritu como bien preeminente.

El honor, las riquezas y demás bienes temporales no deben amarse en sí mismos y por sí mismos, sino en cuanto perfeccionan los fines superiores. Aunque el honor y las riquezas en algunos casos concretos son absolutamente necesarios para conservar la vida del alma y del cuerpo, otras veces son, no necesarios, sino convenientes estos bienes. Y otras veces, por fin, son superfluos.

Como consecuencia a los principios sentados podemos afirmar que el hombre si no es dueño de su vida tendrá la obligación de procurarse aquellos bienes exteriores que sean necesarios para conservar la vida y no sólo en caridad, sino también en justicia. Con la misma obligación que tenemos de conservar la vida tenemos que procurar los bienes necesarios para la conservación de la misma. En las observaciones que Salón hace al estudiar la escala de valores humanos, al referirse al honor y la fama, distingue entre despreciar éstos, o sea no buscarlos, que lo alaba, y el disipar o desperdiciarlos por negligencia o despreocupación en la adquisición de las virtudes o en las obras que nos llevarían al honor o la fama. Esto no lo alaba.

in nobis vel in proximis nostris, ut sine his constare non possit, aliquando vero esse media non simpliciter nec omnino necessaria, sed conductoria, aliquando vero nec simpliciter necessaria, nec conductoria, sed plane superflua. Observemus quarto, hominem et si non sit dominus sua vita... non tamen tenetur ad omnia media eodem modo, nam media simpliciter necessaria tenetur adhibere eodem iure, et charitatis et iustitiae, quo tenetur vitam procurare et conservare... Observemus ultimo quod diligenter hic considerandum est. Haec esse maxime diverse contemnere honorem et famam, vel prodigere illam, vel infamare seipsum proprias culpas aperiendo, aut falsum sibi ipsi imponendo, nam contemnere est non curare, nec ambire honorem et gloriam humanam, quod est laudabile et perfectionis in Evangelio. Prodigere est per incuriam et negligenciam virtutum, et bonorum operum, ac boni exempli non curare bonum nomen apud proximos...»

Primer problema sobre la autopropiedad: ¿Es el hombre dueño absoluto o propietario estricto de sus bienes espirituales?

Salón (44), antes de sentar sus conclusiones, aclara qué se entiende por bienes espirituales y cuáles son: son bienes espirituales todos aquellos bienes o facultades que sirven para perfeccionar la vida del espíritu o que radican o se relacionan con nuestro espíritu. Unos, que no perfeccionan de suyo el espíritu, son facultades que radican en él, así la jurisdicción espiritual, etc. Otros, que de suyo tienden a perfeccionar y perfeccionan la vida del espíritu, que hacen al hombre intrínseca y formalmente bueno, como la gracia y las virtudes. Estos son los bienes espirituales propiamente dichos.

Sin embargo, ambas clases de bienes se ven afectados por las conclusiones de Salón, que es terminante y claro: El hombre es dueño absoluto de sus bienes espirituales. La conclusión parece excesivamente condescendiente, pero con valentía pasa a probar su aserto. En relación a la primera clase de bienes espirituales, dice, libremente puede entregarlos o transmitirlos el tenedor de los mismos a quien le pareciere. Respecto a los bienes espirituales propiamente dichos, es claro que el hombre es libre para hacer el bien y el mal y, por consiguiente, dispone con absoluto dominio de los bienes espirituales que de allí se derivan, y más: puede, por libre determinación, malgastarlos. La razón clave es que el hombre es dueño absolutamente libre de sus operaciones, aún sobrenaturales, por las cuales se adquieren las virtudes y bienes espirituales. Y aunque los bienes espirituales se adquieran no sólo por nuestro trabajo, sino con la cooperación divina; sin embargo, la Sagrada Escritura nos hace responsables de nuestras obras. El que te creó sin ti, dice San Agustín, no te salvará sin ti.

(44) SALÓN: Q. III, a. 4, cols. 379, 378 y 380. «An homo sit dominus bonorum suorum spiritualium. Ad maiorem intelligentiam observemus esse quae-dam bona spiritualis, quae non faciunt hominem bonum formaliter et intrinsece, ut iurisdictio spiritualis et potestas ad terminandas lites spirituales, titulus ad exigendas etc. Alia vero esse bona spiritualia quae faciunt hominem vere intrinsece ac formaliter bonum, ut gratia et virtutes, et de his est quaestio. Nilominus de utrisque sit conclusio: Homo est vere dominus suorum bonorum spiritualium. De prioribus patet, quia potest habens illam, libere tradere cui voluerit, potest tradere cui voluerit suam iurisdictionem, suam ius in decimas sibi debitas, licet non vendendo quia hoc est iure prohibitum... De posterioribus bonis ostenditur efficaciter... Aperte ostenditur homo esse dominus sui liberi arbitrii ad operandum bona vel mala, et per consequens dominus bonorum spiritualium, ad quae per propria opera sua se ipsum disponit. Unde est argumentum, homo est liber dominus suarum operationum etiam supernaturalium, quibus adquiruntur virtutes et alia bona spiritualis. Ergo et bonorum spiritualium quae per huiusmodi operationes habentur. Secundo. Etiam si ad huiusmodi bona acquirendā exigatur divinum auxilium, adquiruntur tamen a nobis mediante isto divino auxilio proprio labore et industria, unde in Sacra Scriptura merita vocantur opera nostra, vocantur etiam opera Dei... Es enim quae propria industria acquirimus nostro eubent dominio... Secunda conclusio: Gracie gratis datae, ut prophete-tiae, linguarum, miraculorum, et similes non subvent nostre dominio. Patet, quia in his habet se homo mere passivæ, nec acquirit propria industria...»

Somos dueños, y podemos cooperar, o no. Somos dueños de nuestros bienes espirituales y los podemos aprovechar o malgastar.

La conclusión de Aragón (45) es idéntica, y la razón principal alegada por este autor es que los bienes espirituales se adquieren por propio trabajo e industria y libremente se pueden perder. Luego, es dueño el hombre de sus bienes espirituales, pues dispone de ellos igual que de los materiales externos o internos. Y afirma que el dominio no se tiene en cuenta por la mayor o menor prestancia del objeto, sino por la potestad que puede tenerse sobre la cosa. Y es cierto, sigue afirmando Aragón (46), que tenemos mayor poder sobre la vida espiritual que sobre la vida corporal.

La segunda conclusión: Las gracias *gratis datae*, como los dones de profecía, de lenguas, de milagros, etc., no somos dueños de ellos. La razón es que en relación con ellos el hombre se encuentra meramente pasivo y no puede adquirirlos por propio trabajo ni propia voluntad.

Los bienes corporales nos ofrecen más campo y dificultades. Primer campo de estudio: ¿El hombre es dueño absoluto de su vida y de sus miembros? Estos bienes son internos al hombre. Recordemos la clasificación que de los bienes hacía Salón o fijémosnos en la que hace Aragón (47). En ella afirma qué la vida, la salud, los miembros corporales son elementos internos que pueden caer bajo la autopropiedad. Estos elementos pueden verse

(45) ARAGÓN: Pág. 147. «De dominio bonorum spiritualium... Conclusio. homo est dominus bonorum suorum spiritualium... Item ratione sic argumenter: Superioris probavimus, hominem haberet dominium bonorum suorum temporalium et propria famae, quia haec omnia propria iniustiusque industria atque labore comparantur sed etiam bona spiritualia acquiruntur proprio labore, et propria diligentia: ergo similiter istorum homo est dominus.»

(46) ARAGÓN: Q. 62, pág. 148. «Non enim ex praestantia rei sed ex potestate, quam quis habet supra illam, ratio dominii debet desumi: et certum est, quod maiorem potestatem habet homo supra vitam spiritualem, quam supra vitam corporalem, ut ex dictis potest.» «Utrum conveniens fuerit fieri dominiorum distinctionem.»

(47) ARAGÓN: Q. 62, pág. 145. «Diximus supra hominis bonaesse duplicita Quaedam extra hominem, ut divitiae, fama, honor... Alia sunt bona in ipso homine, et haec quadam sunt corporis, ut salus, vita, et membra, et alla animae, ut virtutes. Dicendum est modo breviter de dominio bonorum corporis... Et sic est difficultas; utrum homo sit dominus bonorum corporalium, sicut est dominus sue famae, atque honoris. Pro cuius dubii explicacione advertendum, quod bona corporalia sunt in duplice differentia. Quaedam enim sunt, quae suptae natura ordinantur ad vitae conservationem, et a quibus vita humana dependet, ut salus, incolumentas membrorum, etc. Alia autem sunt, quae ex natura sua non ordinantur ad conservationem nec ab ipsis vita dependet ut pulcritudo, etc.» «Et quidem de istis bonis corporalibus a quibus vita non dependet certum est quod est propria homo illorum dominus, cum possit illa dispensare, sicut dispensat de pecunis, et aliis bonis temporalibus. Similiter est certum, quod habet homo dominium proprii corporis quantum ad aliquos ipsius usos... ut ambulatio etc. Ex quo sequitur, quod, si quis impedit hominem ab ambulando, vel operando, aligando eius pedes, aut mortuus, facere ei iniuriam.»

bajo un doble aspecto. Primero, los que afectan y se ordenan para la conservación de la vida, de los miembros o salud propia. Otro aspecto se refiere a aquellos que no se ordenan de suyo a la conservación de la vida ni depende de ellos la vida, como la belleza, etc. De todos ellos tenemos dominio y la libertad sobre ellos. Es la misma doctrina y clasificación que recoge Salón (48) y que al referirse a aquellos bienes internos que accidentalmente afectan a la vida del cuerpo saca esta conclusión: El hombre es dueño tanto del uso de sus miembros y potencias como de aquellas que pertenecen al ornato de su cuerpo, como la belleza, etcétera. La razón es que el hombre puede libremente usar sus miembros y facultades sin cometer injusticia alguna ni causar injuria a terceros. El punto clave de la dificultad está en aquellos bienes que afectan intrínsecamente a la vida propia o aquellos bienes corporales que guardan una relación necesaria en la conservación de la vida.

Salón (49) sienta una conclusión corta, terminante y precisa: El hombre no es dueño de su vida y miembros. Sólo a Dios puede atribuirsele el dominio sobre la vida y los miembros. Aragón (50), un poco más explícito, sienta la misma doctrina: El

(48) SALÓN: Q. III, a. 2, cols. 359 y ss. «An homo sit dominus vitae sua, et membrorum: Observemus igitur bona corporalia hominis in duplice esse differentia, quaedam enim sunt quae per se et simpliciter pertinent ad consistentiam et constitutionem hominis, ut vita, salus, membra: quaedam vero quae tantum per accidens, et ad ornamentum: ut agilitas, pulchritudo, robur, etc. Sit prima Conclusio. Homo dominus est tam usus suorum membrorum et potentiarum, quam eorum bonorum quae pertinent ad ornamentum sui corporis, ut agilitatis, pulchritudinis etc. Patet, quia homo suo arbitrio potest uti suis membris et potentias, sua agilitate, et fortitudine, sine ulla iniuritia vel iniuria alterius... Vidiimus, sit homo suarum actionum et operationum dominus.»

(49) SALÓN: Idem. Secunda conclusio: «Homo non est dominus vitae, et membrorum. Soli Deo tribuitur dominium vitae et mortis. Utor iam ratione ex definitione dominii, dominus potest uti re cuius est dominus pro libeto, easdem aliquando usque ad eius consumptionem, citra allius iniuriam hoc enim est esse dominum; ideo dives dicitur vere dominus suarum divitiarum, quia potest aliquando eis uti usque ad earum consumptionem, citra allius iniuriam et iniuritiam... At in nullo casu aut eventu potest homo uti vita sua pro liberto, neque ad eius consumptionem, et illa seipsum privare, etiam si vita ipsius nulli necessaria sit, quin maximam inferat iniuriam et Deo et Reip... Homicidium cui ipsius irrogare gravem iniuriam Reip. quia privat illam suo cive et parte, quemadmodum qui brachium absconderet, peccaret contra iustitiam, et maximam mili inferret iniuriam, quia privaret meo membro: propter quod Resp. cum qui intentat se occidere gravissime punit...»

(50) ARAGÓN: Idem. «Punctum difficultatis, utrum propriae vitae atque aliorum bonorum corporalium, quae necessario sunt ad vitae conservationem, habeat homo plenum, atque perfectum dominium... Prima conclusio: Homo nec membrorum, nec vitae corporalis est proprie dominus. Ex quo infertur, quod nec membra, nec vitam corporalem potest pretio vendere, aut illa pro pecunias commutare... Probatur... Sapient 16. «Tu es Domine qui vitae et mortis habes imperium...» Deuteronomii 22. «Ego occidam, et ego vivere faciam.» «Probatur aperte ratione: ille est dominus uniuscuiusque rei, qui citra iniuriam, quam cuiquam irroget, potest ea pro sua voluntate uti, etiam

hombre no tiene un dominio propio ni sobre la vida ni sobre sus propios miembros. Como consecuencia no puede transmitir ese derecho sobre la vida o miembros propios a otro por precio alguno.

Las razones que alegan siguen una orientación paralela. Primero: De razón. Se deduce de la misma definición de dominio. El dueño de una cosa puede usarla a su arbitrio hasta su consumación o disposición absoluta siempre que no sea con injusticia para terceros. Pero nunca será lícito el disponer de nuestra vida y menos llegar a privarnos de ella, pues siempre habrá una injusticia contra Dios y contra la sociedad, pues somos propiedad de Aquél y miembros de ésta; por lo tanto, tiene derecho la sociedad a que le respetemos los miembros propios, por esto impone castigos a aquellos que intentan el suicidio. Por derecho natural se nos prohíbe el quitarnos la vida propia, lo mismo y con idéntico mandamiento que nos prohíbe el quitar la vida a los demás.

Ni el derecho natural, ni el divino ni humano, conceden un derecho de propiedad estricto al hombre sobre su propia vida (51).

Ninguna ley le concede este derecho, luego no tiene el hombre dominio sobre su propia vida.

Nunca el derecho natural concede el derecho de disposición sobre la propia vida. Tampoco el derecho divino concede este derecho al hombre. Por el contrario, se afirma en el Libro de la Sabiduría: Tú eres, Señor, el que tienes el imperio sobre la vida y la muerte. Y en el Deuteronomio: Yo impero sobre la muerte y concedo la vida. El derecho humano o positivo prohíbe el suicidio y ha establecido graves penas contra los que intentan el suicidio. La misma doctrina recoge Salón (52). Añade que, por de-

usque ad illius dispendium, ut diximus explicantes definitionem dominii sed homo nullam ob causam, nec aliquo potest seipsum interficere, lege iustitia id vetare: ergo homo non est dominus propriae vitae... nam lege iustitia prohibetur homo se ipsum occidere, sicut et interficere alios. Ex quo convincitur non esse magis dominum propriae vitae, quam alterius.

(51) ARAGÓN: Q. 62, pág. 146. «Tandem probatur conclusio: Nec ius naturale, nec divinum, nec humanum concedunt homini dominium propriae vitae ergo homo non est dominus illius. Consequentia est nota... nullum est dominium, quod aliquo iure non fuerit introductum... Et primum, quod ius naturale non concedat homini dominium suee vitae, est res manifesta... Numquam ius naturae permisisse heterini se interficere: atque adeo, nec tribuisse ei vitae dominium, probatur. Nam numquam ius divinum concedit aliquid, quod sit contra ius naturae. De iure autem humano, est res clarissima: eo vel maxime, quod sunt innumerae leges positivae, quibus gravissimis paenis afficiuntur illi qui seipso interficiuntur.»

(52) SALÓN: Q. III, a. 2, cols. 360 y ss. «Dominum quocunque innititur alii iuri, at homo nullo iure neque naturali neque divino, neque humano est dominus vitae sua: Non iure naturali: nam iure naturali, illa quorum homo est dominus appetit consumere ad sui conservationem, ut vidimus in his quibus indiget ad victimam et vestitum, at nulla est inclinatio aut appetitus naturalis... Imo ad nil magis natura inclinat omne animal, quam ad sui conservationem, et quicquid huic repugnat, dicitur naturae adversunt. Secundum nec iure divino, nullib: enim constituit Deus hominem dominum vitae sua, nec vitam in ipsius iure posuit... Omnia homini subiecit, subiecit

recho natural el hombre apetece vivir y tiende a conservar la vida y a perfeccionarla. Es un elemento instintivo, natural en el hombre y en todo ser viviente, y la muerte repugna a todos los seres sin excepción.

En segundo lugar, por derecho divino, se concede al hombre el dominio sobre todo y más aquello que necesita para la conservación de la vida; pero nunca, sigue afirmando Salón, se le concede el dominio sobre la propia vida. Tenemos el precepto contrario, no matarás. Es un precepto general, absoluto. Cuando se priva a un propietario de una cosa cualquiera de su propiedad, puede perdonársele la restitución; en cambio, cuando afecta a la vida o privación de algún miembro, no sería lícito remitirle la restitución en cuanto sea posible, y esto por derecho natural, pues afecta a la conservación propia. Otro argumento que presenta Salón es que los bienes temporales podemos adquirirlos por nuestro trabajo e industria o de nuestros antepasados, mientras que la propia vida o propios miembros no podemos adquirirlos por propia industria o de nuestros antepasados.

Sólo de Dios nos vienen mediante nuestros padres, luego a sólo Dios pertenece la propiedad de nuestra vida y nuestros miembros. Si el crearnos es propio de Dios, también debe ser propio suyo el privarnos de la vida. Todas las cosas sobre las que tenemos dominio podemos utilizarlas libremente, y con la misma facultad disponer de ellas. No así la vida propia. La razón principal es que el principio vital que nos anima es el espíritu y sobre él no tenemos la libertad, ni podemos cortar una vida por él actualizada.

quidem ea quibus indiget ad vitam, non tamen vitam: imo praecepto illo non occides, tam propriam quam proximi mortem prohibuit... Iure autem humano non esse dominum, apertum est, eum ius humanum maximis suppliciis et paenit afficiat eos qui tentant se occidere, aut propria membra absindere. Tertio, si quis expoliet nos his, quorum sumus vere domini, licet eorum restitutionem remittere, at si quis me occidat, aut privet brachio, si huiusmodi damna possent refici restitutione eiusdem vitae vel brachii, non dicereet mihi remittere talia restituenti, sed iure naturae, quo teneor ad meam conservacionem, tenerer acceptare illam restitutionem. Ergo.

Quarto, ea quorum sumus domini ut bona temporalia, possint industria nostra, vel parentum a nobis acquiri, ut vitam propriam vel membra propria industria non valemus acquirere, nec parentes nobis illam conferunt, sed solus Deus, quamvis mediis parentibus illa nobis largitus est, ergo ad solum Deum pertinet horum dominium... Initium autem vitae hominis et introitus eius in hunc mundum non est in facultate hominis, sed solius Dei, ergo finis quoque et exitus eiusdem hominis non est penes eum, nec ipse est dominus suaे vitae aut mortis, sed solus Deus. Quinto, ea quorum habemus dominium ex nostro pendent arbitrio, sed vita nostra non pendent ex nostro arbitrio. Ergo. Probatur minor: vita aut accipitur pro anima rationali quae in nobis principium est vivendi, aut pro coniunctio animae cum corpore, in qua videtur consistere vita nostra, aut pro operatione ipsa vitali. Si primo modo non pendent ex nostro arbitrio, cum anima a solo Deo condita sit... Si secundo modo, coniunctio illa a Deo sit sine nobis, eum ab ipso solo anima creetur, et simul infundatur. Si vero tertio modo, operatio vitalis mere naturalis est, nullo modo ex nostra voluntate dependens.

En una segunda conclusión para Aragón (53), y tercera para Salón (54), sientan lo siguiente: Que no solamente el hombre particular, sino que ni el estado, ni el príncipe, tienen dominio sobre la vida y miembros de sus súbditos. Ni el estado ni el príncipe pueden privar de la vida a los ciudadanos bajo el título de dominio, sino que para privar de la vida a un ciudadano tienen que hacerlo por otros títulos, bien como custodio de la paz social, y cabeza de la sociedad, de la que debe procurar la conservación, contra el miembro infectado que es un peligro para la sociedad. También como ejecutor delegado por Dios de la justicia, pero necesita la base de un delito sobre el que la autoridad actúa en el campo judicial, para restablecer la justicia y la paz.

En una última conclusión sienta Aragón (55) la doctrina positiva: Sólo Dios es el que tiene el dominio absoluto sobre la vida humana, cuyo poder se extiende, no sólo a la potestad de castigar, sino también de defender, como custodio y como creador del hombre, y, en virtud de estas prerrogativas, puede privar de la vida al hombre, de la misma forma que pudo crearle. Sin embargo, concede al hombre un poder sobre la vida, al justificar que puede anteponer un acto de virtud a la vida corporal, así el que

(53) ARAGÓN: Idem. Secunda conclusio: «Respublica, aut princeps, non habet dominium vitae suorum subditorum. Probatur efficacissima ratione: si Respublica, aut princeps haberet dominium vitae suorum civium, sequeretur, quod etiam si illos absque aliqua prorsus causa interficeret, non teneretur ad restitutionem sicut nec ille, qui prodige consumit bona temporalia, tenetur aliquid restituere; quia es illorum bonorum dominus; consequens autem est absurdum, et contra communem Doctorum sententiam: ergo, Nec obstat, quod princeps interficit nocentes, aut etiam in bello exponit manifesto periculo mortis vitam suorum: Nam ex primo solum sequitur, quod est iudex, et sic potest pro delicto punire. Ex secundo autem convincitur, quod est reipublicae custos...» «Quia cum respublica sit, cui custodia atque tutela vitae civium est commissa, ipsa sola est, quae itre potest homines vita privare.

(54) SALÓN: Q. III, a. 2, cols. 361 y ss. Tertia conclusio: «Non solum homo privatus, verum etiam nec Resp. nec Princeps habet dominium vitae, aut membrorum subditorum suorum. Probatur, quia est verus dominus aliquius rei, non indiget alio titulo aut iure, quam dominii, ut possit re illa pro libito uti, usque ad eius consumptionem, sine ullius iniuria: Princeps aut Resp. non potest occidere suos cives titulo dominii, sed aliis, nempe, aut ut iudex in malefactis, aut ut custos boni communis ergo non est dominus vitae suorum civium... in duobus tantum eventibus potest Princeps vel Resp. civem suum occidere, vel vitam eius exponere: Primo, si cives ille alicui laeserit, tunc privat illum vita ut vindicta malefactorum. Secundo, quando ita exigit defensio boni communis, agitque tunc ut custos illius boni.

(55) ARAGÓN: Q. 62, págs. 146-7. Tertia conclusio: «Solus Deus est, qui vitae humanae habet absolutum dominium, ita ut non solum tanquam index punitendo, vel tanquam custos defendendo, sed etiam absolute tanquam humanae vitae auctor potest homines interficere. (Sapientiae, 16. «Tu es Domine qui vitae et mortis habes imperium etc...» Nam mortem appetere pro amico, non est seipsum occidere, aut sua vita, ac si esset illius dominus, sed est anteponere opus virtutis vitae corporali, quod naturalis natio rictat esse faciendum.»

expone su vida por bien del amigo, pues en principio, no es un homicidio, sino que la expone a un peligro.

No sería lícito el entregar la vida sin más.

En semejante argumentación Salón (56) razona de forma idéntica y sienta el principio de que Dios, y sólo él, es el dueño absoluto de la vida y de la muerte y depende de su libre voluntad. El sólo es el que vivifica y el que puede enviar la muerte.

No menor importancia conceden al estudio del propio honor y fama en relación con el objeto de la propiedad. Aragón (57) da varias definiciones sobre fama. La primera, afirma ser la fama la buena estimación tenida sobre un hombre. Pero más adelante, da una definición más descriptiva (58), la fama es la buena opinión o estima que se tiene de una persona. El honor, por el contrario, es el acatamiento exterior dado por alguien por alguna cualidad tenida. Es un acto puramente exterior, mientras que la fama es interior, pero ambos se encaminan a exaltar a una persona por sus cualidades. El camino recorrido por Aragón y Salón es el mismo, aunque con diferentes modalidades accidentales.

Aragón, después de señalar una reducida bibliografía, pero no tan reducida en su tiempo, expone la opinión de Cayetano, aunque después no la sigue (59). Para Cayetano, el honor y la fama son como la vida, algo superior a la capacidad dispositiva del hombre, y dice que el infamarse a si mismo es pecado mortal, más grave que el infamar al prójimo. Sin embargo, inmediatamente sienta Aragón la conclusión contraria. El hombre es dueño de su honor y fama. Tiene un dominio idéntico al que tiene sobre el dinero y los demás bienes temporales. Entre las pruebas que Aragón señala en garantía de su afirmación, está en primer lu-

(56) SALÓN: Idem. Ultima conclusio: «*Solus Deus est verus dominus vi- tae et mortis... Et probatur ratione: Primo vita ipsa praecedit omne domi- num nostrum tanquam fundamentum et origo illius, vita vero nostra habe- tur, regitur, et gubernatur per solum liberum Dei arbitrium, solus Deus est dominus vitae nostrae... cum ipse solus sit qui vivificat et mortificat, ergo solus ipse est dominus vitae nostrae.*

(57) ARAGÓN: Q. 62, pág. 133. «*Inter famam autem et honorem, hoc est discrimen: quod fama est bona aestimatio habita de homine. Honor vero est reverentia exterior alieni adhibita propter aliquam excellentiam.*»

(58) ARAGÓN: Q. 62, pág. 142. «*Est enim fama, bona opinio, vel aestimatio quam alii habent de homine.*

(59) ARAGÓN: Q. 62, pág. 140. «*Caietanus: hominem non esse dominum propriae famae, nec habere proprietatem illius, sed tantum usum, sicut nec habet dominium, aut proprietatem propriae vitae... infamare seipsum ex genere suo est precatum mortale, et gravius quam infamare proximum. His tamen non obstantibus sit conclusio, quod homo proprio habet dominium suae famae et honoris; sicut habet dominium pecuniarum, et aliorum bonorum temporalium.*»

D. ANTONIUS: 2 pág., título II, capítulo VIII y pág. 3; SOTO: lib. 4, de iustitia et iure, q. 2, art. 3; NAVARRUS IN MANUALIB. c. 18, númer. 46 et in relectioni super, cap. inter verba II, q. 3. Conclusiones 6 y 44; COVARRUVIAS: libro I, variarum solutionum, cap. II, númer. 8.

gar (60) el que la fama y el honor se adquieren por el trabajo propio y por industria propia. Luego la conclusión es, que somos dueños de estas cualidades personales. Compara estos bienes con los bienes temporales; somos, dice, dueños de ellos porque los adquirimos por nuestro trabajo e industria.

Según nuestro autor, no existe otro título más propio para tener el dominio sobre alguna cosa que el haberla adquirido por propio trabajo. El honor es premio de la virtud, y sobre las virtudes, por lo menos naturales y adquiridas, tenemos un perfecto dominio, como probaremos más adelante.

También tenemos ese mismo dominio sobre el honor, efecto y premio natural de la virtud. Pues el que es dueño de las obras, es dueño de la merced que por las obras se merecen y se ganan. Otro argumento empleado por Aragón es el argumento de contradicción: Si el hombre no es dueño de su propia fama y honor, se deducirá que por ninguna causa o razón le será lícito el perder su fama u honor, de la misma manera que el hombre al no ser dueño de la propia vida, por ninguna causa puede dar su vida, ni para evitar una culpa ni para adquirir la vida eterna. En estos casos, según los moralistas, aunque afirman que es lícito el dejarse matar antes que cometer una culpa mortal y que sería lícito el dejarse matar para conseguir la vida eterna; sin embargo, no podrían libremente provocar su muerte ante el peligro de la culpa. La culpa radica en la voluntad. Y puede conservarse la vida sin asentir a caer en la culpa. No hay ilación entre la culpa o la consecución de la vida eterna, y el darse uno muerte a sí mismo. El que reconoce que para él la fama o el honor son impedimentos para la virtud o para conseguir la vida eterna, sin duda puede hacer desaparecer su propia fama y honor.

San Agustín, dice Aragón, confiesa sus pecados en un libro:

(60) ARAGÓN: Q. 62, pág. 141. «Et probatur nostra conclusio: fama et honor proprio labore, propriaque industria acquiruntur et augentur; ergo sumus illorum domini. Probo consequentiam: Nam propterea sumus domini bonorum temporalium, quia illa propria industria, et labore adquirimus: nec videtur alius titulus convenientius ad habendum aliquius rei dominium, quam, quod fuerit proprio labore acquisita. Et confirmatur: honor est premium virtutis. Sed virtutis saltem naturalis et acquisitae haber homo dominium ut intra dicemus; ergo et honoris, qui est premium illius. Probo consequentiam nam qui est dominus operum, quibus aliquam mercede meretur, etiam erit dominus mercedis pro talibus operibus redditae: Item: honor et fama sunt partes felicitatis humanae, sed felicia est proprium bonum felicis ergo etiam honor et fama. Tertio: si homo non esset dominus propriae famae, atque honoris, sequeretur quod nulla causa, vel ratione licet sibi famam perdere: sicut quia homo non est dominus propriae vitae pro nulla causa, vel ratione potest dare vitam, silicet, nec pro vita culpa nec pro acquirenda saepe aeterna... Nam qui cognosceret famam et honorem esse sibi impedimentum ad virtutem, et ad salutem animae, procudubio posse iam licite perdere.» Ultimo: homo per iniuriam infamatus potest parcere infamanti, ergo est dominus suae famae... Si ergo non sum dominus meae famae, sequitur quod alter erit dominus illius, cui ex consequenti fiet iniuria cum a me iniuste fuerit ablata: sed iniuriam alteri illatam ego non possum remittere, ergo...»

Jesús no vuelve por su honor ante el Sumo Sacerdote y ante Pilatos. Si lo hicieron es porque tenían facultad de hacerlo, y no la tendrían si no fuesen dueños de la propia fama y propio honor. Como último argumento indica Aragón que si uno es difamado puede perdonar al infamante; luego es dueño de su fama. También dice que si yo no soy dueño de mi fama, alguien lo será, pero nadie en caso de ser yo difamado podrá perdonar la injuria, sino el que fué difamado. Como conclusión final a esta serie de argumentos, concluye Aragón (61) terminante y claro: quede bien sentado que el hombre es dueño de su fama y honor como lo es de su dinero y demás cosas temporales.

Salón (62) resume su doctrina en seis conclusiones. Primera conclusión: Absolutamente hablando el hombre es dueño de su honor y fama, lo mismo que de los demás bienes temporales. Entre los argumentos, añade a los señalados por Aragón, que sería absurdo no tener dominio sobre una cosa que frecuentemente podemos perder, rechazar y que rara vez tenemos obligación de conservar, como son el honor y la fama, y a veces es un acto de virtud no común y excelente que Cristo nos predicó con la palabra y el ejemplo. También recalca que nadie puede liberar de la restitución al usurpador de cosa ajena, sino con el consentimiento del verdadero dueño, y al tratar de la fama u honor quitado, nadie puede perdonar, sino aquel a quien se le quitó, luego es el verdadero dueño de su honor y fama.

Segunda conclusión: En esta conclusión sin retirar el principio general sentado en la primera conclusión, se bifurcan Salón y Aragón. Para Salón (63) el disponer de la propia fama cuando

(61) ARAGÓN: Q. 62, pág. 142. «Manet ergo fixum, quod homo est dominus sua famae, atque honoris, sicut est dominus pecuniarum, et aliorum bonorum temporalium, ut diximus in nostra conclusione.»

(62) SALÓN: Q. III, a. 3, cols. 370, 367 y 368. «Prima conclusio. Absolute et simpliciter loquendo, homo est dominus sui honoris, et famae sicut aliorum bonorum temporalium. Hanc probant efficacissime... Primo sic: honor et fama sunt propria hominis bona, non ingenita, sed proprio ipsius labore et industria acquisita et parta, ergo est vere dominus illorum sicut caeterorum bonorum quae proprio labore et ingenio sibi comparat... Unde est quartum argumentum. Absurdum est, nos non habere dominium eius rei quam frequenter possumus perdere, et abdicere, et ad quam conservandam rarissime tenemur, huiusmodi sunt honor et fama: haec enim disperdere aliquando non solum non est peccatum, sed excellentissima virtus, quam Christus nos docuit verbo et exemplo. Unde est argumentum: homo expoliatus per iniuriam sua honore et fama potest detractori libere remittere restitutionem suaem famae, aliter non esset in eius arbitrio pati detrimentum suaem famae: Ergo est dominus illius. Consecutio patet, nam eorum quorum nos domini non sumus, non possumus libere remittere restitutionem, nisi per consensum eius qui est verus dominus... Honor et fama sunt propria praemia et merces virtutum moralium, quas propria industria acquirimus tunc etiam artium et scientiarum, quas nobis proprio studio comparamus.»

(63) SALÓN: Idem. Secunda conclusio: «Fama mea, quando est mihi omnino necessaria, aut maxime utilis et conveniens ad salutem, mei animi,

me es totalmente necesaria o en gran manera útil y conveniente para la salud de mi alma o del cuerpo, o para aquellos cuyo cuidado me pertenecen, como los hijos o la mujer; es pecado mortal, no sólo contra la caridad, sino también contra la justicia.

Para Aragón (64) tiene diferentes efectos, y así dice que el que se quita la fama a sí mismo, aunque sea sin causa, no es pecado mortal *ex genere suo*, que no peca contra la justicia, porque la justicia siempre es *ad alterum*, ni contra la caridad, pues el precepto de la caridad para sí mismo obliga en primer lugar y se refiere, *per se*, al bien espiritual, y no obliga en relación a lo temporal, sino en cuanto son necesarios para el bien espiritual. La conclusión de Aragón, sin embargo, no tiene la amplitud de la sentada por Salón. Coincidén en la doctrina y en la exposición al referir la cuestión a las personas constituidas en autoridad. Así Salón (65) en la tercera conclusión afirma que la persona pública cuya fama sea necesaria, o muy conveniente para el bien común o el ejercicio de su cargo, pecaría gravemente contra la caridad y la justicia si dispusiera de sí mismo difamándose. La razón que señala Aragón (66) es que la fama de la persona pública está ligada íntimamente a su dignidad y oficio, y su difamación produce el escándalo y perjudica a los demás, y es contra justicia, por esta relación, contra los restantes ciudadanos. Igualmente, dice, peca el que se difama a sí mismo con el pecado de herejía o apostasía.

Cuarta conclusión de Salón (67): Cuando mi fama es nece-

vel corporis, aut eorum quorum cura mihi incumbit, ut uxor, filiorum, etc., illam prodigere peccatum mortale est, non solum contra charitatem, verum etiam contra iustitiam.

(64) ARAGÓN: Q. 62, pág. 143. «Primum corolarium est, quod aliquem infamare seipsum etiam sine cause ex genere suo non est peccatum mortale. Qui id facit non peccat contra iustitiam, quia iustitia est ad alterum, et non ad seipsum... nec etiam peccat contra propriam charitatem: caritas enim, qua quis seipsum diligere tenetur prima, et per se obligat ad bona spiritualia, et ad bona temporalia non obligat nisi quotemus sunt necessaria ad bona spiritualia.»

(65) SALÓN: Idem. Tertia conclusio: «Persona publica, cuius fama necessaria est, vel plurimum conveniens bono communii, et exercitio sui muneri prodicens illam, peccat etiam gravissime contra charitatem et iustitiam.

(66) ARAGÓN: Idem. «Si persona publica in dignitate, aut magistratu constituta seipsum de gravi aliquo crimen infamaret, proculdubio peccaret mortaliter. Et ratio est: Quia cum ille propriam famam habeat alligatum dignitati et muneri, quo fungitur, eius fama necessario vergit in scandalum et perniciem aliorum; et sic quadammodo peccat contra iustitiam. Similiter etiam qui seipsum infamat de criminis haeresis aut apostasiae vel de aliis gravissimis, et enormissimis peccatis...»

(67) SALÓN: Idem. Quarta conclusio: «Quando mea fama est necessaria, vel plurimum conducens ad alterius vitam spiritualem, vel corporalem, cuius tamen cura mihi non incumbit, quia nec sum persona publica, sed privata, nec est ille meae familiae, prodigere meam famam est peccatum mortale, contra charitatem quidem, non tamen contra iustitiam. Contra charitatem, quia sic prodigendo famam, qua indigebat fratre ad suam salutem, noceo illi proximi. teneor autem lege charitatis curare, ne sim monumento proximo meo...»

ria para conducir a otros a la vida espiritual o corporal, aunque no me corresponda el cuidado de los mismos, pues no se trata de persona pública, ni se trata de familiares, el difamarme es pecado mortal contra la caridad y no contra la justicia. Es contra la caridad, pues mi propia difamación perjudica al tercero. Y la razón principal es que se trata de un escándalo en materia grave, y el escándalo en materia grave es pecado mortal contra la caridad.

Quinta conclusión de Salón (68): El decir falsos testimonios contra sí mismo es pecado mortal y gravísimo contra la caridad. La razón es que se trata de una mentira en materia grave y con detrimento de alguien que es pecado grave.

Aragón (69) recoge esta misma doctrina y la razona. Se prohíbe el levantar falsos testimonios contra sí mismo como contra los demás. De la misma manera que en el precepto que manda no matarás, se incluye el no te matarás; así el no levantarás falsos testimonios se refiere al falso testimonio contra el prójimo y contra sí mismo. Y en este caso, contra sí mismo, es contra la caridad y sólo en cuanto es pecado.

Sexta conclusión de Salón (70): En ella sienta el principio de que en aquellos casos en que la fama no me es tan necesaria, ni mi infamia es ocasión de pecado para otros, ni de escándalo, será laudable mi acto o será pecado venial o mortal, según los efectos que se sigan de mi acto. En las anteriores cuestiones hemos hecho mención indirecta de los actos y actividad de la persona, como

Et confirmatur, quia talis prodigalitas suae famae est scandalum in re gravi: scandalum autem in re gravi est peccatum mortale contra charitatem: Nam tamen contra iustitiam...

(68) SALÓN: Q. III, a. 3, col. 373. Quinta conclusio: «Falsum contra seipsum dicere peccatum mortale est et gravissimum, non contra iustitiam, sed contra charitatem. Patet, mendacium in re gravi et cum detimento aliquius peccatum mortale est, falsum testimonium est mendacium in re adeo gravi ut honore et fama, quae omnibus divitiae praestat.

(69) ARAGÓN: Q. 62, pág. 144. «Non falsum testimonium dices, prohiberi quemquam adversum se falsum testari, sicut adversus proximum; quemadmodum et illo praecepto: Non occides, una et proximi homicidium et proprium prohibetur: ex quo colligi videtur, quod, sicut homicidiam, ita etiam at falsum testificari adversum se, respondetur sensum D. Augustinus esse, quod illo praecepto: Non, falsum testimonium dices, prohibentur homines non solum adversus alius, sed etiam adversus se ipsos falsum testimonium dicere: sicut et illo praecepto: Non occides, prohibentur non solum alios, sed nec seipso occidere. Non tamen inde infertur quod dicere falsum testimonium adversum se ipsum, est peccatum contra iustitiam, sed tantum quod est peccatum: Sicut nec ex illa praeclara forma praecepti: Non occides, colligitur proprium homicidium esse contra iustitiam, sed esse peccatum.»

(70) SALÓN: Idem. Sexta conclusio: «Quando fama mea, nempe mihi necessaria est, neque aliis, neque ex mea infamia offertur aliis probabilis occasio peccandi, vel scandalum, prodigere illam aliquando est peccatum mortale, aliquando veniale, aliquando laudabile. Si id fiat sine iusta causa, infamando me de culpis, quae in ordine ad meum honorem non iudicantur graves, est culpa venialis. Si de culpis in ordine ad meum honorem gravibus et turpibus est peccatum mortale, si vero infamem me ipsum ex iusta et idonea causa, non solum non est peccatum, verum etiam est actus laudabilis...»

objeto apto de la propiedad. Salón hace una indicación directa a esta cuestión, aunque la trata como cosa sabida y dilucidada con anterioridad. Comienza afirmando que no es este el lugar de hablar del dominio natural que cada uno tiene sobre sus propias acciones y operaciones. En el presente artículo va a tratar Salón (71) de la división de las cosas dentro de la propiedad y así contesta a la cuestión sobre las acciones y operaciones como objeto de la propiedad. Las acciones y operaciones propias nunca estuvieron en común, como probaremos que fueron las cosas materiales. Siempre las acciones y operaciones, tanto en el estado de inocencia como después de la caída, fueran propias y exclusivas. Cada uno fué y es dueño absoluto de sus actos, pues en esto precisamente radica nuestra libertad que cada uno se mueva a obrar por sí y por su propia y libre voluntad y no forzado por nadie. Esta facultad ni el pecado la ha hecho desaparecer. Tan absoluto es el dominio que tenemos sobre nuestras acciones y operaciones, que aun en el estado de esclavitud, los esclavos son verdaderos dueños de sus actos internos e inmanentes y de sus actos externos en cuanto procede de la decisión interna, y esto por derecho natural, que nunca puede abrogarse o privar de ellos a nadie. Aunque el señor, dentro de la esclavitud, tenga derecho sobre las obras de sus esclavos.

* * *

Las cosas externas al hombre como objeto de propiedad.

Para Salón (72) esta cuestión presenta el problema de la extensión del dominio sobre las cosas corporales. Da por tratada la cuestión de la posibilidad y titularidad dominical del hombre sobre las cosas exteriores. Es de derecho natural, divino y humano que el hombre tiene capacidad dominativa directa sobre las cosas exteriores. Por eso relacionan nuestros autores la naturaleza de propiedad sobre las cosas temporales y la división de las cosas, o inicio de la propiedad individual. Las relaciones exteriores

(71) SALÓN: Q. IV, a. 1, cols. 384 y ss. «De divisione dominiorum... In hoc art. non est quaestio de dominio naturali quod habet unusquisque in suas propias actiones et operationes, huiusmodi enim (ut ex superioribus constat) nullo tempore, fuit commune, sed omni tempore tam ante peccatum quam deinde in statu naturae lapsae et corruptae, unusquisque est dominus suarum actionum, cum in hoc consistat libertas nostri arbitrii, ut unusquisque moveatur ad agendum a se et sua propria, ac libera voluntate, et non ab alio, quae libertas in quocunque estatu convenit homini, nec fuit sublata per peccatum. Quavis deinde introducta servitute domini habeant ius in operationes servorum: actiones autem internarum et immanentium, tum etiam externarum quantum procedunt ab internis unusquisque est iure naturali quod nunquam ablatum aut abrogatum est verus dominus.

(72) SALÓN: Idem. Quaestio est de rebus quae sunt extra hominem ut uxoris, liberis, et bonis temporalibus. De quibus prima conclusio: In communione uxores possidere in nullo estatu fuit conveniens, imo talis communio est exercenda et mala. Ubi Deus ius naturae instituens: Erunt inquit duo in carne una...

res que tiene el hombre son con la mujer, los hijos y los bienes temporales. Las dos primeras relaciones establecen un dominio impropio de dirección como hemos expuesto. En relación a las cosas temporales, el hombre tiene capacidad dominativa.

En la segunda conclusión, afirma Salón (73), que la comunidad de las cosas y posesión de los bienes fué convenientísima en el estado de inocencia y naturaleza íntegra y que en aquel estado se observó esta comunidad de cosas. No encontró dificultad el hombre en aquel estado y situación, pues dice que como el apetito estaba sometido a la razón por el don de justicia original de que gozaba y la razón a Dios, no aparecían conflictos para la convivencia y común disfrute de las cosas exteriores. En el estado de inocencia por el don de justicia original, no había ningún amor desordenado, ninguna envidia o deseo del bien ajeno; por tanto, la comunidad de bienes era el ideal. También se fija Salón en los fines de las cosas exteriores; así dice que como estaban dotados de la justicia original, no necesitaban vestidos para cubrir su desnudez; que como la tierra tenía tanta fertilidad no escaseaba el alimento. Esta misma conclusión expone Aragón (74).

Después del pecado las necesidades del hombre aumentan y su rectitud natural disminuye; la división de las cosas es necesaria, aunque Salón afirma que no es *simpliciter necessaria* (75). Se hace conveniente para evitar que por la desidia en el trabajo, ahora imprescindible, falte lo necesario y vengan las discordias y las luchas.

En sus conclusiones, Salón es más comedido, pues mientras Aragón proclama la necesidad de la división de los bienes en el estado de naturaleza caída, Salón nos habla de la licitud y honestidad de esta división, aunque concluye afirmando la necesidad. Veamos sus respectivas conclusiones:

(73) SALÓN: Idem. Secunda conclusio: «*Communis rerum et bonorum possessio praeter quam uxorum fuit convenientissima in statu innocentiae et naturae integrae, et sic fuisse in illo observata. Nam in illo cum appetitus esset donum iustitiae originalis subiectus rationi, et ratio Deo, homines sola ratione et divina lege ducerentur, propter quod praeferrent communia propriis, quia recta ratio et divina lex ita exigunt.* 2. Ex eodem dono iustitiae haberent, et divina lege ducerentur, propter quod praeferrent communia propriis, quia ceretur, sed quantum recta ratio et lex Dei patiuntur... nullaque inter ipsos aut cupiditas au invidia boni alieni oriiretur...

Observemus. 2. In illo statu nec indiguisse homines vestibus, iustitia originali omnium oculus pudore et sancta simplicitate replete... nec fuissent tunc agri arandi, seminandi, et arbores sua sponte protulissent suas fruges et fructus sapidissimos.»

(74) ARAGÓN: Q. 62, p. 148, 1.^a Conclusio... «*In statu innocentiae res in communi possiderentur, erat valde conveniens. Probatur: Nam tunc nulla esset inter homines aviditas, ipsaque terra, vel inculta, sua sponte fructus tulisset...*

(75) SALÓN: Idem. «*Modo autem post peccatum indiget homo indumentis, et domiciliis, quae propria industria et labore paranda sunt...* Rerum divisio non est simpliciter necessaria sed ad vitanda damna quae peccatum sequuntur sunt, nempe ne hominum socordia fructus deficiant ne ob suas cupiditates, contentiones et discordiae circa res et fructus inter eos orientur...»

Segunda conclusión de Aragón (76): En el estado de naturaleza caída, no sólo fué conveniente, sino necesaria la división de los bienes.

La tercera conclusión de Salón (77): La división y apropiación de los bienes después del pecado primero, es lícita y honesta.

Ambos convienen en una misma afirmación si entendemos la necesidad de que nos habla Aragón, como necesidad moral o conveniencia con imperativo social.

La comunidad en la posesión puede entenderse en tres sentidos, según Aragón: Que los campos sean propios y los frutos comunes. Segundo: Que los campos sean comunes y los frutos se dividan. Tercero: Que sean comunes tanto los campos como los frutos. Un verdadero planteamiento del comunismo social.

Para nuestro autor ninguno de los tres es conveniente, pues darían lugar a una serie indefinida de disensiones, porque no hay igualdad en el trabajo, en las necesidades, en la buena o mala fe y que cada uno debería percibir en relación al trabajo desarrollado. Salón señala en primer lugar la prueba religiosa. Y cita la doctrina del Concilio de Trento en el que se pone de manifiesto que tanto los fieles como los religiosos tienen el dominio de sus bienes en conformidad con el estado propio de cada uno. Hace una enumeración expresa de los bienes muebles e inmuebles.

Aragón (78) en una cuarta conclusión dice que es herejía el afirmar que después del primer pecado no fué lícito el dividir y apropiar los bienes. Y cita el Concilio de Constantinopla en la definición contra Juan de Hus.

En la cuarta conclusión de Salón amplía su doctrina y admite una necesidad de la división. Así dice (79) que no sólo es lícita,

(76) ARAGÓN: Q. 62, p. 148. 2.^a Conclusio: «In statu naturae lapsae, et post peccatum, non solum fuit conveniens, sed et necessarium, ut rerum divisio fieret. Et probatur: Uno e tribus modis potest intelligi communitas possessionum. Primus est, quod fundi sint proprii, fructus vero communes. Secundus, quod agri sint communes, et fructus divisi. Et tertius quod tan agri quam fructus sint communes: sed nullus horum est conveniens: Ergo. Probo, quod non sit conveniens... Quia sic daretur ansa discordiis cum labores essent impares (qui enim plures possessiones haberet plus laboraret) et tamen fructus aequaliter unicuique pro cuiusque necessitate obvenirent, quod nullus aequo animo ferret; sed quisque tanto plus fructum vellet percipere, quanto plus hauit laboris.»

(77) SALÓN: Q. IV, a. 1, cols. 388 y ss. Tertia conclusio: «Rerum divisio et appropriatio post peccatum est lícita et honesta... Ubi Concili. Tridentinum docet Ecclesiasticos et quoscumque fidèles etiam religiosos habere dominia propria suorum bonorum iuxta summum statum. Religiosos in communi, caeteros fidèles et clericos in particulari. Conceditur ibi omnibus Ecclesiis et monasteriis tam virorum quam mulierum ut possint habere dominium in communi suarum rerum, et habere ut sua bona mobilia et immobilia...»

(78) ARAGÓN: Q. 62, pág. 149. Quarta conclusio: Dicere, quod post naturam lapsam non fuit licitum rerum dominia distinguere, est aperta haeresis. Probatur prima ex Concilio Constantiensi, ubi contrarium huius definitur contra Ioanem Hus...»

(79) SALÓN: Q. 62, a. 1, col. 390. Quarta conclusio: «Non solum licita

sino muy conveniente y necesaria fué en el estado de naturaleza caída la división y apropiación de las cosas. Las razones que expone son que en este estado es necesario el labrar los campos, construir casas, procurarse vestidos y todo esto resulta difícil si las cosas permanecen indivisas. Apela a la experiencia, que siempre nos interesamos menos por las cosas comunes que de las propias. También al multiplicarse las necesidades se impone la división del trabajo y es necesaria la diversa orientación de los hombres en su trabajo y especialización. Los inconvenientes de la comunidad de bienes que cita Aragón (80) y por los cuales se hace necesaria la división y apropiación, son cuatro. Primero: Que se salvaría difícilmente la paz entre los hombres, pues en la comunidad de bienes, cada uno querría hacer las cosas de una forma y se encontrarían las opiniones opuestas. Segundo: Que la posesión privada será más beneficiosa y fructuosa, pues siempre el trabajo sobre las cosas propias es más eficaz que sobre las comunes. Tercero: Que se conservan mejor, pues se aprecian más las cosas propias que las comunes, de la misma forma que nos amamos y comportamos mejor con nosotros mismos que con los demás. Como los bienes propios tienen una finalidad propia y típica, de conservarnos a nosotros mismos con exclusión de terceros, siempre se conservan y fructifican más que los comunes. Cuarto: Que con la división de los bienes se da lugar y cabe la práctica de la liberalidad entre los ciudadanos. Y en la sociedad es necesario pluralidad de grados y diversas clases de hombres. Esta última frase, quizá aparezca muy propia de la Edad Media o Mo-

sed maxime conveniens et necessaria fuit in statu naturae lapsae rerum divisio et appropriatio. Probatur primo, post peccatum quando iam terra non sua sponte offert fructus, et homo pluribus indiget, necessario agri sunt colendi, et proprio labore paranda domicilia et tegumenta, male autem et segniter colebantur agri, et curarentur alia necessaria, si res manerent in communi, cum communia in hoc hominum statu parum curentur, ipsa experientia teste... Quando autem res habentur ab aliquibus in communi, frequenter oriuntur, propter cupiditatem humanam, unoquoque volente aut totum aut quod melius est sibi vendicat. Necesse est reperiiri diversos hominum ordines, qui gubernent, qui custodiant illam, qui colant agros, et ministrant alia necessaria, unde ipsem Socrates constituebat hos tres status, agricolarum et opificium unum, alium militum et custodium murorum, tertium iuris prudentium et gubernatorum: si omnia essent in communi tempore pacis omnes fugerent statum agricolarum et artificum, ad vitandos labores, vallentque connumerari in militibus vel iuris prudentibus: tempore belli et obsidionis, omnes fugerent statum militum, eligerentque alios...»

(80) ARAGÓN: Q. 62, pág. 149. «Primum est, quod servatur pax et concordia inter homines. Dum enim plures unum curant, communiter oriuntur iuria atque litigia, uno volente, ut uno modo fiat, altero, aliter. Secundum, quod possessiones sunt magis fructuosae, quilibet enim naturaliter magis insistet circa proprium, quam circa commune... Tertium quod conservatur delectatio, quam quisque naturaliter in se ipso, et in suo proprio bono habet. Sic ut quilibet naturaliter amat eipsum, et se ipso delectatur... et grandet bonis propriis, tanquam mediis deservientibus suae conservationi... Quartum commodum est, quod tacta rerum divisione conservatur liberalitas inter cives... Nam necessarii sunt in republica diversi ordines, diversaeque classes hominum.»

derna, pero no creo encuentre dificultades en la contemporánea.

Salón nos habla del *desideratum* en esta materia, aunque reconoce su imposibilidad. Dice (81), *simpliciter et absolute*, hablando sería mucho mejor el poseer las cosas en común que en particular, pues así vemos que en el estado de inocencia y en el colegio apostólico, poseían en común lo mismo que aquellos que buscan seguir más cerca a Dios en la vida religiosa, pero para toda la comunidad humana, para evitar los muchos inconvenientes que hemos enumerado, mejor es que se dividan y se conserve la propiedad.

Conforme a la doctrina de Aragón (82) puede decirse que una cosa es de derecho natural en dos sentidos: uno positivo, que será cuando la razón natural nos dicte lo que debemos hacer o no hacer. Lo impone o lo prohíbe. El otro sentido es negativo, y es cuando el dictamen de la razón ni lo manda ni lo prohíbe. En conformidad con esta distinción, puede afirmarse que la comunidad de bienes es de derecho natural, no positivamente, pues la razón natural no dicta ni manda que las cosas se posean en común ni tampoco impone el derecho natural la división de las cosas, y así la propiedad de las cosas no es contra el derecho de la naturaleza.

Vuelve a distinguir el dominio del uso para afirmar que, en el caso de extrema necesidad, en cuanto al uso son comunes, respetando que en cuanto a la propiedad no sean comunes las cosas, ni siquiera en el caso de extrema necesidad.

Para contestar a la pregunta ¿En virtud de qué clase de derecho se realizó la división y apropiación de las cosas? Recogen los

(81) SALÓN: Q. IV, a. 1, col. 396: «Ex his colligio tria: primo absolute et simpliciter loquendo, melius esse possidere res in communi quam in particuliari, ideo in statu innocentiae et in collegio Christi possidebantur in communione. 2. Paucis hominibus ut religiosis et his qui volunt Deo vacare melius esse in communi vivere, quam alio modo ut docuit Christus suo exemplo, cum collegium ipsius fuerit norma religiosorum et perfectorum. 3. Universo generi humano, et toti hominum multititudini, ad vitanda innumera incommoda sequentur si post peccatum res essem in communi, melius esse, ut divisa sint earum dominia et proprietates.»

(82) ARAGÓN: Q. 62, pág. 151: «Dupliciter aliiquid potest dici de iure naturali. Uno modo positive: quale est illud quod ratio naturalis dictat faciendum esset, aut non faciendum; ut quod distincte praecipit, aut prohibet: alio modo negative; et est illud, quod ex dictamine rationis nec praecipitur, nec prohibetur, sed neutro modo se habet. Hoc supposito dici, quod communitas rerum est de iure naturali, non positive: ratio enim naturalis non dictat, aut praecipit, ut res in communione possideantur, sed negative, ea, scilicet ratione, quia secundum ius naturale possessionum distinctione non est facta: et sic rerum proprietas non est contra ius naturae: sed magis ipsi iuri naturali superadditur per adiunctionem humanae rationis, ut dicit D. Thom. vel secundo respondetur, distinguendo inter dominium et usum quod quavis res quantum ad dominium ex lege naturae non sunt communes, sunt tamen communes, quantum ad usum; quae communitas adhuc manet in casu extremae necessitatis, in quo quilibet quibuscumque rebus, etiam quantum ad dominium alienis prout sua voluntate licite niti potest: quod satis est ad hoc, ut res ex lege naturae communes dicantur.»

clásicos las siguientes conclusiones: Primera conclusión (83): El dominio de ciertos bienes se deriva directamente del derecho natural. Estos bienes son principalmente las acciones y operaciones propias; el dominio sobre la propia fama y propio honor, etcétera, son considerados como partes de la persona misma o efectos de la inmanente facultad inseparable del hombre, como es la libertad. Y así como somos dueños de estas manifestaciones de la persona por derecho natural, así tenemos la propiedad de las mismas, en virtud del mismo derecho.

Segunda conclusión (84): La división y apropiación de las cosas externas, o división de las cosas en general, no se realizó por derecho divino, tampoco natural. Salón (85) añade, ni por el derecho civil. Dicen que no hay ningún lugar en las Sagradas Escrituras donde se afirme que las cosas deben dividirse o apropiarse entre los hombres. Si se hubiese realizado la división por derecho natural, como éste es idéntico a sí mismo en todo tiempo e invariable, debería haber imperado siempre la división y apropiación de las cosas y tenemos el estado de inocencia en el que todo era común, lo mismo en los otros momentos o estados de perfección que hemos enumerado con anterioridad. Si la división fuese de derecho natural, no sería verídico el principio citado y probado con anterioridad de que las cosas son comunes por naturaleza. También debemos tener en cuenta que la división de las

(83) SALÓN: Q. IV, a. 2, col. 398: «Quo iure facta sit rerum divisio et appropriatio. Prima conclusio: Quaedam dominia sunt iure naturali divisa et appropriata quibusdam hominibus: Patet his exemplis: Dominium quod habet unusquisque in suas proprias actiones et operationes, dominium quod habet in suum honorem et famam, dominium paternum quod habent parentes in filium... Haec sunt divisa iure naturali. Sicut enim iure naturali unusquisque habet ista domina, ita quoque simil iure naturali sunt cuique appropriata...»

ARAGÓN: Q. 62, p. 152. Prima conclusio: «Negari non potest, aliquarum rerum dominia iure naturali fuisse hominibus divisa. Probatur: Iure naturae unusquisque est dominus suaem famae, et propriarum suarum actionum: ergo aliquarum rerum dominia iure naturali sunt divisa».

(83) ARAGÓN: Idem. Secunda conclusio: Rerum externarum divisio nulla lege naturali, aut divina est facta. Et quidem, quod non sit facta lege naturali probatur: Nam alias sequeretur, vitam eorum, qui in communi vivunt, esse contra naturam.

(85) SALÓN. Idem. col 399. Secunda conclusio: Divisio et appropriatio rerum in generali, id est quod res sint dividenda, non est facta iure divino, nec naturali, nec civili... In mullo loco Sacrae Scripturae legimus Deum praecepisse hominibus ut res inter se dividant, nec est locus ex quo tale colligatur... Si divisio rerum esset a iure naturae, cum ius naturae sit idem semper sibi simile, et omnino invariabile, in omni statu oportuisset res dividi, in statu autem innocentiae non fuisset talis divisio. Ergo. Secundo, si ista divisio esset a iure naturae non essent iure naturae omnia communia, quod est contra illud commune dictum et axioma omnium... Tertio, si ista divisio esset a iure naturae, vita eorum qui habent omnia, in communi ut religiosorum, quod tamen haereticum (Col. 400): Denique ius naturale nulla indiget ratiocinatione et discursu, sed scriptum est in cordibus nostris, aut sequitur necessario et evidenter ex primis principiis naturae demonstrativa, sed secundum quandam congruentiam...».

cosas no se sigue necesariamente, sino por razón de conveniencia social.

Tercera conclusión (86): La división de las cosas externas se realiza por derecho de gentes. Se nos va a permitir sigamos aclarando el concepto de derecho de gentes y probando la doctrina sentada en nuestro trabajo titulado «Miguel Bartolomé Salón, fundador del derecho de gentes», publicado en la REDI, vol. VI, número 1.º, 1953, págs. 183 y ss., pues este trabajo es un suplemento de aquél. Salón (87) afirma antes que escritor alguno de los hasta hoy estudiados, la naturaleza positiva del derecho de gentes. Así dice en esta cita, que el derecho de gentes ocupa un término medio entre el natural y el positivo. Por las semejanzas que guarda con uno y otro se le ha llamado unas veces natural y otras positivo; pero el derecho de gentes es establecido por el consentimiento de todos o casi todos los hombres. El derecho de gentes repite, una vez más, no es una especie de derecho natural, sino que es un derecho positivo. Del derecho natural puede hablarse en dos sentidos: uno estricto y propio, que está grabado en nuestros corazones. Otro en cierto modo natural, por el que los hombres llegamos por la razón natural a deducir o determinar los medios aptos para un fin; éste es un derecho de gentes en sentido propio y no natural, aunque tengan algunas semejanzas. Este derecho es el que nos lleva a la división y apropiación de las cosas, y pudiera decirse de derecho natural, pero propiamente es de derecho de gentes y no natural.

(86) SALÓN: Q. IV, a. 2, col. 400. Tertia conclusio: «*Divisio rerum in generali, quod res dividerentur est a iure gentium. Patet a sufficienti divisione, nam si non a iure divino, neque a naturali neque a civili necessario debet esse a iure gentium, cum non sint alia iura praeter haec... Sed ex his quae natura et recta ratio dictant ratiocinando et discurrendo colligitur, ut maxime congruens et expediens... omnes gentes et nationes in illud convenerunt recta ratione illud omnibus suadente: sed res dividendas esse non impressit natura hominum mentibus, neque in communi aliquo omnium hominum conventu... Sed a iure gentium.*»

(87) SALÓN: Q. IV, art. 2, col. 402. «*Ius gentium cum sit medium inter naturale et positivum, esse utriusque quadam ratione simile, et utriusque naturam induere, et nomen fortiri, aliquando vocatur naturale quia naturalis ratio illud insinuat ut congruent et expediens, sicut vidimus modo Institut. de rerum divisione p. fere: Aliquando vero vocatur humanum et positivum, quia sicut ius positivum mest ex hominum conductio, ita et ius gentium est ex hominum conductio, omnibus in illud consentientibus... Iure gentium non sit species iuris naturalis, sed positivi. Ratio naturalis dictat sine rerum divisione pacem constare non posse... Col. 403. Ad primum respondeo, de iure naturali posse nos loqui duplicitate, uno modo stricte et proprie, pro eo quod per se est a natura et est impressum cordibus hominum; quo modo rerum divisio non est a iure naturali: Secundo modo dicitur etiam quodam modo a iure naturae, quod homines colliguntur ratione naturali circa media in ordine ad aliquem finem et quod ita colligunt est ius gentium propri, non tam in naturae, licet illi maxime simile et affine, et hoc modo divisio potest aliquo modo dici de iure naturali, proprie autem est de iure gentium et non naturali...»*

Salón argumenta con método de exclusión, en este caso. Pues dice, no se realiza la división y apropiación general de las cosas por derecho natural, ni divino, ni civil, luego no queda otro que de gentes. Además que se realiza por la recta razón como más conveniente que es el método propio del derecho de gentes. Ha sido una institución en la que han convenido todos los pueblos y naciones por raciocinio y conclusión de la recta razón. En esta misma conclusión, tercera, introduce Aragón (87), una alusión al derecho civil que Salón (89) estudia en conclusión distinta y es que la división de las cosas en particular y su apropiación se realiza por virtud de normas civiles. Ciertamente las leyes civiles regulan la movilidad ordinaria de la propiedad, pero respaldadas por el principio general de derecho de gentes de la capacidad y conveniencia de la apropiación y división.

La última conclusión en relación a esta capacidad apropiativa de las cosas la expone Salón (90) afirmando que, a pesar de la división de las cosas, muchas permanecen en comunidad, como ciudades, caminos, ríos, puertos, etc., etc. Pues por derecho de gentes, esto es, por el común consentimiento de los hombres, no se les somete al dominio privado y que deben permanecer en común para que todos puedan libremente utilizarlas.

(88) ARAGÓN: Q. 62, p. 153: Tertia conclusio: «*Prima rerum externarum divisione facta fuit iure gentium, licet postea iure civili plures earundem rerum divisiones accesserint: Haec conclusio duas continet partes. Prima est, quod prima rerum divisio facta fuit iure gentium. Secunda, quod plures earundem rerum postea divisione iure civili accesserunt. Prima pars probatur: Hoc interest inter ius naturae, et ius gentium, quod quae pertinent ad ius naturae, vel sunt prima principia naturae, vel absolute sequuntur ex primis principiis: at vero quae sunt iure gentium, non sequuntur absolute, sed facta quadam suppositione, ut diximus supra quaest. 57 ar. 3. Sed prima rerum divisio colligitur ex principiis naturae, non simpliciter, et absolute sed facta quadam suppositione: ergo pertinet ad ius gentium... Secunda pars conclusionis est adeo clara et manifesta, ut non indigeat probatione. Certum est enim, quod temporum lapsu republieae imperium suum et regnorum dominia in Regibus transtulerunt, ut habetur in lege quod principi placuit». «*Ad confirmationem respondeatur, quod res exteriorum ex iure naturae dicuntur esse primi occupantis, quantum ad fructus illarum non quantum ad dominium.*»*

(89) SALÓN: Idem. Col. 401. Quarta conclusio: «*Divisio rerum in particularit et eaurum appropriatio, id est quod haec provincia sit iurius gentis, hic ager illius hominis, hoc fundum alterius, factum est partim iure gentium, partim vero iure civili et imperatorio.*»

(90) SALÓN: Idem. Ultima conclusio: «*Facta rerum divisione multa adhuc manent indivisa et in communi, ut locus, civitas, itinera, fontes, flumina, elementa, littora, pisces, aves, ferae, portus et similia. Nam ius gentium id est communis hominum consensus haec sub nullius privato dominio constituit, immo omnes convenient in eo, ut his quicunque indifferenter utatur, et liberae communies que sint omnibus piscatio, venatio, et similia.*»

LA MOVILIDAD DE LA PROPIEDAD

Los modos de adquirir la propiedad para Salón son cuatro (91): por herencia por concesión del principio de los bienes que el Estado adquiere por guerra justa, o de los bienes que pertenecen a la Nación; tercero, por consentimiento de las partes que transmiten sus bienes; cuarto, por derecho de gentes, o sea, por un consentimiento tácito de los hombres, como es la adquisición por ocupación. Para Salón la división de las cosa externas después de pecado fué hecha por los primeros padres.

Distingue Salón (92) la adquisición de la transmisión del dominio. La adquisición del dominio no lleva consigo una mutación del dominio, pues las cosas que no pertenecen a persona alguna, las adquiere el primer ocupante sin que haya mutación alguna en el dominio, pues no existía. La transmisión lleva consigo una alteración en el dominio. Define la transmisión como el traslado de la cosa, de aquél que la posee legítimamente en propiedad a otro que empieza en este momento a ser propietario de la misma. Si esta transmisión no se realiza legítimamente se comete una injusticia y nace una obligación de tal acto: la obligación de restituir.

La transmisión de dominio puede realizarse por tres formas: Primera por voluntad divina. Dios es el dueño principal y puede conceder las cosas a quien quiera y privar de ellas a quien deseé.

Segunda, por la libre voluntad del dueño.

Tercera: Por la ley civil, y por sentencia judicial, aun en oposición a la voluntad del dueño si así lo exige el bien público.

De esta clasificación, como de la de Aragón que a continua-

(91) SALÓN: Q. IV, a. 3, col. 404. «*Observandum est initio, rerum divisionem et appropriationem potuisse fieri uno ex his quatuor modis primo auctoritate parentum dividentium filiis suas possessiones: vel auctoritate parentum dividentium filiis suas possessiones: vel auctoritate Principum, habet enim Princeps auctoritatem dividendi inter eos cives tam ea quae bello nuto acquirit, quam ea quae in sua provincia sub privato alicuius alterius dominio non sunt... Tertio potest fieri sive ullo Principe sed expresso aliquorum hominum consensu... Quarto, iure gentium, id est consensu tacito omnium hominum, quomodo quae sub nullius domino erant primo occupanti concedebantur... Dico hoc supposito omnibus istis modis factam esse rerum divisionem. A principi mundi ostium post peccatum, factam esse parentum auctoritate...»*

(92) SALÓN: Q. V, cols. 444-447. «*Initio autem huius disputationis duo observanda sunt: Prius est differre plurimum haec duo, translationem dominii et acquisitionem dominii, nam acquisitionis dominii non requirit mutationem domini, in res enim quae nullius adhuc sunt adquirit dominium iure gentium (ut vidimus), qui primum illas occupat, sineulla mutatione alicuius domini. Translatio vero dominii exigit mutationem domini: defenitur namque, Translatio rei, ab eo qui legitime ipsam possidet, in alterum qui illius incipit esse dominus. Quo sit, ut nisi haec translatio fiat debita via, inferatur iniuria vero domino, et maneat vinculum restitutionis...: ita quoque tribus viis posse translationem dominiorum fieri. Primo, divina voluntate... Secundo, libera voluntate et donatione domini illa possidentis. Tertio, per legem a Rep. constitutam, vel sententiam iudicis, invitatis et repugnantibus propriis dominis, bono publico ita exigente...»*

ción expondremos, podemos deducir la claridad de conceptos que tenían nuestros clásicos. Los modos de adquirir el dominio son dos, originario y translativo. Esta clasificación es perfecta, en oposición a la actual que casi todos nuestros comentaristas aceptan de originarios y derivativos. Pues puede darse el caso de transmisión «a non dominó», que no son originarios ni derivativos, pero sí translativos.

Aragón (93), al hablar de la transmisión de los bienes los reduce a dos, por voluntad del dueño y por ordenación de la ley. Y la transmisión legal puede tener doble orientación: bien cohibiendo la voluntad del propietario para que transmita la propiedad o bien transmitiendo la propiedad aun contra la voluntad del dueño. Aunque se trata de una teoría legalista nunca la podremos confundir con la defendida por Mirabeau, Montes, Benthan, Toullier y los actuales divinizadores de la ley.

Primera conclusión que sienta Salón (94) respecto a la transmisión del dominio: Es muy natural y conforme con la razón que cada uno pueda transferir el dominio de sus cosas a otro con plena libertad. Considera la conclusión simple y absolutamente, sin fijarse en posibles mutaciones accidentales, como puede ser en ciertos casos en que por una prohibición legal o por la malicia del fin intentado, en los que la transmisión de los bienes puede resultar contrario a la recta razón. Siempre que no se dé alguna de estas circunstancias u otras parecidas, pura y simplemente la transmisión es posible, lícita y natural. La razón suprema es la misma naturaleza del dominio, expresado en la definición que sentamos y comentamos. En relación a la transmisión de la propiedad por la libre voluntad del propietario, Salón (95) sienta esta

(93) ARAGÓN: Q. 62, pág. 153. «Dominia possunt transferri uno e duobus modis, scilicet, vel voluntate domini, vel ordinatione legis. Quae potest esse duplex. Nam vel cohibet voluntatem domini, ne volens transferat dominium in alterum; vel transfert dominium ipso domino invito.»

(94) SALÓN: Q. V, a. 1, col. 447. «Prima conclusio: Simpliciter et absolute, maxime naturale et consonum rationi est, ut possit unusquisque dominium suorum rerum in alterum pro libito transferre. Dixi simpliciter et absolute, nam per accidens, vel per prohibitionem legis, vel ex malo fine, vel quia sibi aut suis noceat, potest esse aliena a recta ratione talis translatio: simpliciter autem et absolute, ubi nullum ex his incommodis intervenit, est vera conclusio. Et probatur, primo, ex definitione dominii: nam dominium est facultas utendi re sua pro libito, in quemcunque usum lege non prohibitum transferre autem rem suam in alterum libera voluntate, ut dominatione, venditione aut alio contractu, quam lex divina vel humana non prohibet, est uti illa in usum non prohibitum, ergo eo ipso quo quisque est dominus alicuius rei, potest eius dominium libera sua voluntate in aliud transferre...»

(95) SALÓN: Q. V, a. 2, col. 454. Prima conclusio: «Posito tali actu interiori et deliberatione voluntatis, non statim transfertur dominium in alterum, sed manet adhuc prior ille verus dominus suave rei, sicut antea erat. Patet, cum dare et accipere sint relata, quamdiu non est qui accipiat neque est donatio, neque translatio dominii, sed ped meum actum interiorum alter nihil accipit, ergo neque aliqui illi do, aut transfero in ipsum aliquod dominium... col. 455, Secundo ego non possunt transferre dominium mearum rerum in aliud nisi illo consenti

conclusión: Por el simple acto interior y libre de la voluntad no se transmite el dominio inmediatamente a otro, sino que aun después de puesto tal acto interior permanece verdadero propietario de sus cosas como antes de poner tal acto. La razón es que el dar es correlativo de recibir, y por un acto interno no recibe nada el tercero, que ni recibe, ni conoce, ni puede conocerlo. La segunda razón es que nada se transmite, si no es por aceptación del que recibe, y mientras yo retenga en mi interior mi acto no puede aceptar ni consentir en la adquisición del dominio, pues no lo conoce ni puede independizar o tipificar.

Un argumento fuerte es el siguiente: El dominio es un «ius in rem». El que transmite el dominio transmite el derecho sobre la cosa, pero el acto interno ni transmite el derecho ni la cosa, ni produce la pérdida del dominio del titular actual.

Segunda conclusión: Nadie está obligado a manifestar su acto interior o sus deliberaciones internas a un tercero, y puede, si así lo juzga conveniente, revocar esos actos internos. Las razones son consecuencias de la doctrina más arribada probada. Si puesto tal acto interior no se transfiere el dominio de las cosas y queda o sigue siendo dueño, puede hacer lo que juzgue más conveniente de sus cosas y puede decidir sobre lo que juzgue conveniente. Esto es, disponer libremente de las cosas interior y exteriormente, pudiendo retener o conferir a otro sus cosas, y por tanto, revocar su primera deliberación interna.

Lo considera Salón a lo más como una ley privada, impuesta

ente, sed quamdiu ego retineo apud me illam deliberationem occultam alter non consentit, ergo manet apud me illius rei dominium... Denique cum dominium sit ius in rem, qui transtert dominium, transfert ius in illam, sed actus interior, neque dat ius neque tollit, ergo... Secunda conclusio: Nemo tenetur huicmodi actum interiore, aut deliberationem alteri manifestare, imo si sibi placuerit, potest eam revocare. Probatur: posito tali actu interiori non transfertur dominium rei, sed manet dominus ille idem qui anteal erat, ergo potest de ea libere adhuc disponere, ergo potest illam sibi retinere, aut alteri conferre, et priorem illam deliberationem revocare... Col. 456, secundo probatur, si ego teneor rem alteri promissam ipsi reddere, hoc non est ex aliqua lege publica et civili, sed ex lege privata quam tuli mea voluntate, sed revocare, quoties voluero ideo namque (ut vidimus) testamentum quamdiu testator vivit potest revocare, quia testamentum est velut lex quedam privata, instituta a privata voluntate testatoris, ergo possum revocare illam... Ex his sit tertia conclusio contra Magistrum Soto: Promissio vel deliberatio non explicata verbis aut signis simplex et non mutua, non obligat in foro interiori conscientiae. Probatur, homo natura sua habet, ut non referatur nec ordinetur in alterum hominem, per solam cogitationem et conceptum inter quae voces habent praeceptum locum, sed in translatione domini, qui illud transfert, ordinatur in alterum hominem, in eum, scilicet in quem dominium transfert, ergo per solam conceptum et actum internum nulla est translatio domini, nec aliqua inde consurgit obligatio... col. 458... Denique posse hominem se obligare per actum internum, quia est inspector cordis, et cui omnia munda sunt et aperta, unde ad ipsum ordinamus, et potissimum, per internam voluntatem et actus interiores, ad hominem autem, qui non intuetur cor, sed tantum videt ea quae foris apparent, non ordinamus neque illi nos astringimus in aliquo, per nudam voluntatem, nisi adhibitis verbis et signis exterioribus...»

por mi propia voluntad, y toda ley privada puede ser revocada por el que pueda darla vivencia; así, el testador puede revocar su testamento y dar otro nuevo y distinto del primero.

La tercera conclusión, sobre la fuerza obligatoria del acto interno, la titula Salón, contra Soto. Dice: «La promesa o deliberación no manifestada con palabras u otras señales externas no obliga en el fuero interno de la conciencia.» Lo prueba. El hombre, por naturaleza, no se relaciona con los semejantes por actos internos, sino por las manifestaciones externas. La translación del dominio es un acto que se ordena por naturaleza a otros y no es posible la transmisión de lo que ni se manifiesta ni se concreta en los actos internos. Sólo Dios conoce los actos interiores y sólo El puede obligar por los actos internos. Por el contrario, entre los hombres es necesario que se manifieste por actos externos. Para aclarar la voluntad del propietario, capaz de transmitir el dominio, distingue Salón (96), con todos los teólogos de su época, la triple orientación de la manifestación de la voluntad: voluntad elícita, debida y libre. Voluntad elícita, manifestada.

La voluntad libre es la que por propio beneplácito, sin coacción, miedo, ni violencia, ni coacción legal, quiere algo no prohibido por ley alguna. Como conclusión calificada por él mismo de verdadera y natural, dice: «Todo el que es verdadero y absoluto dueño de una cosa y sobre lo cual no recae prohibición legal de disponer de ella puede libremente darla a quien quisiere, con capacidad para recibir, guardando el orden que el derecho establezca.» Y especifica los requisitos necesarios. Primero, que sea verdadero dueño. Segundo, que lo sea simple y absolutamente; no lo es el primogénito para disponer de la primogenitura. Tercero, que no le prohíba alguna ley la libre disposición de sus bienes;

(96) SALÓN: Q. V, a. 4, col. 479. «Cum translatio dominii fiat voluntate dcmini, constituitur a Theologis triplex voluntas, elicitas debita et libera, elicta est simplex et deliberatus consensus voluntatis, exterius expressus, debita est quando aliqua lege teneor aliquid velle, quod et ea sublata alias nollem ut... Libera est, qua quis propria sponte, nullo metu, aut violentia interveniente, nulla cogente lege, vult aliquid, ad quod volendum nullo etiam iure prohibetur... Ex his sit conclusio vera et aperta: Quicunque est vere et absolute dominus alicurus rei, nec lege aliqua prohibetur. (Col. 480) de ea disponere, potest illam ut voquerit, libere donare petenti, recipere, servato ordine iuris... Primo, debet esse qui dat vere dominus... Secundo debet esse absolute et simpliciter dominus, ita primogenitus non potest suam primogenituram alienare... Tertio oportet ut dominus nulla lege prohibatur a libera dispositione suorum bonorum, ita pupillus non potest aut donationem, aut translationem facere. Quarto, debet voluntate libera dare, non enim sufficit coacta quantumvis debita. Quinto, petenti recipere, ita usurario, symoniaco, indici ut corrumpat ius... Denique servato ordine iuris, lex enim partim ad obviandum fraudibus et dolis, partim ad cohendam imprudentiam, prodigalitatem, et suae familiae destructionem, statuit in singulis contractibus, quasdam constitutiones servari, quae dicuntur solemnitates iuris, sine quibus prohibet contractum fieri, ita ut si aliter fiat sit invalidus, et nullus...

así al pupilo. Cuarto, que se dé la libertad en la voluntad transmитente, aunque se trate de entrega de lo debido. Quinto, que tenga capacidad de recibir lo que se le entrega. Sexto, que en la transmisión se guarde el orden legal.

En cuanto al primer modo de transmitir la propiedad, la voluntad propia del dueño de la cosa, sienta Aragón las siguientes conclusiones (97), muy semejantes a las conocidas de Salón.

Primera conclusión: Es muy natural que los propietarios de una cosa la transmitan por propia voluntad, pues si es suya pueden desprendérse de ella y transmitirla a otro adquirente que a su vez acceda a recibir y a hacer suya la cosa que se le transfiere o que se adquiere. La razón la deduce nuestro autor de la misma definición de la propiedad, pues una de las facultades que tiene el dueño es la de utilizar la cosa en todos los usos no prohibidos por las leyes. El poder vender o transmitir la cosa es uno de los usos más propios de las cosas. Si nos fijamos en la donación de los bienes, es un modo de ejercitar la virtud de la caridad y liberalidad. El fundamento natural y divino del dominio de las cosas es la razón humana y la libertad. Es el principio que rige el poder, la disposición de las propias acciones, la razón que se detiene y regula las propias acciones y la libertad que en la alternativa de la acción u omisión decide y dispone de todo lo que la razón le propone y encarga.

También seguimos hoy discutiendo sobre la naturaleza del consentimiento y sus efectos, lo mismo que hacían ya los clásicos.

Aragón (98), al plantearse el problema de si basta el acto in-

(97) ARAGÓN: Q. 62, págs. 153-4. «Et primo de translatione dominii per propriam voluntatem... sit Prima conclusio: Maxime est homini naturale, propria voluntate rerum suarum in alterum transferre dominium... Nihil naturali aequitati esse magis conveniens, quam voluntate domini rem suam in alterum transferre volenti ratam habere. Et ratio est manifesta: Nam qui habet dominium alicuius rei, ex consequenti etiam habet potestatem utendi illam, in omnes usus a lege non prohibitos, ut diximus supra in definitione dominii: sed posse alienare res proprias earum dominium in alterum transfundendo est optimus usus illarum: inde enim liberalitas et magnificentia existunt; ergo est maxime naturale homini propria voluntate rerum suarum in alterum dominium transferre, et confirmatur: Fundamentum naturale, et divinum dominii rerum, est humana ratio, atque libertas: quia enim Deus hominem ad sui imaginem condidit, hoc est, rationalem, et liberum, per quam rationem, et libertatem habet dominium suarum actuum; inde factus est aliarum rerum dominus... Ergo est valde naturale homini, quod, sicut per voluntatem constitutur dominus: ita etiam per eodem possit rerum suorum dominium a se abdicare.»

(98) ARAGÓN: Q. 62, pág. 154. «Utrum solus interior sufficiens sit ad transferendum rerum dominium. Dupliciter enim potest fieri dominii translatio. Uno modo per mutum contractum in quo ultiro citroque nascitur obligatio, ut in matrimonio, et in venditione, et in his certum est, non fieri translationem dominii per solum interiorem voluntatis actum, sed ultra illum requiri signa exteriora, quibus contrahentes certi fiant de mutua voluntate. Alio modo sit translatio dominii sine mutuo contractu, ut in donatione. Et de hoc solum loquimur in presenti.»

«Ut certa ab incertis separemus dico primo. certum esse, quod qui talem

terior para transmitir el dominio, presenta una bifurcación en la transmisión del dominio. Primero, el caso en que la obligación nace de un contrato mutuo, con mutuas obligaciones, como en el matrimonio y en la compraventa, y afirma que en estos casos se transmite la propiedad por sólo el acto interno de la voluntad, aunque siempre requiere algún signo externo en que aparezca con certeza la mutua voluntad. El otro modo es la translación de dominio sin contrato mutuo, como en la donación.

En este caso, que es en el que claramente se presenta la cuestión, Aragón afirma que ninguna ley civil puede obligar al cumplimiento de tal compromiso interior mientras no sea manifestado en el exterior. La ley civil no juzga de las cosas ocultas. En segundo lugar, sigue afirmando Aragón, puesto el acto interior, no transmite el dominio, sino que el acto y los efectos del mismo permanecen en favor de aquel que los emite hasta su dación real. También afirma que el dar es correlativo de recibir; si no hay quien reciba, no hay donación ni transmisión del dominio. Es muy cierto que cuando la donación es sólo interna no hay quien reciba. También es cierto que no puede transmitirse el dominio a nadie si el tercero no lo quiere adquirir.

Recoge Aragón (99) su doctrina en la siguiente conclusión:

actum habuit... nulla lege civili cogi potest ad talis actus interioris adimplectionem, quo ad usque foris fuerit explicatus. Lex enim civilis sicut nec Ecclesiae, non iudicat de occultis... Secundo: Etiam est certum quod posito tali actu interiori, non statim transfertur dominium in alterum, sed semper manet in eo, qui talem actum habuit, usque ad realem donationem. Nam cum dare sit correlativum eius, quod est accipere quandiu non est, qui accipiat, non est datio, nec translatio dominii; certum est autem, quod quando donatio fit solo actu interiori nullus est qui accipiat. Item: ego non possum transferre dominium alterum, ipso invito... Itaque haec certa sunt.

(99) ARAGÓN: Q. 62, pág. 155. «Sed dubium est, utrum donatio facta solo actu interiori obliget dantem in conscientia ad hoc, ut satisfaciat, vel potius possit revocare suum actum interiore quoties voluerit, antequam fiat acceptatio.» «Martinus de Ledesma, in 2, put. 4, quaest. 18, art. 1, dubio 16, quanvis utramque partem probabilem existimet, probabilius tamen atque securius esse dicit, quod datio facta solo actu interiori, sicut et promissio tenet et obligat dantem in conscientia ut satisfacia. Quam suam sententiam probat pluribus argumentis. Primo sic: Voces sunt signa conceptus; ergo si vox obligat, non est, nisi ex vi conceptus...»

«His tamen non obstantibus sit secunda conclusio. Quanvis opinio Ledesma sit probabilis, probabilius tamen, atque verior est illa, quae affirmat quod donatio, aut promissio solo actu interiori homini facta nullam obligationem inducit in conscientia: sed potest qui illam fecit, aut celare, aut revocare, cum voluerit...» Ratione sic argumentor. Quandiu homo apud se retinet interiore donationem, quam fecit, alter non habet ius ad rem, ergo nullam illi facit iniuriam aut tacendo, aut revocando donationem. Consequentia patet. Quia, ubi non ius, iniuria esse non potest: Et antecedens probatur. Posito tali actu interiori, non statim transfertur dominium in alterum, sed semper manet in eo, qui talem actum habuit usque ad actualem donationem ut paulo ante dicebam: ergo alter nullus ius habet ad rem. Item, si ex mea interiori donatione, aut promissione aliqua oriaretur obligatio, ea ortum haberet ex lege, quam mea interiori et privata voluntate condidi: sed huiusmodi privatae legis eadem voluntate, qua constituntur, possunt et revocari, quando ab alio non fuerit facta acceptatio... Ex

Contra la opinión de Ledesma, que es probable, sentimos que la contraria es más probable y verdadera aún, pues la donación o promesa, hechas por un simple acto interior, no engendran ninguna obligación en conciencia y puede el que las hizo no manifestarlas, revocarlas, etc., si lo cree conveniente. La razón de esta conclusión es que el donante, por simple acto interno, retiene en su interior todo derecho y obligación, y nadie tiene un derecho a la cosa (*ad rem*); luego no hace a nadie injuria alguna callando o revocando su acto. La consecuencia es lógica: nada debo al tercero, luego no tiene derecho alguno.

El segundo modo de transmitir el dominio, según Aragón, y tercero según la doctrina de Salón, es la ley. Modo que algunos juristas modernos consideran como único. Nuestros autores van, más que a la regulación de lo positivo, al estudio de los fundamentos y razones de los derechos.

Salón presenta la cuestión de la modalidad de la ley para transmitir el dominio desde el punto de vista del derecho natural. Sienta la siguiente conclusión (100): También es conforme con

dictis intetur, quod quamvis sit naturale homini propria voluntate rerum suarum transferre dominium in alterum non tamen illud transfert, nisi verbis aut signis exterioribus eius voluntatis iudicium faciat, accepteturque ab illo, cui res confertur.

(100) SALÓN: Q. V, a. 1, col. 448. Secunda conclusio: «Consonum etiam est rectae retioni et iuri naturali, ut possit lex homana et civilis prohibere alicui translationem suarum rerum in aliū: Tunc etiam privare aliquem et invitum dominio illarum, et illud in aliū transferre. Probatur prior pars: Resp. licet non sit domina bonorum suorum civium, est tamen custos illorum, et boni publici, ad legitimam autem custodiam pertinent, providere, ne domini imprudenter et temere illa disponant, ergo iustum est, et maxime consonum rectae rationi, ut Resp. statuat leges, quibus imprudentes et temerariae translationes bonorum prohibeantur... Secundo pertinet ad Remp. obviare fraudibus et dolis, hoc non potest, nisi per suas leges statuat, qui contractus sint validi qui invalidi, ergo aquissimum est et iustum, ut possit lex Reip. eas prohibere translationes dominiorum, quas vident dolis fraudibus et inquis contractibus misceri. Denique vita hominum tueri non potest sine societate humana, societas haec non potest bene constare, nisi contractus et commercia humana a publica auctoritate ordinantur, et disponantur, sicut oportet, ergo iure naturae pertinet ad auctoritatem humanam bene ordinare commercia et contractus... Porro ut haec magis explicata maneant ad frequentes quaestiones, observandae sunt diligenter duae regulae in hac materia celebres, Prima est, cui secundum legem sive pontificiam sive civilem, aut iuris communis aut iuris peculiaris cuiusque regni tribuitur (col. 450) dominium alicuius rei, eidem in foro etiam interiori tributum esse eiusdem rei dominium. Secunda est quasi appendix praecedentis, omnem sententiam, quaē in foro exteriori tribuit dominium alicuius rei, tribuere quoque illud in foro conscientiae nisi sit paenalis, aut fundetur in falsa praesumptione. Dico nisi sit paenalis, qua ut copiose infra videbimus, paenam nemo tenetur subire ante iudicis condemnatione, quia licet iudex iuxta probata iudicans, recte iudicet, sententia tamen ipsius, si falsis nitatur probationibus, non habet vim in foro animae. Haec duae regulae licet communes et vere, patiuntur tres exceptiones: prima est quando lex non est praceptiva, aut concessiva, sed permisiva tantum, ferturque sententia iuxta tenorem talis legis, tunc non confertur dominium in foro conscientiae, nec per talem legem nec per talem sententiam... Secunda exceptio est quando leges non tribuant alicui absolute rem aliquam,

la recta razón y el derecho natural que la ley humana y civil pudea prohibir a ciertos sujetos la transmisión de sus bienes a otros. Lo mismo es natural que pueda privar a algunos titulares, aun contra su voluntad, de sus bienes y transmitirlos a otro. Al establecer las pruebas nos dice que aunque el Estado no sea dueño de los bienes de sus ciudadanos, es sin embargo custodio de los mismos y del bien público y pertenece y corresponde a esa tutela legítima el proveer para que el dueño no disponga imprudente y temerariamente de sus bienes; luego es justo y legítimo, y muy conforme con la recta razón, el que el Estado dé leyes en las que prohíba las transmisiones imprudentes y temerarias. Por otra parte, corresponde al Estado el salir al encuentro de los fraudes y engaños de su nación, y esto no lo puede hacer sino mediante leyes, en las que establezca qué contratos son válidos y cuáles son inválidos. Lo realizará mediante leyes prohibentes de la transmisión del dominio en aquellos casos en los que se pueda introducir el fraude o la injusticia. Otra razón es que la convivencia social es necesaria y para que pueda realizarse se necesita la norma que regula la vida comercial y, por tanto, la contractual. Esto pertenece al Estado y le pertenece por derecho natural.

Recoge Salón en este lugar dos reglas célebres en relación a esta materia. Primera, la ley civil y pontificia, el derecho común y el derecho peculiar de cada reino, que da el dominio sobre una cosa, tiene fuerza y atribuye ese derecho de dominio aun en el fuero interno. La segunda es como una consecuencia o apéndice a la primera. Toda sentencia que concede el dominio de alguna cosa en el fuero exterior lo establece también en el fuero interno, a no ser que sea penal o se funde en una falsa presunción. Pues nadie se encuentra sometido a la pena antes de ser declarada por el juez. Y aunque el juez, en conformidad a las presunciones, juzgue rectamente, si éstas son falsas, no obliga la sentencia en el fuero de la conciencia.

Estas dos reglas tienen tres excepciones, según la doctrina de Salón. Primera, cuando la ley no es preceptiva o concesiva, sino solamente permisiva, y se da la sentencia en relación a tal ley. En este caso no se confiere el dominio en el fuero de la conciencia. Segunda, cuando tales leyes no atribuyen a alguien absolutamente alguna cosa, sino solamente (*illius repetitionem*), tampoco conceden el dominio; simplemente dan acción en juicio. Tercera, cuando la ley determina que al faltar alguna solemnidad jurídica en el contrato sea nulo.

Nuevamente Salón (101) recalca la fuerza generativa de la ley

sed solum concedunt illius repetitionem, talis concesio non confert actu dominium sed solum dat actionem in iudicio ut in indice per suam sententiam illud conferat... Tertia cuando lex definit contractum cui deest aliqua solemnitas iuris nullum esse....

(101) SALÓN: Col. 482. «Probatur efficacissimis argumentis. Primo lex civilis in contractibus sibi subjectis, in quibus possunt accidere *fraus et dolus*,

civil al referirse a los contratos sometidos a su influencia. Respecto a los cuales dice que puede y debe imponer condiciones irritantes del contrato. Y obligan en conciencia. Luego un contrato en estas condiciones, inválido o nulo conforme al derecho positivo, no transmite el dominio.

Esta misma ineeficacia del contrato la recoge más adelante (102) al afirmar que el contrato nulo, según las normas de derecho civil, no transmite el dominio. La razón es que las leyes civiles pueden licitamente anular y hacer nulos los contratos, lo mismo que hacer que obliguen en conciencia. Si las leyes civiles no obligasen en conciencia, el fin propuesto en las mismas no se cumpliría. Llega a afirmar que un contrato válido por derecho natural o de gentes, si una ley civil le anula, queda anulado en el fuero externo y en el interno.

Las conclusiones de Aragón acerca de la ley como fuente del derecho de propiedad siguen la misma orientación. En la tercera conclusión dice Aragón (103) que la ley humana puede

debet potest iustissime illis occurrere, hoc autem non potest, nisi assignando conditiones, per quas quantum prudentia humana valet, illis obvietur, et irritando contractus sine ipsis celebratos, sed in huiusmodi contractibus, nempe donatio-ne, venditione, testamento, electione et similibus possunt evenire fraus et dolus, ergo ad obviandum eis, iustissime potuit et debuit lex assignare conditiones, ita servandas in ipsis, ut illis deficientibus sint nulli, leges, autem iuste ex omnium consensu obligant subditos etiam in conscientia, ergo in foro conscientia per contractum iure humano irritum et nullum non transfertur dominium.»

(102) SALÓN: Q. V, a. 4.º col. 493. «Per contractum iure civili nullum revera et a parte rei non transfertur dominium. Patet, quia leges civiles iuste potuerunt illos irritare, et reddere ipso facto nullus ac si id voluerunt, obligant in foro conscientiae... Quia si leges istae irritantes contractus minus solemnies non obligarent in conscientia, non esset provisum per ipsas finis propter quem conditae sunt, quod est maximum incommodum: Consequientia vero patet vult, verbi gratia lex civilis, testamentum imperfectum nullum esse, ne fraud vel dolus in eo locum habeant... col. 494. Tertio, si contractus lege humana nullus ex defectu solemnitatis in foro conscientiae esset validus, certe id esset, quia in isto foro standum esset soli iuri naturali et iuri gentium quibus stando est validus, at contractus factus a pupillo stando iuri gentium et naturae validus est, quia vero irritatur a lege est in utroque foro nullus, ergo similiter hi contractus etiamsi stando iuri naturae et gentium essent validi, quia tamen irritantur lege civili censendi sunt irriti et nulli...»

Col. 495. «Iudex tenetur cum primum constiterit iuridice de defectu contractus, illum declarare nullum, et rem vero domino restituere.»

(102) ARAGÓN: Q. 62, pág. 156. Tertia conclusio: «Lege humana potest prohibere dominis, ne res suas in alios transferant, atque etiam potest ipsis iuritis, dominii translationem facere: estque hoc valde consentaneum humanae naturae, atque rationi. Probatu: Nam cum homo naturaliter sit animal sociabile, atque civile, et vita mortalium in unum coalescere non possit, nisi publica auctoritate, quae et custos reipublica, et iustitiae vindictam sit, in pace continetur: ratio ipsa postulat, ut talis in republica auctoritas sit, quae possit et ea, quae ad custodiam et illa, quae ad iustitiae vindictam spectam exhibere. Ad legitimam autem custodiam primo est necessarium, ut civibus ita prospiciat, ut antequam eorum libertas pleno iudicio rationis ducatur, sua bona non dilapident: et sic prohibet ne pupilli de bonis suis disponam. Est etiam necessarium, ut sumptus eidem reipublicae iure naturae sunt propter totum. Ac denique tan-

prohibir a los propietarios que transmitan sus mismas cosas a otros y que puede, aun contra su voluntad, transmitir el dominio de las mismas a otros y que esto es conforme con la recta razón y humana naturaleza. Su razón capital es el hecho de la sociabilidad humana y la necesidad de una autoridad reguladora de la convivencia. Presenta el caso de aquel que exteriormente haga una promesa si no tiene intención, falta el elemento interno, no tiene obligación de transmitir el objeto de tal promesa. A contrario sensu, el que sólo internamente hace tal promesa, tampoco tiene la obligación de transmitir. Sólo exceptúa el caso en que tal promesa se dirija a Dios, pues en este caso es suficientemente manifiesta, aunque se retenga en el interior. La amplitud de la ley en relación a la transmisión de la propiedad no se refiere sólo a poder impedir en ciertos casos la transmisión de la propiedad, sino que tiene fuerza y capacidad para transmitir la propiedad de los bienes aun en oposición manifiesta del propietario. Así presentada la cuestión, Aragón (104) reconoce

quam iudex, et custos iustitiae debet maleficia ulcisci; et sic poterit quemlibet civium, sicuti vita, ita et bonis privare, ipsis invitatis...»

«Quavis enim quis exterius proferat aliquam promissionem, si tamen non habet animum illam adimplendi non tenebitur in conscientia ad illius impletionem. Et idem est dicendum de eo, qui tantum interior, quidquam promittit, aut donat alteri homini. Itaque et actus interior et exterior sunt necessarii ad hoc, ut donans, vel promittens maneat in conscientia ligatus.»

Responditur negando, quod promissio pure mentalis obligat in conscientia, nisi illa fiat Deo, qui intuetur corda hominum: quod etiam inventur in donatione: et sic non differunt quantum ad hoc.»

(104) ARAGÓN: Q. 52, pag: 157. Nunc disputandum est de altero modo, quae possunt dominia transferri, scilicet, secundum legis ordinationem. In qua re, ut certa ab incertis separamus, dico primo, certum esse, quod leges et iura principum, sicut in initio res singulas singulis adduxerunt; ita etiam nunc divisione facta possunt easdem res ab uno in altero transferre, precipereque dominis ut non pro suo libito. Sed secundum leges talium rerum faciant alienationem. Secundo etiam est certum, quod leges non solum possunt impedire translationem dominii, praecipiendo, ne fiat, id est, inducendo cupam, et adhibendo paenam, verum etiam faciendo ut contractus sit nullus, et translatio irrita. Et item non solum possunt sui praecipere, ut bona mea alteri resignem; verum etiam me invito illorum dominium in alterum transferre.»

«Existunt multae et graves difficultates. Prima est; utrum per contractum qui iure civile est nullus, dominium transferatur... Ad cuius explicationem advertendum est, quod dupliciter aliquis contractus potest reddi ipso iure nullus. Uno modo ex parte contrahentis: quia scilicet, personae redduntur inhabiles ad contrahendum; ut contingit in pupillis, monachis et amentibus, qui legibus humanis ita prohibentur rerum suarum dominium a se abdicare, ut omnino redantur inhabiles ad illud transferendum. Alio modo ex defectu alicuius solemnitatis juris, ut contingit in testamentis: ut quando, scilicet, in testamento, muncupativo sine tabelonis subscriptione...»

«Dico etiam certum esse, quod per contractum irritum ex defecto persona nullum transfertur dominium, nec in foro contentioso, nec in foro conscientia... Et ratio est; nam, cum personae tunc sint inhabiles ad transferendum dominium, nulla ratione potest fieri, ut alter, aut in foro contentioso, aut in foro conscientiae talium rerum acquirat ius: et sic tenetur statim eas restituere, ulla expectata iudicis declaratione.»

las graves dificultades que lleva consigo, y se plantea la primera: ¿Un contrato nulo conforme al derecho civil, puede transmitir el dominio? Un contrato puede ser nulo en relación al derecho civil por dos causas: primera, por parte de las personas, y otra, en relación a la existencia o inexistencia de las formalidades jurídicas. La primera causa, la falta que afecta al sujeto,

«Sed dubium est; utrum in illis contractibus, qui dicuntur nulli, non ex defectu personae, sed ex defectu solemnitatis iuris, transferatur dominium in foro conscientiae. De qua te sunt variae Doctorum sententia, pág. 160. Prima conclusio. «Utraque opinio est tuta in conscientia... Probatur; utraque opinio habet pro se graves autores, apparentisque rationes... ergo unicuique erit licitum esse illi conformare: atque ex consequenti poterit iure absolvī.»

Secunda conclusio: «Probabilior, et secundior mihi semper visa est secunda opinio, nempe, quod contractus nullus iure humano in foro exterior, etiam est nullus in conscientia, et sic dico, quod quando testamentum est imperfectum, atque adeo nullum ab defectum solemnitatis iuris, ille debet succedere legitimus haeres, qui succederet in bonis defuncti si mortum fuisset penitus intestatus. Nec placet mihi limitatio, quam insinuat Soto, nempe, quod, si extraneus nominatus in testamento secundum iure invalido, aut legatarius in tali testamento iam habeant possessionem legati, aut aliorum bonorum defuncti, no statim tenetur ea restituere vero haeredi, quoisque in iudicio condemnantur. Quia dicit, quod leges illas non simpliciter irritant testamentum, sed tantum volunt, quod eum debitum fuerit ad iudicium prouincietur nullum. Non, inquam, mihi placet haec limitatio: sed dico, quod statim, nullo iudicio spectato, tenentur tales omnia illa bona vero haeredi restituere, sive qui nominatus fuerit in testamento minus saltem iam haberet possessionem, sive non. Et probatur primo: Legatarius, et haeres vocatus in testamento invalido nullum ius habent ad retinenda bona defuncti, quoadusque in iudicio condemnantur, nisi virtute illius testamenti invalidi: sed illud testamentum nullam habet virtutem... Secundo: Si defunctus mortum fuisset penitus intestatus, praedictus vocatus haeres, et legatarius in testamento invalido non possunt refinere praedicta bona: sed statim tenerentur ea restituere: ergo et nunc. Probo consequentiam: Nam, Quare secundior, et prior est nostra sententia...» Et probari potest ultra argumenta facta pro secunda opinione alii non minoribus rationibus. Primo sie: Testium numerus, atque solemnitas ita est forma substantialis contractus, ut sine illis nihil valeat, et contractus non sit... At vero qui tantum habet potestatem secularem non potest immediate et directe obligare ad mortale, vel veniale sed ipsa lex cum a principe lata fuerit ex natura rei obligat in conscientia, nec potest Rex facere, quod lex a se lata postquam semel absolute et sine ulla limitatione posita est, obliget ad mortale vel veniale: sed obligabit lex ad mortale vel veniale ratione materia, se enim lex fuerit de materia grave, obligabit ad mortale, et si fuerit de materia levi, obligat ad veniale: cum ego leges irritantes testamenta absoluta sint positae a principibus, et sint de materia gravi multumque concernendi bono communi ut hac scilicet, ratione fraudes, ac deceptions, quae, in defunctos frumenta fallacia extruere posset, tollerentur, manifeste sequitur, quod non solum obligabit in foro contentioso, sed etiam in foro conscientiae... Probo sequelam: in casu quod pupillus sit haeres ab intestato eius defuncti, qui per testamentum illegitimum alium extraneum haeredem nuncupavit; tunc enim, si tutor haereditatem pro suo pupilo non petat, poterit postea pupillus agere contra eum, et in iudicio condemnabitur tutor ut pupillo reddat quae pro sua negligentia perdidit... immo non solum tutor, sed etiam advocatus, procurator et omnes alii, qui ad suscipiendam illam haereditatem, secundum leges in foro exteriori cooperarentur, peccarent mortaliter, tenerenturque ad restitutionem, propter eandem rationem, quod nullo modo est dicendum.

hace nulo todo contrato de transmisión, tanto en el fuero interno como externo. Carece de capacidad dispositiva.

El segundo caso, cuando falta alguna formalidad legal expone dos sentencias contrarias y afirma de las dos ser probables, pues tienen aparentes razones de viabilidad. En la segunda conclusión nos presenta la sentencia propia, que califica de más probable y más segura. Sostiene ser nulo en el fuero de la conciencia todo contrato que sea nulo en el derecho humano. Analiza ampliamente el caso del testamento deficiente en cuanto la forma. Nos contentamos con anotar su doctrina y explicaciones en la nota presente.

Otra cuestión se plantean los autores clásicos sobre el origen de la propiedad y modo de adquirirla. Es la cuestión de la prescripción.

Salón (105) analiza esta institución con un criterio muy amplio. Dice que la primera significación del término prescripción es idéntica a excepción. Para los teólogos y juristas tiene la significación de modo de adquirir el dominio por la posesión continuada durante un tiempo determinado por la ley, pasado el cual produce esos efectos. Tiene para Salón el mismo significado que la usucapción. Sin embargo, no se identifican.

Expone ampliamente las diferencias que existen entre la usucapión y la prescripción. Como la explicación de Salón y Aragón

(105) SALÓN: Q. V, a. 7, col. 569. «Haec vox praescriptio sua primaeva significacione idem polet, quod exceptio, est praescribere id ipsum quod oppone exceptionem alicui: Hispane. El embargo... Theologos et Iuristas praescribere, est idem quod acquirere dominium, et ius per possessionem continuata tempore a lege praescriptio... Idem quoque significat usucapio, si hanc vocem prima fronte species, quia proprie usucapere est rem aliquam per usum illius sibi capere et vendicare, a DD. tamen ita distinguuntur hae voces, ut praescritio versetur circa res immobiles, usucapio circa mobiles, et eas quae usu consumuntur: secundo ut praescriptio fiat diuturniori tempore, usucapio breviori et paucioribus annis. Fit enim usucapio inter praesentes tribus annis, inter absentes, quatuor... col. 570. Praescriptio autem alia est longi temporis, alia longissimi temporis, alia plusquam longissimi, longi temporis est decem annorum inter praesentis, et viginti inter absentes: longissimi temporis est triginta annorum inter praesentes et quadraginta inter absentes... Praescriptio plusquam longissimi temporis sit centum anni qua gaudebant antiquitus omnes Ecclesiae, nec contra ipsas vel earum bona poterat praescibi nisi post centum annos... col 572. Finis ob quam condita est lex praescriptionis est triplex. Primus obviare litibus. Secundus reddere certa dominia rerum. Tertius, puniri negligientiam veri domini in recuperanda re sua, sed propter nullum horum finium lex civilis valet transfere dominium rei alienae tutae conscientia, ergo... Minor probatur, imprimis duo illi fines priores tantum pertinent ad forum exterius, nempe obviare litibus et efficeri dominis certa, in foro enim tantum exteriori aguntur lites, dominia vero in foro interiori certa sunt. Ultimus minus sufficit ad transferenda dominia: Primo quia privare aliquem sua re ob solam negligentiam in recuperanda illa, est, gravissimam poenam imponere pro culpa, quae communiter et ex suo genere venialis tantum est. Secundo quia si ob negligentiam veri domini esset iusta praescriptio, si similis culpa accideret in vero domino, quando aliquos rem eius mala fide possidet, posset tunc possessio malae fidei tutam etiam conscientiam praescribere, quod est falsum: possessio enim malae fidei (ut docebimus) nunquam praescribit.»

son idénticas, en este aspecto de las diferencias, comentaremos la doctrina de Aragón (106). Prescripción en sentido amplio, que incluye la usucapión, es la adquisición del dominio por la posesión continuada por un lapso de tiempo determinado en las leyes. En sentido estricto define la prescripción como la adquisición de una cosa inmueble por la posesión continuada durante un lapso de tiempo cierto y legal.

Reflejan la primera distinción entre la prescripción y la usucapión. Aquella afecta a los inmuebles; ésta, a los muebles. También establecen la diferencia por el tiempo legal para la consumación de la adquisición del derecho de propiedad sobre la cosa. En la usucapión un tiempo más corto, de tres años. Salón señala para la usucapión tres años entre presentes y cuatro entre ausentes.

En la prescripción van uniformes y después de afirmar que son espacios largos, señalan diez años entre presentes, veinte entre ausentes y una prescripción más grave en la que se requieren treinta años entre presentes y cuarenta entre ausentes. Ambos señalan una prescripción extraordinaria que requiere cien años de posesión continuada, que se requiere para que puedan prescribir los bienes de la Iglesia. Esta norma fué establecida por algunas leyes romanas antiquísimas.

La prescripción podemos estudiarla en su doble orientación (107).

(106) ARAGÓN: Q. 62, pág. 163. «Utrum leges quae existunt de praescriptione transferant in conscientia rerum dominium in possessore».

«Praescriptio potest accipi duplicitate, uno modo communiter, ut comprehendit etiam usucaptionem, et sic est acquisitio dominii per continuationem possessionis per spatium temporis a lege definiti. Alio modo propria, ut distinguunt contra usucaptionem, et sic est adquisitio dominii circa rem immobilis certo temporis spatio, ex quo infertur, quod praescriptio hoc solo differt ab usucapione, quod praescriptio est de rebus immobilibus, usucapio vero de rebus mobilibus, et differunt propterea in eo quod breviori tempore usucapitur enim res tribus annis, et non praescribitur tan facile, ut habetur in institutis de usucapione». «Secundum est advertendum, quod praescriptio est duplex una longi temporis, altera longissimi, praescriptio longi temporis, est ea quae per decennium inter praesentes et viginti annos sit inter absentes, ut in praedictio insitutis et C. de praescript. longi temporis auth. malae fidei dicitur, dicuntur autem praesentes existentes in eadem provincia... praescriptio autem longissimi temporis est, quae per spatium triginta annorum inter praesentes, et per quadraginta inter absentes sit, qualis in rebus Ecclesiasticis est necessaria... Sed contra Romanam Ecclesiam nunquam prescribitur aliquid, nisi centum annis, ut in Cap. nemo 16 y 3, dicitur et licet secundum antiquas imperatorum leges omnibus ecclesiis fuerit hoc tempus centum annorum concessum.»

(107) ARAGÓN: Q. 62, pág. 164. «Tertio est advertendum quod praescriptio rursum est duplex, una bona fidei altera mala. Praescriptio bonae fidei est, cum quis per totum tempus a lege constitutum in re possessione manet sine conscientia, aut dubio, quod sit alterius sed putans semper sine aliqua haesitatione, quod sit sua, vel qui in illa successit patri, vel quia alia iusto titulo eam possidet. Praescriptio autem malae fidei opposito modo describitur, quod est, quando quis possidet, fundum aliquem cum conscientiam, aut dubio quod est alterius. Ex quo infertur ad bonam fidem quatuor esse necessario. Primum

de buena fe y de mala fe. La prescripción de buena fe existe cuando al titular durante todo el tiempo determinado por la ley para la prescripción permanece en la posesión de la cosa sin conciencia o duda de que la cosa pertenece a otro. Y está siempre en la creencia de que la cosa es suya, bien por haberla heredado de sus padres o porque tiene algún título justo. La posesión de mala fe se define en sentido contrario, se da cuando se posee un fundo con conciencia o duda de que aquel fundo es de otro.

Salón tiene varias definiciones de la buena y de la mala fe (108). La buena fe se dice del conocimiento o justa creencia de que una cosa es suya y no ajena. Se juzga la estimación o creencia por la propia conciencia y criterio. También define (109) como poseedor de buena fe a aquel que con sano juicio y buena voluntad posee una cosa ajena creyendo ser suya. Poseedor de mala fe es aquel que conoce tener cosa ajena, ya por injusta adquisición, como el ladrón, o que la recibió de aquel que no podía transmitir el dominio.

Poseedor de dudosa fe es aquel que tiene una duda pendiente

est, substantia ipsae fidei, hoc est, scientia, vel credulitas sine dubitatione quod fundamentum non adest, tota vis praescriptionis infringitur. Secundo requiritur possessio, nam ut habet regula iuris sine possessione non praescribitur, nec usucapitur res. *ff. de usucapio lege sine possessione.* Tertio requiritur titulus, vel naturalis, vel iure legitimus, vel praesumptus... Quarto et ultimo requiritur, quod praedicta bona fides toto tempore absque interruptione continuetur... Nam si interrupta fuerit, vel quia dominus petit, vel alia via, tunc tempore illa interrupta non constituant unum legitimum tempus praescriptionis». «*Ubi D. Augustinus affirmat tandi bona fidei possessorem rectissime tunc quemquam dici, quandiu possidere se ignorat alienum; cum vero sciverit, tunc esse malae fidei.*»

«Et certum est, dicit Panormitanum, quod qui dubitat ignorat... Qui dubitat rem quam possidet esse suam, bona conscientia non potest illa in iudicio defendere, donec tale dubium deponat, vel a se per sententiam substrahatur: ergo permanet semper in bona fide... in dubios melior est conditio possidentis. Hoc tamen non obstante dico, quod tempus, quo quis non levi scrupulo, sed probabili conjectura dubitat, rem esse suam, non annumeratur praescriptione; quin potius ipsum legitimum tempus praescriptionis interrupit: nec potest qui talem dubium habet aliqua ratione praescribere. Probatur. Nam iam habet conscientiae vulnus atque adeo eius fides non est bona: bona enim idem est ac sana atque quieta». P. 164: «*Ignorantia enim est duplex: una purae negationis idest, carentia scientiae, quae stat cum dubio: altera pravae dispositio- nis, quae est contrarium iudicium.*»

(108) SALÓN: Q. V, a. 7, col. 580. «*Bona fides dicitur scientia seu insta credulitas rem illam suam esse, et non alienam: sumitur enim hic (ut diximus) fides pro propria conscientia et existimatione, que quis rem quam possidet iudicat omnino esse suam, quea bone fidei debet esse quoque continua, et non interrupta per totum tempus legis quia cum quoque continua, et non interrupta per totum tempus legis quia cum bona fides debeat esse cum possessione, sicut possessio non est interrupenda toto tempore legis, ita nec bona fides quae illam committatur.*»

(109) SALÓN: Q. 62, art. 6, col. 818. «*Bona fides, ut qui sana mente, bonoque animo possidet rem alienum, credens esse suam. Mala fides, ut qui accepit ab eo qui non poterat transferre dominium. Dubia fides, ut qui pru- denter dubitat, an res quam habet sit sua, vel empta a fure.*

sobre la pertenencia de la cosa que posee, si es suya o de otro, o de haberla comprado a un ladrón.

Señala Salón tres fines por los cuales se establece la prescripción: Primero, evitar litigios; segundo, asegurar la certeza del dominio sobre las cosas; tercero, castigar la negligencia del verdadero dueño en la administración de sus bienes. Pero afirma que por ninguno de estos fines la ley civil puede transmitir en conciencia el dominio de una cosa ajena. Las razones alegadas en contra de los citados fines son que los fines primeros pertenecen sólo al fuero externo. El último es más problemático, pues es una pena gravísima, impuesta a una simple presunción de negligencia que es simple talta venial *ex genere suo*. Además, caso de ser estos fines causas suficientes para la transmisión del dominio se daría el caso de que con esta negligencia del verdadero dueño un poseedor de mala fe se aprovecharía y podría adquirir la propiedad de la cosa poseída y la adquiriría con pleno derecho interno y externo, lo que es falso, pues el poseedor de mala fe no prescribe nunca.

Para que exista la buena fe, nos dice Aragón, se necesitan cuatro requisitos fundamentales: primero, el contenido de la misma buena fe, o sea, conocimiento o creencia de que la cosa es propia. Si falta este fundamento se quebranta la fuerza de la prescripción. El segundo requisito es la posesión; tercero, se requiere un título, ya natural, ya de derecho legítimo o presunto; cuarto, se requiere la no interrupción en la posesión.

Salón (110) enuncia estos cuatro requisitos como necesarios para que la prescripción produzca efectos y podamos atenernos a ellos con conciencia recta y segura: primero, cita la posesión

(110) SALÓN: Col. 580. «Quatuor sunt quae communi consensu Doctorum exiguntur ad vere et tuta conscientia praescrivendum. Primo possessio vera et propria rei... Secundo, continuatio possessionis per totum tempus legis, collocatur enim haec pars in definitione praescriptionis initio posita... Tertio requiritur bona fides... Quarto debet possideri illud aliquo titulo, aut naturali, aut legitimo, aut saltam praesumpto. Naturalis sumitur ex natura rerum qualis est contractus quo vere et a parte retransferuntur dominii: ut donatio... legitimus est, qui si consulamus leges confert dominium, quamvis revera presupponat aliquid falsum, ut sententia iudicis lata secundum allegata et probata et iuxta leges sed nititur falso dicto testium: dicitur haec sententia legitima. Col. 581. Ex his sequitur primo de ratione distinguantur inter se titulus, naturalis, legitimus, et presumptus, ac bona fides. Potest primo quis rem habere titulo naturali et vero a parte rei sine bona tamen fide, ex suo falso iudicio quo existimat illam esse alienam, in quo casu hic nunquam praescribet... Potest secundo quis per sententiam iuxta allegata et probata latam, sed quae nitatur falsis testibus, possidere rem aliquam titulo legitimo, sed sine bona fide, si falsitas ellorum testium ipsi innotescat, qui etiam non potest praescribere ex defectu bonae fidei. Potest contra habere rem aliquam per sententiam vere iniquam sed cum bona fide, existimans illam omni ex parte instam, in quo casu sine titulo naturali vel legitimo sed solum praesumpto rem habet praescribet tamen ratione illius bonae fidei. Tertio potest quis sine ullo titulo a parte rei rem aliquam possidere cum bona tamen fide, qua durante praescribet...»

verdadera y propia de la cosa; segundo, la continuación ininterrumpida; tercero, la buena fe; cuarto, la existencia de algún título natural, legítimo o presunto.

Aragón (111), en su conclusión general sobre la prescripción con buena fe, afirma que el que posee un fundo de otro, durante veinte años, de buena fe, adquiere el dominio sobre él, tanto en el fuero externo como en el interno. Si después conoce que no era suyo no tiene obligación de restituirlo. Esto, sólo por virtud de las leyes humanas, que así lo disponen y tienen fuerza obligatoria en ambos. Derecho de propiedad que no concede el mismo derecho natural.

Como fin del estudio de la buena fe, Aragón (112) saca las dos conclusiones siguientes. Primera: Para que se produzca el beneficio legal completo, la prescripción requiere la buena fe y el lapso de tiempo íntegro requerido para la prescripción de la cosa.

Esto lo deduce de la regla expresamente determinada en el derecho de que el poseedor de mala fe nunca prescribe. Conozco, sigue afirmando, que según las leyes civiles se adjudica a los poseedores de mala fe la cosa. Son embargo, esta sentencia es falsa.

La segunda conclusión: El poseedor de buena fe, pasado el tiempo legítimo para la prescripción, adquiera la cosa y la hace suya con plena conciencia, en tal forma, que si después conoce que no era suya no tiene que restituirla al antiguo propietario. Este dominio tengamos en cuenta que se transmite no por voluntad del anterior propietario, sino por privilegio y autoridad legal, que lo

(111) ARAGÓN: Q. 62, pág. 161: «Ultimo: Qui bona fide possidet fundum alterius viginti annis ita illius adquirit dominium etiam in conscientia quod quantumcumque postea sciat, quod non erat suus, non tenetur illum restituere; et hoc solum propter leges humanas, sic disponentes: cum tamen secundum legem naturalem numquam eius fundi acquisisset dominium, esto illum possedisset centum annos; ergo pari ratione dicendum est et testamento minus solemnii, quod sicut est nullum in foro exteriori; ita etiam est nullum in conscientia, propter dispositionem legis humana non obstante, quod secundum legem naturalem, quando fraus non intercedit obligationem inducere in conscientia».

(112) ARAGÓN: Q. 62, p. 165. «His constitutis est nostra difficultas, utrum ille, qui toto tempore ad praescribendum ex lege assignato rem possidet, quanvis postea sciat non esse suam, sed alterius, tuto possit illam retinere; vel potius teneatur in conscientia eam priori domino restituere... Prima conclusio: Nemo totus in conscientia praescribit beneficio legis humanae, nisi toto praescriptionis tempore rem, quam habet alterius bona fide possidet. Haec est expressa determinatio iuris in illa regula Possessor malae fidei nunquam praescribit... Scio secundum leges civiles olim possessoribus etiam malae fidei rem possessam fuisse adiudicari, solicitam...: et sic quod adhuc manent in suo vigore. Tamen haec sententia est falsa...» Secunda conclusio: Possessor bona fidei legitimo praescriptionis tempora elapsa tuta conscientia rem tamquam propriam possidet, ita, quanvis postea sciat non fuisse sua non teneatur illam priori domino restituere».

P. 166. Praescriptio non solum in foro contentioso, sed etiam in foro conscientiae transfertur dominium; non voluntate prioris domini sed beneficio et potentia legis... Ubi sic habetur: Bono publico introducta est usucatio, ne quarundam rerum diu, et fere semper incerta dominio essent».

impone en razón del bien público y la necesidad de establecer una certeza legal sobre la pertenencia de las cosas.

La misma doctrina sienta Salón (113) en la segunda conclusión: El poseedor de buena fe, ya sea por negligencia del dueño de la cosa, ya sea por otro motivo, cumplido el tiempo determinado por la ley, y guardando las demás condiciones establecidas para la prescripción pasa a ser verdadero propietario, y no está obligado a restituir la cosa al anterior propietario, aunque después conozca que no era suya. La razón que alega no es otra que el bien común en virtud del cual puede el príncipe permitir la transmisión del dominio en ciertos casos, y en otros, como este de la prescripción, transmitirlo.

Salón recalca sus afirmaciones sobre la mala fe y las recoge en las siguientes conclusiones:

Primera conclusión: La posesión de male fe nunca prescribe, y las leyes civiles que conceden esta prescripción han sido abrogadas por derecho pontificio en ambos fueros. Las razones que recoge Salón son: si el príncipe terreno establece leyes que favorezcan de cualquier modo el pecado o nocivas para la con-

(113) SALÓN: Q. V, a. 7, col. 574. «*Prima conclusio: Possessor malae fidei nunquam praescribit, et leges civiles id concedentes, per iura Pontificia sunt omnino obrogatae in utroque foro... Imprimis, quae est ratio Innoc. 3, cap. finali, De praescrip. Et si potest secularis simpliciter, in ordine tamen ad spiritualis, nempe quantum exigit gubernatio animarum et conscientiarum securitas illi subiecta est, ita ut si Princeps saecularis statuat legem faventem peccatis, et nocentem conscientiae fidelium, potest et debet Sum. Pontif. legem illam revocare, ac nullam omnino reddere, potestatem enim quam habet princeps saecularis in ordine ad bonum commune, debet exercere sine damno animarum, in quo subest Papae, cui incumbit, ne ovibus a Christo sibi commissis aliqua via in spiritualibus noceatur, leges concedentes possessori malae fidei facultatem praescribendi, sunt iniquae et in damnum animarum, cum tantam occasionem offerant retinendi alienum contra propriam conscientiam, scientem et clamantem interius se alienum possidere in damnum vero temporale Reip. quia iniqui et pravi quacunque via niterentur occupare, aliena, sperantes elapsu tempore praescriptionis, futura sua... Col. 575. Tertio, leges aperte iniquae et contra ius naturae non sunt leges sed corruptilae, et eo ipso in cullo foro habentes vim, leges istae concedentes ut cum mala fide liceat praescribere sunt huiusmodi. Ergo. Maior aperta est. Minor prouobatur, quia iuxta estas leges sur, usurarius, symoniacus et similes eo ipso quo essent in mora restituendi (in qua mora graviter peccant) elapsu tempore a lege praedicto, essent veri dominii eorum quae furto, rapina, usura, vel symonia acquisissent, nec tenerentur amplius ad illa restituenda, quod est contra omne ius naturae... Secunda conclusio: Possessor bonae fidei sive dominus rei negligens fuerit sive secus, completo tempore a lege statuto, servatisque aliis conditionibus, in utroque foro praescribit, et manet verus dominus illius rei nec teretur illam restituere, etiam si deinde intelligat illam fuisse alterius... col 576. Utor iam ratione: Sicut lex civilis iuste potest impedire translationem dominii (etiam si proprius dominus velit illud transferre) quando ab bonum commune expedit, ita quoque potest privare cives dominio suarum rerum quando ad bonum commune expedierit, et transferre illud in alios vel reclamantibus propriis dominis, sed expedit maxime ad bonum commune, ut lex praescriptionis servatis conditionibus quas Pontifices apponunt conferat verum ius et dominium praescribenti...»*

ciencia de los fieles, el Sumo Pontífice puede y debe anatemizar esas leyes. La potestad que el príncipe tiene para dar leyes en pro del bien común no deben ser con perjuicio de las almas. Las leyes que conceden derecho de prescripción a favor del poseedor de mala fe son injustas y con perjuicio de la almas, pues facultan a quedar con lo ajeno contra los dictámenes de la conciencia que clama internamente recordando que aquello que se tiene es ajeno. Son, en definitiva, perjudiciales a la nación, pues facilitan y garantizan las maquinaciones inicuas que buscan pase el tiempo de la prescripción para hacer suyo lo que saben es de otro.

Otra razón alegada por Salón es que las leyes que van contra los principios naturales no son leyes, sino corruptelas y, por tanto, no tienen fuerza ni en el fuero interno ni en el externo. En este caso se encuentran las leyes que conceden la prescripción en caso de mala fe, pues favorecerían a los ladrones, a los usureros, a los simoniacos, etc., que incurrirán en mora al restituir, para, de esta forma, adquirir la propiedad de aquello que perfectamente saben que no es suyo.

Más adelante, al tratar de la restitución, vuelve Salón (114) a recoger su opinión en varias conclusiones que aclaran la fuerza generadora de propiedad de la prescripción. Primera conclusión: Cualquiera que tenga una cosa ajena y cualquiera que sea el modo como él la tenga, si no la posee de buena fe todo el tiempo de la prescripción, tiene que restituirla a su dueño. Segunda conclusión: El que recibió injustamente lo ajeno, aunque no lo tenga consigo ni le reportare ninguna utilidad, tiene que restituir la cosa o su valor al verdadero dueño. Tercera conclusión: El que tomó lo ajeno para utilidad propia, aunque lo haga mediante un acto lícito y bueno, como el mutuatario, etc., tiene que restituir la cosa tomada o su valor. Cuarta conclusión: El que tomó una cosa ajena no para su utilidad, sino para utilidad de la misma cosa o de su propietario, como el depositario, si la cosa se pierde sin culpa suya no está obligado a restituirla.

Más abajo vuelve sobre la buena fe: El que compra de buena fe, si después conoce que la cosa era robada y rescinde el contrato

(114) SALÓN: Q. 62, a. 6, col 818. «*Prima conclusio: Quicumque habet apud se rem alienam, quocumque modo illam habeat, nec illam possedit bona fide toto tempore praescriptionis, tenetur illam restituere. Secunda conclusio: Qui iniuste accepit alienum etiam si non habeat illud apud se nec illi utile fuerit tenetur illud, vel eius valorem vero dominio restituere. Patet quia expoliavit fratrem re sua. Col. 819. Tertia conclusio: Qui accepit alienum in suam ipsius utilitatem etiam si per bonam et licitam acceptiōem ut mutuatarius et emptor tenetur rem acceptam, vel eius valorem restituere. Quarta conclusio: Qui accepit alienum non in suam utilitatem sed in utilitatem rei, vel domini ipsius, ut depositarius si sine culpa ipsius res illa pereat, non tenetur restituere.*

Col. 822. «*Si emptor bona fidei quando deinde novit rem illam esse furitivam rescindat contractum cum latrone existimans id sibi licere tuta conscientia non tenetur ad aliquid restituendum vero domino... quia quando emit, bona fide emit...*

con el ladrón por juzgar que es lícito en conciencia, no tiene que restituir al verdadero dueño. La razón es que cuando compró, compró de buena fe, y rescinde el contrato de buena fe y además que ya no tiene la cosa.

Finalmente, al estudiar Salón (115) la situación de los frutos producidos por la cosa tenida por el poseedor de buena fe, comenta dos principios o reglas que califica de célebres en el derecho civil, derivadas del derecho natural y de la recta razón:

La primera es que todo el que tiene que restituir una cosa por no ser propia, tiene igualmente que restituir todo lo que por la misma cosa le ha enriquecido. La razón es que debe restituir la cosa íntegra con sus frutos.

La segunda regla, más propia para recoger aquí su doctrina sobre la fuerza de la buena fe y su papel en relación a la propiedad, es la siguiente: El que tiene una cosa con buena fe, al conocer que no es propia y que es de otro debe restituirla, pero lo que consumió de la misma, durante el tiempo de la buena fe, y por lo que salió benéficio no tiene que restituir. A continuación recoge la doctrina en varias conclusiones. Nos interesan de momento la tercera y la cuarta.

Tercera conclusión: Los frutos deberán ser restituídos, a no ser que sean poseídos de buena en el tiempo determinado por la ley para ser adquiridos por usucapión. La razón es que son bienes muebles y, en plazo corto, pueden usucapir.

En la cuarta conclusión excluye de restitución al poseedor de buena fe de los frutos permanentes de la cosa y de aquellos que se consumen con el uso, los cuales él se ha beneficiado.

Entre las normas interpretativas de la buena fe que da Salón (116), la primera es que basta la fe o certeza humana ordinaria.

(115) SALÓN: Q. 62, art. 6, col. 831 y ss. «Esse duo principia et regulas celebres in iure civile a iure naturae et recta ratione derivatas. Prima: Ut quicunque ratione rei alienae tenetur illam restituere teneatur simul ad restituendum quidquid habet illius rei, et cum illud in quo per illam factus est ditionis... Col. 832. Segunda regula est: ut qui rem aliquam bona fide habet etsi cum primis novit alienam, tenetur illam restituere quod tamen consumpsit ex ea durante illa bona fide, et in quo non est factus ditionis, non teneatur restituere. Prima conclusio: Qui rem alienam habet restituendam non solum tenetur eam restituare vero domino, verum etiam quoscumque fructus illius, qui apud ipsum adhuc exitunt, et manent.—Probatur, fructus illi computantur in re... Secunda conclusio. Qui habet rem alienam, quae restituenda est, non solum debet illam restituere, verum etiam id omne, in quo per illam factus est ditionis.

Tertia conclusio: Fructus isti restituendi sunt, nisi possessi sint bona fide, toto tempore a lege praescripto ad usucapiendum illos.

Quarta conclusio: Possestor bona fidei non tenetur restituere fructus rei permanentis, quos bona fide consumpsit, et in quibus non est factus locupletior: Neque fructus rei quea unico usu consumuntur, quales sunt panis, vinos, etiam si in eis factus sit ditionis, quando for a quo tales rem accepit est in potentia ad restituendum.

(116) SALÓN: Q. V, a. 7, col. 589. «Ad praescribendum sufficit fides et certitudo humana, ita ut licet non enim certus metaphysice, et omni proposito certitudine rem illam esse meam, sed maneat adhuc aliquis scrupulus et for-

ria, común entre los poseedores de sus bienes. Respecto al poseedor que en algún momento tenga fe dudosa debe inquirir la verdad sobre la pertenencia de la cosa, y caso de no hacerlo estaría en pecado. El que en un momento de duda sobre la pertenencia de la cosa procura salir de esta duda, si puesta la debida diligencia para salir de la duda, permanece en ella o llega a la conclusión de que él tiene mejor derecho, puede quedarse con la cosa con plena conciencia.

Sin duda tiene mejor derecho.

Cuando comenzó con buena fe, si después duda, pero del estudio de la cuestión no concluye sea ajena la cosa, esta duda no interrumpe la prescripción comenzada.

Como hemos podido apreciar en el estudio de los clásicos, los escritores del siglo XVI se detienen en primer lugar en la búsqueda de valores absolutos, independientes del tiempo, espacio y visiones subjetivas. Tienen acerca del derecho una orientación espiritualista que crea una base y ruta en la vida del derecho y explica suficientemente lo inefable y misterioso del mismo.

Fundamentan la premisa en general, y ponen en ello todo su esfuerzo para que ante la premisa menor del argumento—el vivir complicado de cada pueblo, de cada ciudadano y de cada día—la conclusión pueda ser lógica, ordenada y también necesaria.

mido, possim nilominus possidere et praescrivere. Patet primo, ad praescrivendum sufficit illa fides et certitudo qua communiter homines possident bona sua, sed haec est certitudo fidei humanae, quae cum reducatur ad opinionem, semper est cum aliqua dubitatione et formidine, ergo... Possessor qui vel a principio possessionis rei non habet bonam fidem, vel deinde progressu temporis desinit illam habere, quia iuste et graviter dubitat an res illa sit sua, nec inquirit, cui res illa competit tanquam vero domino, non solum non praescribit, verum etiam est in peccato mortali, eo quod non inquirat verum dominum... Qui prudenter dubius est, an res quam possidet, sit sua, adhibitaque debita diligentia ad inquirendam veritatem manet ex aequo dubius, vel deprehendit se habere maius et potius ius quam alter habeat tuta conscientia potes rem illam integrum sibi retinere, ac possidere bona fide, etiam si in mente sua semper maneat speculative dubius...» Cuando dubitatur de vero domino alicuius rei, ille est censendus verus dominus illius, et in utroque foro, qui plures titulos pluraque iura habet in illam sed in hoc casu hic qui possidet habet per ea aequale ius in rem illam cum altero, et praeterea possessionem, ergo potest illam, ut verus dominus illius integrum sibi retinere... (col. 591). Si hic possessor qui ita dubius est, facta diligentia inquisitione deprehenderit alterum habere maius et potius ius quam ipse habeat tenetur dare illi aliquam partem pro ratione potioris iuris, quod alterum deprehendit in illam rem habere, ad arbitrium prudentis... Col. 592. Qui a principio dubitat de re quam possidet, adhibitaque diligentia deprehendit se habere maius vel aequale ius cum altero, vel si invenerit se habere minus debet illi aliquam partem iuxta ea quae modo dicebamus, cum primum adhibuit istam diligentiam, et praestitis quae diximus, incipit revera praescrivere, etiamsi maneat in mente eius dubium illud speculativum... Col. 593. Si qui rem aliquam bona fide aliquo tempore possedit, deinde vero dubitat iuste et prudenter adhibuit tamen cum primum dubitavit debitam diligentiam, non interrupitur per talen dubitationem tempus praescriptionis, nec est quod ab illa diligentia incipiat rursus praescrivere, sed continuatur tempus subsequens illam diligentiam cum toto praecedenti, computandumque est cum illo.»

La renuncia liberatoria del comunero

(Notas al artículo 395 del Código Civil español)

JUAN ROCA JUAN

SUMARIO: I. *Justificación del tema*.—II. *Antecedentes*: 1. El *jus ad cressendi* y la *ocupatio* de cuota en el condominio romano. 2. La regla *concursu partes fiunt* y diversas posiciones sobre la estructura del condominio romano. 3, 4 y 5. La «cuota»: Su renuncia sólo modifica la proporción en que se organiza la comunidad, en cuanto a los efectos divisibles del condominio, y hace desaparecer o disminuir el límite impuesto a los efectos indivisibles.—III. *La renuncia liberatoria*: 1. Concepto de la renuncia. 2. Justificación del artículo 395: renunciar para liberarse. 3. Renuncia por puro desinterés. 4. Renuncia y no ejercicio: Naturaleza del negocio de renuncia.—IV. *Presupuestos y efectos de la renuncia*: 1. Renuncia liberatoria propiamente dicha: Los gastos necesarios. 2. Naturaleza de la obligación de contribuir y efectos liberatorios de la renuncia. 3. La renuncia liberatoria no entraña un negocio solutorio. 4. Limitaciones específicas al ejercicio de la facultad de liberarse. 5. Sobre la revocación de la renuncia. 6. Elementos accidentales del negocio de renuncia. 7. Forma de la renuncia.

I

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Entre los problemas que plantea la comunidad se nos ofrece el relativo a la justificación del último inciso del artículo 395 del Código civil, precepto sobre el cual no hay unanimidad en los autores respecto a su explicación y desenvolvimiento.

Tras la declaración del artículo 393, que atribuye a los comuneros participación en los beneficios y en las cargas de la comunidad en proporción a sus cuotas respectivas, el precepto del artículo 395 concede a los partícipes derecho a obligar a los demás a que contribuyan a los gastos de conservación de la cosa o derecho común, agregando que *sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le corresponde en el dominio*, precepto que carece, en la literatura jurídica española, de una exégesis científica y completa; es más, casi siempre la atención de los juristas ni siquiera se detiene en lo que constituye su problemática.

ca fundamental: en qué consiste esa *renuncia* a la *parte* que le corresponde al comunero en el dominio y cual es el *destino* de la parte renunciada, cuestiones éstas que el precepto no dilucida.

En un rápida visión de nuestra literatura nos encontramos con autores (1) que explican el precepto como «una consecuencia inmediata del principio de proporcionalidad en los beneficios y en las cargas de la cosa o derecho común impuesto a los comuneros por el artículo 393», aunque añadiendo que la parte renunciada «acrecerá proporcionalmente a los demás condueños» y sin perjuicio de considerar la renuncia como una «*cesión* o una *enajenación*». Quienes coinciden (2) en que la parte renunciada acrece a los demás, admitiéndolo por dos motivos: Por *analogía* con el caso de la sucesión y por razones de *equidad*, como *compensación*, ya que los demás condueños deben cumplir la obligación que correspondía al dueño que renunció, y quienes se limitan a afirmar que la parte renunciada «deberá ser *adjudicada* proporcionalmente en favor de los demás copartícipes que contribuyen a los gastos de conservación» (3). Otros parecen rechazar la tesis de que la renuncia produzca acrecimiento y admitir que «la parte abandonada deviene *nullius*», pudiendo adquirirse por ocupación (4). BELTRÁN DE HEREDIA (5), en su reciente trabajo sobre la comunidad, trata muy brevemente el abandono liberatorio para sostener la tesis del acrecimiento, que considera la «expresión moderna del *jus ad crescendi* de los romanos, que tiene lugar en todos los casos en que un propietario renuncia o abandona su derecho», y ello deduciéndolo, a falta de precepto expreso, de su opinión—poco en consonancia con la tesis del acrecimiento—de que la renuncia se hace «en favor de la comunidad que soportó los gastos de conservación», de manera análoga a lo ya expuesto por SCAEVOLA y SÁNCHEZ ROMÁN, en contra de BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo), que, incidentalmente, niega el acrecimiento por entender un equívoco de la doctrina la asimilación de situaciones jurídicas diversas, como son la comunidad y la vocación solidaria (6).

GONZÁLEZ PALOMINO (7) niega la solución del acrecimiento de la parte renunciada y, partiendo de que «el dominio de cada comunero recae sobre una cuota, por lo que legalmente cada cuota es una cosa distinta», llega a la conclusión—a la que no faltan antecedentes—de que «los demás comuneros adquieran la cuota renun-

(1) MANRESA: *Comentario*, t. III, págs. 423 y ss.

(2) SCAEVOLA: *Código civil*, t. VII, pág. 234, ed. 1944.

(3) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, t. III, 2.^a ed., Madrid, 1900, pág. 177.

(4) VALVERDE: *Traité*, t. II, parte especial, Valladolid, 1936, pág. 242, nota, párrafo 2.^o

(5) BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, pág. 257.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo): *Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario*, en «Rev. Der. Priv.», diciembre 1955, pág. 1118.

(7) *Estudios de arte menor: el acrecimiento en la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. II, pág. 559 y ss.

ciada por *ocupación* en proporción a sus cuotas y, *automáticamente*, porque los actos de posesión material de la cosa común recaen, no sobre las cuotas de cada comunero, sino sobre la cosa entera».

Por último, JERÓNIMO GONZÁLEZ (8), con más cautelosa agudeza, expresa las *dudas* que sugiere el precepto del artículo 395, puesto que si bien parece inclinarse por la tesis del acrecimiento —aunque un acrecimiento basado, desde luego, en principios distintos del acrecimiento hereditario— admite que, tampoco el Código español expresa un criterio claro, una norma explícita que niegue la condición de *res nullius* a la cuota renunciada, destacando que el destino asignado a la parte renunciada por el comunero no obedece a una regla clara ni a una excepción justificada por los desembolsos hechos para conservar la cosa, sino a «una orientación general inspirada en los principios romanos y en la *naturaleza de la copropiedad...*»

Y como tampoco nuestros autores, salvo alguna particular excepción (9), han tratado con amplitud sobre una teoría de la renuncia, como se ha hecho en otros países (10), ni de la renuncia liberatoria específicamente (11), puede afirmarse que falta en nuestro Derecho una justificación de ese común criterio, según el cual la renuncia del comunero que quiere liberarse de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común beneficiaría a los demás partícipes, que unos explican muy sucintamente por la vía del acrecimiento y otros por la de la ocupación, solución ésta que enlaza, además, con la naturaleza de esa renuncia de que habla el Código y su objeto.

Por otra parte, plantea el precepto un problema concreto que se refiere a la naturaleza de las obligaciones de que el comunero puede liberarse mediante la renuncia, cuestión que lleva a examinar incluso el ámbito que en nuestro Derecho tiene la comunidad, porque ello afecta a la posibilidad de revisar el criterio de que tales obligaciones sean necesariamente *propter rem* (Vid. nota 98). Quizá convenga observar ahora que la comunidad se ha venido construyendo casi siempre pensando, unas veces en la copropiedad y

(8) Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil, *La renuncia en el Derecho inmobiliario*, t. II, pág. 39.

(9) TRAVIESAS: *La renuncia*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 155, página 554 y el ya citado trabajo de Jerónimo González.

(10) Entre otros, AUBRY et RAU, IV, párrafo 323; FADDA: Notas a Windscheid, I, págs. 854-880; BRETON: *Theorie générale de la renonciation aux droits réel. Le deguerpissement en Droit civil française*, en Rev. Trim. Droit Civil, 1928; REYNAUD: *La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en Droit Civil*, en «Rev. Trim. Droit Civil», 1936; LESSONA: *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil*, en «Rev. Trim. Droit Civil 1912; ATZESI: *Delle rinunce*, 1915; PIRAS: *La rinunzia nel Diritto privato*, Napoli, 1940; GRAY (Carlo): *La rinunzia al diritto*, en «Studi Del Vecchio», I.

(11) CLAPS: *L'abbandono liberatorio nel Diritto civile italiano*, Torino, 1897; *Le cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel Diritto Civile italiano*, en «Riv. Ital. sc. Giuridic.», XXI-294 y XXII-278; DE LUCA: *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915; BALBI: *Le obbligazioni propter rem*, Giappichelli, Torino, 1950.

otras ampliando el concepto a la cotitularidad de los *derechos reales*, restricción que, perfectamente justificada para otros ordenamientos, pudiera no convenir al más amplio concepto de nuestro artículo 392.

Intentamos así centrar el área de aplicabilidad del artículo 395 desde dos puntos de vista distintos: De una parte contemplamos los supuestos de comunidad de derechos *no reales*, con referencia a los cuales no puede hablarse de obligaciones *ob rem*, y de otra restringimos la eficacia liberatoria de la renuncia a la simple obligación del comunero de contribuir a los gastos de conservación del objeto común que se desenvuelva en el seno de la comunidad, es decir, a la obligación surgida *frente a los demás comuneros* («todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes...» —art. 395—) y en ningún caso frente a un *tercero* acreedor que no forma parte de la comunidad y con el que no puede operar, en consecuencia, la renuncia liberatoria del repetido precepto.

Si se tiene en cuenta la ausencia de esa regla clara, que JERÓNIMO GONZÁLEZ echa de menos en nuestro Código para señalar el destino del derecho renunciado por el comunero, y la necesidad de una exégesis más amplia del artículo 395, parece justificado el que nos ocupemos de este tema, y a él se refieren estas notas.

II

ANTECEDENTES

1. En general, el tema de la renuncia por el comunero se ha tratado con referencia al derecho de dominio, y por lo que respecta a la posibilidad misma del abandono y al destino inmediato del derecho renunciado, ha sido objeto de viva controversia que arranca de la interpretación de un texto de MODESTINO en el Digesto y la consideración de otro texto del Derecho clásico romano. La cuestión gira en torno a si el abandono de la parte por el comunero daba lugar a la *ocupatio* o al *jus ad crescendi*, y en este último caso si el *jus ad crescendi* suponía una ampliación o *expansión* del propio derecho de los demás condueños o la *adquisición* de un derecho nuevo, de una *cuota vacante*, ya que el derecho inicial de cada uno no es *in solidum*, sino a una *pars*; desde otro punto de vista previo, si tal abandono constituye realmente una derelicción o una renuncia, de donde algunos romanistas concluyen que si se admite la derelicción por el condueño, la cuota abandonada deviene *nullius*, y no debe hablarse del *jus ad crescendi*, sino de *ocupatio*; y si se niega la *derelictio* y se considera la *renuncia*, no debe hablarse de ocupación, sino de acrecimiento.

Los textos básicos de tal planteamiento son: «et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit ut hoc sit in parte quod in toto; atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat» (12), que

(12) Dig. L. XLI, tit. VII-3.

contempla el abandono por el *socius* de su parte en el dominio, y que origina la primera cuestión: Si tal abandono es o no una verdadera derelictio. El otro texto de Derecho clásico romano que reforza la tesis de los partidarios del *jus ad crescendi* (13) como aplicación de un principio general en materia de condominio, se refiere a la manumisión de un esclavo sujeto a comunidad por uno de los dueños, cuyo manumitente perdía su cuota que acrecía al otro condómino, incluso en opinión de Próculo, aunque la manumisión tuviese lugar *inter amicos*: «... Communis servus si ab uno ex sociis liberatus sit neque ad libertatem pervenit, et alterius domini totus fit servus iure *ad crescendi*. Sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque servus manebit, ius enim ad crescendi in hac manumissione non versatur; licet Proculus existimaverit ad crescere eum socio...» (14).

Los textos han sido ampliamente interpretados y discutidos: BONFANTE (15), aparte de estimar posibles interpolaciones en el primer texto transscrito, considera que por confuso que sea el párrafo «... ut hoc sit in parte quod in toto», no admite otra explicación que ésta: El texto se pregunta ¿Se puede abandonar la parte de un todo?, y responde con una distinción: Lo puede hacer el condómino por su *cuota*, de manera que para esta hipótesis se verifican las mismas consecuencias que en la *derelicción* de un todo; por el contrario (*atquin*) (16), no lo puede hacer el dueño único que quiera abandonar una *parte*. De ello deduce que el abandono de una cuota tiene el mismo tratamiento que el abandono de la cosa entera, del *totum*, o sea, que la «*pars derelicta*» es objeto de libre ocupación, estimando correcta la configuración de la parte abandonada como *res nullius* por ser equitativo no imponer necesariamente al otro condómino la adquisición, como ocurre con el rigor del *jus ad crescendi*. Pero, no obstante, considera lógico que la de relicción parcial fuera regulada del mismo modo que la manumisión parcial, que es tanto como la renuncia del propio derecho, un abandono en suma.

La posición de BONFANTE parece concretada en hacer compatible la *derelicción* de la parte con el acrecimiento a los demás condóminos, pero sin que tal acrecimiento suponga una *expansión* del propio derecho, sino *adquisición* de un derecho nuevo que se en-

(13) BIONDI, aduce, en cambio (Dig. L. XIII, Tit. V-5-15), como fundamento del *jus ad crescendi*: «... sed totius corporis proindiviso, pro parte dominium habere.»

(14) CERVIDI SCAEVOLAE, fr. DOSITZEO, 10, texto HUSCHKE, «*Jurisprudentiae Anteiustinianae*», Lipsiae, MDCCCLXVIII, pág. 347; UPLIANO, reg. 1, 18; PUCALO, Sent. IV, 12, 1, Cits. BONFANTE, *Scritti*, vol. III, pág. 435. nota 2. estos últimos.

(15) BONFANTE: *Il jus ad crescendi nel condominio*, «*Scritti*», vol. III, pág. 434 y ss.

(16) BESELER piensa que esta particula adversativa fué interpolada por los compiladores. En contra KÜBLER, cit. por SEGRE: *La proprietà e la comuneione degli altri diritti reali*, Torino, 1931.

cuenta *vacante* de manera análoga al crecimiento general típico entre coherederos, que se dió en el Derecho romano junto al acrecimiento derivado de la *coniunctio* (16 bis); en aquél tampoco puede presumirse la *coniunctio* o llamamiento conjunto y menos que el causante quisiera llamar a todos para el patrimonio entero (17). En el condominio—concluye BONFANTE—no se habla tampoco de *concursus* ni de *in solidum* como en la *coniunctio*, sino que el de recho inicial de cada uno es a una *pars*. Admite, en definitiva, esta forma de acrecimiento sin negar la existencia de una verdadera y propia derelicción, considerando que el texto de MODESTINO debe proseguir así: «... si in re communi socius partem nam reliquerit, eius esse dessinit, eaque adcrescit socio», aunque cree poder concluir con seguridad que, si bien el *jus ad crescendi* era el principio clásico en materia de condominio, con la misma seguridad puede afirmarse que el Derecho justiniano acogió el principio contrario.

SEGRE (18) destaca cómo el texto de MODESTINO omite toda expresión relativa a que la cuota abandonada por el comunero acrezca a los demás *socii*, expresando solamente que el *socius* pierde con la derelicción su cuota, de la misma manera que perdería la total propiedad el propietario único. Sin embargo, opina que «parece pueda concluirse (con probabilidad, no con seguridad) que la derelicción del condómino no hace la cuota *nullius*, sino que acrece a los demás», admitiendo dos explicaciones del fenómeno: o el acrecimiento es una *anomalía*, residuo de una construcción más antigua del condominio o, siguiendo a SCHEURL, el acrecimiento es un efecto debido al concurso de derechos iguales (si bien piensa que el concurso, cuando hace nacer la copropiedad no puede determinarla más que por partes iguales, y nacida desaparece su función), siendo difícil decidirse por una de estas dos opiniones, ya que son varios los motivos de duda (19).

RICCOBONO (20) considera como BONFANTE incompleto el texto de MODESTINO, adhiriéndose a la tesis del acrecimiento; mas

(16 bis) SCOGNAMIGLIO asigna a la *coniunctio* la sola misión de modificar los efectos normales del acrecimiento, dando preferencia a los herederos *coniuncti*. (*Il diritto di accrescimento nelle successione per causa de morte*, Milán 1953, pág. 23.)

(17) BONFANTE (ob. cit.) lo explica así: «Mientras que en el derecho de acrecer derivado de la *coniunctio*, el derecho inicial de cada uno es *in solidum* y por ello el acrecimiento produce una expansión del propio derecho, como en el Derecho romano la sucesión universal sólo tenía lugar adquiriendo previamente el título de heredero y únicamente éste podía ser llamado a adquirir una cuota en el patrimonio antes de la adición, en ese otro acrecimiento general no había expansión, sino adquisición de una cuota vacante, lo que se verifica como consecuencia de un derecho eminentemente cualquiera que sea su naturaleza».

(18) SEGRE: *CORSO DI DIRITTO ROMANO. LA COMPROPRIETÀ E LA COMUNIONE DEGLI ALTRI DIRITTI REALI*, Torino, 1931, págs. 72 y ss.

(19) Ob. cit., págs. 77 y ss.

(20) RICCOBONO: *DALLA COMMUNIO DEL DIRITTO QUIRITARIO ALLA COMPROPRIETÀ MODERNA* (Essays in legal history, Oxford University). Cit. por BONFANTE: *Il jus ad crescendi...* cit. *Scritti*, vol. III, págs. 451 y 424.

precisamente por ello, niega que el texto contemple una verdadera y propia derelicción, completando así el pasaje: «... verius est partem pro derelicto haber non posse, nam socius rei communis, si alter partem suam reliquerit, totius rei solus dominus officitur.»

Contrario a la tesis de la derelicción se muestra igualmente ROMANO (21), el cual, partiendo de que el abandono de cuota del comunero produce el *ius ad crescendi*, afirma que falta uno de los efectos normales de la derelictio, pues si bien es cierto que, como BONFANTE afirma, se produce el aspecto negativo de la derelicción, el abandono, y únicamente es diverso el destino de la cosa después de abandonada, que es el aspecto positivo, ello es una anomalía sintomática que conduce a excluir la figura de la derelicción. Destaca el hecho de que para indicar el acto del condómino el texto usa la palabra *relinquere* y no la otra *derelinquere*. La conclusión de ROMANO es que MODESTINO negaba la admisibilidad de una derelictio parcial de una cosa perteneciente a un solo propietario y también de la parte correspondiente a un condómino, si bien este último podía, con un acto unilateral de disposición (*relinquere*), renunciar a ella. Estima que ni el propietario único ni el condómino pueden abandonar una cuota, porque no puede concebirse la propiedad de una cuota sin un propietario para el resto, explicación que basta para negar la derelicción de una cuota por el propietario único, pero no basta para el condómino si la derelicción de éste, en lugar de producir el efecto de hacer la cuota *nullius*, había de acrecer al *socius*; por ello cree más simple entender que en ambos casos no se puede dar lugar a una derelicción, porque falta el *corpus* susceptible de ésta. No admitiéndose la derelictio —añade— se admite que el condómino pueda renunciar su cuota, cualquiera que sea el efecto que a tal acto se deba atribuir, poniendo MODESTINO la diferencia entre el *relinquere* y el *derelinquere* en que el segundo hace *nullius* lo que se abandona, mientras que el primero da lugar al *ius ad crescendi*, con lo cual este *ius* estaría implícito en tal pasaje.

Se da, por tanto, como presupuesto que la cuota *abandonada* o renunciada por el dueño acrece a los demás, sin que tal presupuesto pueda derivarse del texto de MODESTINO que, como SEGRELLO advierte (22), omite toda expresión en este sentido, razón por la cual se deriva el acrecimiento tan sólo de considerar lógico que la derelicción parcial fuera tratada del mismo modo que la manumisión parcial (23) o bien, como entiende BETTI (24) y otros (25), buscando un argumento más objetivo, fundar el *ius ad crescendi* en la existencia de un concurso de derechos sobre la cosa, según la regla

(21) ROMANO: *Studi sulla derelictione nel Diritto romano*, «C. E. D. A. M.», 1933, págs. 52 y ss.

(22) Vid. nota 18.

(23) Loc. cit. BONFANTE.

(24) BETTI: *Istituzioni di Diritto romano*, vol. I, Padova, 1947.

(25) GAUDEMUS: *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, Sirey, 1934, pág. 234.

concursu partes fiunt, con lo cual el acrecimiento no suponía la adquisición de un derecho nuevo, sino la expansión del propio, al desaparecer, mediante la renuncia, la recíproca limitación impuesta por la citada regla.

Como una aplicación del principio general del acrecimiento se considera el supuesto de manumisión parcial de un esclavo, con referencia a la norma de Derecho clásico según la cual la manumisión solemne de un esclavo sujeto a comunidad, hecha por uno solo de los condóminos, hacía perder su cuota al manumitente, acreciendo al otro condómino. El texto clásico distingue, como hemos visto, entre la manumisión solemne y la no solemne, destacando ROTONDI (26) cómo en el primer caso la cuota del manumitente acrecía a los demás, y así hasta el último que, como patrono exclusivo, podía conferir con eficacia la libertad, mientras que si se adoptaba una forma pretoria, aunque para PRÓCULO se producían las mismas consecuencias, para otros no se obtenía ningún efecto, llegando al singular resultado de que, si todos los *socii* manumitían sucesivamente al esclavo, éste volvía nuevamente a ser esclavo común, no pudiendo haber acrecimiento, porque si faltaba el efecto querido no podía surgir el efecto no querido como era el acrecimiento. Por ello—concluye ROTONDI—la posibilidad de manumitir sucesivamente dependía de que pudiera evitarse el *jus ad crescendi* en el caso de manumisión solemne, y en otro caso, de que pudiera evitarse la nulidad del procedimiento.

RICCI (27), partiendo igualmente de la admisión del *jus ad crescendi*, como principio general en el condominio, defiende la opinión de PRÓCULO, que admitía el acrecimiento aun para el caso de manumisión *inter amicos*, afirmando que ésta, al estar despojada de la solemnidad de la ley, no era otra cosa que un acto de *derelicción* y el jurista le atribuía los efectos de ésta: el esclavo devendría *servus sine domino*, y estando en este caso sujeto a condominio, caía en la plena propiedad del otro condómino. BONFANTE (28) niega la opinión de PRÓCULO, que admitía el *jus ad crescendi* en el caso de manumisión no formal, porque ello equivale a reconocer implícitamente la eficacia de tal renuncia y esta es una opinión condenada en la conclusión del propio fragmento (*qua selentia non utimur*).

Admitido el *jus ad crescendi* sobre la base de este texto clásico en el supuesto de manumisión parcial y solemne de un esclavo común, la cuestión resurge todavía al buscarse el fundamento de esta solución clásica que se ha creído ver, una veces, en la indivisibilidad de los conceptos de libertad y esclavitud; otras, en la dis-

(26) ROTONDI: *La manumissio del servus communis nel Diritto romano clasico*, en «*Studi... a cura di Pietro de Franciscis*», vol. VIII, pág. 78.

(27) RICCI: *La derelizione in Diritto romano*, en «*Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche*», vol. XIII, 1892, pág. 337.

(28) BONFANTE: *La derelizione di res mancipi nel Diritto clasico*. «*Scritti*», vol. II, pág. 331.

tinción entre *dominium* y *potestas*, según la cual la manumisión por uno solo de los condóminos haría pasar la potestas y con ella el dominium al otro condómino, y otras, en fin, que esta solución en materia de manumisión parcial sea la manifestación de un principio general de que la cuota abandonada acrezca al otro condómino (29), pero, en realidad, el argumento desaparece en el Derecho justiniano que inspirado, al parecer, en el Derecho greco-oriental (30) introdujo una radical reforma en el sistema al establecer para toda clase de manumisión, entre vivos o testamentaria, hecha por un condómino que el otro condómino estaba obligado a consentir, recibiendo el precio de su cuota (31). Según BONFANTE, de esta manera, quizá por la acción concomitante de otras fuerzas sociales, no se quiso que la manumisión parcial produjera el acrecimiento, atribuyéndole las normales consecuencias de la derelicción, por lo que en el Derecho justiniano el *jus ad crescendi* quedó obolido, en parte modificado y desfigurado por una nueva concepción. (32).

Nos encontramos así, como hemos visto, sin un fragmento decisivo e indiscutible, que sirva de fundamento a la demostración de un verdadero derecho de acrecimiento, en el sentido propio de la expresión, como formando parte del contenido del condominio. Es más, como señala SCOGNAMIGLIO (33), el derecho de acrecer es, por su naturaleza y tradición, pertinente tan sólo en el campo de la sucesión mortis causa, de manera que, en el condominio, ha de usarse el acrecimiento en un sentido diverso. Queda, pues, por examinar si el *jus ad crescendi*, cuya aplicación en el condominio no aparece explícitamente de un texto, puede, en efecto, derivarse de la regla *concurrus partes fiun*, según se afirma frecuentemente, cuestión que está íntimamente ligada con la naturaleza misma del condominio romano.

2. En este punto BONFANTE (34) niega que en el condominio pueda hablarse de *concurrus*, ni de llamamiento *in solidum* como en la *coiunctio*, destacando cómo en los supuestos de acrecimiento éste no tenía lugar si no estaba clara la atribución *in solidum* para el *totum*. Por nuestra parte, creemos puede afirmarse que a la copropiedad acompaña siempre un estado de indivisión, pero sin concluir, con VAREILLES-SOMMIERES (35), que cuando la propiedad está *dividida* (copropiedad) es cuando la cosa está indivisa (indivisión), porque no parece posible conciliar fácilmente la división del derecho con la indivisión del objeto (36). Por ello nos

(29) Vid. SEGRE: Loc. cit., objecções a estos criterios.

(30) ROTONDI: Loc. cit., págs. 78 y ss.

(31) Cod. L. VII, *De servo comm. manum*, VII, párrafo 1-1.

(32) BONFANTE: *Jus ad crescendi...*, cit. antes, pág. 450.

(33) SCOGNAMIGLIO: *Il diritto di acrecimiento nei negozi tra vivi*, Giuffrè.

(34) BONFANTE: Loc. cit., pág. 440.

(35) VAREILLES-SOMMIERES: En «Rev. Critique», pág. 432, núm. 5.

(36) WAECHTER: *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart, 1892, II, 581, párrafo 75-3.

parece de mayor eficacia práctica la tesis de SEGRE (37), quien destaca en el condominio dos clases de *efectos*, unos divisibles y otros indivisibles; en cuanto a los efectos divisibles, las partes no son creadas por el concurso, el cual sólo puede descubrirse en cuanto a los efectos invidisibles, pero este concurso *non facit partes*. Para SEGRE la raíz de la doctrina que ve en la copropiedad la existencia de un concurso está en un sutil equívoco, pues las fuentes no dicen nunca para la copropiedad, como dicen para otras situaciones, que «*concurrus partes facit*». La base de este equívoco está en que argumentan sobre el hecho de que, en particulares casos, las fuentes expresan esta regla, y aunque son casos en los cuales las partes nacieron de una atribución conjunta, extraen de ellos una configuración análoga para la copropiedad, pero sin contar con que el *concurrus* sólo forma partes *iguales*, en virtud de una atribución conjunta al mismo objeto (y sólo del concurso de partes iguales puede haber lugar al acrecimiento, que es lo que ocurre en la herencia, en los legados *per vindicationem*, etc.); el concurso, que depende de la vocación al *totum*, es elemento que opera para llegar a la copropiedad, pero no cuando la copropiedad se ha constituido, operando además solamente para llegar a una copropiedad por *partes iguales*.

Mas con ello enlaza, como puede verse, la cuestión de la naturaleza del condominio romano, acerca de la cual se han adoptado puntos de vista distintos, cuyas posiciones extremas pueden resumirse así: La copropiedad implica la existencia de varias propiedades parciales, cada una de las cuales tiene por objeto una parte *ideal de la cosa* (38), o, contrariamente, existe un solo derecho de propiedad *dividido* entre los condóminos (39), bien en su *contenido* (40), bien en su *extensión* (41), o con idéntico contenido y diversa extensión, en cuanto a la *cantidad* de efectos susceptibles de *división*, en los que hay concurrencia de *socius* que no determina fraccionamiento (*concurrus non facit partes*) (42); o, en fin, concurrencia de derechos de propiedad que se *limitan reciprocamente* (43), sin que falten opiniones que asignen al derecho

(37) Loc. cit. pág. 42 y ss.

(38) Dig. 50 L., XVI, 25-1, *partis appellatione rem pro indiviso significari* (Q. M. SCAEVOLA), vid. ARANGIO RUIZ, *Ist. Napoli* 1952, pág. 227. DONELLO: *Com. de iure civili*, L. IX, cap. XI, vol. II. POTHIER: *Obligaciones*, núm. 289; *Communanté*, núm. 185. PUCHTA: Pand. § 37. GÖPPERT: *Zur Lehre vom Miteigenthum*. RAMPONI: *Communione di proprietà o comproprietà*, Torino, 1922. «*Pars quota*», en la doctrina medieval.

(39) VITALEVI: *Comunione*, III. SEGRE: Loc. cit., pág. 52.

(40) BOCKING: Pand. II, § 135, cit. FERRARA, loc. cit., pág. 428, piensa que el derecho sólo puede considerarse dividido atendiendo a su contenido o sustancia.

(41) SCHEURL: «*Teilbarkeit*», pág. 3 ss., cit. BONFANTE, ob. cit.

(42) SEGRE: Loc. cit.

(43) FERRINI: *Manuale di Pandarre*, pág. 446, núm. 338; GAUDEMET: Loc. cit., pág. 244; BARASSI: *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; SCIALOJA, etc. Es también la tesis de BELTRÁN DE HEREDIA, loc. cit., pág. 172.

del condómino una naturaleza *sui generis* (44) o, a los sujetos, una *vinculación corporativa*, constituyendo una colectividad de participantes con personalidad jurídica que provee, a través de sus miembros, al ejercicio del derecho real (45).

Lo importante, sin embargo, por lo que concierne a nuestro tema, es la consecuencia inmediatamente derivada del punto de vista que se adopte sobre la naturaleza de la copropiedad, porque si se habla de *parts* de la cosa o del dominio o, como es más frecuente, de cuotas *intelectuales* o *ideales*, emerge el concepto de *cuota* como aquello que, según los criterios, *acrece* o se hace *nullius* cuando es abandonada, lo que implica, en todo caso, una objetivación de la cuota.

3. Como objeto de la propiedad de cada condómino, constituyendo una *parte ideal* de la cosa, es la concepción más antigua de la cuota (46), que también ha sido concebida como fracción ideal de un único derecho de propiedad (47), o como *parte aritmética* del *contenido* total del derecho de propiedad, que es, a su vez, contenido del derecho de cada comunero (48); frente a esta idea de fracción ideal de la cosa o del derecho, otros autores asignan al derecho del comunero una naturaleza *sui generis*, ya que el comunero sólo es propietario cuando la copropiedad cesa por la división (49), o el carácter de simple *medida del poder* del condómino sobre la cosa, poder que no es propiedad, por faltarle, precisamente, la nota de *exclusividad*, que es esencial al dominio único (50).

Desde otro punto de vista, la cuota del comunero pierde entidad de objeto, y se concibe como *proporción* o *medida* «según la cual los derechos (cuantitativamente iguales al dominio pleno, pero diversos cuantitativamente) de los comuneros se limitan entre sí dada su coexistencia», viniendo a constituir «la razón sobre cuya base se deben repartir entre los condónimos todas las utilidades que se extraigan de la cosa común, y todas las cargas, así como el capital que representa la cosa común cuando cese el condomino» (51); es decir, no es medida de un poder *sui generis*—según

(44) PEROZZI: *Saggio critico sulla teoria delle comproprietà*, «Rev. ital. sc. giurid., XI, 415.

(45) Iniciada por LANGDORFF y seguida por VOIGT, hoy defendida por DOSSETTO, *Teoría della Comunione*, Padova, 1948. También LUZZATTO, *La Comproprietà*. Una exposición crítica en SALIS, *La comunione*, UTET, Vassalli, IV-2, 1939 y el ya citado libro de BELTRÁN DE HEREDIA.

(46) Vid. nota 38. Para RAMPONI, loc. cit. «La copropiedad respecto a cada condómino es propiedad plena de una cuota de la cosa común», pág. 31.

(47) FERRARA: *Teoria delle persone giuridiche*, 2.^a ed., pág. 455 y ss.

(48) MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7.^a ed. Milán, 1946, pág. 8913, vol. I.

(49) BONELLI: *Personalità e comunione*. «Riv. Dir. Com.», 1903, I, página 300.

(50) PEROZZI: *Istituzioni di Diritto romano*, 1928, I, p. 743.

(51) SCIALOJA: *Teoria della proprietà (a cura de Bonfante)*. Roma, 1933, página 432 y ss.

piensa PEROZZI—, sino medida en la que se limitan los derechos cualitativamente iguales al dominio pleno. Por último, para los que sostienen en el condominio la existencia de una colectividad a quien corresponde el derecho de propiedad, la cuota no es otra cosa que la simple relación numérica que explica la medida según la cual cada uno concurre a constituir dicha colectividad (52), o, como afirma DOSSETTO (53), el complejo de relaciones jurídicas referentes a cada comunero y que tiene un doble significado: formal, como medida, proporción y límite de la participación de cada uno, y sustancial, como complejo de relaciones referentes a cada participante, en cuanto por efecto de la comunidad se encuentra limitado.

4. Llegados a este punto en la brevísima exposición de los antecedentes precisos al tema, cabe preguntarse si está realmente justificado el planteamiento mismo de la cuestión inicial, la relativa a si el abandono del comunero produce derelicción de una parte, con todas sus consecuencias, o si se produce un verdadero acrecimiento de las otras partes que permanecen en comunidad, y si tal planteamiento se apoya en verdad, como pretende GONZÁLEZ PALOMINO (54), para defender su tesis de la ocupación automática de la cuota renunciada, en la expresión del artículo 399 del Código civil, que afirma que cada comunero «tiene la plena propiedad de su parte».

Entendemos que la cuestión, como resulta de lo anteriormente expuesto, aparece un tanto ligada a los criterios tradicionales, por lo que puede intentarse la ruptura del círculo en que la discusión se mueve mediante una posible reelaboración sobre la base de los distintos criterios ya formulados para que nos sirva de punto de partida.

Conforme a nuestra realidad positiva destacamos que la idea de acrecimiento propiamente dicho parece estar en abierta contradicción con el contenido del artículo 399 del Código, puesto que la idea de partes que establece viene a excluir expresamente ese llamamiento *in solidum* para el totum, que técnicamente es la base fundamental del acrecimiento en cuantos supuestos lo establece la Ley (Vid. art. 637, párrafo 2.º; art. 908, párrafo 2.º), hasta el punto de que, quizás, no sería infundado presumir que el Código hable de «partes»—de «la parte» del comunero—con el único fin de alejar toda idea de titularidad solidaria; la hipótesis aparece confirmada en el acrecimiento hereditario en que la asignación de «parte especial» excluye el derecho de acrecer (art. 988-1.º Código civil), y tal designación de parte se entiende hecha en el caso de que el testador «haya determinado expresamente una cuota para cada heredero» (art. 983-1.º). Un derecho de acrecer en el condominio romano de nuestro sistema, desligado ya de los residuos

(52) LUZZATTO: *La compropiedad*, pág. 20, n.º 13.

(53) DOSSETTO: *Teoria della comunione*. Padova, 1948. pág. 70. nota 28.

(54) GONZÁLEZ PALOMINO: loc. cit., págs. 559 y ss.

históricos, tan en tela de juicio del *jus ad crescendi*, y tras la repetida afirmación del artículo 399, es en verdad difícil de concebir sin desdibujar previamente los contornos del verdadero y propio acrecimiento (55).

Parece situarse así la cuestión de la renuncia o dejación del comunero, por lo que respecta al destino del derecho renunciado, fuera de la tesis del derecho de acrecer. Mas es evidente que la existencia de un derecho que, aparentemente al menos, queda sin titular, es algo que requiere una inmediata solución, sobre todo cuando por su conexión con el derecho de otras personas lleva anejo el cumplimiento de deberes impuestos por la necesidad de coexistir pacíficamente los intereses de los distintos titulares, y ante ello, bajo el peso de la idea de «partes», se piensa en la ocupación, incluso en la ocupación «automática» de la cuota renunciada por los demás comuneros, solución ésta que, desde un punto de vista, parece ir demasiado lejos en la idea de *partie* del comunero, y desde otro, no parece muy en consonancia con la propia terminología del artículo 395 cuando se trata de renuncia cualificada, es decir, de renuncia *liberatoria*, lo que intenta superarse por el expediente de asignarle a esta facultad una naturaleza distinta de la de la renuncia, convirtiéndola en un negocio solutorio y traslativo, cuyas posiciones tampoco consideramos justificadas. •

En efecto: creemos que no deben dejar de ser tenidos en cuenta los dos aspectos que a la teoría del condominio señala DE PAGE (56): Que es una teoría *individualista* y *pluralista* a un tiempo, de cuya difícil configuración nace toda la complejidad de la materia. Sin llegar al punto de los que de ese carácter pluralista deducen la existencia de una colectividad de participantes con personalidad jurídica (57), entendemos que la pluralidad del sujeto da lugar, al menos, a un organismo *asociativo* (58) que se rige por normas tendentes a constituir decisiones sobre cuanto afecta a los intereses comunes, perfectamente conciliables con cuanto representa intereses privativos. De aquí el régimen de mayorías que para la administración de la cosa común establece el artículo 398—tendente a formar una voluntad general en cuanto a los intereses comunes—por contra del artículo 399, que adjudica a todo condeño no sólo la «plena propiedad de su parte», sino la de «los frutos y utilidades que le correspondan», que protege exclusivamente intereses privativos.

Obsérvese, sin embargo, que el propio precepto del artículo 399

(55) SCAEVOLA, VALVERDE y DE BUEN, rechazan también el acrecimiento fuera de los casos de igualdad en el llamamiento (por mitad o partes iguales). Civ. 983-2.º.

(56) DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, V, pág. 1.001, número 1.149. Bruxelles, 1941.

(57) VOIGT, DOSSEIRO, LUZZATTO, cits. antes.

(58) Vid. art. 1.669 Cod. Civ., al tratar de la sociedad. También articulo 2.248 Cod. ital., incluido en el cap. I. tit. V, lib. V, «Delle società. Disposizioni generali».

no pierde de vista el aspecto asociativo de la comunidad, y aunque concede al condueño la facultad de enajenar, ceder o hipotecar *su parte*—con pleno desarrollo de sus intereses privativos—, la enajenación o la hipoteca, «con relación a los demás condueños», se limita «a la porción que se le adjudique en la división *al cesar la comunidad*». Es decir, que lo que el condueño enajena o hipoteca no es *toda* la cosa, ni tampoco una parte determinada de ella, sin su *posición*, su *situación* o, si se quiere, su *titularidad*, por cuya virtud forma parte del organismo asociativo, que mientras subsista el condominio le da derecho a participar en los intereses comunes que son divisibles numéricamente, haciéndolos privativos en cuanto se *parten*. («Plena propiedad de... los frutos y utilidades que le correspondan» art. 399) y a influir en el organismo asociativo en cuanto a la formación de la voluntad general «para la administración y mejor disfrute de la cosa común» (art. 398) (59).

Así los intereses privativos del comunero, que se desenvuelven en el ámbito de su derecho, se encuentran limitados siempre de manera inmediata no por los intereses privativos de los demás condueños, sino por el interés de «la comunidad» (art. 394) y por el ejercicio que, dentro de la comunidad, corresponde a los demás comuneros «según su derecho» (art. 394).

No puede, por tanto, afirmarse que el comunero tenga una parte del objeto, ni una parte del derecho, ni tampoco una parte de la facultades inherentes a éste, porque sus facultades alcanzan a la totalidad de lo que está en común, salvo el interés de la comunidad; lo segundo porque el contenido del derecho se ejerce unas veces por cada comunero y otras conjuntamente lo que implica un *desdoblamiento* y no un *reparto* de las distintas facultades, tesis muy próxima a la que está latente en nuestra Jurisprudencia (60).

La comunidad crea de este modo un desdoblamiento de la posición jurídica que respecto a un objeto atribuye el derecho en común excluyendo la idea del concurso, que exige en cada uno un derecho *idéntico* pero *autónomo* (61). Cada comunero tiene una situación jurídica dentro de la comunidad, vinculada a la situación

(59) Por ello, FERRARA ve obligado a admitir, tras sostener la tesis de la *división* o *fraccionamiento* del derecho de propiedad en «partes intelectuales», que la división por cuotas en el condominio romano no alcanza al total contenido del derecho, siendo *imperfecta* la delimitación de las partes, ya que éstas no existen en cuanto a la facultad de usar, que puede ejercitarse todo participante siempre que no impida el uso de los demás, ni excluya el interés de la comunidad la que, por otra parte, decide por mayoría la administración y mejor disfrute de la cosa común. Todo lo cual le hace situar el condominio en una posición *intermedia* entre la cotitularidad dividida y la comunidad colectiva (Trat., pág. 430).

(60) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1923; 28 de febrero de 1925; 20 de marzo de 1929 y 21 de noviembre de 1929, sostienen que los condóminos son, en realidad, propietarios de toda la cosa, no siendo sustancialmente distinta la comunidad de bienes de la propiedad individual, sino una variación que origina la pluralidad de sujetos.

(61) SALIS: *Comunione*, cit. antes, pág. 4.

jurídica de los demás. No hay, pues, partes objetivas atribuídas a los comuneros, sino que el régimen asociativo que defiende el «interés de la comunidad» frente a los intereses privativos de los comuneros limita *cuantitativamente* el interés de cada uno. La cuota aparece no como parte de la cosa, ni del derecho, ni como objeto del derecho de cada comunero, sino como algo que es anejo a la situación jurídica de comunero, cuyo «algo», podemos decir con SCIALOJA, es «razón o proporción sobre cuya base se deben repartir los condóminos todas las utilidades que se extraigan de la cosa común, todas las cargas y el capital que representa la cosa común cuando cese el condominio» (62). («El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», art. 393.)

La cuota es, pues, medida o proporción sobre cuya base se organiza el régimen asociativo de la comunidad impuesto por la existencia de una titularidad común, en cuyo sentido sí es cierta la afirmación de que es «ideal» o, si se quiere, como dice DE CASTRO (63), una «división de cuenta», un módulo aritmético de aplicación a los efectos divisibles.

Señalábamos antes que, desde otro punto de vista, la tesis de la ocupación tampoco concuerda con la terminología del artículo 395 del Código civil, y ello porque, quizás con mayor precisión que el Código italiano de 1865, rectificada por cierto en el de 1942 (64), en las hipótesis que contempla no habla de «abandono», sino de «renuncia» (arts. 575 y 576), y más cualificadamente de renuncia «en provecho de los demás» en algún caso (supuesto del artículo 544), cuyas expresiones eximen del difícil problema de conciliar la naturaleza que asignamos a la cuota del condeño con la tesis de la derelicción que precisa de un *corpus derelicto* como elemento previo a la ocupación por los demás, que permanecen en la comunidad.

Cuanto llevamos expuesto confirma la tesis, hoy aceptada generalmente, de que la copropiedad es, en efecto, un concepto estricto, el de *cotitularidad* de un derecho de propiedad, que se organiza dentro de otro concepto más amplio, el de *comunidad* («Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas», art. 392 Código civil). Se adopta la situación jurídica de *comunero* respecto a un derecho en cuanto se es cotitular de ese derecho, hecho que somete a los cotitulares a las limitaciones impuestas por el régimen asociativo de la comunidad (65). De las obligaciones de contribuir a los gastos de

(62) SCIALOJA, loc. cit.; ARANGIO RUIZ, cit. antes, pág. 207: Medida del poder de cada uno sobre la cosa.

(63) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., vol. I, 1949, pág. 582, apartado 2.^º

(64) El Código de 1942 sustituye la palabra «abbandono» (art. 676 del Código de 1865) por la de «renuncia» (art. 1.104).

(65) La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1929 afirma que «cuando la propiedad corresponde proindiviso a varias personas, hay

conservación que tal régimen le impone por razón del objeto común puede liberarse *renunciando* a su situación jurídica de comunero. Tal idea de la comunidad concierne no sólo al derecho de propiedad, sino a la cotitularidad de otro derecho real menos pleno o de un derecho patrimonial de otra naturaleza.

5. Con esta construcción nos parece queda eliminado el problema relativo al «destino» de la cuota renunciada por el comunero, porque al separarse de la titularidad del derecho, renunciando a su situación de comunero, el activo y pasivo de los efectos divisibles que se organizan en la comunidad, según la proporción («cuota») que le corresponde a cada uno, aumenta porque disminuye uno de los términos de la proporción, sin que ello suponga para los demás la adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio, porque su derecho conserva idénticas facultades, sino una mayor medida en cuanto a los solos efectos divisibles del condominio: las utilidades y las cargas.. Incluso cuando la previa eliminación del titular puede proporcionar a los demás una mayor cantidad material de objeto, que es el momento de la división, cabalmente entonces desaparece la cotitularidad, que se convierte en titularidad exclusiva, y con la consiguiente desaparición del organismo comunitario desaparecen también las limitaciones en cuanto a los efectos indivisibles (facultad de usar, salvo el «interés de la comunidad y el uso de los demás condueños»).

Como la cotitularidad del derecho no es fenómeno independiente de la comunidad en que tal situación se organiza, la simple renuncia produce en el organismo asociativo todos los efectos que anteriormente le asignamos.

Creemos, por otra parte, acertada la rectificación del nuevo Código italiano, que sustituye el término «abandono» por el de «renuncia», que es la expresión que emplea el nuestro, porque aunque la renuncia implica también una *dejación* de la titularidad del derecho, parece alejarse más, como ya veremos, de la idea de derelicción de una parte, a la que faltaría su efecto fundamental: Hacer *nullius* el *corpus derelicto* o abandonado. El término «dejación» del derecho real, si no una gran precisión, puesto que se refiere mas bien al efecto de la renuncia, por medio de la cual se *deja* el derecho real, tendría, por lo menos, una justificación histórica en los antecedentes franceses de nuestro Código: La *duguerpissem*, como abdicación unilateral de un derecho real para liberarse de una *rente foncière* fué ya definida por POTHIER (66), cuya expresión, según LOYSSEAU en su «Traité duguerpissem et

que reconocer integra, en cuanto a la propiedad de las cosas, igual relación jurídica que el dominio, con la sola variación en sus elementos de existir pluralidad de sujetos en las mismas condiciones que el dueño único, con solo las limitaciones aumentadas determinadamente en el condominio por otra relación jurídica que entre la pluralidad de sujetos se origina, pero sin faltar ningún elemento esencial al dominio.

(66). POTHIER: *Coutume D'Orleans, Introduct. au titre XIX*, núms. 80-121 y *Traité du contrat de bail à rente*, núms. 122-189.

du delayssement par hypothéque» (1615) (67), evitaron emplear las Ordenanzas francesas por extraña y ruda, sustituyéndola por la de «renuncia» que es, quizá no casualmente, el término que emplea nuestro artículo 395.

Excluido así el tradicional problema «del destino» de la parte renunciada por el condeño, que se reduce a una simple modificación de la proporción en que se organiza la comunidad en cuanto a los efectos divisibles del condominio y a una desaparición del límite impuesto a los efectos indivisibles, pensamos que un intento de construcción de la renuncia liberatoria del comunero podría llevarse a efecto considerando el fenómeno jurídico en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta la cualidad liberatoria de la renuncia y extrayendo un sistema de sus presupuestos y de sus efectos fundamentales: Un efecto primario de la renuncia que aparece con signo negativo (el titular se separa de la comunidad.) Los demás son efectos secundarios: fundamentalmente modifica la organización de la comunidad al reducirse uno de los términos del sistema proporcional en que se reparten los efectos divisibles (art. 393) y, como consecuencia, se extingue para el renunciante la obligación de contribuir a los gastos de conservación al aumentar la cantidad de efectos divisibles («los beneficios... como... las cargas») para los que permanecen en la comunidad; incluso aumenta la cantidad determinada de objeto material, que obtendrá en titularidad *exclusiva* después de la división (art. 402 del Código civil).

III

LA RENUNCIA LIBERATORIA

I. El aislamiento previo del significado de la renuncia de su derecho por el comunero exige llegar a un concepto estricto. Porque en un sentido amplio «renunciar» quiere tanto decir como apartarse de la titularidad del derecho, en cuyo amplísimo sentido todo negocio de transmisión implica una renuncia. Ello haría innecesarias las categorías de los negocios de transmisión que se cualifican, precisamente, porque en éstos la transmisión del derecho y la dejación o apartamiento del titular no son hechos independientes, sino indisolublemente ligados (68); la transmisión del derecho se verifica conforme a la voluntad del titular, produciendo así una verdadera sucesión en sentido propio (69).

Prescindiendo así de esta cualidad característica de los negocios

(67) Cit. por BRETON, loc. cit.

(68) Vid. FADDA y BENSA: Notas a Windscheid, I, págs. 854-889.

(69) Hasta el punto de que REGELBERGER señala que la llamada renuncia *traslativa*, es, siempre, un negocio específico (venta, cesión, donación), mientras que la extintiva es forma de distintos negocios (abandono de propiedad, remisión de deuda). Cit. TRAVIESAS, loc. cit. En el mismo sentido, DE BUEN, en *Encyclopedie Juridica Española*, t. 27, pág. 245.

de transmisión, la verdadera y propia *renuncia* queda reducida a un concepto más corto (70), concibiéndola como «dejación de un derecho por su titular sin intención de transmitirlo a otro» (71); dejación que JERÓNIMO GONZÁLEZ extiende, de manera más comprensiva, a la «situación, facultad, ventaja o expectativa, tuteladas por el ordenamiento jurídico» (72). De manera que la renuncia no puede, jurídicamente, significar un acto dirigido a aumentar la esfera de acción de otro; el único objeto de la renuncia es el derecho del renunciante, como dice LESSONA (73), sin otra finalidad directa que el apartamiento del titular, puesto que, aunque es posible que la renuncia aproveche a otro, lo que se precisa es que el renunciante no lo haya tenido en cuenta. La verdadera y propia renuncia es, pues, *extintiva* (74) simplemente, ya que su resultado es hacer salir el derecho del patrimonio del renunciante. Si hay un beneficio no es *por virtud* de la renuncia, ya que ésta no es título del beneficio, sino *condición* de su eficacia (75).

Delimitado el concepto de la renuncia, conforme la opinión dominante, la facultad de hacer salir el derecho de la esfera de nuestro patrimonio está implícita en la naturaleza del derecho patrimonial (76) con las únicas limitaciones que genéricamente establece para toda renuncia el artículo 4 del Código civil, ante el cual la declaración del artículo 395 adquiere una significación particular: la de que el comunero puede renunciar *para liberarse*, precisamente, de la obligación de contribuir a los gastos de conservación del objeto común o sería una injustificada repetición del principio general del artículo 4.

2. Es esta una cualificación a la que debe buscarse el por qué. Creemos que de los dos aspectos que destacábamos en la cotitularidad, el individualista, que se apoya en la titularidad que cada uno tiene del derecho común, y el asociativo—derivado de que no es titularidad única—que se organiza necesariamente según las normas de la comunidad, el precepto no puede tender, indudablemente, a destacar la facultad general del titular, por la que puede renunciar a su derecho, ya que tal facultad le corresponde, dentro de aquellos límites genéricos del artículo 4, por el solo hecho de ser

(70) BEKKER, Pand. II, pág. 230, nota. Considera inexacta la argumentación de quienes ven en la renuncia una especie de enajenación. Cit. TRAVIESAS, loc. cit.

(71) RUGGIERO, Inst. t. I, pág. 240.

(72) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *La renuncia en derecho inmobiliario*, loc. cit., página 36.

(73) LESSONA, loc. cit.

(74) COVIELLO: *Trascrizione*, II, pág. 159, distingue, aparte de la renuncia traslativa, la declarativa o abdicativa (que es la declaración de no querer un derecho *omissio adquirendi*) y la *extintiva* (voluntad de perder un derecho ya adquirido, sin intención de transmitirlo a otro).

(75) RAYNAUD, loc. cit. Una teoría general de la renuncia, además de los ya citados. PIRAS: *La rinunzia nel Diritto privato*. Napoli, 1940.

(76) Especialmente ATZESI, loc. cit. y BALBI, loc. cit., así como TRAVIESAS v. allí citados.

titular, como corresponde al titular único, y no por ser cotitular; el precepto tiende a superar, en el caso concreto de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, el aspecto comunitario o asociativo de la cotitularidad, autorizando al comunero a separarse del organismo asociativo, a separarse de la comunidad, desvinculando el límite del interés ajeno («perjuicio de tercero»). Porque le autoriza a renunciar a *pesar* del posible interés de la comunidad (77). Es evidente que la renuncia del comunero, cuya facultad le corresponde como titular del derecho, afecta inmediatamente al interés de la comunidad de los cotitulares no sólo porque modifica toda la organización de la comunidad en cuanto a los efectos divisibles del derecho común, sino también porque puede acaecer que los gastos de conservación sean desproporcionados a la utilidad del objeto. La Ley autoriza la renuncia aun a costa de aumentar la proporción en que los demás comuneros deben contribuir.

De este modo, lo que en realidad concede el precepto no es la facultad de renunciar, sino la de *liberarse de ciertas obligaciones* por razón del objeto común mediante la renuncia, cualquiera que sea el interés de la comunidad; obligaciones concretas de las que no se liberaría por el solo hecho de la renuncia de no conceder la Ley explícitamente este efecto. Referido el precepto a la obligación de contribuir a los gastos de *conservación* de la cosa común, que son obligaciones por razón del objeto mismo sujeto a comunidad, tampoco quedaría justificado el precepto, porque todo apartamiento del derecho libera de tales obligaciones, luego el precepto ha de referirse a la liberación de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, pero precisamente a obligaciones nacidas o, si se quiere, exigibles *antes* de que la renuncia se produzca y de las cuales no podría el comunero liberarse por la renuncia si la Ley no le hubiera asignado expresamente ese efecto liberatorio. Debe observarse, sin embargo, que la liberación por medio de la renuncia sólo opera en el ámbito de la comunidad, o sea, frente al comunero o comuneros que exijan la contribución al gasto realizado o por realizar, mas no frente a un tercero, que puede ser acreedor por cualquier título y frente al cual no puede liberarse renunciando, porque el tercero acreedor no forma parte de la comunidad y opera sin restricción alguna la responsabilidad patrimonial inherente al vínculo obligatorio.

Luego cuando hablamos de obligaciones ya nacidas y exigibles *antes* de la renuncia, nos referimos a obligaciones exigibles por los demás comuneros. Así, cuando el artículo 395 se refiere a gastos de conservación de la cosa o derecho común, se refiere realmente a obligaciones nacidas para el comunero por *razón* de su ti-

(77) En principio sólo puede renunciarse lo que ofrece ventajas al renunciante, pero no obligaciones o cargas, ni posición jurídica a la que esté ligado el titular con derecho y obligación de mantenerla. (REGELSBERGER, loc. cit., págs. 451-452. Cit. TRAVIESAS, loc. cit.)

tularidad sobre el objeto común, pero tales obligaciones están aún más cualificadas, pudiendo quizás afirmarse que son obligaciones *propter communitatem* y no necesariamente *propter rem*, dada la amplitud del artículo 395 en consonancia con el 392, que no restringen la comunidad a sólo los derechos reales, como hace, por ejemplo, el Código italiano (Vid. art. 1.100 de este Código).

La razón en que tal reconstrucción se apoya no es otra que la propia organización del régimen asociativo de la comunidad. Aceptado el sistema de mayorías para cuanto se refiera a la administración y disfrute, por el solo hecho de ser cotitular se es comunero y se está sometido a dicho régimen, circunstancias éstas que motivan el que puestos en conflicto el interés de la comunidad y el del comunero con respecto a decisiones que, en orden a la conservación del objeto común, fueron adoptadas por la mayoría sin su voluntad o incluso contra su voluntad, se da al comunero la posibilidad de eludir aquellas cargas que no le convenga soportar apreciando con mayor fuerza el argumento cuando tales gastos los realiza un comunero por su sola iniciativa. Para ello no bastaba la genérica facultad de renunciar al derecho, que encontraría el límite del interés (78) en que *no se renuncie* de la comunidad a que el titular está vinculado, y por eso se le concede una renuncia a la total situación jurídica que le corresponde: como cotitular del derecho común y como comunero. Con ella el aumento en las cargas que para los demás ocasiona la renuncia se compensa teóricamente con el aumento, en la misma proporción, de los «beneficios», quedando así borrado el «perjuicio de tercero»: es la función «satisfactorio-liberatoria» que asigna BRANCA (79) a la renuncia del condeño.

Los demás comuneros pueden, a su vez, renunciar a su respectiva situación si no les conviene la permanencia ante la renuncia del otro (80), como ocurre en todo caso en que la compensación teórica del artículo 395 no se produzca prácticamente por ser mayores los gastos de conservación que los beneficios, haciendo excesivamente oneroso el ejercicio del derecho tenido en común; o bien pedir la división del objeto común acabando con la organización comunitaria, aunque este segundo medio sólo impediría el nacimiento de nuevas obligaciones sin liberarlos de las anteriores, para las que no hay otro medio liberatorio que la renuncia.

3. La primera cuestión que se plantea en torno a esta construcción es la de qué sucederá en el caso de que el condeño renuncie, no para liberarse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, que pueden no haber surgido o estar satisfechos, ni para

(78) El «perjuicio de tercero», límite de la renuncia que señala el artículo 4, es el perjuicio que sufre *su interés en que no se renuncie* (TRAVIESAS, loc. cit.). En este caso es el interés de los que constituyen la comunidad.

(79) BRANCA: *Commentario del Codice Civile, libro terzo. Della proprietà*, artículos 1.100-1.172. Roma, 1954, pág. 134.

(80) SALIS, loc. cit.

bneficiar la proporción en que participan los demás comuneros en los efectos divisibles, sino por puro *desinterés*. Porque en este supuesto, verdaderamente hipotético, pero posible, dada la personal valoración del propio interés, parece haber desaparecido del argumento. Sin embargo, tal renuncia nos parece perfectamente admisible, aunque no como ejercicio de la facultad del artículo 395 del Código, de especial aplicación a la comunidad, sino como ejercicio de la general facultad de renunciar a los derechos, comprendida en los límites del artículo 4.

Límites que no sobrepasa esta renuncia desinteresada porque no produce «perjuicio de tercero». La subsiguiente modificación del régimen asociativo de la comunidad que la renuncia produce sigue operando dentro del sistema proporcional en que la comunidad se organiza, de manera que si bien aumentan las cargas para cada uno de los que permanecen en comunidad, en la misma proporción aumentan los beneficios. Respecto al comunero renunciante, aun sin manifestar su finalidad liberatoria o sin tal finalidad, la liberación de tales obligaciones se produce, puesto que al separarse del organismo asociativo ya no participa en las cargas.

4. En orden a la naturaleza de la renuncia del comunero conviene diferenciarla del simple *no ejercicio* del derecho común: Puede el comunero abstenerse de ejercitarse su derecho sin que tal actitud produzca el efecto liberatorio de la renuncia, porque le falta el inmediato efecto extintivo de ésta. La renuncia precisa de una declaración de voluntad (81) del titular del derecho renunciado, es decir, una manifestación *expresa* (82), ya que una renuncia tácita no liberaría al comunero de su obligación de contribuir, porque los Tribunales le obligarían a reintegrar su participación en los gastos, a menos que exprese su renuncia (83) haciendo uso de la facultad del artículo 395.

Los autores coinciden en que tal declaración de voluntad dirigida a la renuncia entraña un negocio jurídico *unilateral* (84), discrepando en el punto concreto, que se refiere a si tal negocio ha de ser *receptio* para que produzca todos sus efectos. Los partidarios del negocio unilateral *receptio* parten, evidentemente, de considerar el derecho del condeño como un derecho *autónomo*, puesto que alegan el principio general de que nadie puede ser obligado a adquirir un derecho contra su voluntad o sin su voluntad: Es la razón por la que unas veces afirman la necesidad de la *aceptación* para que haya acrecimiento (85), y otras distinguen la renuncia,

(81) Hablamos de *declaración* de voluntad, precisamente para distinguirla de la simple *manifestación* que puede consistir en una mera *conducta*. Creemos que la única posibilidad de adjudicarle eficacia liberatoria a la renuncia, frente al simple *no ejercicio*, es que esté expresamente declarada.

(82) BRETON, loc. cit. Es la opinión dominante.

(83) En este sentido MANRESA, loc. cit.

(84) Los anteriores y REYNAUD, loc. cit. LESSONA, BRANCA, BALEI, TRAVIESAS, locs. cits. y BARASSI: *Proprietá e comproprietá*. Milano, 1951, pág. 750.

(85) LESSONA, loc. cit.

común a todo derecho patrimonial, y el abandono liberatorio propiamente dicho, que encierra un negocio unilateral recepticio de renuncia ; éste basta para liberar al renunciante, pero exige una declaración de voluntad de los demás condueños dirigida a la adquisición del derecho renunciado, declaración que se resuelve, a su vez, en otro negocio unilateral que no constituye aceptación respecto a la declaración del deudor, relativa a la renuncia (86).

En esta última tesis el mecanismo de la renuncia liberatoria se produce así : El comunero declara que no piensa cumplir su obligación de contribuir a los gastos de conservación, por lo que pone a disposición del acreedor su cuota en la comunidad. Con ello se libera cualquiera que sea la posterior actitud de los comuneros, que pueden o no adquirir el derecho renunciado. Para adquirirlo precisan manifestar también su voluntad, que puede estar implícita en su propia conducta.

Pero esta tesis conduce, como puede verse, a escindir en dos el fenómeno : Un negocio unilateral recepticio realizado por el renunciante, cuyo efecto es la extinción de la obligación de contribuir, aunque continúa siendo titular del derecho hasta que los demás no declaran, a su vez, querer adquirir mediante el otro negocio unilateral no recepticio, y deja sin resolver o resuelve por el sencillo expediente de la «cuota vacante», el supuesto de que no se produzca el segundo negocio. Frente a tal construcción pensamos que extinguido el deber de contribuir—efecto único que se asigna al negocio de renuncia—queda el comunero fuera de la comunidad, y ello no es compatible con la permanencia en la cotitularidad del derecho ; según aceptamos se *es* comunero porque se *es* cotitular, y basta un solo negocio de renuncia para que se produzcan todos los efectos : sobre la titularidad, sobre las obligaciones por razón de esa titularidad y sobre el organismo asociativo de la comunidad.

Por ello, la tesis más generalmente admitida es que la renuncia constituye un solo negocio unilateral, que no necesita aceptación para que produzca sus efectos (87), negándose la distinción entre renuncia simple y renuncia para liberarse, puesto que la liberación se produce cualquiera que sea la intención que haya inspirado la renuncia. Siendo ésta el ejercicio de una facultad del titular no tiene porque explicar el motivo por el cual renuncia, de lo que algunos deducen, además, su carácter abstracto (88).

(86) BALBI, loc. cit., págs. 185 y ss.

(87) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 1944, declara que la renuncia sólo exige la manifestación de voluntad del titular del derecho renunciado. Una vez manifestada logra por sí misma la concreta finalidad abdicativa. SEGRE : *Corsso di Diritto Civile*, Parte generale, 1929, pág. 113, sostiene que es negocio esencialmente unilateral en que no es necesario el concurso de la declaración adhesiva de voluntad de aquel a quien aprovecha la renuncia. BRANCA, loc. cit. sostiene que los efectos se producen para los demás condueños por el solo hecho de pertenecer a la comunidad. Y SALIS, MANRESA, TRAVIESAS, loc. cit.

(88) BRETON, loc. cit.

IV

PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA RENUNCIA

1. El negocio unilateral de renuncia a su derecho que el comunero realiza para liberarse de contribuir a los gastos de conservación del objeto común produce por sí mismo una serie de efectos que se desenvuelven en el área del organismo asociativo de la comunidad y se proyectan en dos versiones: *a) Efecto liberatorio* con respecto a esas obligaciones a que se refiere el artículo 395, y *b) efectos en las organización de la comunidad*: Separación del titular y aumento en los demás comuneros de su participación en los efectos *divisibles* al modificarse la proporción (art. 393 del Código civil).

Respecto al primer aspecto, cuestión previa es la relativa a qué obligaciones del comunero afecta el negocio de renuncia; en otros términos, qué categoría de obligaciones son las que protegen el deber asociativo del comunero de contribuir a los gastos de conservación, de las que resulta liberado mediante la renuncia, y llegados a este punto creemos necesario hacer una nueva reflexión sobre el artículo 395. Conforme a su texto cada comunero puede obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación, y *frente a él*, por tanto, opera la eficacia liberatoria de la renuncia: «gastos de conservación» pueden ser, por ejemplo, el pago de los impuesto o el importe de las reparaciones, gastos éstos que, como cualesquiera otros que originen un crédito del que sea titular un tercero si éste lo exige no opera contra él la renuncia como excepción liberatoria, cualquiera que sea la naturaleza del gasto, porque el tercero acreedor, no formando parte de la comunidad, no está en el ámbito del artículo 395. Los créditos exigidos por terceros acreedores no se extinguén mediante la renuncia, que sólo opera frente a los comuneros acreedores.

Así la obligación de contribuir a los gastos de conservación es por razón del objeto, en efecto, pero no todas estas obligaciones —aun siendo estrictamente derivadas de los gastos de conservación— se extinguén para el comunero mediante la renuncia, pues para ello se precisa la concurrencia de otro elemento más: Que el crédito lo exijan precisamente los demás o alguno de los comuneros, es decir, obligación nacida frente a la comunidad o frente al comunero, que por su iniciativa y a su costa realizó el gasto. El artículo 405 viene a salvaguardar, por su parte, el derecho de los terceros aun para el supuesto de división de la cosa común, ya que «conservan igualmente su fuerza... los derechos personales que le pertenezcan contra la comunidad». Queda así reducido el ámbito del artículo 395 y la facultad liberatoria del comunero a la obligación de contribuir a los gastos de conservación que exijan los comuneros u otro comunero.

Nuestros comentaristas, en otro aspecto, concretan el alcance de la facultad liberatoria del artículo 395 del Código únicamente a los gastos *necesarios*, o sea, aquéllos sin los cuales la cosa no puede conservarse y son indispensables a su sostenimiento (89), que se extiende no sólo a los destinados a evitar la ruina de la cosa, sino también a «defender el derecho» y «mantener su ejercicio», y, por tanto, a los gastos del pleito que se entable contra los comuneros ejercitando una reivindicación (90) a lo que creemos puede añadirse el pago de los impuestos, todas con la salvedad antes hecha de que tales gastos sean exigidos por la comunidad o por el comunero que realizó el gasto y no por el tercero-acrededor que no interviene en la comunidad.

El precepto se abstiene de hablar de gastos «necesarios» como hace el Código italiano de 1942 (91), con lo que crea un primer problema, consistente en fijar un criterio de determinación de lo que por gastos reembolsables ha de entenderse, y aceptado el común criterio de que son precisamente los «necesarios» a la «conservación» del objeto común, cuales sean estos. En este sentido nos parece evidente la solución propuesta por BELTRÁN (92), según el cual el límite de lo que por gastos necesarios ha de entenderse se extrae poniendo en relación el artículo 395 con los límites que el artículo 394 establece respecto al uso de la «cosa», especialmente el que se refiere a la obligación de hacerlo «conforme a su destino». Qué gastos son necesarios para que el objeto común sirva a su destino *económico*—añadimos nosotros—es siempre una cuestión de hecho cuya apreciación corresponderá, en último término y «a instancia de parte», al Juez, que «proveerá lo que corresponda»—al menos en sentido negativo, ya que declarará la ineficacia del acuerdo en su caso—, conforme al artículo 398 del Código civil. Observamos, sin embargo, que esos gastos necesarios para que el objeto común sirva a su destino no deben considerarse tan restringidamente que se confundan con los imprescindibles, sino más bien—como oímos al profesor DE CASTRO—los precisos para mantener un *status quo* económico y jurídico del objeto.

Ahora bien, como SALIS pone de relieve (93), el comunero goza realmente de una doble facultad: Realizar por sí mismo los gastos necesarios y pedir después el reembolso por cuotas, o bien pedir que cada uno contribuya con él a realizarlas, la primera de las cuales reconoce expresamente para nuestro Derecho la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (94). La segunda facultad requiere el

(89) MANRESA, loc. cit.

(90) SCAEVOLA, loc. cit.

(91) Artículo 1.104. En Derecho romano no surgía el derecho a la repetición sino cuando había sido atendida una *cogens necessitas* (Dig. 1. X, tít. II, XXV-15. *Fam. ersciscundae* y X, III, 6-2, *Comm. div.*).

(92) Loc. cit., pág. 246.

(93) Loc. cit., pág. 119.

(94) La sentencia de 3 de julio de 1929, expresa claramente el derecho de los condeños a adelantar, primero, y reclamar, después, de los otros con-

acuerdo previo de la mayoría o el recurso del artículo 398 de acudir al Juez para obtener la declaración de necesidad de los gastos «a realizar», a fin de que el comunero disconforme sea condenado a contribuir, a menos que excepcione la renuncia a su situación jurídica de comunero. La actuación por propia iniciativa sin el previo acuerdo acerca de la necesidad de los gastos de conservación del objeto, exige, para que tenga lugar la obligación de reembolso, un posterior reconocimiento por los demás comuneros o por la autoridad judicial si hay oposición.

Basta con que el comunero que tome la iniciativa obre en interés de la comunidad; hoy se rechaza la necesidad de que actúe *animus aliena negotia ferendi*, rechazando la solución romana de la *actio negotiorum gestorum contraria* para el caso de que actúe en interés de todos, bien porque no se trata de un negocio «ajeno», sino «común» (95), bien porque lo que legitima el reembolso es una circunstancia puramente objetiva: que los gastos sean necesarios a la conservación (96). Suelen ser considerados como tales los de reparación y aun los de reconstrucción, que entran en los de reparación mientras la cosa permanezca en estado de cumplir su destino (97).

2. Como consecuencia de estos gastos, necesarios para la conservación del objeto común, conforme a su destino económico, surge para el comunero, dentro del organismo asociativo, la obligación de contribuir a tales gastos. Decimos que la obligación surge dentro del organismo asociativo que entraña la comunidad porque nace como consecuencia de gastos de conservación realizados por otro comunero o acordados realizar por la mayoría, y es evidente que esta situación de sujeto pasivo de la obligación de contribuir no puede producirse para el titular único, que bien puede no realizar tales gastos si lo tiene por conveniente.

Mas la obligación surge dentro del organismo asociativo, pero por razón de «la cosa o derecho común», y como algo unido a la titularidad, de manera que la posición de deudor o acreedor de tales gastos se concreta en tal organismo por el hecho de que una persona se encuentre en la situación de cotitular del derecho, lo que ha permitido—partiendo de considerar aplicable el concepto de comunidad a sólo los derechos reales—la afirmación casi unánime de que la obligación de contribuir el comunero es de las llamadas «*propter rem*» (98), y con ello justificar la renuncia libe-

dueños, las expensas indispensables hechas para la conservación de la cosa común.

(95) BELTRÁN, loc. cit., págs. 246 y ss.

(96) SALIS: Loc. cit.; BARASSI: *Comproprietá*, 365 y ss.

(97) Vid. SALIS: Loc. cit. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1907 parece considerar necesarios los que se derivan del pago de la Contribución Territorial.

(98) Vid. MICHOUD, tesis sobre *Obligations propter rem dans le Code Civil*. Nancy, 1891; FERRINI: *Manuale di Pandette*, Societá Editrice Libraria, 1917, página 550 y ss.; ATARD: *Algunas de las construcciones jurídicas que exige*

ratoria, ya que por el hecho de ser cotitular del derecho real se es comunero y, al formar parte del organismo asociativo, se asumen tales obligaciones, de manera que no se pierde la conexión entre la titularidad del derecho real y la obligación *ob rem*, que se extingue renunciando a aquél, que tanto quiere decir como renunciar a la situación jurídica del comunero separándose del derecho real.

Creemos, sin embargo, que dentro de nuestro sistema no puede quizás afirmarse que tales obligaciones tengan siempre el carácter de *proprietate rem*, porque nuestro Código parece tener un más amplio concepto de la comunidad «*de bienes*», no limitada a los derechos reales estrictamente, a pesar de su imprecisa terminología. Se ha dicho, en efecto (99), que en un sentido amplio—equivaliendo comunidad a cotitularidad—no hay razón alguna para limitar la comunidad al campo de los derechos reales, pero que en un concepto más técnico no es necesario recurrir a la comunidad para los supuestos de la cotitularidad de derechos relativos, puesto que la titularidad solidaria y la mancomunada en las relaciones obligatorias se refiere a derechos susceptibles de fraccionamiento que permiten la concurrencia de titularidades jurídicas distintas, de donde se concluye que sólo los derechos reales son susceptibles de ser tenidos en común, con cuyo punto de partida podría con razón afirmarse que la obligación de contribuir a los gastos de conservación es de las llamadas *proprietate rem*.

Mas frente al restringido concepto del artículo 1.100 del Código italiano—confirmado por el 2.248—, que refiere la comunidad solamente a la propiedad u otro derecho real, nuestro artículo 392 se refiere, de manera imprecisa, a la propiedad «de una cosa o de un derecho», sin tal limitación, como se deriva del contenido del artículo 398, que expresamente habla de «*los intereses que constituyan el objeto de la comunidad*», y de los artículos 1.665 y 1.669, según los cuales, cuando se ponen en común bienes—no precisamente derechos sobre cosas—manteniendo secretos los pactos entre los socios, y cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, se aplicarán las disposiciones relativas a *el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica*. «Rev. Der. Priv.», 1924, pág. 274; PACCHIONI: *Diritto Civile italiano*. Parte seconda, vol. I. Delle obbligazioni in generale. CEDAM, 1941, págs. 337 y ss.; DE LUCA: Loc. cit. Roma, 1915; BALBI: Loc. cit., Torino, 1950. Le dan este carácter a la obligación de contribuir el condeño: BARASSI: Loc. citada, página 572 y ss.; PLANTOL-RIPERT: *Traité pratique*, III, 1, pág. 361 y siguientes; PACCHIONI: Loc. cit.; BRANCA: Loc. cit.; SALIS: Loc. cit.; BRETON: Loc. cit.; MICHOUD: Loc. cit.; CLAPS: *L'abbandono liberatorio nel dir. civ. ital.* Torino, 1.897.

(99) BELTRÁN: Loc. cit., págs. 23 y ss. En contra, COSACK (Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, zweite abteilung, Fünftes Buch. Das Gemeinschaftsrecht Einleitung, pág. 1. Jena, 1924), quien sostiene que la comunidad se refiere, tanto a créditos como a derechos reales o de otra clase, considerando que no es aconsejable dividir, como suele hacerse, el derecho de la comunidad en el derecho de obligaciones, de una parte, y, de otra, en los derechos reales. También la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1927.

la comunidad de bienes, de donde se sigue que, junto a los supuestos típicos de la pluralidad de sujetos en las relaciones obligatorias, que discurren por los cauces de la mancomunidad y la solidaridad, puede darse el supuesto de cotitularidad interna de un derecho de crédito en el ámbito el artículo 1.669.

Aceptamos así que se excluyan de la comunidad, como concepto técnico, la solidaridad, la mancomunidad y la cotitularidad personificada, pero creemos posible la tenencia en común de un derecho de crédito, sin personalidad, sin mancomunidad y sin solidaridad: lo primero porque la relación obligatoria no se haya constituido en una colectividad con personalidad jurídica; lo segundo y lo tercero porque haya varias personas interesadas en el crédito, cuyo interés común les liga entre sí por un conjunto de derechos y obligaciones que constituyen precisamente, y por expresa disposición del Código, la organización de la comunidad (artículo 1.669, último párrafo).

A esto puede añadirse que si la comunidad en sentido estricto o técnico existe solamente «cuando no es posible la delimitación de varios derechos que concurren sobre un mismo objeto, bien porque lo impide la naturaleza del *objeto*, o la complejidad de las relaciones entre los sujetos» (100), tal afirmación conduciría, por contrario sentido, a ver también supuestos de comunidad de un derecho de crédito en el concreto caso del artículo 1.139 de nuestro Código, que expresamente excluye la mancomunidad cuando la pluralidad de sujetos se refiere a una obligación indivisible (101).

No creemos, por lo expuesto, que en nuestro Derecho pueda afirmarse por vía de precepto general que la obligación de contribuir sea en cualquier caso una obligación *propter rem*, y centramos las eficacia liberatoria de la renuncia no sobre obligaciones *propter rem*, derivadas de los gastos de conservación de la cosa común, sino de la conservación de los *bienes tenidos* en común y precisamente porque se tienen en común. De manera que admitimos que tales obligaciones puedan ser *mediatamente propter rem* en los supuestos de copropiedad o comunidad de derechos reales, pero siempre que *inmediatamente* tales obligaciones sean, por así decirlo, *propter communitatem*, porque para que entre en juego el artículo 395, verse o no la comunidad inmediatamente sobre una *res*, es preciso que la obligación se desenvuelva pasiva, pero también activamente, en el complejo de organismo asociativo.

Con tal salvedad, la liberación de la obligación de contribuir mediante la renuncia viene admitida por la consideración de que no se es titular o cotitular del derecho para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones nacidas del régimen de la comunidad, sino que se deben tales obligaciones porque se es cotitular de tal

(100) BELTRÁN: Loc. cit., pág. 27.

(101) GIORGI: *Oblig.* I, pág. 86, al invocar la regla *concursu partes fiunt*, en defecto de un precepto expreso, como el de nuestro artículo 1.138, excluye la regla en los casos de solidaridad e indivisibilidad.

derecho, que es todo lo contrario. Así, por expresa disposición de la Ley, el interés del acreedor-comunero no es prevalente respecto al titular del derecho a efectuar la renuncia una vez que decide sobre su conveniencia de conservarlo o de perderlo (102).

PACCHIONI (103), contemplando el aspecto «responsabilidad» de la relación obligatoria y aceptando el carácter *ob rem* de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, distingue entre obligaciones «ambulatorias», que denomina de «responsabilidad limitada a un solo bien», y obligaciones de este tipo «con responsabilidad plena», perteneciendo a las primeras todas aquellas obligaciones *ob rem* para las cuales la Ley admite la renuncia liberatoria. Según esta distinción, la renuncia opera, respecto a las obligaciones *ob rem*, con «responsabilidad plena», liberando al deudor sólo de *futuro*, mientras que respecto a obligaciones «con responsabilidad limitada» la renuncia libera tanto de futuro como de *pretérito*. Con esta fórmula el efecto liberatorio de la renuncia del condeño, respecto a su obligación de contribuir a los gastos de conservación, alcanza, de acuerdo con la solución más generalmente aceptada (104), a todas las de este tipo, incluso a las ya exigibles al tiempo de la renuncia, que actúa precisamente como acto obstativo a su exigibilidad en los casos normales. Por contra, al no establecer la Ley específica facultad liberatoria, es decir, respecto a todas las demás obligaciones *ob rem*, no derivadas de los gastos de conservación necesarios a la cosa común, la renuncia sólo produce un efecto liberatorio de *futuro*, o sea, *a partir* de la renuncia (105).

La fórmula de PACCHIONI podemos utilizarla como mera sugerición, observando, en primer lugar, que la denominación de obligaciones «con responsabilidad limitada a un solo bien» y de «responsabilidad plena» no nos parece exacta, puesto que unas y otras son de responsabilidad plena en cuanto el deudor responde indudablemente con todos sus bienes presentes y futuros mientras conserve la titularidad del derecho real. Cosa distinta nos parece decir que en hipótesis especiales, como la del artículo 395, en que expresamente se concede una renuncia liberatoria, se aprecia la existencia de ciertas obligaciones con responsabilidad «eludible» hacia quienes se encuentren en una especial situación jurídica con el deudor, puesto que a las demás obligaciones no comprendidas específicamente en el precepto, lo que se consigue mediante la renuncia no es eludir la responsabilidad, sino que nazca

(102) Vid BALBI: Loc. cit. Sobre la limitación de la facultad de renunciar, cuando la obligación tienda a satisfacer exigencias de carácter público. Vid. PIRES: Loc. cit.

(103) PACCHIONI: Cit. antes, páginas 337 y ss.

(104) BARASSI: Loc. cit.; SALIS, BALBI: Loc. cit.

(105) MICHOUUD: Loc. cit., destaca que, aunque en principio la renuncia sólo libera de las obligaciones futuras, el efecto liberatorio se produce, tanto para el pasado como para el porvenir «en hipótesis especiales».

el vínculo obligatorio. En éstas, una vez nacida la obligación y exigible, la renuncia no opera su extinción. Cuando se dice que toda renuncia no comprendida en el ámbito del artículo 395 sólo produce un efecto liberatorio de *futuro* no creemos que se hable con exactitud, porque ante el apartamiento del titular la obligación no nacida no puede extinguirse, lo que sucede es que no nace para el ex-titular, porque ya no tiene el derecho, al que la obligación es inherente. En segundo lugar, el criterio amplio que aceptamos para nuestro Derecho respecto a la comunidad de «bienes» excluye que hablamos de obligaciones *ob rem* con responsabilidad «eludible», sino de obligaciones inherentes a la cualidad de comunero que la Ley permite eludir apartándole de la comunidad mediante la renuncia a la titularidad del derecho que se tiene en común.

Esta construcción permite desterrar, además, la distinción entre obligaciones derivadas de la *posesión* y derivadas del *distructio* (106), según la cual para estas últimas la renuncia sólo produce un efecto liberatorio de futuro, puesto que basta tener presente la concreta extensión del artículo 395, que sólo considera la obligación del comunero de contribuir a los *gastos de conservación* del objeto común que exijan los demás comuneros, para que sólo con referencia a éllas se pueda hablar de extinción de obligación pretérita mediante la renuncia por especial disposición de la Ley. Cualesquiera otra obligación no comprendida en este ámbito, ya nacida y exigible, no se extingue por la renuncia del comunero, lo que al menos constituye un criterio práctico.

3. Delimitados así los presupuestos de la facultad liberatoria del comunero, mediante la renuncia a su situación en la comunidad, parecen a primera vista conducirnos a la conclusión de que en estos casos de renuncia específica para liberarse, más bien que ante una verdadera y propia renuncia, unilateral y extintiva, se está ante un negocio de otra naturaleza, ante un negocio solutorio-bilateral. La tesis ha sido mantenida en diversas ocasiones: unos, alejándose del concepto de la renuncia, conciben la facultad del comunero como un supuesto de *dación en pago* (107), tesis a la que se aproxima con imprecisión en nuestra literatura jurídica GONZÁLEZ PALOMINO (108), para quien no hay «ni sombra de renuncia ni de acrecimiento», estimando que la facultad del comunero «es un caso de dación en pago o cesión con causa onerosa»; otros, tomando en consideración la sola relación obligatoria, estiman que dicha facultad no constituye sino una obligación debida en forma alternativa (109).

(106) Entre otros, BRETON: Loc. cit.

(107) DE LUCA: Loc. cit., pág. 13: Sostiene que el abandono liberatorio constituye una *datio in solutum* legal.

(108) GONZÁLEZ PALOMINO: Loc. cit.

(109) CHIRONI: *Trattato dei privilegi*. Vol. I, pág. 131.

Tales posiciones están carentes, a nuestro parecer, de la debida justificación: De un modo general los negocios solutorios no tiene en cuenta más que la relación obligatoria en sí, aunque modifiquen la titularidad del derecho, de manera que no implican la extinción de las obligaciones por el hecho de apartarse de la titularidad del derecho, sino que exigen una renuncia traslativa (110). Nuestro precepto habla sólo de «renuncia» a la titularidad (a «su parte») como medio liberatorio y todo efecto posterior, en cuanto implique una voluntad atributiva sobrepara, como hemos visto, el concepto de la renuncia. Cuando la Ley pretende un querer atributivo en el renunciante lo expresa (Cfr. art. 544 Código civil: renunciando «en provecho de los demás»).

Pero, además, el ejercicio de la general facultad de renunciar libera al deudor de las obligaciones que le corresponderían por razón de la «cosa o derecho» desde que abandona la titularidad, mientras que la renuncia cualificada del artículo 395, y por lo que se refiere concretamente a los gastos de conservación, lo libera también de las obligaciones pasadas constituidas a favor de la comunidad o del comunero que realizó el gasto: La dación en pago no puede referirse en modo alguno a obligaciones no nacidas, de las que en esta específica renuncia del artículo 395 también queda excluido el condeño renunciando a su titularidad. Por otra parte, la dación en pago requiere el consentimiento del acreedor en recibir una prestación distinta de la debida, mientras que en la renuncia liberatoria el efecto se produce sin la voluntad de los demás y por el solo hecho de que la renuncia a la titularidad del derecho modifica toda la organización de la comunidad, por cuya razón no creemos compatible la opinión de DE LUCA (111), que elude tan esencial dificultad sobre la base de que el acreedor sabía de antemano que el deudor podía liberarse mediante el abandono, con lo que, en su opinión, había dado implícitamente su consentimiento para la adquisición del derecho abandonado (112).

Por idénticas razones creemos infundada la ambigua tesis de la cesión de bienes con causa onerosa o la de que la renuncia se hace en favor de la comunidad que soportó los gastos de conservación (113), porque entre otras circunstancias que no se dan en la renuncia del comunero (114) estimamos muy aventurado presumir en el comunero, cuando renuncia, un fin atributivo o tralativo que en la mayoría de los casos no existirá.

(110) SALIS: Loc. cit., afirma con razón que la liberación de la obligación de contribuir es uno de los efectos del abandono, y no una causa de la que dependa el acrecimiento.

(111) DE LUCA: Loc. cit.

(112) Vid. ALLARA: *la prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*. En *Annali del Seminario giuridico delle R. Università di Palermo*. Volumen XIII, 1929.

(113) BELTRÁN: Loc. cit., pág. 257.

(114) Vid. SALVI: *La cessione dei beni ai creditori*. Milano, 1947.

4. La facultad de renunciar el comunero no encuentra más límites que los genéricamente establecidos y a los que nos referimos anteriormente, por lo que, en este aspecto, sólo hemos de destacar que, según la opinión dominante, el pacto de permanecer en la indivisión (art. 40º del Código civil) no excluye la facultad de renunciar (115), según VITUCCI (116), porque la renuncia de un comunero no hace desaparecer la comunidad, y si son dos solamente tampoco se produce la división de la cosa común (117).

Sin embargo, la idea de límite aparece más vigorosamente cuando éste se refiere no a la facultad de renunciar a la titularidad del derecho, sino cuando se refiere al efecto liberatorio de la renuncia, incluso en las obligaciones por gastos de conservación que exijan los demás comuneros, a que se reduce el artículo 395. Estos límites aparecen cuando la renuncia va acompañada de circunstancias que excluyen su efecto liberatorio respecto a las obligaciones ya nacidas, circunstancias a las que la mayoría de los autores asignan el efecto de convertir la obligación inherente a la titularidad del derecho en común en vínculos estrictamente personales e independientes, cuyo origen está en la voluntad del condómino (118), lo que podemos expresar afirmando que no se trate de obligaciones *propter communitatem*.

BALBI (119) señala varias circunstancias limitativas de la «facultad de abandono», que más bien son, según creemos, a la facultad de «liberarse» mediante la renuncia y que son las siguientes:

a) Cuando el deudor haya realizado actos que impliquen su responsabilidad por el cumplimiento (acto culpable), porque entonces la obligación ya no está ligada al derecho en común, sino a esos hechos. Pensamos que tal limitación es innecesario señalarla, porque la liberación mediante la renuncia a la titularidad de derecho sólo afecta a las obligaciones directas e inmediatamente ligadas a la cualidad de comunero.

b) Los actos que impliquen renuncia a la facultad de abandono, tales como la aprobación, expresa o tácita, de los gastos de conservación (120). SALIS niega con razón esta circunstancia por entender que el consentimiento a los gastos necesarios no lleva consigo, por fuerza, la renuncia a la facultad de abandono, cuyo efecto es la extinción de la obligación de contribuir (121). La circunstancia de que el comunero haya sido interpelado antes de hacer los gastos de conservación y haya guardado silencio sin ex-

(115) SALIS y BELTRÁN: Loc. cit.

(116) VITUCCI: *Comunione. Nuevo Digesto Italiano*.

(117) En sentido análogo CLAPS: *La cosidette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel Diritto Civile italiano. Riv. ital per le scienze giuridiche*, 1896. Vol. XXI, págs. 294 y ss.

(118) BARASSI, VITUCCI: Loc. cit., entre otros.

(119) BALBI: Loc. cit.

(120) Así, también, VITUCCI y BARASI, citados antes y artículo 1.104, Código italiano.

presar su voluntad es también apreciada por VITALEVI (122) y rechazada por SALIS, por entender que se funda en razones de equidad poco convincentes.

Respecto a este punto creemos debe distinguirse entre obligaciones futuras, que no llegan a nacer para el comunero que renunció, y obligaciones anteriores, acerca de las cuales entendemos con BELTRÁN (123) que la renuncia no libera, bien cuando existe una aceptación expresa, con evidente intención de asumir la obligación personalmente, bien cuando el pacto que rige la comunidad obligue a los partícipes a responder personalmente de los gastos de conservación, lo que puede resumirse en lo siguiente: Cuando se haya asumido el cumplimiento con independencia de la cualidad de titular-comunero.

Por tanto, los límites a la facultad liberatoria de la renuncia están: En la naturaleza del *gasto* (de conservación); que el sujeto activo del crédito no sea un tercero, o lo que es lo mismo, que la relación obligatoria se desenvuelva en el seno de la comunidad, y, por último, que aún dentro de estos límites, la obligación no haya sido asumida por el comunero con independencia de su condición de tal.

5. Ha sido objeto de discusión la cuestión relativa a si la renuncia es o no un negocio revocable, centrándose la discusión sobre si el condeño podrá revocar la renuncia hecha para eximirse de contribuir a determinados gastos de conservación que han de realizarse y luego no se llevan a efecto. Mientras algunos (124) se muestran partidarios de la revocación en este caso, por falta de *causa* en el mismo abandono, opinión que comparte STOLFI (125), concediendo al renunciante la posibilidad de ejercitarse contra los demás la *condictio causa data causa secuta* (126), otros consideran que la causa del abandono no es que los demás partícipes realicen determinados actos de conservación, sino el liberarse de la obligación de contribuir (127). Por nuestra parte, entendemos que tal condicionamiento no está implícito en el precepto. Contrariamente, es opinión común que la renuncia produce *ipso jure* todos sus efectos, siendo el primero y más inmediato la cesación en la titularidad del derecho en común y, por consiguiente, en el organismo comunitario, con lo que queda cumplida, en todo caso, la finalidad de no contribuir a los gastos de conservación. Cosa distinta es que la renuncia, en cuanto manifestación de voluntad, haya sido provocada por error u otro vicio de la voluntad, en cuyo caso la renuncia será, como cualquier otro negocio, anulable.

(122) VITALEVI: *Comunione*. Volumen I, pág. 273.

(123) BELTRÁN: Loc. cit.

(124) BIANCHI: Loc. cit.

(125) STOLFI: *Comment. al art. 1.104 Cod. ital.* 1942.

(126) PLANOL-RIPERT-PICARD, III, núm. 311, estiman este caso como un abandono sometido a la condición de que las reparaciones sean realizadas.

(127) SALIS: En el mismo sentido, también, BRANCA: Loc. cit.

(Por ejemplo, que los demás comuneros le hayan hecho creer en la necesidad de hacer gastos *exagerados* a fin de inducirlo a renunciar) (128).

6. La renuncia del comunero produce todos sus efectos desde que tiene lugar, incluso los liberatorios, y ante ello cabe preguntarse si el negocio de renuncia como tal ha de ser necesariamente un negocio puro o puede estar acompañado de elementos accidentales.

La renuncia sujeta a condición es admitida generalmente, en especial la condición que consiste en subordinar la eficacia de la renuncia a que tenga lugar la ejecución de determinadas obras (129) o también el empleo de la fórmula «abandono si te haces cargo de las reparaciones» (130) e incluso con carácter general se admite la renuncia a condición y a término (131). Contrariamente, en nuestro Derecho, niega MANRESA la renuncia condicional, pero admite el término suspensivo al afirmar que la renuncia constituye un «acto incondicional y desde plazo cierto» (132), mientras que TRAVIESAS (133) sólo considera admisibles el término y la condición suspensivos. Por nuestra parte, creemos correcta la admisión de condiciones suspensivas, puesto que nada impide subordinar la eficacia de la renuncia a determinado acontecimiento futuro; sin embargo, la fórmula «renuncio si te haces cargo de determinadas obras» o «reparaciones», si bien es perfectamente admisible, excluye quizás, a nuestro parecer, el concepto técnico de la renuncia, puesto que tal manifestación de voluntad entraña en el sujeto la representación de una finalidad traslativa que lo aleja de la verdadero y propia renuncia.

Estimamos, igualmente, que el condicionamiento de la renuncia, admisible en términos generales con carácter suspensivo, puede no serlo cuando la renuncia es la específicamente concedida por el artículo 395 para obtener la liberación de la obligación de contribuir a los gastos de conservación. Sostenemos este criterio sobre la base de que, según la opinión dominante, la renuncia del comunero le libera de cuantas obligaciones pasadas y futuras surjan como derivadas de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, y ante ello, frente a obligaciones *ya exigibles*—supuesto de gasto ya realizado—el condeño no tiene más remedio liberatorio que la renuncia, apartándose de la comunidad, bien actuando la renuncia antes de que se le exija la contribución a los gastos, bien oponiéndola como excepción, y en este caso no creemos que pueda el comunero dilatar el cumplimiento de su obligación, subordinándolo al acaecimiento o no acaecimiento que in-

(128) SALIS: Loc. cit.

(129) BRANCA: Loc. cit.

(130) BRETON: Loc. cit.

(131) ATZESI: Loc. cit., págs. 47 y 48.

(132) MANRESA: Loc. cit.

(133) TRAVIESAS: Loc. cit.

cluso su propia fantasía le haya dictado. Ante tal consideración opinamos que el condicionamiento de la renuncia sólo puede admitirse, con carácter suspensivo, respecto a obligaciones futuras. Para que la renuncia produzca el pleno efecto liberatorio que le asigna el artículo 395, ha de ser pura.

7. Finalmente, con respecto a la forma que el negocio de renuncia debe adoptar para su completa eficacia liberatoria, es frecuente la opinión, según la cual debe adoptar necesariamente la forma escrita (134), por lo menos cuando se trata de una renuncia por el titular de una cuota inmobiliaria e incluso inscribirse para que produzca efecto frente a terceros (135), fundando sustancialmente esta opinión, bien en que la renuncia es negocio unilateral por el que «se predispone la *transmisión* de una cuota de la comunidad inmobiliaria» (136), bien porque, por ministerio de la Ley, se opera que el derecho abdicado «vaya a otra persona» (137), oponiéndose otros a que la inscripción sea precisa, porque ésta sólo cabe en la renuncia traslativa (138).

Partidario de la forma parece mostrarse en nuestro Derecho MANRESA (139), al asignar a la renuncia el carácter de acto *solemne*, mientras que SCÄEVOLA (140) evita la cuestión al referirse solamente al momento en que la renuncia debe hacerse, que en su opinión es cuando se requiera al comunero para que contribuya. En nuestra opinión esta solución deja imprevisto el caso, por demás frecuente, de que tal requerimiento no tenga lugar.

Con respeto a la forma de la renuncia creemos debe ser aplicado el precepto general del artículo 1.280 del Código civil, por lo que, cuando se trate de comunidad de un derecho real inmobiliario, en cuanto la renuncia implica una «modificación» o, si se quiere, una «extinción» del derecho real respecto al sujeto renunciante, el ejercicio de la facultad del artículo 395 es acto que *deberá* constar por escrito, en documento público, con el alcance que a tal precepto concede el artículo 1.279 (141), o sea, el de que los dueños que permanecen en comunidad podrán compelir al renunciante a que haga constar su renuncia en el correspondiente documento público.

Frente a este criterio puede, quizás, oponerse que la renuncia, por su condición de acto unilateral, en el que no intervienen los demás comuneros, priva a éstos de acción para compelir al renun-

(134) Vid. BETTI: *T. general del negocio jurídico*. Ed. «Rev. Dcho. Priv.». (Traducción de Antonio Martín Pérez.)

(135) RAMPONI: Loc. cit., pág. 1116, núm. 555.

(136) BALBI: Loc. cit., pág. 200.

(137) BRETON: Loc. cit., núm. 54.

(138) PLANTOL-RIPERT: Loc. cit. AUBREY et RAU: *Cours*.

(139) MANRESA: Loc. cit.

(140) SCÄEVOLA: Loc. cit.

(141) Vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1904, 18 junio 1912, 9 abril 1928, 11 marzo 1932.

ciente al otorgamiento del documento público (142), pero el obstáculo desaparece con sólo considerar que la renuncia liberatoria implica una declaración de voluntad por parte del titular destinada a no ser *recibida*, pero sí a ser *conocida* por los demás comuneros para que produzca el efecto liberatorio, tanto en el caso de renuncia general como en el de la renuncia cualificada del artículo 395. En otro caso no precisaría una *declaración* de voluntad y sería bastante una simple *manifestación*, incluso expresada en un mero *comportamiento* (143), perfectamente confundible con el escueto «no ejercicio», sin efecto alguno liberatorio.

Basta considerar las inmediatas consecuencias que la renuncia liberatoria produce en el régimen asociativo de la comunidad para comprender el interés de los demás comuneros, que habrán de contribuir a los gastos de conservación en mayor medida, en evitar todo posible confusionismo entre la renuncia expresa y el mero no ejercicio. Y más aún frente a terceros que pueden estar interesados en la solvencia del condeño renunciante, como acreedores de éste, por lo que a los que permanecen en comunidad les interesa hacer público que el comunero abandonó la comunidad renunciando al derecho tenido en común.

Pero aparte de estas consideraciones creemos que de hecho la cuestión no puede siquiera plantearse, puesto que si la renuncia se opone como excepción a la acción ejercitada para lograr el reembolso de los gastos necesarios de conservación, la sentencia que recoja la renuncia como hecho extintivo de la acción es ya documento público donde la renuncia se contiene. Y si la renuncia aparece extrajudicialmente en documento suscrito por los comuneros, en el que conste que uno de ellos renuncia para no contribuir, la existencia misma del acuerdo que implica excluye la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta, y los comuneros podrán compelir al renunciante a que haga constar su renuncia en escritura pública.

Obtenida sentencia judicial que recoja el hecho extintivo de la renuncia o la escritura pública en que tal renuncia conste la transcendencia registral, en su caso, de tal acto, podrá tener lugar al amparo de los artículos 2.-2.^º y 3 de la Ley Hipotecaria.

(142) De un modo general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1901 niega tal acción a quien no intervino en el acto o contrato.

(143) Vid., entre otros, Dusi: *Ist. di Diritto Civile* (5.^a ed. aggiornata da Silvio Romano). Torino, 1951. Vol. I, págs. 117 y ss.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Decreto de 30 de noviembre de 1956, por el que se utiliza la autorización concedida al Gobierno por la Disposición Adicional 6.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos

GABRIEL GARCIA CANTERO
Doctor en Derecho; Juez de 1.^a Instancia

He aquí el texto literal del Decreto:

«Para coordinar ponderadamente la política social de protección al arrendatario con la económica de defensa del patrimonio inmueble destinado a la habitación, el Gobierno sugirió a las Cortes, y éstas aprobaron, la que figura con el número 6.^º de las Disposiciones Adicionales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto articulado, de 13 de abril de 1956, en que se contiene la autorización otorgada al primero para actualizar, de acuerdo con los módulos que señala, las rentas de las fincas arrendadas por primera vez antes de primero de enero de 1942, previo informe de la Delegación Nacional de Sindicatos y con audiencia del Consejo de Estado.

Cumplidos ambos trámites y obtenido informe favorable de los citados Alto Cuerpo consultivo y Organización Sindical, procede hacer uso de aquella autorización acordando los aumentos procedentes que son independientes y además de los establecidos en los Decretos de 17 de mayo de 1952, 6 de marzo de 1953 y 9 de abril de 1954.

En consecuencia, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros,

DISPONGO:

Artículo 1.^º Las rentas de los viviendas y locales de negocio a que se refiere el artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto articulado, aprobado por Decreto de 13 de abril (el *Boletín Oficial*, por error, dice 1 de abril) de 1956, arrendados por primera vez antes de 1 de enero de 1942, podrán ser elevadas en todo el territorio nacional y plazas de soberanía en la cuantía y modos siguientes:

A) Viviendas:

a) Contratos celebrados hasta el día 31 de diciembre de 1930 inclusive: treinta por ciento.

b) Contratos celebrados entre 1 de enero de 1931 y 17 de julio de 1936, ambos inclusive: veinticinco por ciento.

c) Contratos celebrados entre 18 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1941, ambos inclusive: veinte por ciento.

d) Contratos celebrados desde 1 de enero de 1942, inclusive: quince por ciento.

B) Locales de negocio:

a) Contratos celebrados hasta 31 de diciembre de 1930 inclusive: sesenta por ciento.

b) Contratos celebrados entre 1 de enero de 1931 y 17 de julio de 1936, ambos inclusive: cincuenta por ciento.

c) Contratos celebrados entre 18 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1941, ambos inclusive: cuarenta por ciento.

d) Contratos celebrados a partir de 1 de enero de 1942, inclusive: treinta por ciento:

La renta base para aplicar sobre ella los mencionados porcentajes será la que, conforme al contrato y, en su caso al fallo de revisión, corresponda pagar en 1 de enero de 1942.

En los contratos de arrendamiento de viviendas amuebladas deberá entenderse por renta, a efectos de los porcentajes establecidos, la renta total compuesta por los dos conceptos de arrendamiento de vivienda, cuya base se estimará conforme al párrafo anterior, y de los muebles.

Art. 2.^º Las elevaciones autorizadas en el artículo anterior sólo podrán hacerse efectivas en la forma que a continuación se establece:

A) Viviendas:

Por semestres sucesivos, a partir de 1 de enero de 1957, y a razón de una tercera parte en cada uno, hasta alcanzar la totalidad del aumento.

B) Locales de negocio:

Por semestres sucesivos, a partir de 1 de enero de 1957, y a razón de la mitad del aumento en cada uno.

Art. 3.^º Cuando en virtud de lo dispuesto en el número 3.^º del artículo 98 de la Ley, y cuando por consentimiento del inquilino o arrendatario, la renta que éste satisfaga sea igual o superior a la renta base incrementada con las elevaciones autorizadas, no podrá hacerse efectiva la permitida por la presente disposición.

Si esta elevación constituyese cantidad menor, podrá aumentar la renta por la diferencia.

Art. 4.^º Queda autorizado el Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones necesarias a la ejecución del presente Decreto.»

COMENTARIO

Mediante este Decreto el Gobierno ha hecho uso de la autorización para elevar las rentas urbanas contenida en la 6.^a de las Disposiciones Adicionales del texto articulado de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

El precepto contenido en esa disposición Adicional no se dirigía a los súbditos para su observancia, ni al Juez para su ejecución; no cabía, por tanto, que con fundamento en ella pudiera interponerse un recurso de injusticia notoria. Se dirigía al Poder ejecutivo concediéndole una facultad de la que ha hecho uso mediante este Decreto que comentamos, el cual no puede considerarse como simple desarrollo del contenido de una norma legal superior, sino como ejercicio de una verdadera delegación para legislar.

En la citada disposición Adicional se señalaban determinados límites que el Gobierno no podía traspasar: plazo máximo durante el cual podía hacerse uso de la autorización, renta base para calcular el incremento, contratos a que iba a aplicarse el aumento de renta. Otros aspectos, en cambio, quedaban al arbitrio discrecional de la Administración: por su extensión, la elevación podía referirse a todo el territorio nacional o a parte de él, tampoco se determinaba la cuantía de los porcentajes en relación con las viviendas o locales de negocio, y en relación con la fecha del contrato. Pero era preceptivo el informe de la Delegación Nacional de Sindicatos y la audiencia del Consejo de Estado, pero sin que el Gobierno tuviera que someterse al parecer de estos Organismos. Como normas directivas para determinar los porcentajes de incremento se indicaban: la situación económica de la nación y cuantos factores y circunstancias la interpreten adecuadamente, y, entre éstos, las variaciones experimentadas en los índices del coste de la vida y de sueldos y jornales hasta la fecha de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

Esta Disposición Adicional 6.^a del texto articulado procede de la Base Adicional 4.^a del proyecto enviado a las Cortes por el Gobierno, cuyo tenor literal es idéntico, con la única diferencia de que en el texto articulado se incluye la necesidad del informe de la Delegación Nacional de Sindicatos que en aquél no era preceptivo. Esto se recuerda en el preámbulo del Decreto que comentamos al decirse que «el Gobierno sugirió a las Cortes, y éstas aprobaron» la indicada disposición Adicional.

La finalidad perseguida fue «coordinar ponderadamente la política social de protección al arrendatario con la económica de defensa del patrimonio inmueble destinado a la habitación». Puede afirmarse también que la última subida de salarios mínimos acordada por el Ministerio de Trabajo no ha influido en la elevación que establece este Decreto, pues, en el párrafo 3.^º de la Disposición Adicional 6.^a se señala que sólo han de tenerse en cuenta por el Gobierno las variaciones del coste de vida y sueldos y jornales «hasta la fecha de la entrada en vigor de la presente Ley».

La razón de que esta Base Adicional se refiera sólo a las viviendas y locales de negocio que fueron arrendadas por primera vez con anterioridad al 1 de enero de 1942 está en que el artículo 122 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 establecía para

las posteriores un régimen de libertad en la fijación de la renta inicial.

Paralelismo con la revisión de rentas del artículo 100 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.—Ambos preceptos —el de la Base Adicional 6.^a, y el artículo 100 de la Ley— suponen una causa legal de elevación de la renta base, tanto para las viviendas como para los locales de negocio, y se ponen en ejecución en virtud de disposiciones emanadas del Gobierno, siendo muy semejantes los criterios que en uno y otro caso se deberán tener en cuenta para señalar por aquél los respectivos porcentajes de incremento; en una y otra norma se habla igualmente de un periodo quinquenal.

Pero se diferencian por diversos motivos. En primer lugar, por la naturaleza de la norma que, respectivamente, las contiene; la del artículo 100 forma parte del capítulo IX, que trata «de la renta, su revisión y de la fianza», estando, por tanto, inserta en el sistema articulado y orgánico de la nueva Ley. La otra se aloja en el abigarrado conjunto de disposiciones Adicionales, destinadas las unas a ser cumplimentadas por el Gobierno, y otras por los Ayuntamientos o por el Ministerio Fiscal.

Otra nota diferencial es el ámbito de la elevación. El artículo 100 tiene un alcance general, pues, comprende los contratos de viviendas y locales de negocio que se encuentren en periodo de prórroga legal, sea cualquiera su fecha y la de la primera ocupación. La disposición Adicional 6.^a sólo se refiere a aquellas viviendas o locales de negocio cuyo arrendamiento subsiste el día en que comience a regir la nueva Ley, siempre que estuviesen arrendados, por vez primera, antes de 1 de enero de 1942.

El artículo 100 instaura un sistema periódico de revisión («revisables cada cinco años») mientras que la Disposición Adicional parece que se ha agotado al hacer uso de la autorización concedida en ella.

Difieren, asimismo, por la renta base para el cálculo del incremento.

Finalmente, parece que las últimas motivaciones de ambas normas no son tampoco coincidentes. El artículo 100 «pone en manos del Gobierno la determinación del importe de las rentas, a quien, de modo general, corresponde realizar la política de precios, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes para su justa estimación, y, entre éstos, los medios de que dispone el usuario para hacer frente a la obligación de pago de la renta» (discurso del Ministro de Justicia en las Cortes). La disposición Adicional 6.^a responde a la finalidad de «compensar el manifiesto desequilibrio que en la rentabilidad de estos (contratos) se advierte» (Exposición de motivos de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1945).

Contratos a que afecta la elevación.—El artículo 1.^º del De-

creto que comentamos se refiere a los de viviendas, con o, sin muebles, y a los de locales de negocio, cuyo arrendamiento subsistía el día en que comenzó a regir la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre que estuvieran arrendados, por primera vez, antes de 1 de enero de 1942, aunque el contrato vigente en la actualidad no sea el mismo. En todo caso, aunque no se dice expresamente, es necesario que el contrato en cuestión esté en vigor el 1 de enero de 1957.

La elevación no afecta a los contratos actualmente vigentes que hayan sido concertados después de la entrada en vigor de la nueva Ley, y ello aunque reúnan los requisitos que antes hemos indicado. La razón está en lo que disponen los artículos 96 y 97 de la Ley, según los cuales hay libertad de fijación de la renta inicial de esos contratos, si bien, cuando se trata de viviendas, existe la amenaza de una acción de revisión ante la Junta de Estimación.

Renta base para el cálculo del incremento.—En general, hay que advertir que la elevación que resulte por aplicación de este Decreto será de escasa cuantía, si se tiene en cuenta la renta base sobre la que debe calcularse; diríase que este sistema de determinar la renta base es un residuo de la Ley de 1946 conservado en la presente.

El penúltimo párrafo del artículo 1.^º del Decreto dice así: «La renta base para aplicar sobre ella los mencionados porcentajes será la que, conforme al contrato y, en su caso, al fallo de revisión, correspondiere pagar en 1 de enero de 1942».

En la renta base no se incluyen, por tanto, ninguno de los incrementos autorizados por la legislación complementaria de la Ley derogada. Pero ésto sólo quiere decir que no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del nuevo aumento; pero no que no deban incluirse para calcular la renta total que debe abonar el inquilino o arrendatario. En el preámbulo del Decreto se dice —acaso innecesariamente—que los incrementos actuales «son independientes y además de los establecidos en los Decretos de 17 de mayo de 1952, 6 de marzo de 1953 y 9 de abril de 1954». Así que ahora el inquilino o arrendatario no podrá alegar que con ocasión de aplicarse tales disposiciones ya le fue incrementada la renta. El nuevo aumento se adiciona a los anteriores para constituir, en adelante, con todos ellos, la renta legal.

El párrafo final del artículo 1.^º del Decreto contiene una norma especial para los arrendamientos de viviendas amuebladas.

Porcentajes de incremento.—Hay dos escalas, según se trate de viviendas o de locales de negocio, y en cada una de ellas el porcentaje de incremento está en relación directa con la antigüedad del contrato de arrendamiento actualmente vigente. Se observa que para los locales de negocio el tanto por ciento que se aplica es el doble que para las viviendas.

Procedimiento para hacer efectivo el nuevo aumento.—Se instaura un sistema que aplica de un modo gradual la elevación que

se establece ; cuando se trata de viviendas, por semestres sucesivos a partir de 1 de enero de 1957 y a razón de una tercera parte de la cantidad total que se obtenga al aplicar el porcentaje respectivo a la renta base, en cada uno, hasta alcanzar la totalidad del aumento ; cuando se trate de locales de negocio, por semestres sucesivos a partir de la misma fecha, y a razón de la mitad del aumento en cada uno de ellos. Por tanto, los inquilinos de vivienda no empezarán a abonar la totalidad del incremento que establece este Decreto hasta el mes de enero de 1958, mientras que los arrendatarios de locales de negocio lo harán a partir de julio de 1957.

Estas normas deben completarse con las establecidas con carácter general en el artículo 101 de la nueva Ley.

Límite máximo de la elevación de la renta.—La cuantía del incremento tiene un límite máximo en conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.^º del Decreto ; en otras palabras, el aumento es absorbible por las elevaciones debidas a dos causas : *a*), por asignación fiscal de una renta superior (n.^º 3.^º del art. 98 de la Ley), y *b*), por consentimiento del inquilino o arrendatario. Si esta elevación constituyese cantidad menor, podrá aumentarse la renta por la diferencia.

Prescripción de la acción para incrementar la renta.—Ni en la disposición Adicional 6.^a, ni en el presente Decreto, se establece un plazo de caducidad, o de prescripción breve de la acción para hacer efectivos por el arrendador los porcentajes de incremento, de suerte que hay que concluir que el plazo de prescripción de la misma será el general de quince años. Puede aplicarse por analogía el apartado 2.^º del artículo 106 de la nueva Ley.

Fecha de entrada en vigor del presente Decreto.—No se aplica la *vacatio legis* del artículo 1.^º del Código Civil, pues, claramente el propio Decreto dice que los incrementos de renta empezarán a regir «a partir de 1 de enero de 1957».

Irretroactividad.—Por aplicación del artículo 3.^º del Código Civil, las normas de este Decreto no tienen efecto retroactivo.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Aspectos recientes del Derecho civil francés⁽¹⁾

DENIS TALLON

Catedrático de la Facultad de Derecho de Nancy

En el Derecho civil francés no se han producido durante estos últimos años transformaciones radicales. Los trabajos de la Comisión de Revisión del Código civil progresan lentamente; sin embargo, la primera parte del anteproyecto, que comprende el Libro preliminar y el Libro primero (De las personas físicas y de la familia), ha sido presentado ya al Guardasellos a finales del año 1953, acompañado de una relación del Decano señor Julliot de la Morandière. Todavía no ha recibido consagración legislativa.

Examinaremos, por tanto, las modificaciones o adiciones al Código civil de 1804 y la jurisprudencia relativa al mismo.

§ I

LAS LEYES NUEVAS

Si bien basta con indicar tan sólo la reforma de la quiebra, verificada en virtud del Decreto de 20 de mayo de 1955 (Comentario de Houin, D. S., I. Crónica, p. 7.), cuyo objeto interesa principalmente al Derecho mercantil, es conveniente estudiar con detalle dos textos de gran alcance, el Decreto de 4 de enero de 1955, que entraña la reforma de la publicidad inmobiliaria, y la Ley de 15 de julio de 1955, relativa a la filiación natural, adulterina e incestuosa.

I. *El Decreto de 4 de enero de 1955.*

Este Decreto, dictado en virtud de la Ley de 14 de agosto de 1954, que autorizaba al Gobierno para acometer un programa de equilibrio financiero, expansión económica y progreso social, presenta un interés considerable, ya que sustituye a la Ley de 23 de mayo de 1855 sobre la transcripción inmobiliaria y modifica una cuarentena de artículos del Código civil relativos a los privilegios e hipotecas. Esperada desde hace mucho tiempo, a fin de asegurar una mejor organización del crédito inmobiliario, se inspira esta reforma en el especial sistema de publicidad aplicado en Alsacia y Lorena, sin abandonar, no obstante, los principios tradicionales.

(1) Traducción de M. DE LÓPEZ.

Se aplica desde el 1 de enero de 1956, aunque han sido previstas medidas transitorias hasta el 1 de enero de 1957. (Cf. los comentarios a esta reforma de Becque, J. C. P., 1955, I, 1226; P. Esmein Gaz. Pal., 1955, Doc. 30; Nerson, D. 1955, crón. 151; también se pueden consultar los decretos para la aplicación, del 12 y 14 de octubre de 1955.)

El Decreto de 4 de enero de 1955 origina importantes cambios en tres puntos: modifica la organización de la publicidad inmobiliaria, aumenta el número de los derechos que quedan sometidos a publicidad y, finalmente, moderniza la reglamentación de las hipotecas y privilegios.

a) La reforma de la organización de la publicidad se centra principalmente en la creación de un fichero inmobiliario, que viene a añadirse a los registros preexistentes: registro de transcripciones, registro de privilegios e hipotecas. Estos registros, llevados por el nombre de las personas (la llamada publicidad «personal») en la oficina de hipotecas, son de consulta poco fácil. En lo sucesivo los ficheros inmobiliarios centralizarán todos los datos relativos a los inmuebles que radiquen en un municipio. Habrá un fichero personal, en el cual las fichas estarán ordenadas según el nombre del propietario, y un fichero real, en el que cada inmueble tendrá su ficha. Este segundo fichero será establecido a medida que se haga la revisión del catastro, actualmente en curso. En todo caso la inscripción en el registro es la única que posee valor jurídico; pero todo documento inscrito en cualquiera de los registros será mencionado en las fichas correspondientes del fichero. Bastará, pues, consultarla para conocer con una sola operación la situación jurídica de un inmueble. Las indagaciones estarán, por consiguiente, muy simplificadas.

Además se han tomado medidas para garantizar la exactitud de los documentos publicados.

Así, todo documento sujeto a publicidad debe, en principio, estar redactado de forma auténtica. Se espera que la intervención de un notario asegurará la regularidad del acto. Por otra parte, el conservador de hipotecas que recibe el documento a publicar ha adquirido un cierto poder de control (facultad de calificación) sobre la regularidad formal de dicho documento, particularmente en lo que se refiere a la determinación del inmueble y a la identidad de las partes. Tiene también derecho a rehusar inscribir un documento que estime irregular en la forma salva la acción ante el presidente del Tribunal civil, que resuelve en recurso de urgencia. Es necesario advertir, sin embargo, que el conservador no puede controlar la validez de fondo del documento. Carece de poder jurisdiccional a diferencia del «Grundbuchrichter» alemán.

Por el contrario, se ha tomado del Derecho alemán el principio del efecto relativo de las inscripciones. El artículo 3 del Decreto dispone, en efecto, que «ningún documento o decisión judicial sujeto a publicidad en una oficina de hipotecas puede ser

publicado en el fichero inmobiliario si el título del disponente o último titular no ha sido previamente publicado». De esta forma, el adquirente de un inmueble no podrá publicar su título sino si el vendedor ha publicado a su vez el suyo. Se obtendrá de este modo una cadena regular de inscripciones sin solución de continuidad.

b) Esta nueva regla será tanto más eficaz cuanto que la lista de los derechos que deben ser publicados ha sido considerablemente aumentada. Paralelamente, se ha precisado la sanción de la falta de publicidad. Podemos así distinguir tres categorías de actos sujetos a publicidad, según la sanción prevista.

Algunos están sujetos a publicidad bajo pena de inoponibilidad. Abarca esta categoría todos los documentos y todas las decisiones judiciales que atestiguan una modificación o una constitución de derechos reales, así como de arrendamientos por un plazo superior a doce años, y todos los actos entre vivos que contengan cláusulas de inalienabilidad temporal o cláusulas susceptibles de ocasionar la resolución o la revocación de actos sujetos a publicidad. La falta de inscripción está sancionada por la inoponibilidad frente a terceros, es decir, frente a quienes tienen un derecho sobre el inmueble y lo han publicado debidamente. El objeto de la publicidad, por tanto, no ha cambiado: zanjar los conflictos entre dos causahabientes de un mismo causante según la fecha de inscripción de su derecho. De ello se deduce que el sistema francés repugna reiteradamente hacer depender la validez de un derecho sobre un inmueble de una formalidad externa. La reforma de 1955 no alcanza el consensualismo.

Para la segunda categoría de actos sujetos a publicidad la sanción consiste en la indemnización de daños y perjuicios. Entre ellos se encuentran, principalmente, los cambios originados por causa de muerte, los actos declarativos de derechos inmobiliarios, tales como la transacción o la partición, y las decisiones judiciales relativas a tal tipo de derechos, los actos confirmatorios, los pactos de indivisión, etc. Gran parte de estos actos no habían sido mencionados por la Ley de 1855, y para los que lo habían sido no estaba prevista sanción alguna. En lo sucesivo, el tercero lesionado por la falta de publicidad podrá reclamar indemnización por daños y perjuicios a quien no hubiere transscrito o lo hubiese hecho defectuosamente.

Finalmente, la tercera categoría comprende ciertos actos cuya publicidad es facultativa. Pueden ser inscritos «sin otra finalidad que la de información» para conocimiento de terceros. Tal es el caso de la promesa unilateral de venta o la de arrendamiento por más de doce años. El beneficiario de una promesa de este tipo que hubiere publicado su derecho podrá probar fácilmente la mala fe del eventual adquirente y lograr que decaiga la enajenación fraudulenta.

En resumen, se puede decir que todo derecho que posea interés para la propiedad inmobiliaria debe ser publicado. A esta obli-

gación escapan solamente las modificaciones legales que se producen automáticamente, tal como la prescripción. En este aspecto el Decreto de 1955 constituye, por tanto, un gran avance sobre la regulación anterior.

c) Este refuerzo de la publicidad se duplica debido a la reforma de los privilegios e hipotecas, que se había hecho indispensable para el establecimiento de un sistema inmobiliario coherente.

La finalidad del legislador ha sido la supresión de todas las garantías ocultas que podían gravar un inmueble. Ello suponía, por consiguiente, asegurar la publicidad y la especialidad de los privilegios e hipotecas legales.

De esta forma los privilegios legales han sido limitados cuando recaen sobre inmuebles. En adelante sólo dos entre ellos continúan gravando todos los bienes del deudor sin que haya necesidad de inscribirlos: el de las costas judiciales y el de los salarios. Todos los demás deberán ser inscritos para poder afectar a bienes inmuebles, y su rango dependerá de la fecha de inscripción. Se puede decir, por tanto, que los privilegios generales se han transformado en hipotecas legales.

Por otra parte, éstas, que eran antes de 1955 generales y ora ocultas ora retroactivas, quedarán sometidas en la actualidad a los principios de publicidad y especialidad y su rango estará determinado por la fecha de inscripción. Este es, por ejemplo, el caso de la hipoteca legal en garantía de todos los créditos que el menor pueda tener frente a su tutor. Al comenzar la tutela el consejo de familia debe decidir si procede establecer hipoteca sobre los inmuebles pertenecientes al tutor. En caso afirmativo, debe determinar hasta qué cantidad y sobre cuáles inmuebles. A medida que el menor adquiera créditos contra su tutor, el consejo de familia establecerá hipotecas suplementarias. De todos modo, es la inscripción la que fijará el rango de la hipoteca. Idéntica solución ha sido adoptada para la hipoteca legal de la mujer casada.

Tan sólo los privilegios inmobiliarios conservan un cierto efecto retroactivo cuando han sido inscritos en el plazo legal. El artículo 2.103 del Código civil no ha sido modificado.

Todos estos cambios respecto al anterior Derecho han simplificado sobremanera el orden de prelación de los privilegios e hipotecas. Quedan situados en primer lugar los privilegios generales por costas judiciales y por créditos de salarios; a continuación los privilegios inmobiliarios inscritos durante los plazos que les confieren retroactividad. Las garantías restantes se ordenan según la fecha de inscripción. El artículo 31 del Decreto introduce una pequeña innovación en el supuesto de que dos inscripciones hayan sido verificadas en el mismo día: la hipoteca cuyo acto constitutivo sea más antiguo ocupará el primer lugar.

La reforma supradicha del régimen de la publicidad inmobiliaria remoza provechosamente toda una parte del Derecho civil, que había llegado a ser tanto más defectuosa cuanto que el acrecenta-

miento de la construcción multiplica las operaciones inmobiliarias. Consagra, sin duda, un cierto entorpecimiento debido a las formalidades, pero este inconveniente queda compensado con creces por el aumento de la seguridad del tráfico.

II. *La Ley de 15 de julio de 1955.*

La evolución de las ideas respecto a los hijos naturales o adulterinos se orienta en el sentido de una mayor indulgencia. El legislador no podía desconocer esta corriente de opinión; por ello la Ley de 15 de julio de 1955 aporta ciertos retoques a los medios de prueba de la filiación natural y mejora sensiblemente la condición de los hijos adulterinos e incestuosos (comentarios de Rouast, J. C. P., 1955, I, 1269 y de Esmein, Gaz. Pal., 1955, I, Doc. p. 21).

a) La Ley de 1955 no afecta a la economía general de los artículos 334 y siguientes del Código civil, relativos a la filiación natural; se refiere, sobre todo a los medios de prueba de la paternidad y de la maternidad.

Como se sabe, en un primer momento el Código no admitía sino el reconocimiento voluntario de la paternidad natural. La investigación judicial de la paternidad ha sido autorizada sólo a partir de la Ley de 16 de noviembre de 1912, que modificó el artículo 340, y en cinco casos concretamente especificados. Para uno de ellos, la seducción de la madre mediante maquinaciones dolosas y especialmente por medio de la promesa de matrimonio, exigía este texto prueba por escrito o un principio de prueba por escrito completado por medio de la prueba testifical y de presunciones. Esta exigencia entrañaba injusticias (Capitant, «El permiso de seducir», D. H. 1933. Crón. p. 1). Para lo sucesivo ha sido suprimida por la nueva ley: la promesa de matrimonio podrá ser probada por cualquier medio.

La Ley de 1955 consagra, por otra parte, el valor de la determinación pericial de los grupos sanguíneos como prueba absoluta de la no paternidad. La jurisprudencia se mostraba vacilante en cuanto a la admisión de esta prueba.

Finalmente, el artículo 342 bis ha sido modificado con objeto de suprimir los conflictos de paternidad, que situaban a los jueces ante problemas con frecuencia insolubles (Cachia, «Los conflictos de filiación en Derecho francés», R. Tr. D. Civ., 1953, p. 613). La ley determina, en efecto, que «cuando ha sido determinada una filiación por un documento o una decisión judicial, ninguna filiación contraria podrá ser conocida con posterioridad sin que una sentencia establezca previamente la inexactitud de la primera». El reconocimiento sucesivo del mismo niño por dos varones diferentes no resulta posible; el oficial del estado civil o el juez deberán rehusar el reconocimiento de un niño ya reconocido en tanto que el primer reconocimiento no haya sido anulado. Se puede plantear la pregunta de si este texto, concebido en tér-

minos muy generales, no tiene un alcance todavía mayor y si no se aplica en todo conflicto de filiación, inclusive la legítima. Tal interpretación sería contraria a la jurisprudencia que permite al reconocido interponer una acción para determinar su filiación legítima sin poner previamente en cuestión su reconocimiento, o a un varón reclamar como legítimo al hijo reconocido por un tercero. A nuestro juicio, la interpretación amplia sería deseable, porque supondría un rigor más acentuado en la determinación de la filiación.

Por lo que concierne a la prueba de la maternidad, la Ley de 1955 echa por tierra por de pronto el principio, tradicional, pero muy criticado, según el cual la maternidad natural, a diferencia de la legítima, no puede ser probada por medio de la constante posesión de estado. Era necesario, por lo menos, un principio de prueba por escrito, además de la prueba de testigos o de presunciones. En adelante, el niño puede probar la maternidad natural demostrando que ha sido tratado siempre como hijo por la demandada. La reforma es lógica: en este campo la prueba de la posesión de estado es la más adecuada; no existe ninguna razón válida para reservarlo para la maternidad legítima.

En el supuesto de que no exista posesión de estado, el legislador acude una vez más en ayuda del niño, confirmado la interpretación, muy liberal, dada por la jurisprudencia al artículo 341. Según este precepto la prueba de la maternidad no se admite si no existe un principio de prueba por escrito, y los tribunales habían decidido que se trata del principio de prueba por escrito que define el artículo 324 para la prueba de la maternidad legítima (que puede proceder, por consiguiente, de cualquier persona interesada, incluso fallecida) y no del principio de prueba por escrito del Derecho común (que debe proceder de aquel a quien se le opone).

b) No obstante lo indicado, es la condición de los hijos adulterinos o incestuosos la que ha sido mejorada sobre todo por la nueva ley. El Código era severo con respecto a ellos. Prohibía toda investigación judicial y todo reconocimiento voluntario de tal filiación. Podía, sin embargo, ser proclamada, por ejemplo, a consecuencia de una acción de desconocimiento de la paternidad. En este caso el hijo adulterino no podía recibir de sus padres sino una pensión alimenticia, muy reducida por otra parte (arts. 762 y 908 C. c.). Cualquiera que sea la necesidad de defender a la familia legítima, éste rigor era generalmente considerado como excesivo. Se llegaba a sancionar al hijo por la falta de sus padres y a permitir a éstos abandonar impunemente a sus hijos. También la jurisprudencia, por caminos indirectos, había tratado de acudir en auxilio del hijo adulterino, reconociendo, por ejemplo, la validez de la promesa hecha por el padre o la madre de subvenir a las necesidades del mismo, considerando dicha promesa como la novación de una obligación natural en obligación civil. El legisla-

dor había intervenido, asimismo, autorizando en 1907 la legitimación de los adulterinos por el subsiguiente matrimonio de sus padres en ciertas condiciones. Un nuevo paso se ha dado en 1955. El hijo adulterino o incestuoso puede, en lo sucesivo, reclamar a sus padres una pensión alimenticia. Esta solución, admitida en la mayor parte de los países extranjeros, era ya la del antiguo Derecho francés. La reforma, por otra parte, se ha verificado con prudencia. Se indica claramente que la acción alimenticia no puede «tener por efecto proclamar la existencia de una relación de filiación cuyo establecimiento continúa prohibido». Bajo una apariencia un tanto contradictoria, esta fórmula indica con claridad la adhesión del legislador a los principios tradicionales. Por otra parte, esta acción no puede ser ejercitada sino durante la menor edad del hijo o durante el año siguiente a la mayoría de edad, y no podrá desembocar sino en la atribución de una pensión alimenticia, cuya cuantía está determinada por los recursos de los padres y las necesidades de los hijos.

Quedan así conciliados los imperativos humanitarios y las consideraciones de moral social. Los adulterinos no permanecen abandonados sin recursos y tampoco la familia legítima corre el riesgo de ser lesionada por el derecho, muy limitado, que de la manera expuesta les ha sido concedido.

§ 2

LA JURISPRUDENCIA RECENTE

El terreno más fecundo para la jurisprudencia es el Derecho de obligaciones. Es en éste donde resulta más interesante ver cómo los Tribunales adaptan los principios comúnmente admitidos por la mayor parte de las naciones a las circunstancias de lugar y tiempo. En los últimos años el Tribunal de Casación francés ha tenido que pronunciarse sobre un problema fundamental, reservado con anterioridad a la doctrina: el problema de la personalidad jurídica. Lo analizaremos, por tanto, en primer término, antes de examinar las innovaciones en materia de responsabilidad delictual y contractual.

I: *El problema de la personalidad jurídica.*

Ya se conocen las diversas teorías propuestas para explicar la personalidad jurídica concedida a las agrupaciones. Durante mucho tiempo se les ha considerado como seres ficticios creados por el legislador, que les confería o les negaba arbitraría e individualmente los atributos de la personalidad jurídica. La doctrina más reciente tiende, por el contrario, a ver en ellas una realidad técnica: cada persona jurídica tiene existencia y actividad propias, distintas de la de los individuos que la integran (la obra fundamental sobre la materia es todavía la de Michoud, «Teoría de la per-

sona moral», 3 ed., por Trotabas, 1932). Con frecuencia el problema es solamente teórico, ya que la ley determina en general las condiciones en las que tal o cual tipo de agrupación—sociedad, sindicato, asociación—adquiere personalidad jurídica. No lo ha hecho así, sin embargo, en cuanto a una institución reciente, el comité de establecimiento, y ello ha hecho necesaria la intervención de la jurisprudencia. Una Orden de 22 de febrero de 1945, sustituida por una Ley de 16 de mayo de 1946, ha establecido los comités de empresa, compuestos por representantes de la dirección y del personal y encargados de colaborar en la gestión de la empresa en los planos económico y social. Estos comités de empresa están encargados especialmente de la gestión de las obras sociales, y, con objeto de que puedan llevar a buen término su misión, han recibido del legislador personalidad jurídica. Por otra parte, cuando la empresa está formada por diferentes establecimientos, se prevé que podrán ser creados comités de establecimiento, a los cuales se superpondrá un comité central de empresa. Pero el legislador no ha previsto el estatuto de los comités de establecimiento. Concretamente, ¿pueden ser parte en juicio, lo que supone que poseen personalidad jurídica? El Tribunal de Casación no se ha contentado, el 28 de febrero de 1952, con responder afirmativamente, sino que ha consagrado en muy claros términos la teoría de la realidad (D. 54, j. 217, nota de Levasseur): «la personalidad civil no es una creación de la ley; pertenece en principio a toda agrupación provista de posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, dignos, por consiguiente, de ser jurídicamente reconocidos y protegidos; si el legislador tiene el poder, con una finalidad de alta policía, de privar de la personalidad civil a una determinada categoría de agrupaciones, reconoce, por el contrario, implícita pero necesariamente, su existencia en favor de los organismos creados por la ley misma con la misión de administrar ciertos intereses colectivos que presentan asimismo el carácter de ser derechos susceptibles de ser deducidos en juicio». Fuera ya de la solución del caso concreto, el Tribunal afirma, por tanto, que la personalidad jurídica existe, sin necesidad de intervención alguna del legislador, desde que una agrupación ha sido creada y organizada para la defensa de intereses colectivos lícitos. El papel de los Poderes públicos se limita simplemente a un control de policía.

Es poco frecuente ver a la jurisprudencia tomar posición de manera tan clara en una controversia doctrinal. Una intervención tan excepcional tiene, por tanto, mayor alcance.

II. *La responsabilidad delictual.*

Con frecuencia son los supuestos de hecho más extraordinarios, los «casos-límite», los que permiten a los tribunales hacer progresar las teorías jurisprudenciales relativas a la responsabilidad delictual. Existen varios ejemplos recientes de ello.

La decisión de la segunda sección civil, de 18 de marzo de 1955 (D. S. 55, j. 573, nota de R. Savatier ; J. C. P. 55, II, 8909, nota de P. Esmein), determina, a propósito de un singular asunto, en qué condiciones una orden de la autoridad puede ser causa de exoneración de la responsabilidad. Una persona era vejada por un desconocido que constantemente, día y noche, le llamaba por teléfono para injuriarle. Cansada, se querella ante el juez de instrucción, constituyéndose parte civil. El juez confía la investigación a un comisario de policía provisto de una delegación general. El comisario ordenó a una empresa especializada conectar un aparato registrador al receptor telefónico del querellante, y gracias a este procedimiento se pudo identificar al autor de las llamadas telefónicas. Mas este último intenta ejercitarse una acción de responsabilidad civil, no sólo contra el querellante, sino contra la empresa que había ejecutado las órdenes del comisario de policía ; el Tribunal de Casación decide que la acción está fundada. En efecto, considera que este proceder «que tenía a obtener, por sorpresa y con violación del secreto de las comunicaciones telefónicas», la constatación de una infracción y la identidad de su autor ha sido efectuado «fuera de las normas del procedimiento penal y de las garantías esenciales del derecho de defensa». Como los demandados, y especialmente la empresa, «no podían engañarse acerca del carácter desleal del servicio realizado», no les era posible atrincherarse tras el mandato de la autoridad que, si hubiera sido legal, hubiera podido constituir un caso de exoneración fundado en la obediencia. Desde el punto de vista penal se pueden abrigar reservas sobre la afirmación de que el procedimiento utilizado fuera desleal (comp. Crim. 12 de junio de 1952, J. C. P., 52, II, 7241, nota de Brouchot). Sin embargo, es necesario recordar que, desde el punto de vista del Derecho civil, un acto dañoso cometido por mandato de la autoridad puede constituir una falta cuando dicho mandato es manifestamente ilegal.

La determinación del vínculo causal entre la falta y el daño presenta en ocasiones dificultades considerables, de las cuales he aquí un ejemplo : Dos cazadores disparan al mismo tiempo sobre un faisán y hieren a un niño que se hallaba tras un matorral. Resulta imposible determinar de qué arma provienen los proyectiles que han causado el daño. El Tribunal de apelación de Orléans, en un decisión de 17 de enero de 1949 (D. 49, j. 502, nota de G. Ripert), había desestimado la acción de indemnización. Esta era la única solución jurídica, por poco equitativa que parezca. Sin duda, cada uno de los cazadores había cometido una negligencia al no asegurarse de que su campo de tiro estaba despejado, pero el demandante no podía demostrar cuál de dichas faltas había sido la causa del daño, prueba que le incumbia. No podía utilizar la acción de responsabilidad por daños causados por las cosas inanimadas (art. 1.384, párrafo primero), no obstante ser tan favorable a la víctima. Basta, en efecto, comprobar que la cosa ha

intervenido en la realización del daño para que se presuma que ha sido la causa (Civ. 16 de julio de 1940, S. 40, I, 97, nota de H. Mazeaud; Civ. 24 de enero de 1941, D. C. 41, j. 85, nota de J. Flour) y para que su guardador sea considerado responsable. Pero esta prueba era igualmente imposible, porque se ignoraba cuál de las dos escopetas había intervenido en la realización del daño. El Tribunal de Casación, no obstante, ha casado la sentencia, pero por un camino indirecto. Indica que el niño había sido confiado a la vigilancia de los dos cazadores. Estos eran, en efecto, coautores de una misma falta, porque a ambos les habían sido confiada la vigilancia, y no autores de faltas diversas aunque concomitantes. No surge, por tanto, ningún problema de relación de causalidad, y los cazadores habrían sido responsables incluso si el niño hubiera sido herido por un tercero. (Civ. 2, 18 de mayo de 1955, D. S. 55, j. 520).

Sólo la responsabilidad por las cosas inanimadas ha sido invocada en el asunto graciosamente llamado por Estmein «el diablo en la botella» (J. C. P., 1954, I, 1163). Un individuo había ganado una botella de vino de Burdeos en una pequeña rifa de feria e invitó a un amigo a beberla en su compañía. El amigo bebió el primer vaso y murió entre atroces sufrimientos: en lugar de vino la botella contenía vitriolo. El Tribunal de Casación ha decidido, en definitiva, por aplicación estricta de sus decisiones precedentes, que el que había ganado la botella era el guardador de la misma y responsable por el hecho de cosa propia (Civ. 2, 26 de junio de 1953, J. C. P. 53, II, 7801, nota de R. Rodiere; S. 54, I, 41, nota de H. Mazeaud; D. 54, j. 181, nota de R. Savatier). Como se sabe, siendo la guarda una cuestión de hecho, se presume que el propietario de una cosa es su guardador, salvo prueba de lo contrario. No podría sostenerse que el propietario de la botella ha transferido a la víctima la propiedad y, en consecuencia la guarda del líquido que ha echado en su vaso, pues no hacia otra cosa que ejercitar su derecho de propiedad conforme a la finalidad del mismo. Tampoco podía invocar la falta de un tercero, porque no le era posible indicar quién había introducido el vitriolo en la botella. Podemos, no obstante, preguntarnos si no habría sido más equitativo aplicar la jurisprudencia relativa al transporte gratuito: quien participa a título gratuito del uso de la cosa no puede utilizar contra el guardador la presunción de responsabilidad del artículo 1.384, I, del Código civil. Para lograr la reparación del daño debe probar la falta del guardador. La solución del Tribunal de Casación se explica, no obstante, por el deseo de indemnizar a la víctima sin gravar, por otra parte, al «feliz» ganador. Como expresamente indica la sentencia, éste tiene posibilidad de interponer una acción contra el propietario de la rifa, y este último podrá dirigirse a aquel que le hubiera suministrado la botella, de suerte que, en definitiva, se llegará a alcanzar al verdadero responsable, salvo insolvencia.

Los requisitos de la responsabilidad por hecho ajeno han sido objeto de algunas precisiones jurisprudenciales, relativas especialmente a las causas de exoneración de aquel que es responsable por otro.

El artículo 1.384, en su párrafo séptimo, determina que el padre y la madre son responsables por los daños causados por sus hijos menores que viven en su compañía, a menos que «prueben que no han podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad», fórmula bastante ambigua, difícil de aplicar, sobre todo cuando el menor no es ya un niño y desarrolla una actividad de adulto. La Sentencia de 12 de octubre de 1955, dictada a propósito de un accidente de caza ocasionado por un menor de más de dieciocho años, decide que «el hecho de permitir un padre el uso de una cosa (en el supuesto, una escopeta de caza) no constituiría una falta sino en razón de la edad, de la inexperiencia o de las deficiencias del hijo, o bien a causa del mal estado o del carácter peligroso de la cosa, o en razón de las circunstancias anormales en las cuales el menor se ha servido de ella» (Civ. 2, 12 de octubre de 1955, J. C. P. 55, II, 9003, nota de P. Esmein). Así, cuando el menor ha alcanzado cierta edad, ha tenido una buena formación y no padece deficiencias mentales, el padre ~~no~~ incurre en falta de vigilancia permitiéndole una cierta libertad.

La cuestión se plantea de manera totalmente diversa en el supuesto de responsabilidad del mandante por los actos de su mandatario. El mandante no puede exonerarse probando que no ha cometido falta. Pero no es responsable si el acto dañoso ha sido ocasionado por el mandatario excediéndose en el ejercicio de sus funciones. La jurisprudencia se mostraba al respecto extremadamente severa para el mandante. Continuaba sosteniendo su responsabilidad incluso cuando el mandatario había abusado de sus funciones (por ejemplo, el operario del dueño de un garaje que utiliza el automóvil de un cliente para pasearse y origina un accidente. Crim. 23 enero de 1947, Gaz. Pal. 1947, I.114; cf. igualmente Crim. 5 de noviembre de 1953, D. 53, j. 698). Su responsabilidad cesaba tan sólo si la víctima podía saber que el mandatario actuaba excediéndose de sus funciones (Soc. 9 de febrero de 1950, D. 50, j. 366). En sentencias recientes ha surgido una tendencia más liberal (Civ. 2, 23 de mayo de 1953, D. 53, j. 337; Civ. 2, 18 de junio de 1953, D. 53, j. 613), que dos sentencias de la misma fecha han consagrado bajo una nueva fórmula (Civ. 1 de julio de 1954, D. 54, j. 628): «si el mandante, aparte de los daños causados por el mandatario en el ejercicio de sus funciones, puede asimismo ser declarado responsable de las consecuencias dañinas de la actividad de este último cuando ésta se ejercite para la consecución del fin que le ha sido fijado, o de modo más excepcional y según las circunstancias, cuando el mandatario ha utilizado con una finalidad diversa los medios puestos por el mandante a su disposición, no deja de ser cierto que

la responsabilidad de éste no queda comprometida más que en la medida que exista entre el acto dañoso y la función una relación de causalidad o de conexión». En consecuencia, está exonerado de toda responsabilidad el mandante de unos guardianes que incendian la villa que debían vigilar, y el patrono de un obrero que utiliza clandestinamente la camioneta de aquél para dar un paseo y origina un accidente. El Tribunal de Casación tiende así a aproximarse a la doctrina dominante que condenaba su posición anterior.

Las modalidades de la reparación del perjuicio han sido ya extensamente expuestas en esta revista (1). Se han destacado particularmente los conflictos entre las nuevas normas sobre la Seguridad Social y los principios tradicionales de la responsabilidad civil. La cuestión ha dado lugar a profundos estudios doctrinales (cf. R. Granger: *La influencia de la Seguridad Social sobre la responsabilidad civil*, «Droit Social», 1955, págs. 500 y ss.; Tunc: *El recurso de la Seguridad Social y las colectividades públicas contra el responsable del daño que ha acarreado su intervención*, en «Rev. Trim. Dr. Civ.», 1955, págs. 383 y ss.) y a una abundante jurisprudencia.

Como se sabe, el legislador y la jurisprudencia han concedido de una manera muy amplia a las cajas de Seguridad Social el derecho a recuperar del responsable de un accidente las diversas prestaciones que ellas han debido realizar en favor de la víctima de tal accidente—pensión de invalidez, prestaciones sociales, gastos de hospitales, etc., etc.—. Este recurso suscita problemas controvertidos, de los cuales el más importante en la actualidad es si el mismo recae solamente sobre los daños y perjuicios concedidos como reparación del perjuicio material resultante de un accidente de trabajo, con exclusión de la suma atribuida como reparación del daño moral. En una serie de recientes sentencias (cf. especialmente Soc. 4 de febrero de 1955, D. S. 55, j. 649, con nota de P. Voirin), el Tribunal de Casación ha decidido que nada autoriza a limitar el recurso de la Seguridad Social. Si bien pueden invocarse ciertos argumentos técnicos en apoyo de esta solución, ésta no se sujeta al principio según el cual el daño moral es puramente personal y que la víctima no puede en ningún caso ser privada del mismo. La controversia sigue abierta, pues los tribunales inferiores no parecen propensos a aceptarlo.

III. LOS CONTRATOS

En todos los lugares donde ha sido respetado el principio de la libertad contractual, la jurisprudencia se esfuerza en corregir los excesos, constituyéndose en guardiana de la moral y de la equidad.

Con este fin, se sirve con frecuencia de la teoría de la causa

(1) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII-3, págs. 367 y ss.

para anular los negocios dudosos. Así, el Tribunal de Casación ha declarado nulo por falta de causa el contrato celebrado entre un genealogista y un heredero, según el cual el primero obtendría una cuarta parte de la sucesión a cambio de proporcionarle noticia de la herencia, ¡cuando había sido encargado por el notario del difunto de encontrar al heredero! El Tribunal hace notar que el genealogista no ha prestado servicio alguno al heredero ni ha corrido ningún riesgo. No tiene, por tanto, derecho a remuneración. Lo dicho constituye una explicación de la idea de que la causa de un contrato aleatorio consiste en la existencia de un álea, y que si ésta desaparece, el contrato debe decaer.

También son consideraciones de equidad las que han conducido a la jurisprudencia a modelar la extensión de la responsabilidad de los contratantes determinando, más o menos ficticiamente, el carácter de las obligaciones que han asumido. Ya se conoce la distinción, que ha llegado a ser clásica, entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. La más importante de estas últimas es la obligación de seguridad en virtud de la cual se reputa que el transportista se compromete a conducir sano y salvo al viajero a su destino (Civ. 21 de noviembre de 1911, D. 13, 1.249). Es suficiente, por tanto, que el viajero pruebe que ha sufrido un daño para que la responsabilidad del transportista quede comprometida automáticamente. Y la jurisprudencia halla estas obligaciones siempre que uno de los contratantes confía su persona a un tercero. Existe, por ejemplo, a cargo del gerente de un picadero (Req. 13 de marzo de 1947, J. C. P. 48, II, 4.032, nota de R. Rodiere). Lo mismo acaba de decidir en el caso de una institución que recibía como pensionistas niños de corta edad (Civ. 1, 7 de julio de 1954, D. S. 55, j. 589, nota de P. Esmein; J. C. P. 55, II, 8.745, nota de R. Savatier). Es evidente que esta interpretación es completamente arbitraria, y que tiene por finalidad facilitar la prueba a la víctima cuando ésta ha confiado por completo a cargo de su contratante el cuidado de proveer a su seguridad; ello es lo que explica que el explotador de un telesquí no asuma una determinada obligación de seguridad frente al esquiador que utiliza su aparato si éste exige una participación activa del esquiador (Com. 7 de febrero de 1949, J. C. P. 49, II, 4.959, nota de R. Rodiere). Pero es necesario tener en cuenta igualmente otro elemento: el carácter gratuito u oneroso del contrato. La obligación de seguridad no debe abrumar a quien efectúa una prestación sin reclamar contraprestación, por ejemplo en el caso de una guardería infantil gratuita. La equidad exige que su responsabilidad no se vea comprometida sino en virtud de una falta probada.

Siempre son los problemas monetarios los que ocupan el primer rango de la actualidad jurisprudencial.

Como se sabe, la jurisprudencia admite ampliamente la validez

de las cláusulas de escala móvil, de acuerdo con las cuales el valor de las prestaciones varía según un índice económico, precio de una mercancía, precio medio de los precios al por mayor o al por menor, salario medio de tal o cual categoría de trabajadores, con exclusión de toda referencia al curso del oro o de una moneda extranjera (para la validez de una renta vitalicia determinable según el curso del trigo, cf. Civ. 1, 27 de diciembre de 1954, J. C. P. 55, II, 8.493, nota J. F. Levy). Sin embargo, recientemente la jurisprudencia ha hecho una reserva por lo que se refiere al contrato de préstamo de dinero. Una cláusula que haga variar la cuantía del reembolso según un índice económico, sea el que fuere, es nula en cuanto contraaría a la legislación sobre el curso forzoso de la moneda, y porque tiene por única finalidad precaverse frente a una depreciación futura de la misma (Civ. 1, 3 de noviembre de 1953, D. 54, j. 1, nota de R. Savatier).

Cuando se trata de reparar el perjuicio dimanante del incumplimiento de una obligación contractual, la jurisprudencia procura en lo posible atenuar las consecuencias de las fluctuaciones del valor de la moneda. Por primera vez ha admitido formalmente (Com. 16 de febrero de 1954, D. 54, j. 534, nota de R. Rodière; comp. Civ. 26 de diciembre de 1950, S. 52, 1.373) que el juez puede tomar en consideración el alza de los precios de una mercancía para fijar la indemnización debida por el responsable de la pérdida de la mercancía mencionada. Descarta la objeción que pudiera derivarse del artículo 1.150 del Código civil, que limita la cuantía de la indemnización contractual a los daños y perjuicios que hubieran podido preverse al tiempo de celebrar el contrato, siempre que el incumplimiento no sea voluntario. A juicio del Tribunal de Casación, este precepto tiene en cuenta solamente la naturaleza y la extensión del daño, y no su apreciación en dinero.

Los tribunales pueden, asimismo, tener en cuenta la depreciación de la moneda después de la decisión de primera instancia para evaluar el importe del perjuicio no reparado en el momento en que sentencia el juez de apelación. Se puede estimar que existe una cierta contradicción entre esta solución y la prohibición que el juez tiene de establecer un índice para determinar la cuantía de la renta a cuyo pago condena al responsable de un delito civil (cf. nuestra crónica anterior). Se origina así una nueva diferencia entre el orden contractual y el orden delictual, pero una diferencia arbitraria, ya que los contratantes pueden prever las variaciones monetarias y, en cierta medida, atenuar las consecuencias. Son éstos, no obstante, los que se hallan más eficazmente ayudados por el juzgador. Parece claro que en este campo los magistrados no se sienten a gusto, y que anhelan que el legislador les proporcione directivas más precisas.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

I Congreso Internacional de Derecho Comparado de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas

Organizado por el Instituto de Derecho Comparado, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, tuvo lugar en Barcelona, los días 10 al 17 de septiembre, el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, que se desarrolló bajo los auspicios de la U. N. E. S. C. O., de la Comisión Nacional de Cooperación con la U. N. E. S. C. O., y de la Asociación Española de Ciencias Jurídicas y de Derecho Comparado.

El Congreso reunió a 186 participantes, que representaban a 39 naciones y que se dividieron para estudiar diversos temas, en las cinco sesiones siguientes :

TEMA I.

Los problemas de la recepción de los Derechos extranjeros en la India.—La Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, emprendió en su reunión de Estambul, de 1955, un estudio general encaminado a examinar los problemas que resultan de la introducción de determinados sistemas de Derecho en países de tradición cultural y social diferentes. El tema estudiado en Estambul fué la recepción de los Códigos suizos en Turquía; para el Congreso de este año se fijó el de «Los problemas de la recepción de los Derechos extranjeros en la India».

Sobre este tema, los congresistas reunidos en Barcelona, bajo la presidencia de M. Patanjali, Sastry ex Presidente de la Corte Suprema de la India, discutieron una serie de puntos contenidos en las ponencias del profesor K. H. Lipsstein, de la Universidad de Cambridge (Gran Bretaña), y del doctor Vivian Bose, Juez honorario de la Corte Suprema de la India. Al término de cuatro sesiones de trabajo, se establecieron las siguientes conclusiones :

1. La principal aportación del dominio inglés en la India fué el establecimiento de un sistema de Tribunales servidos por una Magistratura independiente e imparcial. Sus defectos consistían en que estos Tribunales se hallaban muy alejados de los pueblos y que los jueces de los Tribunales inferiores no conocían debidamente el Derecho inglés y el Derecho hindú o musulmán. Como habían de depositar su confianza en el testimonio de los asesores indios, la administración del Derecho personal indígena llegó a hacerse excesivamente

rígida. Este defecto se remedió tan solo cuando los Tribunales fueron dotados de juristas debidamente capacitados, que interpretaron el citado Derecho personal con arreglo a su propio criterio.

2. La principal aportación del Derecho inglés tuvo lugar en la esfera procesal y comercial. Estos Derechos eran fundamentalmente de carácter inglés, pero fueron adaptados a las circunstancias del país y despojados de todo tecnicismo innecesario. Un defecto importante del Derecho procesal era que proporcionaba garantías excesivas en favor del acusado y de los deudores en general.

3.^a Por lo que se refiere al Derecho hindú, la legislación inglesa fué lenta en adaptarlo a las circunstancias modernas, debido a la repugnancia de las autoridades inglesas en intervenir en materia de Derecho personal. Así, pues, el respeto a las costumbres nacionales y a los sentimientos de la población, es posible que haya retrasado el desarrollo de la India. Además, las leyes promulgadas fueron debidas a presión de la opinión india ilustrada. Con el advenimiento de la independencia de la India, se ha acelerado mucho el ritmo de la legislación reformista.

4. El más importante beneficio de la introducción del Derecho inglés y de sus reglas de procedimiento, ha consistido en el establecimiento del «Rule of Law», que puso de manifiesto ante la sociedad india la idea que la igualdad ante la Ley y la aplicación de una misma ley a los particulares, al Estado y a sus funcionarios indistintamente, constituye el principio fundamental de la moderna sociedad democrática.

5. No es probable que el sistema legal introducido durante el dominio inglés pueda quedar desecharido en un futuro previsible, ya que se adapta bien a las necesidades de la sociedad india.

TEMA II.

Los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. Estudio comparativo.— Fué ponente general sobre este tema, el profesor Alfonso de Cossío, Decano de la Facultad de Derecho de Sevilla, desarrollándose las cinco sesiones de trabajo, bajo la presidencia del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, ex-Decano de la Facultad de Derecho de Santiago de Chile. Los debates sobre cada una de las legislaciones nacionales resultaron de extraordinaria animación, acordándose, al término de las sesiones de trabajo, designar una Comisión que se encargó de redactar un proyecto de conclusiones que, con ligeras enmiendas, fué aprobado en la sesión plenaria que puso fin a este coloquio. Tales conclusiones son las siguientes:

1. En las diversas legislaciones positivas, cualquiera que sea el régimen político, económico y social a que van ligadas es dable observar, en la época contemporánea, un aumento notable de los beneficios patrimoniales concedidos por la Ley al cónyuge superviviente.

Estos beneficios provienen principalmente tanto del Derecho matrimonial como del Derecho sucesorio.

2. Las reglas del Derecho de sucesión prevén ya una atribución en usufructo, ya una atribución en plena propiedad, siendo actualmente esta última solución tanto más fácilmente admitida, cuanto que se ha debilitado o ha des-

aparecido en ciertos países la noción de conservación de los bienes en la familia y el círculo familiar se ha reducido.

3. A fin de que el cónyuge superviviente no sea privado arbitrariamente de los derechos que la ley le concede, ciertas legislaciones le otorgan un crédito contra la sucesión o limitan el derecho del *de cujus* de disponer a título gratuito o simplemente de disponer por causa de muerte.

4. De las indicaciones proporcionadas en el curso de la discusión, resulta que en cierto número de países, la práctica considera insuficientes las soluciones favorables de la ley y que la condición jurídica del cónyuge superviviente se mejora más aun, ya sea por actos entre vivos, como el seguro de vida, o los procedimientos de liquidación amistosa del régimen matrimonial o de la sucesión, ya sea por actos de última voluntad.

TEMA III.

La regla audi alteram partem en Derecho administrativo comparado.—En la reunión del Consejo Ejecutivo de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, celebrada en Múnich, en julio de 1954, se acordó el tema de este coloquio, y se acordó también celebrar una reunión preparatoria, en la que un reducido número de expertos preparara los trabajos a desarrollar durante el Congreso. Las discusiones sostenidas en el curso de esta reunión preparatoria, que se celebró en Oxford, en septiembre de 1955, quedaron resumidas en la ponencia general del profesor F. H. Laweon, sobre la cual se centraron los debates sostenidos en la reunión de Barcelona. En esta reunión, además del profesor Lawson, actuó como componente M. André Heilbronner, Consejero de Estado de Francia, en representación de M. Maxime Letourneur, también Consejero de Estado de Francia, que no pudo asistir al Congreso. Las sesiones de trabajo, presididas por el catedrático de la Universidad de Madrid, doctor Luis Jordana de Pozas, resultaron muy interesantes, pudiéndose obtener una valiosa información sobre el estado de la cuestión en los diversos países. En ningún momento pretendieron los congresistas llegar a unas conclusiones, sino simplemente confrontar los respectivos puntos de vista. Sin embargo, se tomó la siguiente resolución:

El consenso de los participantes en las sesiones, es que los debates sobre la máxima *audi alteram partem* resultaron extremadamente interesantes y provechosas. Los reunidos estiman que la elección del tema fué oportuna y digna de encomio y expresan el deseo de que otros temas semejantes, dentro del Derecho administrativo, figuren en el programa de los futuros Congresos.

TEMA IV

Estudio comparativo de los medios jurídicos, directos o indirectos, de asegurar la estabilidad de la familia.—Las sesiones de trabajo de este coloquio se celebraron en Santiago de Compostela los días 5, 6 y 7 de septiembre de 1956, participando en ellas los profesores Arnholt (Noruega), Barcia Trelles (España), Blagojevic (Yugoslavia), Brusilin (Finlandia), Chamartz (Estados Unidos), Ficker (Alemania), Jordano Barea (España), Lacruz Berdejo (España), Limpens

(Bélgica), Malmstrom (Suecia), Marty (Francia), Nakagawa (Japón), Rheinstein (Estados Unidos) y Schmid (Suecia). En estas sesiones, organizadas con la colaboración de la Universidad de Santiago de Compostela, se puso a discusión la ponencia general del profesor Max Rheinstein.

En Barcelona se celebró una sesión plenaria, presidida por el profesor P. Orlowski, Director del Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias de la U. R. S. S., en la cual, después de resumir las cuestiones debatidas en Santiago de Compostela, se pusieron de manifiesto ciertas tendencias comunes en las modernas legislaciones y quedó patente la necesidad de poseer una información estadística completa sobre divorcios y separaciones de hecho en los diversos países. Finalmente, los participantes en el coloquio recomendaron a la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas las siguientes conclusiones:

1. Organizar un coloquio de juristas y sociólogos, que tendría lugar en 1957, en Chicago o en otro lugar.
2. Definir las tareas de dicho Congreso, que habrá de desarrollar un programa de investigación referente al problema, normas legales y estabilidad de la familia, teniendo en cuenta las deliberaciones de los reunidos en Barcelona.
3. Solicitar del Comité Internacional de Derecho Comparado que nombre una Comisión formada por participantes del coloquio de Santiago de Compostela, uno por cada uno de los países allí representados, con el fin de preparar un coloquio.
4. Solicitar del Comité Internacional de Derecho Comparado que tome en cuenta las ventajas prácticas de establecer una pequeña organización central para coordinar los trabajos de investigación, según el programa que ha desarrollado el coloquio.

TEMA V.

Problemas de la enseñanza del Derecho.—A lo largo de dos sesiones plenarias, en las que bajo la presidencia del profesor C. J. Hamson, Decano de la Facultad de Derecho de Cambridge (Gran Bretaña), actuaron como ponentes generales los profesores Charles Eisenmann, de la Universidad de París, y Konrad Zweigert, de la Universidad de Hamburgo, los congresistas discutieron sobre diversos problemas que plantea la enseñanza del Derecho. Se hicieron una serie de observaciones de tipo general y se expuso el sistema de enseñanza seguido en los distintos países. Finalmente, a consecuencia de un informe presentado por el Director del Instituto de Derecho Comparado, de Barcelona, doctor Felipe de Solá Cañizares, se acordó aprobar las siguientes recomendaciones:

«El I Congreso Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, recomienda:

Que el Derecho comparado y el método comparativo sean, en las Facultades de Derecho de los distintos países, objeto de enseñanza, si es posible obligatoria, y en las diversas fases de la enseñanza.

Que sean creadas cátedras especialmente consagradas a la enseñanza autónoma del Derecho comparado en las Universidades en que todavía no existan.

Que se creen cursos de iniciación al Derecho nacional para los estudiantes extranjeros en los países en que tales cursos no se han organizado.»

Extraordinario relieve tuvo la inauguración oficial del Congreso, celebrada en el histórico marco del Salón de Ciento del Ayuntamiento de Barcelona. El discurso inaugural corrió a cargo del excelentísimo señor don José Castán Tobeñas, Presidente del Tribunal Supremo, que puso de manifiesto lo que es el Derecho comparado y especialmente lo que significa para nuestro país. Destacó el interés actual de los estudios comparativos, que pueden fomentar entre los pueblos un ambiente de cooperación internacional. Se refirió a la tradición jurídica española y a los estudios comparativos que actualmente se desarrollan en nuestro país. La nota más característica de los mismos es también una nota típica de la concepción jurídica española. La que profesan los juristas españoles—dijo el señor Castán—es una teoría universalista, fundada en el reconocimiento de un Derecho natural universal e immutable, que puede constituir base anchurrosa para los estudios de legislación comparada. De este modo, la concepción española del Derecho comparado está intimamente relacionada con los postulados morales en que se apoya nuestra tradición jurídica. El Derecho no es producto exclusivamente nacional, sino que es algo profundamente humano y ello explica la posibilidad de una concepción universal del mismo. En último término, el señor Castán, después de referirse a las disposiciones necesarias para el cultivo del Derecho comparado, dió un saludo de bienvenida a los juristas de todo el mundo que se han congregado en Barcelona.

En el mismo acto de inauguración hizo uso de la palabra el Presidente de la Comisión Nacional de Cooperación con la Unesco, don Luis Jordana de Pozas; el profesor René David, en representación del Presidente de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, M. L. Julliot de la Morandiere, que no pudo desplazarse a Barcelona por enfermedad; el profesor de la Universidad de Michigan, doctor Hessel E. Yntema, y el profesor P. Orlowski, Director del Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias de la U. R. S. S.

Paralelamente al Congreso, se reunió una Comisión de juristas para estudiar la posibilidad de emprender una gran encuesta sobre las influencias reciprocas entre el *common law* y el llamado Derecho continental. La Comisión se pronunció en sentido afirmativo, encargando la dirección de dicha encuesta al Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, con el asesoramiento de una Comisión, formada por los profesores Afchar (Irán), David (Francia), Goldschmidt (Venezuela), Malmstrom (Suecia), Neville Brown (Gran Bretaña), Rotondi (Italia), Solá Cañizares (España) y Wengler (Alemania).

También al margen del Congreso, pero paralelamente a las sesiones de trabajo, se reunió la Comisión de coordinación de los Centros de Derecho Comparado. Esta Comisión tomó el acuerdo, en primer lugar, de felicitar al doctor Solá Cañizares por la publicación del «Catálogo de los Centros de Derecho Comparado en el mundo», que gracias al Instituto de Derecho Comparado de Barcelona es ya una feliz realidad en su edición española. A esta edición seguirán otras en lengua francesa y en lengua inglesa, que habrán de ser puestas al día en el momento de su publicación.

Esta Comisión examinó también el «Boletín de Información» núm. 1, preparado por el doctor Solá Cañizares, por encargo del Comité Internacional

de Derecho Comparado, de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, y publicado por el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, a fin de mantener al dia las informaciones del Catálogo antes aludido. La Comisión consideró por unanimidad como de extraordinario interés la publicación periódica de dicho «Boletín», acordando realizar una serie de mejoras en la disposición interna de los datos en el mismo recogidos.

Finalmente, queda por reseñar el solemne acto de clausura, celebrado en el paraninfo de la Universidad Literaria de Barcelona, en el curso del cual el excelentísimo señor Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi, pronunció un importante discurso, en el que aludió a la función que el Derecho comparado puede realizar en vistas a una auténtica cooperación entre los pueblos. El señor Iturmendi sostuvo la necesidad de realizar una unificación del Derecho en algunas disciplinas, haciendo un rápido examen de los resultados positivos alcanzados en algunas conferencias internacionales y poniendo de relieve como alentador ejemplo la experiencia unificadora del Derecho canónico realizado por la Iglesia católica. Finalmente, el señor Iturmendi, después de poner de manifiesto la presencia de España en estas tareas, concluyó expresando su satisfacción, como Ministro de Justicia del Gobierno español, por el hecho de que haya sido España, y concretamente Barcelona, el punto de reunión de tan importante Congreso científico internacional.

Como información complementaria, queda únicamente por consignar que en días sucesivos se celebraron también en la sede del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Barcelona las sesiones de trabajo de una reunión convocada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, de Roma, para estudiar los métodos conducentes a este fin y mantener un cambio de impresiones entre los diversos organismos que consagran a ello su actividad.

MARIO FALCÓN

*Secretario del Instituto de
Derecho Comparado*

Academia Matritense del Notariado (1)

Premio Eduardo López Palop

La Academia Matritense del Notariado, abre un concurso para conceder con cargo a los fondos del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el Premio Eduardo López Palop, dotándolo con setenta y cinco mil pesetas, al mejor trabajo que se presente digno de tal galardón y un accésits de veinticinco mil, si se estime que se debiere otorgar, sobre el siguiente tema: «Historia de la organización y funciones del Notariado en España, hasta la promulgación de la Ley de 28 de mayo de 1862».

(1) Se nos ha solicitado su publicación por la Academia Matritense del Notariado.

APENDICE DOCUMENTAL.

Los trabajos deberán presentarse acompañados de una colección completa y literal en cuanto sea posible de:

1. Las normas que hayan tenido vigencia o uso, en cada etapa histórica, sobre la organización y funciones del Notariado y la formación profesional del Notario.

2. Las leyes, disposiciones y costumbres generales o locales derogadas por el artículo 48 de la Ley orgánica.

3. Los proyectos de reforma, oficiales o particulares, que precedieron o coexistieron con el aprobado, y la evolución posterior de éste hasta su conversión en Ley.

4. Las normas dictadas para la aplicación de la Ley de 28 de mayo de 1862, especialmente en lo que se refiere a la reversión de los oficios enajenados.

5. Los documentos que se citen en el texto del trabajo, con indicación exacta de los archivos en que se encuentren o de las obras de que se hayan transcritos.

Los trabajos en doble ejemplar deberán ser presentados en las oficinas del Ilustre Colegio Notarial de Madrid (calle Juan de Mena, núm. 9), antes de las catorce horas del día 30 de junio de 1959, redactados en castellano y escritos a máquina.

Podrán optar al premio cuantas personas lo deseen, sin requisito alguno de nacionalidad ni título facultativo o especial.

El plazo para la resolución del concurso, será desde 1.º de julio a 31 de diciembre de 1959.

Los trabajos serán examinados y calificados por la Junta Directiva de la Academia, que podrá asociarse, con voz y voto, otras personas, bien designadas por ella misma en razón de su autoridad personal, bien por otras Corporaciones de quienes lo demande.

El premio será entregado a su autor en sesión pública de la Academia, que se reserva el derecho de edición durante el plazo de diez años.

La Junta Directiva queda facultada para declarar desierto el premio y el accésit o conceder uno solo por el importe total de los dos, o sea cien mil pesetas.

Madrid, 3 de diciembre de 1956.—El Presidente, *Julio Albi Agoro*.—El Secretario, *Juan Vallet de Goytisolo*.

B) EXTRANJERAS

Derecho matrimonial belga

Las normas relativas a la tradicional prohibición impuesta a la mujer para celebrar segundas nupcias dentro de cierto plazo acaban de sufrir en el Derecho civil belga una rectificación mencionable. La Ley de 30 de junio de 1956 modifica el art. 228 del Código en el sentido de que los trescientos días pueden ser reducidos por el Tribunal del domicilio de la interesada cuando así se

inste y en los supuestos siguientes: a) Imposibilidad física del marido para tener acceso a su mujer, por ausencia o cualquier otra causa. b) Imposibilidad moral, fundada en el hecho de que durante la tramitación del divorcio o la separación, pendientes al ocurrir el fallecimiento del marido, la esposa hubiere sido autorizada judicialmente para tener una residencia distinta.

Como consecuencias: 1) Los esposos divorciados pueden celebrar entre sí nuevo matrimonio sin tener que observar aquel plazo de los trescientos días, salvo que, en el interregno, la mujer hubiere contraído otro distinto cuya disolución date de tiempo menor. 2) En caso de divorcio, el Juez puede acordar la reducción y aun supresión de aquella limitación cronológica cuando entienda que concurren cualquiera de los supuestos arriba mencionados.

La citada Ley, al modificar igualmente el art. 298 del C. c., estructura una norma de indudable interés, según la cual si se decretare el divorcio por causa de adulterio, el esposo culpable y su cómplice no podrán contraer matrimonio entre sí hasta pasados tres años de aquel pronunciamiento. Por motivos graves, el Tribunal puede reducir este plazo. El juicio y el fallo son siempre públicos.

A. G. R.

II. NOTAS CRITICAS.

Una nueva fase de un libro genial

(Con motivo de la publicación del tomo I del «*Traité de Droit Civil*»
de Ripert-Boulanger)

Con la reciente publicación del tomo I del *Traité de Droit Civil*, de Ripert y Boulanger (1), comienza una nueva fase en la vida inmortal de una de las obras jurídicas más geniales de todos los tiempos: el *Traité Elémentaire de Droit Civil*, de Marcel Planiol.

Pocas obras han logrado un éxito y una difusión tan merecidos en el mundo del Derecho como los obtenidos por el *Traité Elémentaire* de Planiol, dentro y fuera de las fronteras francesas. Con razón ha dicho Castro que el libro es, quizás, la obra más perfecta de la ciencia moderna francesa. Perfecta, añadimos nosotros, por su claridad; perfecta por su orientación; perfecta por su método, y perfecta por la envidiable manera con que en todo momento sabe unir la profunda agudeza de las soluciones con la exposición simple y asequible de las mismas. Ante obra de semejante envergadura, bien pueden perdonarse las ligerezas en que a veces incurre el autor, fruto siempre de su misma genialidad!

No es ahora la ocasión ni el momento de descubrir los méritos y cualidades de una obra que vió la luz por primera vez hace casi sesenta años. El libro es de sobra conocido por los cultivadores del Derecho Civil, que en todo tiempo han de acudir a él en busca de enseñanzas y orientaciones. Pero, quizás por demasiado conocidas, estén ya olvidadas ciertas circunstancias que, por ello, no estarán de más recordar aquí antes de señalar las distintas fases o períodos que pueden señalarse en el *Traité* de Planiol, desde su aparición primera hasta el momento actual.

El transcurso del tiempo ejerce sobre las publicaciones científicas una imparable influencia que se manifiesta en un doble sentido, según las cualidades de la obra de que se trate: o bien convierte a ésta en anticuada e inservible, si no reúne méritos para sobrevivir, o bien le dota de solera y classicismo cuando dichos méritos concurren; entonces la obra no sólo no se hace antigua, sino que se convierte en clásica e imprescindible. Por muchos retoque, adiciones, modernizaciones e incluso refundiciones, que se lleven a cabo, siempre perdurará un núcleo invariable y una savia orientadora, tal como se nos presentó en las primeras ediciones. Esto precisamente es lo que ha sucedido con el *Traité* de Planiol, que, aparecido en 1899, todavía hoy, en 1956,

(1) RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean: *Traité de Droit Civil* (d'après le *Traité de PLANIOL*). Tome Premier. Paris. Librairie Générale de Droit et Jurisprudencia, 1956, XII, 1067 páginas.

se sigue considerando como base y orientación sobre la que puede escribirse un «nuevo» y «moderno» Tratado de Derecho Civil.

Las cualidades que han hecho sobrevivir la labor de Planiol y convertirla en inmortal son, en síntesis, las siguientes: a) La orientación y sentido que da a su obra, desacreditando de una vez para siempre el ya por entonces caduco y ancestral método exegético, no obstante lo «suavizados» que sus inconvenientes aparecían en la obra más en boga cuando ve la luz «el Planiol»: el *Precis de Baudry-Lacantinerie*. b) La importancia que da a la historia y la habilidad con que en todo momento, mediante fórmulas de envinable concisión, precisión, exactitud y convincente claridad, sabe unir el Derecho histórico con el vigente, encontrando en aquél con frecuencia la razón de éste. c) La aguda y punzante observación de la realidad, para la cual y sobre la cual escribe Planiol su obra. d) La consideración del Derecho Extranjero, en breve, pero acertada comparación con el francés, enseñando que por encima del *Code Civil* existe el *Derecho Civil*. e) El magnífico criterio selectivo que preside sus abundantes citas jurisprudenciales. Nadie como él ha hecho gala, en materia de jurisprudencia, de tan profundo y fundamentado «savoir choisir». f) La claridad que siempre ha presidido su trabajo; ese «saber decir» las cosas como nadie hasta él lo había hecho. En suma: el *Traité de Planiol*, tanto en su forma primitiva como en cualquiera de sus múltiples reediciones modernizadas y refundiciones, ha sido, es y será siempre un gran Manual del Derecho Civil; un Manual de categoría excepcional, en el que se asocian como en ningún otro las dos metas que esta clase de publicaciones deben inexcusadamente reunir: iniciar y enseñar con la digna amplitud requerida por los estudios que merezcan llamarse universitarios.

En la vida del *Traité de Planiol* pueden señalarse cuatro fases perfectamente diferenciadas:

Primera fase. Está constituida por la publicación del *Traité Élémentaire* por Planiol, sin colaboración de nadie. Aparece la primera edición en 1899, dividida en tres tomos (distribución esta que había de mantenerse hasta la cuarta fase). A lo largo de veinte años publica Planiol ininterrumpidamente hasta la octava edición de su *Traité*, aportando siempre mejoras y completándolo en todos los sentidos. Refiriéndose a este continuo mejoramiento de su obra por Planiol, ha dicho Ripert: «... jamás se negaba a modificar su libro cuando se daba cuenta de que no se había aproximado lo suficiente a la verdad. Leía todo lo que se publicaba: libros, artículos de revistas, notas de jurisprudencia, tesis doctorales, publicaciones extranjeras. Completaba su obra en cada nueva edición. Acogía con placer todas las indicaciones que se le hacían».

Segunda fase. Comienza esta nueva etapa cuando Ripert, por encargo de Planiol, toma a su cargo la tarea de seguir reeditando el *Traité Élémentaire*, que, de ser «el Planiol», ha pasado a convertirse con justicia en «el Planiol-Ripert». Se publican así de la novena a la duodécima edición; ésta apareció ya después de la muerte de Planiol, ocurrida en el año 1931.

Tercera fase. Después de haber puesto al día el *Traité Élémentaire* cuatro veces (ediciones novena a duodécima), Ripert decide refundir por completo la obra, haciendo en ella lo mismo que Planiol hubiera hecho si hubiera vivido. Colabora con él en esta tarea un joven jurista, figura destacada en la Ciencia

del Derecho Privado francés Jean Boulanger. Ahora el nombre de Planiol no figura entre los autores, sino que queda adscrito al título de la obra. Ripert y Boulanger aparecen como refundidores del *Traité Elémentaire de Droit Civil de Planiol*. Las ediciones comienzan a contarse de nuevo y en esta tercera fase del *Tratado Elemental de Derecho Civil de Planiol* han visto la luz cinco ediciones (la primera comienza a publicarse en 1941 y la quinta en 1950). Como es natural, los refundidores han llevado a cabo la árdua tarea de modernizar la obra y de recoger en ella todas las innumerables disposiciones que en los últimos años se han dictado en Francia y las nuevas tendencias y orientaciones de la jurisprudencia y la doctrina.

Cuarta fase. Ante la gran cantidad de modificaciones y adiciones parciales que se habían ido acumulando al *Traité*, sus refundidores, en lugar de continuar refundiéndolo en sucesivas ediciones, han estimado más adecuado escribir un nuevo Tratado sobre la base del de Planiol. Así es como nace su obra *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, cuyo primer volumen acaba de aparecer y ha dado lugar a que escribamos esta nota. En esta nueva fase de la vida del inmortal *Traité*, la obra de Ripert-Boulanger ya no es el «Tratado de Planiol», sino un «Tratado de Derecho Civil» escrito sobre la base del de Planiol: un «*Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*».

Dos razones han movido a sus autores a adoptar esta postura: 1) La modificación del plan de estudios en las Facultades de Derecho, operada en 1955. La obra constará ahora de cuatro tomos, con arreglo a la siguiente distribución: Tomo I. Introducción General. Personas. Tomo II. Obligaciones. Derechos Reales Principales. Tomo III. Garantías Personales y Reales. Publicidad Immobiliaria. Principales Contratos. Tomo IV. Regímenes Matrimoniales. Sucesiones. Liberalidades. 2) La segunda razón nos la explican los propios autores en el Prólogo de su obra. «La publicación de un Tratado de Derecho Civil —nos dicen—exige en la hora actual, cualquiera que sea el apoyo que tenga en una obra anterior, una revisión completa de todas las soluciones dadas anteriormente para problemas que continúan a veces siendo los mismos. Las instituciones del Derecho Privado y los principios del Derecho Civil no han cambiado mucho, pero las leyes nuevas están surgiendo todos los días... y, por otra parte, la jurisprudencia interpreta los textos en un sentido nuevo. En estos últimos cincuenta años, aunque el Código Civil se haya mantenido porque no era fácil destruir una obra de tanto valor, un Derecho nuevo se ha ido formando al lado del Derecho tradicional y resulta cada vez más penoso el yuxtaponerle al Derecho antiguo.» He aquí el porqué y la razón del nuevo *Traité*, que, sin ser ya el de Planiol, continúa, sin embargo, intimamente ligado a éste. Así explica Ripert el vínculo que une a ambos Tratados: «Al exponer el Derecho Contemporáneo hemos de señalar el vínculo de filiación que une a este Tratado con aquél, cuyo primer tomo publicó Marcel Planiol en 1899. Ha sido reeditado varias veces y nosotros mismos hemos continuado esta labor durante varios años. Después, en 1941, una refundición completa se hizo necesaria. Pero a poco, de la obra primitiva no ha ido quedando más que el método de exposición, los estudios históricos y el comentario de las reglas conservadas en su forma primitiva. Por tanto, no era ya lícito presentar este Tratado enteramente refundido como siendo el mismo que apareció hace cincuenta años. Ahora bien; hubiera sido injusto no destacar todo lo que este

Tratado debe a aquél. El título evoca a la vez el origen de la obra y su novedad relativa.»

Una vez señalada la historia y vicisitudes del *Traité de Planiol* en sus distintas fases y el lazo que le une con el nuevo Tratado de Ripert-Boulanger (Tratado éste que, a nuestro juicio, aun siendo una obra nueva, es más propiamente la cuarta fase de la de Planiol), digamos ahora unas breves palabras sobre el contenido del tomo I de este «nuevo» Tratado, que, como antes dijimos, es el que ha sido causa de que escribamos estas mal hilvanadas ideas, que queremos sean interpretadas como humilde homenaje a un jurista al que siempre hemos admirado.

Consta el tomo I del nuevo *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol* de 1067 páginas, con un total de 2.902 números, agrupados en párrafos, secciones, capítulos y partes. La estructura formal de la obra es, pues, la misma que ya se había adoptado hacía tiempo en el Tratado que le sirve de base. Como ya dijimos antes de esbozar el Plan General del Tratado, consta el tomo I de dos partes perfectamente diferenciadas: Introducción y Personas.

La Introducción, que constituye realmente la verdadera novedad de la obra, se divide en dos títulos: el I referente al Derecho (en seis capítulos: reglas jurídicas, formación e historia del Derecho civil, poder legislativo y judicial, fuentes del Derecho, aplicación de las leyes, técnica jurídica) y el II relativo a las Instituciones civiles (también en seis capítulos: personas, familia, propiedad, actos jurídicos, derechos y obligaciones, teoría general de las pruebas).

La que pudiéramos llamar Segunda Parte, relativa a las Personas, en sí mismas y en sus relaciones con la familia, conserva, por lo general, la distribución de materias adoptada en las últimas ediciones del Tratado refundido. En seis partes se van estudiando sucesivamente el estado de las personas, el matrimonio, el divorcio y la separación de cuerpos, la filiación, las relaciones de familia y las incapacidades.

No entramos en más detalles porque la extensión de la obra lo impide y la finalidad de esta nota queda cumplida con lo ya indicado. El fácil prever que, dado el enorme prestigio de sus autores y el de la obra de la cual es continuación, el nuevo Tratado de Ripert y Boulanger va a ocupar un lugar preeminente en la moderna doctrina francesa. Aun sin representar, como es lógico, lo que representó el *Traité de Planiol* en la época de su aparición, la obra de Ripert-Boulanger, a juzgar por el tomo I, va a ser también un magnífico Manual de Derecho civil digno sucesor del inmortal de Planiol; y este es realmente el mejor elogio que puede hacerse del libro. Al menos a nosotros así nos lo parece.

CARLOS MELÓN INFANTE

Colaborador científico del C. S. I. C.

III. DICTAMENES.

Procedencia de acción reivindicatoria en caso de compra de finca objeto de arrendamiento complejo, con «pactum de sinere colonum»

JUAN B. JORDANO BAREA 1

SUMARIO: *Antecedentes—Consulta—Dictamen*: Planteamiento.—I. *Naturaleza y régimen jurídico del contrato de 4-XII-1947*: § 1.^o Naturaleza jurídica: 1. Clasificación del juzgador de 1.^a instancia; 2. Precedentes históricos; 3. Posición de la doctrina científica; 4. Posición del Tribunal Supremo; 5. Clasificación adoptada.—§ 2.^o Régimen jurídico: 1. Disciplina jurídica atribuida por el juzgador; 2. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia; 3. Régimen jurídico y preceptos aplicables al contrato en cuestión.—II. *Eficacia del contrato de 4-XII-1947, con relación al adquirente de las fincas*: 1. Hipótesis de una subrogación total: cesión legal y cesión convencional del contrato; 2. Hipótesis de una subrogación parcial: simple cesión del crédito derivado del mismo contrato y dirigido a la restitución de las fincas rústicas; 3. Ineficacia o irrelevancia jurídica del contrato por lo que mira al adquirente de las fincas. Impropiedad de las pretensiones de la demanda no dirigidas a la reivindicación.—III. Eficacia de la escritura de venta de 23-XII-1948, con relación al ocupante de las fincas: 1. Hipótesis de una asunción de deuda privativa o perfecta; 2. Hipótesis de una asunción de deuda acumulativa o de refuerzo (consunción o adhesión a la deuda); 3. Hipótesis de una asunción de cumplimiento; 4. Hipótesis de contrato impropiamente a favor de tercero (*adjectus solutionis causa*); 5. Hipótesis de contrato a favor de tercero propiamente dicho. Razones que apoyan esta interpretación de la cláusula 2.^a de la escritura de 1948.—IV. *Procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada por el comprador de las fincas*: 1. Los requisitos de la acción reivindicatoria en el supuesto de hecho de la consulta; 2. ¿Tiene el demandado un mejor derecho a poseer frente al actor?; 3. Límites temporales de este *iuris possidendi* preferente. Alcance de la notificación notarial de 3 de agosto de 1949; 4. Trascendencia del acto conciliatorio de 18 de diciembre de 1951; 5. Resolución negativa de la cuestión del abono de los frutos *percepiti* y *percipiendi*.—V. *Conclusiones*.

A N T E C E D E N T E S

1. El día 4 de diciembre de 1947, reunidos don P. C. L. y don J. F. P., previa cesión al primero de todos los derechos y obligaciones que sobre el bar X correspondían a su dueño —también compareciente—, don E. R. B., estipularon y contrataron, por medio de documento privado, lo siguiente:

“Primero. El señor G. L., dueño ya por esta cesión del mencionado bar con sus existencias y enseres, se lo cede en arrendamiento a don J. F. P., en compensación a que este señor le ceda también al señor C. L. la explotación en arrendamiento del negocio constituido por su hacienda agrícola, bajo las siguientes condiciones:

Segundo. El tiempo de duración de este arrendamiento de negocios es el de tres años, que con referencia al bar X empiezan a contarse en el día diez del presente mes y año, para terminar en igual día y mes del año que ha de venir de mil novecientos cincuenta; su entrega se hará bajo inventario detallado y valorado, y en igual valor y posiblemente en iguales existencias y siempre en igual valor en pesetas les serán devueltas en existencias y enseres al señor C. L.; y con referencia a las fincas rústicas, el tiempo de duración de este con-

venio empieza a contarse, con referencia a las sementeras—dado el caso de que se hace cargo de las ya sembradas—, en agosto último pasado, para terminar en quince de dicho mes de mil novecientos cincuenta y para la cosecha de este año entrante el señor C. L. dejará sembrado en su época oportuna igual cantidad de simiente y terreno que en la actualidad recibe, para lo cual se formará el correspondiente inventario que formará parte del presente contrato. Con referencia a los olivos empieza a contarse el tiempo de duración de esta contratación en quince de febrero del próximo año de mil novecientos cuarenta y ocho, para terminar en ese mismo día y mes de mil novecientos cincuenta y uno.

Tercero. Interpretan los contratantes que en ambas concesiones de arrendamiento hay una diferencia de utilidad a favor del señor F. P. de pesetas mil doscientas cincuenta, que el señor C. L. se obliga a entregarle el día quince de febrero de los años de duración de este compromiso, y el señor F. P. elimina de todo compromiso y obligación al señor C. L. si el dueño de la casa en donde está instalado el bar se negase, si a ello tuviese derecho, a este traspaso de negocio. Por su parte, el señor F. P. se compromete a abonar en la cuenta corriente de don E. R. B., en cualquiera de los establecimientos bancarios de esta ciudad, los días del uno al diez de todos los meses, emeuzando por el presente, pesetas cuatrocientas cincuenta, que es el importe que ha de abonar el señor R. B. por el alquiler de la casa donde está instalado el referido negocio. Las entregas de mil doscientas cincuenta pesetas a favor del señor F. P., a que antes se hace mención, se entenderán que lo son por anualidades vencidas, comenzando, por consiguiente, la primera el quince de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cuarto. El señor C. L. se compromete a cuidar y labrar la finca que recibe a usos y costumbres de buen labrador de la comarca, dándole por lo menos dos rejas de arada, bina y cava de pies, y desvareto en sus épocas oportunas; a no sembrar raspa más que en la tercera parte de la finca; a no hacerlo de yeros ni escaña. La tala será hecha por el talador que el propietario designe en su época oportuna, que designará el señor C. L., operación que será de cuenta de este señor.

El señor F. P. entregará bajo el correspondiente inventario valorado una yunta de mulos con sus aperos correspondientes de labor y a la terminación de este contrato le serán devueltos en igual forma, abonándose puntualmente las diferencias que hubiese; también se incluirán en dicho inventario las existencias que el señor F. P. entregará al señor C. L. de granos y paja para que a su terminación sean devueltos por el señor C. L.; igualmente se hará con los animales.

Quinto. El señor F. P. se compromete a dejar igual personal que hoy existe en el bar, esto es, dos camareros y una fregadora, ésta a media jornada, con contratos hechos de trabajo duradero por una anualidad.

Sexto. Será de cargo de cada uno de los contratantes todos los impuestos establecidos o por establecer, tanto del Estado, Provincia o Municipio, entidades sociales y demás que por cualquier Corporación o entidad pudieran surgir y que corresponda a cada uno de los negocios de que se hacen cargo.

Séptimo. Si con un año de anticipación no se avisan enalquiera de las partes contratantes a la otra sobre la terminación de esta contratación, de modo fehaciente, se entenderá prorrogado por otro período igual de tres años, y si también con referida antelación no se avisa en la segunda y sucesiva prórroga, se irá prorrogando sucesivamente.

Octavo. Las plantas que se pierdan en la finca de que se hace cargo el señor C. L., serán repuestas por orden y cuenta del señor F. P. y cuidadas por el señor C. L."

II. En escritura pública de 23 de diciembre de 1948, el señor F. P. vendió a don A. M. D. las dos fincas objeto del anterior convenio, por el precio al-

zado de 195.000 pesetas. En la misma escritura, y bajo el número 2.^º, don A. M. D. estipuló:

"Que acepta la anterior venta hecha a su favor; comprometiéndose a respetar en las fincas a don P. C. L. por el tiempo en que este último señor y don J. F. P. tienen establecido en convenio que consta en documento privado otorgado en C. el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete."

III. El 9 de febrero de 1949 el señor C. L. demandó en conciliación al señor F. P. para que se atuyera a los términos del contrato de 4 de diciembre de 1947 y le indemnizara de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la infracción contractual en que había incurrido el señor F. P., al no conservar ya el bar tal como lo había recibido.

IV. En abril del mismo año 1949 el señor M. D. promovió juicio ordinario de cognición contra el señor C. L., reclamándole, al amparo de la cláusula tercera del contrato de 4 de diciembre de 1947, 1.250 pesetas, más la cantidad pagada por contribución territorial rústica de las fincas, juicio que terminó por sentencia desestimatoria de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto, por considerar el juzgador que el citado contrato contenía un arrendamiento de fincas rústicas. Este fallo fué revocado por el Juzgado de Primera Instancia, declarando nulo el juicio por incompetencia del inferior.

V. Con fecha 3 de agosto de 1949 el señor M. D. notificó notarialmente al señor C. L. su propósito de recuperar las fincas y de no prorrogar la ocupación de las mismas, al propio tiempo que le requería para que, según la cláusula sexta del contrato de 4 de diciembre de 1947, le reintegrara la cantidad que hasta entonces había tenido que pagar de contribución territorial rústica por las mencionadas fincas.

VI. El día 18 de diciembre de 1951 se celebró sin avenencia acto conciliatorio, instado por don J. F. P. contra don P. C. L., por el que se intentó dar por resuelto el contrato de 4 de diciembre de 1947, ofreciéndose con tal fin por el indicado señor F. P. al señor C. L. la llave del local donde estaba instalado el bar, así como la reposición de los enseres que faltaran y la reparación de los deterioros que en el mismo existiesen.

VII. Entretanto, en el mismo año 1951 don A. M. D. promovió contra don P. C. L. juicio especial por el cauce de la norma 3.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Arrendamientos rústicos de 28 de junio de 1940, solicitando la conversión del contrato de 4 de diciembre de 1947 en arrendamiento rústico simple, con fijación de la renta en trigo y señalamiento de plazo, y reclamando además lo que por concepto de renta, contribución y demás prestaciones venía obligado y le adeudaba el señor C. L. hasta entonces por razón del aludido contrato. Este juicio terminó por sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia, declarada firme al ser consentida por ambas partes.

VIII. El 14 de octubre de 1953 don A. M. D. promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra don P. C. L. y don J. F. P., solicitando se declarara:

"a) Que cumplida la obligación que se impuso al adquirir las fincas objeto de esta litis, de respetar en la posesión de ellas al demandado don P. C. L., hasta el quince de agosto de mil novecientos cincuenta, en cuanto a las tierras, y

quince de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, en las sementeras y olivos, y advertido de su propósito de recuperarlas con un año de antelación, viene siendo el señor C. L., desde el señalado término, poseedor de mala fe de las mismas; y resuelto cualquier título que pudiera haber tenido el don P. C. L. para legitimar la referida ocupación, sin perjuicio de los derechos que pudieran asistirle contra el señor F. P. b) Que pertenezcan al comprador todos los frutos producidos por aquéllas, e indebidamente percibidos por el señor C. L., desde la indicada fecha, así como las contribuciones y rentas devengadas con anterioridad y no satisfechas, y el señor C. L. debe hacerle entrega de aquéllas y de éstos, por no afectar en nada al demandante cuantos pactos tenían establecidos y hayan podido establecer los demandados, señores C. L. y F. P., en correlación con la explotación del bar del primero. Y como consecuencia de ello se condene a don P. C. L. y a don J. F. P. a estar y pasar por estas declaraciones. Y a don P. C. L.: A) A pagar al demandante la cantidad de dos mil quinientas pesetas que es en deberle como parte del precio de la explotación en que llevó las relacionadas fincas hasta los mencionados plazos. B) Le pague asimismo el importe de todas las contribuciones e impuestos del Estado, Provincia y Municipio y entidades sociales que hayan correspondido a las fincas durante el tiempo contractual en que llevó su explotación. C) Le haga inmediata entrega de las mismas con todos sus frutos pendientes, labores y estado en que se encuentren al tiempo de efectuar la entrega. Ch) Proceda de igual forma con respecto a todos los frutos producidos por dichas fincas desde el quince de agosto de mil novecientos cincuenta y quince de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, y de los que se produzcan hasta su efectividad, y no siendo ello posible, le indemnice de los perjuicios por ello ocasionados, consistentes en el valor que los mismos tengan y hayan tenido en el día en que se debió efectuar, y se efectúe su entrega, estimada su cuantía en la que resulte de la prueba o sobre las bases que fije la sentencia; y D) A ambos demandados, en las costas del juicio."

En este juicio el día 10 de junio de 1955 recayó sentencia de primera instancia. He aquí reproducidos, por su indudable interés para este dictamen, los considerandos y fallo de la misma:

"1. Considerando: Que la simple lectura de las pretensiones dirigidas contra don J. F. P., contenidas en los dos primeros apartados del suplico del escrito de demanda, nos llevan a la conclusión de que las mismas no afectan ni directa ni indirectamente al indicado demandado. Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que la acción sólo debe ser dirigida contra los que tengan interés en impugnarla, procede estimar la excepción perentoria de falta de acción, en su aspecto de "falta de legitimación pasiva", invocada por dicha parte, y sin que nos sea dado confundirlas con la dilatoria de falta de personalidad, como reiteradamente tiene declarado nuestro Tribunal Supremo. En consecuencia, procede absolver de la demanda al indicado señor F. P., y examinar y considerar las pretensiones sostenidas en el escrito inicial de estas actuaciones sólo en lo que respecta al que podemos conceptuar como verdadero demandado, don P. C. L.

2. Considerando: Que en la sentencia dictada por este Juzgado el veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, en los autos tramitados por la norma tercera, disposición transitoria tercera, de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, seguidos por el actor, don A. M. D. y el también hoy demandado, don P. L. C., fué fijada la naturaleza jurídica del contrato que en cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, en documento privado, se concertó por este último y el codemandado, señor F. P., y cuya copia reconocida por los contendientes aparece unida a los autos. En dicha sentencia firme, por consentimiento de los litigantes, descartamos la posibilidad de que el negocio jurídico, en mentado documento contenido, se tratara de un puro arrendamiento de fincas rústicas, así como la posibilidad de que lo que el mismo contuviera fuera un contrato híbrido, comprensivo de un arrendamiento rústico y otro de empresa

industrial, sino que, como se afirmó en el penúltimo considerando de la expresada resolución, fué calificado "como un contrato atípico innominado, aunque semejante al de arrendamiento, perteneciente al grupo *de ut des*, el cual habrá de regirse por las reglas generales de la contratación, las que nos permitirían dilucidar las diferentes cuestiones por el mismo planteadas, principalmente las originadas al adquirirse las fincas rústicas que fueron su objeto por don A. M. D.".

3. Considerando: Que esto sentado y dado los términos en que la cuestión litigiosa, que hoy nos ocupa, ha sido planteada, surge como primer problema a resolver en la presente sentencia, el relativo a determinar los efectos que el aludido contrato ha de producir en relación con el adquirente de las fincas, señor M. D.; más concretamente, si como consecuencia de su adquisición éste se ha subrogado, o no, en los derechos y obligaciones dimanantes del repetido contrato. Basta meditar un poco para dar solución negativa al problema planteado, esto es, que el señor M. D., ni legal, ni contractualmente puede considerársele como subrogado en el contrato de cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete; legalmente al considerar el negocio como contrato no arrendatario de predios rústicos, y, por consiguiente, no sujeto a la legislación especial, sino a las reglas del Código civil, entre las cuales hemos de aplicar la contenida en su artículo 1.257, que estatuye como regla general la ineeficacia del contrato en cuanto a terceros, en cuyo lugar se encuentra el demandante, que no hayan intervenido en su otorgamiento, y sin que dicha regla sufra excepción (entiende la doctrina, Manresa), porque los terceros se hallaren ligados por un contrato distinto con alguno de los contratantes y con referencia a los mismos objetos; este es, igualmente, el sentir de la jurisprudencia, contenido en las sentencias de 15 de octubre de 1897, pero, principalmente, en la de 30 de diciembre de 1931, al proclamar el principio "que infringe el artículo 1.257 del Código civil, la sentencia que declara eficaz un contrato con respecto a aquél que no fué parte en él mismo, aun cuando se halle ligado por otro contrato con alguno de los otorgantes". Contractualmente, porque en la escritura pública de venta mediante la cual adquirió las fincas el señor M. D., del contratante señor F. P., sólo se obligó aquél a mantener en la posesión de las mismas al señor C. L. por el tiempo que estos dos últimos tenían convenido en el tan mentado contrato de 4 de diciembre de 1947, sin que conste que el actor se subrogara voluntariamente en dicho contrato, y, por tanto, ni podrá ejercitarse los derechos ni tampoco reclamárse las obligaciones del mismo derivadas.

4. Considerando: Que al no poder ejercitarse el demandante ninguna acción derivada del contrato de 4 de diciembre de 1947, por no ser parte en él, ni en el mismo haberse subrogado, es obvio que el único camino viable que le queda para obtener la posesión y disfrute de las fincas, transcurrido el plazo por el que le fueron cedidas mediante tal pacto al señor C. L. por su codemandado, y que el señor M. D. se obligó a respetar en su escritura de adquisición, no es otro que el ejercicio de la acción reivindicatoria, que es precisamente la que como principal se hace valer en el pleito, y mediante la cual el propietario no poseedor (señor M. D.) podrá hacer efectivo su derecho contra el poseedor no propietario (señor C. L.); y sin que sea dado hablar de la improcedencia de tal acción por el hecho de que el demandado señor C. L. reconozca el dominio de los predios en el actor, pues la negativa a su entrega, transcurrido el plazo por el cual legítimamente los poseía, equivale a dicho desconocimiento. La naturaleza propia de la acción que nos ocupa, así como su finalidad restitutoria, no puede verse obstaculizada por la circunstancia de que al señor C. L. aún no se le haya devuelto el bar, que en compensación por el disfrute de las fincas cedió al otro demandado señor F. P. No puede en modo alguno condicionarse la devolución de las fincas a la del bar, pues ello sería tanto como reputar ilusorios los derechos dominicales del demandante, pues como dijimos en aquella sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, y volvemos a repetir ahora, el actor no sólo no ha estado en ningún momento en la posesión del bar, sino que ni legal ni materialmente podría ponérsele en el disfrute del mismo, y si ello es así mal podría devolverlo. Sólo el señor C. L., dadas las condiciones

del convenio por el que lo cedió, es el que tiene acción no sólo para reclamarlo de su actual poseedor, sino para pedir los daños y perjuicios que por su deterioro o pérdida se hayan producido, pero al ocasional de los mismos, sea o no insolvente; ya que de la insolvencia del mismo, caso de existir, no se le puede hacer responsable al señor M. D.

5. Considerando: Que sólo resta, para resolver este punto, el examen de si en el caso de autos concurren o no los presupuestos viabilizadores que la doctrina y jurisprudencia señalan para el éxito de la acción que estudiamos: *a) Justo título de dominio;* *b) acreditamiento de la identificación de la cosa reclamada;* *c) preferencia del título del actor en caso de colisión de derechos.* En relación a la existencia de los dos primeros no cabe dificultad alguna, pero sí pudiera surgir en lo que al tercero respecta, por cuanto el señor C. L. entró en el disfrute del negocio agrícola constituido por dos fincas, en virtud de un título, el contrato de 4 de diciembre de 1947, pero tal obstáculo, caso de existir, queda soslayado al transcurrir con exceso el plazo por el que según el convenio le fueron cedidas y notificársele, con un año de antelación al vencimiento, por el adquirente su voluntad de recuperar los predios; por lo que no cabe dudar que, transcurrido el plazo contractual, y hecha meritada notificación, es preferente el título del actor para obtener la posesión de las fincas, ya que el que amparaba el disfrute del señor C. L. ha de considerarse resuelto, extinguido. Por tanto, el demandado viene obligado a restituir tan mentadas fincas al actor, sin perjuicio de las acciones que le competan contra don J. F. P.

6. Considerando: Que si bien los civilistas patrios mencionan el abono de frutos en la definición de la acción reivindicatoria, hemos de reconocer, como declara la jurisprudencia (sentencia de 10 de diciembre de 1918), que mencionado requisito no es esencial a ella, pues depende de las circunstancias que en la posesión del demandado concurren. Al reclamarse mediante este proceso, por el señor M. D., no sólo la restitución de la cosa, sino también los frutos que la misma hubiera podido producir desde el 15 de agosto de 1950, en cuanto a las tierras de sementeras, y 15 de febrero de 1951, en relación a los olivares, surge otro problema para ser resuelto en esta sentencia, cual es el relativo a determinar si la buena fe inicial del señor C. L. en el disfrute de las tierras discutidas, cesó o no, en indicadas fechas. En nuestro derecho material vigente la posesión adquirida de buena fe, dice la Audiencia de nuestro Territorio en su sentencia de 19 de mayo de 1953, pierde este carácter a tenor del artículo 435 del Código civil, desde el momento que existan actos acreditativos de que el poseedor conocía el vicio de su título o no ignora que posee la cosa indebidamente; por todo ello la doctrina jurisprudencial vigente ha tenido que proclamar, teniendo en cuenta la orientación señalada en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1951, en orden a la locación de fincas, que si el propietario o arrendador hizo saber al cultivador del inmueble que en determinada fecha debía cesar en el goce material de aquél, por cumplimiento o extinción del contrato, desde aquella fecha deja de poseer la finca de buena fe (sentencia de 24 de enero de 1952). Tal doctrina la consideramos aplicable al caso de autos, pues si bien el contrato que permitió al señor C. L. ocupar las fincas, no puede ser considerado como un puro arrendamiento, su semejanza con las convenciones de tal naturaleza, y las circunstancias particulares concurrentes en el caso en litigio que a continuación vamos a examinar, permiten apliquemos, aunque sólo sea analógicamente, dicha doctrina. Vencido el contrato amparador de su posesión, el 15 de agosto de 1950 y 15 de febrero de 1951, en lo relativo a los olivos, y requerido y avisado que fué con un año de antelación por el nuevo titular de las fincas de su oposición a que continuara en el disfrute de las fincas, desde aquellos momentos su posesión carecía de los requisitos necesarios para considerarla de buena fe; al menos desde aquella época su derecho era dudoso; y su conducta a seguir no era otra que restituir las fincas, y formular su reclamación al poseedor del bar para que éste a su vez se lo devolviera; lo que en manera alguna puede admitirse, a pesar de la bilateralidad que supone un contrato "do ut des", es que el señor C. L. justifique su posesión de buena fe, en el hecho de que no viene obligado a entregar las fincas hasta que se le devuelva el bar en las condi-

ciones por él entregado, pues tal condición sería imposible de cumplir, por las razones dichas al final de la cuarta consideración, por el señor M. D., llegándose a la lamentable consecuencia de que éste, que ha desembolsado el precio en la compraventa, en ningún momento disfrutaría ni de éste, ni de la cosa mediante el mismo adquirida. Pero es más; de la copia del acto de conciliación, admitida como auténtica por las partes, presentada por la actora al replicar, se desprende que el 18 de diciembre de 1951, y mediante tal acto, instado por don J. F. P., se intentó dar por resuelto el contrato de 4 de diciembre de 1947, ofreciéndose por el indicado señor F. P. al señor C. L. la llave del local donde estaba instalado el bar, así como la reparación de los desperfectos o faltas que en el mismo existieran. Un argumento más para mantener el criterio de la mala fe en la posesión del demandado, y sin que el mismo pueda verse obstaculizado por sus argumentaciones, es que, según el contrato, las tierras de sementera deberían ser entregadas el 15 de agosto de 1950, y el bar el 10 de diciembre del mismo año, esto es, que el señor C. L. venía obligado a entregar parte de las fincas unos meses antes que el poseedor del bar viniera obligado a devolver éste, no obstante lo cual el demandado señor C. L. continuó en posesión de la totalidad de las tierras. Su voluntad de no abandonarlas se ha puesto de manifiesto una vez más en el curso de estas actuaciones, al promover la excepción dilatoria, sin más finalidad que continuar su posesión abusiva, lo que originó su condena en costas en ambas instancias; y aunque esta argumentación sólo puede ser tenida en cuenta a los efectos procesales, sin embargo, por las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, hemos creído conveniente señalarlas.

7. Considerando: Que la declaración de que don P. C. L. ha poseído de mala fe desde el 15 de agosto de 1950 las sementeras y desde el 15 de febrero de 1951 los olivares, trae como consecuencia, y por aplicación del artículo 455 del Código, la devolución, juntamente con las fincas, la de los frutos percibidos o que su propietario hubiera podido percibir, desde indicadas fechas, y al no poder realizar tal devolución habrá que reintegrar el valor de los mismos, en concepto de daños y perjuicios, sin más deducción que la de los gastos necesarios realizados para la conservación de la cosa. Al tratar de determinar éstos surge otro problema, cual es, si entre los mismos debe comprenderse los gastos de cultivo, entretenimiento, sostenimiento, etc., esto es, los relativos a la producción de frutos. Las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1867, 11 de abril de 1874 y 5 de noviembre de 1881, consideraban gastos necesarios los de producción, cultivo y mero entretenimiento. Posteriormente, la sentencia de 21 de diciembre de 1951 y la de la Audiencia Territorial de Sevilla de 19 de mayo de 1953, no considera como necesarios tales gastos. Mentado criterio lo consideramos exagerado para ser aplicado a casos como el que nos ocupa, pues aparte de que parece sostener criterio opuesto la sentencia de 30 de mayo de 1950 de nuestro órgano jurisprudencial en su cuarto considerando, así como la de 23 de junio de 1953 de la Audiencia Territorial, entendemos con un sector de la doctrina (Manresa) que, según el artículo 356 del Código civil, el que percibe los frutos debe satisfacer los gastos de producción, y que el indicado precepto parece estar dictado precisamente para el poseedor de mala fe, pues lo contrario originaría un enriquecimiento torticero.

8. Considerando: Que al no haberse determinado en el pleito la cantidad que por mentado concepto le corresponde percibir al actor, don A. M. D., habrá de determinarse en período de ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: Primera. Determinación mediante dictamen pericial de la producción total de los olivares y el valor medio de los frutos en los años en que fueron recogidos desde el 15 de febrero de 1951 hasta el momento en que se efectúe la entrega.—Segunda. Determinación de idéntica forma de la producción de las sementeras y su valor medio en el año de la recogida, a contar del 15 de agosto de 1950, hasta la entrega de los predios.—Tercera. De la cantidad resultante se deducirá la parte que el perito señale, como gastos de conservación de la cosa, así como los de cultivo y producción de frutos, siendo a la cifra que resulte a la que condenamos a don P. C. L. para que abone al actor don A. M. D. en el concepto que nos ocupa.

9. Considerando: Que entrando en el examen de las dos restantes pretensiones de fondo contenidas en el escrito de demanda, esto es, la concerniente a la reclamación de las dos mil quinientas pesetas que como complemento de renta debía haber pagado el demandado, así como la relativa a la obligación por éste contraída sobre las contribuciones e impuestos de las fincas, es indudable procede su desestimación, por la sencilla razón de tener dichas obligaciones su origen en el contrato de 4 de diciembre de 1947, y si en el mismo no se subrogó, como anteriormente indicamos, el actor mal puede ejercitar derecho alguno del mismo derivado. Tratando dichas pretensiones de forma especial se impone igualmente la desestimación de la primera, por la misma razón que el demandante no puede reclamar la parte de renta que representaba el disfrute del bar; indicada parte al adquirir las fincas en 23 de diciembre de 1948, se obligó a respetar la posesión del señor C. L. por todo el tiempo por el que a éste se la había cedido su vendedor sin reservarse en compensación derecho alguno, por lo que es lógico presumir que, dado el tiempo por el que el señor M. D. se veía privado de lo que adquiría, al concertar el precio de la venta tendría en cuenta la obligación que en la escritura se imponía; aserto que ha tenido aseveración en la confesión prestada por el propio demandante en el pleito anterior, la que aparece por testimonio unida a los autos, así como en el presente al declarar que del precio inicial se rebajaron sesenta y dos mil quinientas pesetas por la no ocupación inmediata de las fincas, extremo también acreditado por la declaración del señor F. P. Podemos aplicar idéntico razonamiento para desestimar la segunda, aparte de que el artículo 1.158 del Código civil, que con respecto al particular invoca el demandante, resulta inaplicable al caso debatido por no concurrir los presupuestos que la viabilidad del mismo exige. La sentencia de 26 de noviembre de 1926 declara que para que se dé el supuesto de pago hecho por un tercero es preciso que quien lo realice obre con intención de moverse en interés de otro, con ánimo de obligarse, y no es aplicable al caso en que el actor no pagó en nombre de otro ni por cuenta de éste.

10. Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguno de los contendientes que impongan un especial pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

F A L L O :

Primero. Que estimando como estimo la excepción perentoria de falta de acción en su aspecto de falta de legitimación pasiva en cuanto al demandado don J. F. P., debo absolver y absuelvo al mismo de las pretensiones contra él dirigidas en la demanda.

Segundo. Que estimando en parte la demanda formulada por don A. M. D. contra don P. C. L., debo declarar y declaro: a) Que, cumplida por don A. M. D. la obligación que se impuso al adquirir las fincas, objeto de esta litis, de respetar en la posesión de ellas al demandado, don P. C. L., hasta el 15 de agosto de 1950 en cuanto a las tierras de sementera y 15 de febrero de 1951 en los olivares, y, advertido de su propósito de recuperarlas con un año de antelación, viene siendo el señor C. L. desde las indicadas fechas poseedor de mala fe de las mismas; b) Resuelto cualquier título que pudiera haber tenido el don P. C. L. para legitimar la referida ocupación, sin perjuicio de los derechos que pudieran asistirle contra el señor F. P.; c) Que pertenecen al comprador señor M. D. todos los frutos producidos por aquellas desde mencionadas fechas, sin más deducciones que las que a continuación se dirán, por no afectar al actor los pactos que tenía establecidos o hayan podido establecer los señores C. L. y

F. P. en relación con el bar del primero, y que debo condenar y condeno a don P. C. L.: a') A estar y pasar por todas y cada una de las expresadas declaraciones. b') Haga entrega al actor de las haciendas cuya descripción aparece en el hecho tercero del escrito de demanda. c') Proceda de igual forma con respecto a todos los frutos producidos por dichas fincas desde 15 de agosto de 1950 con respecto a las tierras de sementera, y 15 de febrero de 1951 en relación con los producidos por los olivares hasta el día en que se entreguen las fincas. Y no siendo ello posible, habrá de indemnizar como daños y perjuicios la cantidad que se determine en período de ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases:

a'') Se determinará, mediante dictamen pericial, la producción total de los olivares y el valor medio de los frutos en los años en que fueron recogidos, desde el 15 de febrero de 1951 hasta el momento en que se efectúe la entrega. b'') Se determinará de igual forma la producción de las sementeras y su valor medio en las épocas en que fueron recogidos los frutos, desde el 15 de agosto de 1950 hasta la entrega de los predios. c'') De la cantidad resultante se deducirá la que el perito o peritos señalen, como gastos normales para la conservación de la cosa, así como los de cultivo y producción de frutos, siendo a la cifra que resulte a la que condenamos a don P. C. L., para que la abone al actor don A. M. D. por el expresado concepto.

Tercero. Que debo desestimar y desestimo el resto de las pretensiones de la demanda, absolviendo de las mismas a don P. C. L.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas."

C O N S U L T A

Se nos pide que hagamos el juicio crítico de la sentencia transcrita, razonemos los posibles motivos de impugnación de la misma y, en definitiva, señalemos las probabilidades de su revocación en segunda instancia o de casación ante el Tribunal Supremo, para la hipótesis de que la Audiencia Territorial confirme el fallo de primera instancia.

Y se solicita de nosotros un estudio detallado y completo de las diversas cuestiones suscitadas.

D I C T A M E N

PLANTEAMIENTO

Seguiremos en nuestro dictamen el mismo hilo de las consideraciones de la sentencia para descubrir, a través de su juicio crítico, cuáles son, a nuestro modo de ver, los posibles motivos de impugnación en la vía de los recursos, interpuestos o por interponer, en su caso.

La conclusión obtenida por el juzgador en su primer considerando es incontrovertible: la falta de legitimación pasiva del demandado don J. F. P. salta a la vista. Por ello dejamos a un lado, desde ahora, el examen de un problema que en realidad no existe.

El primer capítulo de nuestro parecer lo dedicaremos, siguiendo los mismos pasos que el Juez en su segundo considerando, al problema capital de la naturaleza y régimen jurídico del contrato de 4 de diciembre de 1947, decisivo para dilucidar las diferentes cuestiones por el mismo planteadas, y muy especialmente

la originada al adquirirse las fincas rústicas que fueron su objeto por el señor M. D.

En el capítulo segundo estudiaremos el problema de la eficacia del contrato de 4-XII-1947 con relación al adquirente de las fincas, señor M. D. La cuestión se centrará en determinar si dicho señor tiene o no el carácter de tercero extraño a la relación, como hace el juzgador en su tercer considerando, al ocuparse, para rechazarla, de la tesis de una eventual subrogación del comprador en los derechos y obligaciones del repetido contrato.

Este capítulo comprenderá, a su vez, estos apartados: el primero, dedicado a la hipótesis de una cesión del contrato de 1947 por parte del señor F. P., en favor del señor M. D. (subrogación total, defendida por el demandado señor C. L. en primera instancia); en el segundo nos haremos cargo de la hipótesis de una simple cesión—entre idénticos sujetos—del crédito derivado del mismo contrato y dirigido a la restitución de las fincas rústicas (subrogación parcial, defendida por el demandante durante la primera instancia).

Establecida la ineficacia relativa o irrelevancia jurídica del contrato de 4 de diciembre de 1947 por lo que mira al señor M. D. al quedar rechazadas las dos hipótesis aludidas, nos ocuparemos brevemente en el apartado final de este capítulo de improcedencia de las peticiones de la demanda, cifradas una en la reclamación de 1.250 pesetas como complemento de renta, y otra en la reclamación de cantidad por razón de contribución territorial rústica.

Pero también hay que puntualizar los posibles efectos jurídicos de la escritura pública de venta de 23 de diciembre de 1948 respecto del señor C. L., como sujeto ajeno a tal convenio, donde se contiene una estipulación que, indudablemente, de algún modo le afecta. De ello nos ocuparemos en el tercer capítulo, que para mayor claridad en la exposición subdividiremos en cinco apartados: en el primero examinaremos la hipótesis de una asunción de deuda privativa o perfecta; en el segundo, la de una asunción de deuda acumulativa o de refuerzo (coasunción o adhesión a la deuda); en el tercero analizaremos los efectos de una eventual asunción de cumplimiento, pactada—como las anteriores—entre los señores F. P. y M. D.; en el cuarto ponderaremos las consecuencias de estimar al señor C. L. como mero *adjectus solutionis causa* (hipótesis de contrato impropio a favor de tercero), y, por último, en el quinto apartado razonaremos ampliamente cómo nuestro caso encuadra en el supuesto del propiamente dicho contrato a favor de tercero, de donde deriva inmediatamente para el señor C. L. un derecho autónomo a permanecer en las fincas objeto de litis, en los mismos términos y condiciones estipulados en el contrato de 1947.

El cuarto capítulo del dictamen lo consagraremos al estudio de la procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada, si bien ciñéndonos al problema de la preferencia del título del actor frente al que ostenta el demandado señor C. L., valorando con tal fin el alcance de la notificación hecha por el señor M. D. al citado señor C. L. en 3 de agosto de 1949, así como la trascendencia del acto de conciliación habido en 18 de diciembre de 1951, a instancia del señor F. P.

La cuestión del abono de los frutos *percepti* y *percipiendi*, como mera secuela de lo anterior, quedará resuelta en el mismo capítulo de este dictamen.

Por último, en el capítulo quinto, resumiremos las conclusiones obtenidas a lo largo de nuestro estudio.

I

NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO
DE 4-XII-1947§ 1.^o

1. El juzgador de primera instancia, recogiendo palabras de su anterior sentencia, referida en los antecedentes (apartado VII), califica acertadamente tal convenio en el segundo considerando de su fallo como "contrato atípico innominado, aunque semejante al de arrendamiento, perteneciente al grupo *do ut des*".

Y en la aludida sentencia anterior puede leerse que "se trata de un contrato complejo, sin que pueda hablarse de unión meramente externa de dos contratos en un solo documento, conservando cada uno su individualidad y régimen, dada la íntima conexión existente entre las dos secciones que el documento contiene: de finca rústica, una; de explotación de un negocio industrial, la otra; constituyendo una y otra las respectivas contraprestaciones de los negocios cedidos, conexión que se pone de manifiesto en la serie de obligaciones recíprocas que los contratantes estipularon". Y en otro lugar se dice: "estamos ante un contrato caracterizado porque el total de su contenido encierra dos tipos o figuras típicas distintas", añadiéndose que "es preciso mantener la integridad del contrato para evitar que se rompa su unidad por disgregación de los elementos del único vínculo jurídico creado". Y todavía se puntualiza que "las partes en el contrato lo que quisieron crear fué un contrato único, que ni es puro arrendamiento, ni contrato híbrido comprensivo de una locación rústica y otra de industria íntimamente ligada", sino "contrato atípico innominado", como ya quedó dicho en el pasaje transcrita al principio de este capítulo.

2. Ya en Derecho romano los arrendamientos sin precio cierto y en metálico, como aquellos en que se da un goce por otro, no eran propiamente arrendamientos *sed proprium genus esse contractus* (1). UPLIANO consideraba el caso de la concesión del uso o goce de una cosa a cambio de otro uso o goce equivalente, como un contrato innominado (2).

En la misma línea, las Partidas exigieron también que el precio fuese cierto y en metálico: "*Ca si otra cosa rescibiesse, que no fuessen dineros contados, non seria loguero, mas sería contrato innominato*" (Ley 1, tít. VIII, part. 5^a).

3. POTHIER (3) considera asimismo el supuesto a que nos venimos refiriendo:

(1) Cfr. JUSTINIANO, Inst., 3, 24, 2; y GAYO, Inst., 3, 144.

(2) Dig., 19, 5, 17, 3.

(3) *Tratado de la locación conducción*, trad. esp., Barcelona, 1941, págs. 209 y ss., esp., pág. 211.

do como contrato innombrado y como una doble locación-conducción impropiamente tal.

Entre nosotros, PORCIOLES (4) afirma que "si el contrato unitario está integrado por dos distintas relaciones locativas, cada una de las cuales constituye el precio de la otra, el contrato deberá considerarse como arrendamiento complejo, pues no se trata de dos arrendamientos distintos, ni en realidad de dos contratos, sino de uno solo que puede calificarse de una verdadera *permuta de formas locativas*".

4. Por su parte, el Tribunal Supremo, rectificando la doctrina de su anterior sentencia de 12 octubre 1905, en la de 22 diciembre 1936 (antigua Sala Quinta), afirma que, dada la terminante prescripción contenida en el artículo 1.543 del Código civil, al exigir que el precio sea cierto, sólo podrá consistir (el precio) en cosa que no sea dinero, cuando a dicha cosa se le atribuya la función y la condición del dinero y haya medios de deslindar la posición de cada una de las partes como arrendador y como arrendatario, "lo que difícilmente puede lograrse si lo que se da en cambio del goce de una cosa son prestaciones de servicios o de obra" (o —podemos añadir— si lo que se cambia es un goce por otro, pues entonces no hay modo de determinar quiénes son arrendador y arrendatario porque ambas partes lo son al mismo tiempo con carácter recíproco).

Y en sentencia de 22 junio 1904, aunque califica de "arrendamiento mutuo" el contrato por el que una de las partes cede el uso de una casa a cambio de disfrutar una finca rústica, el Tribunal Supremo parece inclinarse, si bien con cierta imprecisión, por el concepto de permuto de formas locativas, al decir: "nada más cierto, verdadero y seguro que el producto, utilidad o beneficio que los contratantes se propusieron obtener en el respectivo aprovechamiento de sus fincas".

5. A nuestro modo de ver, y haciendo aplicación al caso de la consulta de lo que ya dejamos escrito desde el punto de vista doctrinal (5), no cabe ninguna duda de que el convenio de 4 diciembre 1947 hay que calificarlo de *contrato atípico mixto*, unitario como tal, de contenido complejo, compuesto de elementos diversos, todos ellos típicos (arrendamiento de negocio o de empresa y arrendamiento rústico), pero que, en su conjunto orgánico y entrelazado, adquieren una clara atipicidad.

No se trata, pues, de un "contrato aparentemente innombrado", en la terminología de MESSINEO, o "pseudo-contrato atípico", en la nuestra, es decir, no se trata de una pluralidad de contratos típicos que se presentan bajo la falsa apariencia de un todo atípico resultante de partes típicas, mera suma de dos contratos formal o hasta materialmente conexos, en la que sólo existe acumulación o yuxtaposición y no fusión o mezcla, sino —como ya hemos dicho— de un contrato extralegal *unitario*, de contenido complejo. Dentro de la clasificación de los contratos mixtos *lato sensu* hecha por ENNECERUS (6) podría situarse en el grupo de los "contratos de doble tipo", o sea, aquellos cuyo contenido total encaja en dos tipos distintos de contrato.

(4) *Arrendamientos complejos*, en "Nueva Encyclopédia Jurídica Seix", t. II, Barcelona, 1950, pág. 926.

(5) Vid. JORDAN, *Los contratos atípicos*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1953, págs. 51 y ss.

(6) *Derecho de obligaciones*, vol. II, Barcelona, 1950, pág. 10.

Y no estamos ante una mera unión o pluralidad de contratos típicos autónomos —ora sea ésta puramente formal o externa (7), ora implique conexión o ligamen de contratos (“contratos coligados” en la terminología de GIORGIANNI) que se encuentran en relación de mutua dependencia (“contratos recíprocos”, según MEREU), unidos entre sí por un simple nexo económico o incluso jurídico por constituir cada uno la base negocial del otro— porque en nuestro caso no hay pluralidad de causas ni consiguiente pluralidad de contratos típicos, dándose por el contrario, una causa mixta o compleja, formada por la fusión de dos formas contractuales, que es el criterio decisivo para determinar cuándo hay unidad de contrato atípico, según hemos defendido ampliamente en otro lugar (8).

La figura resultante no es, pues, la de dos arrendamientos cuyas utilidades se cambian (9); es antes la de *un* arrendamiento complejo, irregular o atípico, cuya causa única estriba justamente en el cambio o trueque de un goce por otro.

Esto no queda desvirtuado por la presencia en el contrato de una prestación subordinada y complementaria de 1.250 pesetas anuales, en cuyo valor se estimó superior el disfrute del cortijo sobre el disfrute del bar. En efecto, es evidente que dicha prestación tiene carácter accesorio y subordinado, atendiendo a su valor económico y, sobre todo, al elemento intencional (10).

De esta suerte, el contrato será permuto de formas locativas, arrendamiento complejo, irregular o atípico, cuando el goce permutado *constituye la finalidad principal del mismo* —como ocurre en nuestro caso—, y arrendamiento simple, regular o típico, cuando dicho goce se presta *pro soluto*, es decir, como modo de pago y, por tanto, sin constituir motivo determinante (causa) del contrato.

§ 2.^o

1. Por lo que concierne a la disciplina jurídica del contrato de 4 de diciembre 1947, el juzgador afirma en el segundo considerando de su fallo que “habrá de regirse por las reglas generales de la contratación, las que nos permitirían dilucidar las diferentes cuestiones por el mismo planteadas, principalmente las originadas al adquirirse las fincas rústicas que fueron su objeto por don A. M. D.”.

2. Nuestra doctrina está de acuerdo en excluir de la legislación especial arrendaticia rústica o urbana a los llamados arrendamientos complejos.

Así, según PORCIOLES (11), atendida su finalidad, características y estructura, la Ley de Arrendamientos Urbanos no puede ser aplicable al arrendamiento complejo (recuérdese que la permuto de formas locativas lo es indudablemente), en el que no hay *renta consistente en dinero o signo que le represente*, como prestación exclusiva o más fundamental y básica del arrendatario.

(7) Vid. la sentencia del T. S. de 27 enero 1955.

(8) Op. et loc. cit., págs. 72 y ss.; vid. también nuestro comentario a la sentencia del T. S. de 27 febrero 1951, *Contratos mixtos y unión de contratos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, págs. 321 y ss.

(9) Cfr. FERRÍN, *El contrato de arrendamiento de cosas*, trad. esp., Madrid, 1930, página 317.

(10) Arg. art. 1.446 del C. c., el cual, si bien se inspira en un criterio cuantitativo, para calificar de venta o permuto los contratos de venta con entrega de precio no totalmente en metálico, está supeditado por el propio Código a la voluntad de las partes, según sus artículos 1.255, 1.258 y 1.281.

(11) Op. et loc. cits., págs. 930 y ss.

Y el Tribunal Supremo ha dicho en repetidas ocasiones que "no pueden ser reguladas por la Ley de Arrendamientos Urbanos las relaciones arrendatarias que, por la variedad y naturaleza de sus pactos, rebasan los bordes del normal y estricto contrato de arrendamiento" (12).

Asimismo, de la letra y del espíritu de la legislación especial sobre arrendamientos rústicos se infiere que sus preceptos han sido dictados para los arrendamientos simples. El único supuesto de conversión de arrendamientos complejos en simples lo establece la Ley de 18 de diciembre de 1946, y sólo para determinados arrendamientos rústicos (13).

La conversión del arrendamiento complejo en arrendamiento simple, ya sea rústico o urbano, con la correspondiente prórroga obligatoria, sería totalmente injusta y contraria a su fin en aquellos arrendamientos complejos —como es el de nuestro caso— en que el canon en metálico sólo representa, de acuerdo con su naturaleza, una parte insignificante de las obligaciones asumidas por el que disfruta la finca. Su conversión y prórroga forzosa daría lugar a un enriquecimiento sin causa y alteraría la equivalencia de las prestaciones, esencial en toda la legislación especial de arrendamientos (14).

3. ¿Pero cuál será, en concreto, el régimen jurídico del contrato que nos ocupa?

Haciendo aplicación al supuesto de hecho real de la consulta de cuanto escribí en tesis general (15), las normas que a mi juicio disciplinan el contrato atípico en cuestión son éstas:

1.º Las normas generales de carácter imperativo contenidas en el título II del libro IV del Código civil.

2.º La autorregulación de intereses libremente escogida por las partes en su pacto (art. 1.255 del C. c.).

3.º En todo aquello no pactado por las partes: como quiera que nuestro contrato, aunque previsto genéricamente por la doctrina cual posible supuesto de hecho concreto y practicado algunas veces en la realidad, constituye en sí una *res nova* sin tipicidad social o con tipicidad social muy deficiente, debe seguirse, en primer lugar, el criterio de la analogía *legis* o directa —especificado en el sentido de la combinación orgánica, por tratarse de un contrato atípico mixto—, es decir, procurando reconstruir su disciplina acudiendo a las de aquellas figuras contractuales típicas más semejantes (arrendamientos comunes de tierras rústicas y urbanas); y, en segundo lugar, el criterio de la analogía *iuris*, extrayendo la nomenclatura del grupo o familia de contratos típicos más afín al contrato que nos ocupa (contratos traslativos de uso o disfrute), siempre que dicha disciplina sea apropiada a su naturaleza y no le repugne. En último término, habrá que acudir a los principios generales de las obligaciones y contratos, y, en su defecto, a los principios generales del Derecho. Todo ello teniendo en cuenta el poder creador de la jurisprudencia, atendiendo a las circunstancias del caso y, muy especialmente, al fin económico del contrato y a los legítimos intereses de las partes.

(12) Vid., *ad exemplum.*, la sentencia de 3 de julio de 1941.

(13) Cfr. PORCIOLES, op. et loc. cits., págs. 929 y 930.

(14) Vid. FUENMAYOR, *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1950, págs. 1.189 y ss.

(15) Vid. nuestro estudio cit., págs. 83 y ss.

De lo hasta ahora dicho se desprende que al contrato en cuestión, y por lo que más especialmente interesa a nuestro dictamen, son de aplicar:

a) El artículo 1.257, párrafo 1.^o, del C. c., norma imperativa incluida en la disciplina general de los contratos. Así lo entiende el Juez en el tercer considerando de su sentencia, basándose en la naturaleza jurídica atribuída al convenio de 4 de diciembre de 1947.

b) Los artículos 1.255 y 1.258 del C. c., en relación con el 1.091 del mismo cuerpo legal, concretamente para lo que se refiere a la duración del contrato, a tenor de lo pactado en sus cláusulas segunda y séptima.

c) El artículo 1.571, en relación con el 1.549, ambos del C. c., y 2, número 5.^o, y 32 de la Ley Hipotecaria, dada la similitud que guarda el contrato de autos con los arrendamientos comunes de fincas rústicas y urbanas. Analogía y semejanza, admitidas por el Juez *a quo* en los considerandos 2.^o, 3.^o y 6.^o de su sentencia, que imponen la aplicación de una norma que—según veremos oportunamente—nos permitirá resolver la cuestión originada al adquirirse las fincas rústicas objeto del contrato por parte del demandante.

d) Los artículos 1.561, 1.563 y 1.568, en relación con los artículos 1.182, 1.183 y 1.101, todos ellos del C. c., por la razón antes apuntada. Preceptos que nos permitirán determinar la suerte de las relaciones *inter partes* derivadas del contrato de 1947 con ocasión de la pérdida del bar.

II

EFICACIA DEL CONTRATO DE 4-XII-1947 CON RELACION AL ADQUIRENTE DE LAS FINCAS

1. Presupuesta la aplicación de la norma del párrafo 1.^o del artículo 1.257 del C. c., que—como se sabe—consagra el principio de la relatividad del contrato (*res inter alios acta alii nec nocere nec prodesse potest*), es decir, de su sola eficacia *inter partes* e ineficacia o irrelevancia jurídica respecto de tercero, la presente cuestión se centra, según ya dijimos, en determinar si el adquirente de las fincas rústicas, señor M. D., tiene o no el carácter de tercero extraño a la relación: en el primer caso, el contrato de 4-XII-1947 será relativamente ineficaz o irrelevante jurídicamente por lo que mira a dicho señor; en el segundo, por el contrario, tendrá eficacia respecto del mismo al considerársele subrogado, como consecuencia de su adquisición, en los derechos y obligaciones dimanantes del repetido contrato.

Antes de seguir adelante conviene dejar sentado que en nuestro supuesto no cabe la subrogación *ope legis* (“cesión legal del contrato”, en la terminología de MESSINEO), que la legislación especial de arrendamientos establece para la hipótesis de enajenación de la finca arrendada, considerando al adquirente de la misma como subrogado en los derechos y obligaciones derivados del arrendamiento (16), toda vez que los arrendamientos complejos, mixtos o irregulares están sustraídos —según vimos— al régimen especial de arrendamientos, reglándose por la legislación común (17). Y en ésta sólo cuando se trata de un arren-

(16) Cfr. arts. 70 de la L. A. U., 27 de la L. A. R. de 15 de marzo de 1935 y 9.^o de la L. A. R. de 23 de julio de 1942.

(17) Vid. sentencia del T. S. de 16 octubre 1954 y *supra*, cap. I, § 2.^o, n. 3.

damiento inscrito en el Registro de la Propiedad se puede operar un subrogación *ex lege*, conforme a los artículos 1.549, 1.571, párrafo 2.^o, ap. 2, del C. c. y 2.^o, número 5, y 32 de la L. H., ya que —como muy bien advierte el Prof. Cossío— el efecto de la inscripción no es otro que el de una subrogación del adquirente de la finca arrendada en los derechos y obligaciones del arrendador originario, es decir, una mera sucesión en una relación de carácter obligatorio y no real (18).

Eliminada toda posibilidad de una cesión legal del contrato de 1947, que situaría al señor M. D. en la posición de parte contractual, nos corresponde ahora examinar si pudo operarse una cesión convencional del contrato por parte del señor F. P. en favor del señor M. D., con idéntico resultado.

A este propósito, es oportuno recordar aquí que en la llamada cesión del contrato no hay una verdadera circulación del mismo —que, como acuerdo, en sí, es una realidad (negocio jurídico) que se sitúa en cierto momento histórico y no puede circular—, sino de los efectos contractuales, susceptibles de pasar de un patrimonio a otro, es decir, de los créditos y deudas nacidos del contrato. La cesión de éste no es, pues, más que una cesión de los créditos y débitos contractuales, íntimamente unidos por el sinalagma funcional o juego de la llamada causa de la obligación durante la vida del contrato (cfr. art. 1.274 del C. c.), de tal modo que su cumplimiento coincide *quoad effectum* con el cumplimiento de las obligaciones del correspondiente contrato base. En una palabra, la cesión del contrato equivale a la transmisión del *status* o posición jurídica de parte contractual, a la cesión conjunta de los derechos y obligaciones dimanantes de un contrato, inescindiblemente coligados entre sí por el sinalagma causal puesto en marcha. Dicha cesión se realiza por el solo acuerdo (negocio de cesión) del cedente y del cesionario, aunque requiere el asentimiento —anterior, coetáneo o posterior— del cedido, con el fin de que se subsane el defecto de legitimación del cedente, el cual puede disponer libremente de los créditos, pero no de las deudas (19). Finalmente, la cesión del contrato no es un negocio con causa variable y correspondiente a la del contrato base (suministro, transporte, arrendamiento, etc.), sino que —al igual que el contrato de cesión (arts. 1.526 y siguientes del C. c.)— es un negocio no abstracto con causa fungible de venta, donación o “*negotium mixtum cum donatione*”, según que la transferencia de los créditos y débitos sea por título oneroso, por título lucrativo o por ambos a la vez (20).

Pues bien, sentado lo anterior, hemos de concluir con el juzgador de primera instancia que en nuestra caso no puede darse la subrogación *ex voluntate* total defendida por el demandado señor C. L., porque no sólo falta acuerdo en tal sentido entre los señores F. P. y M. D. como cedente y cesionario, sino que también —y esto interesa subrayarlo— falta el asentimiento del cedido, señor C. L.

En efecto, de la escritura de venta de 23 de diciembre de 1948 resulta únicamente que el señor M. D. se obligó frente al señor F. P. “a respetar en las fincas a don P. G. L. por el tiempo que este último señor y don J. F. P. tienen establecido en convenio que consta en documento privado otorgado en C. el 4 de

(18) Cfr. *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1949, pág. 425.

(19) Cfr. nuestro estudio *Asunción de deuda*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1950, págs. 1372 y ss., esp. 1381 y ss.

(20) Sobre esta materia, vid., en nuestra doctrina, VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955.

diciembre de 1947", sin que conste —como afirma el Juez— que el actor señor M. D. se subrogara voluntariamente en dicho contrato.

Cierto que, según se desprende de los antecedentes (21), el señor M. D. llevó a cabo numerosos actos denotadores de su voluntad de asumir la posición o el *status* de parte contractual en el convenio de 4-XII-1947, pero siempre con la oposición del señor C. L., quien después de la escritura de 23 diciembre 1948 siguió considerando al señor F. P. como parte en el contrato de 1947 (22). E igualmente, el señor F. P., tras de vender sus fincas al señor M. D., continuó tratando al señor C. L. como parte contratante (23).

Pero no queremos acabar este apartado del presente capítulo sin advertir que, aun dando por probada la subrogación voluntaria total del señor M. D. en la posición jurídica que el señor F. P. tenía en el contrato de 1947, de poco o nada aprovecharía aquélla al señor C. L., puesto que así sucumbiría frente a la acción reivindicatoria por el primero esgrimida, al extinguirse entonces el título amparador de su posesión en virtud de la notificación notarial de 3 de agosto de 1949 (24) y de lo estatuido en la cláusula séptima del contrato de 1947 (25), no viéndose tal acción obstaculizada por la circunstancia de que aún no se haya devuelto ni, por su pérdida, se pueda devolver al señor C. L. el bar que en compensación del disfrute de las fincas cedió al señor F. P.

Finalizado el contrato por el requerimiento impeditivo de su prórroga convencional, no cabría en modo alguno supeditar la devolución de las fincas a la del bar. Ello equivaldría a desconocer el juego combinado de los artículos 348, 1.561, 1.563, 1.568, 1.182, 1.183 y 1.101 del C. c. Dicho con otras palabras: una vez extinguida la relación contractual, a) no cabría oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, admitida por la jurisprudencia con base en el artículo 1.124 del C. c., siempre que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas, todavía no consumado; b) el señor C. L. estaría obligado a devolver las fincas y el señor M. D., como subrogado —por hipótesis— en el lugar del señor F. P., a devolver el bar (art. 1.561); c) habiéndose producido la pérdida de éste por culpa del señor F. P. (art. 1.183), el señor C. L. podría reclamar al cesionario del contrato, señor M. D. —como subingresado en la misma posición jurídica del señor F. P.— la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículos 1.182 a *sensu contrario*, 1.563, 1.568 y 1.101).

2. La hipótesis de una subrogación parcial o simple cesión entre los señores F. P. y M. D. del crédito derivado del contrato de 1947 y dirigido a la restitución de las fincas rústicas con la limitación resultante de la estipulación segunda de la escritura de 1948, defendida por el demandante en primera instancia, aunque posible en sí porque no requiere el consentimiento del deudor, y sí sólo que le sea notificada a los efectos del artículo 1.527 del C. c. (26), no pudo operarse en nuestro caso, ya que falta acuerdo en tal sentido entre cedente y cesionario,

(21) Vid. ap. IV, V, VII y VIII, peticiones de la demanda bajo las letras b, A y B.

(22) Cfr. antecedentes, ap. III.

(23) Cfr. antecedentes, ap. VI.

(24) Vid. *supra*, antecedentes, ap. V.

(25) Cfr., *supra*, antecedentes, ap. I.

(26) Vid. art. 1.112 del C. c. y sentencias del T. S. de 27 febrero 1891 y 11 abril 1944.

pues de lo único que hay constancia —a tenor de la estipulación segunda de la escritura de 1948— es de que el señor M. D. se obligó frente al señor F. P. a mantener o respetar al señor C. L. en el goce pacífico de las fincas rústicas durante el tiempo fijado en el contrato de 1947.

Por tanto, el señor M. D. no tiene ni puede ejercitarse derecho alguno derivado del último contrato; su derecho a obtener la recuperación de las fincas sólo puede fundamentarse, como justamente señala el juzgador de primera instancia, en la propiedad de aquéllas (cfr. art. 348, párrafo 2.º, del C. c.).

3. Rechazadas las dos hipótesis aludidas, es manifiesto que el adquirente de las fincas señor M. D. tiene el carácter de tercero totalmente ajeno a la relación jurídica creada en 4 diciembre 1947. De ahí que ésta sea relativamente ineficaz o irrelevante jurídicamente por lo que mira a dicho señor (27). Y, al no poder ejercitarse el demandante ninguna acción derivada de tal contrato, por no ser parte en él ni en el mismo haberse subrogado, tiene razón el juzgador cuando desestima las restantes pretensiones de la demanda no dirigidas a la reivindicación de las fincas, sin que baste el artículo 1.158 del C. c. para justificar la procedencia de la que se cifra en la reclamación de cantidad por razón del pago de contribuciones, pues la *actio in rem verso* no puede ser esgrimida por quien, como propietario en virtud de compraventa, es deudor *directo* frente al Fisco, contra quien tan sólo asumió el cumplimiento de tal deuda de cara al causante “*inter vivos*” del primero.

III

EFICACIA DE LA ESCRITURA DE VENTA DE 23-XII-1948 CON RELACION AL OCUPANTE DE LAS FINCAS

Según anunciamos oportunamente, una vez fijada la irrelevancia jurídica del contrato de 4-XII-1947 por lo que se refiere al señor M. D., tenemos también que puntualizar los posibles efectos jurídicos de la escritura de venta de 23-XII-1948 respecto del señor C. L., como sujeto ajeno a tal convenio, donde se contiene una estipulación que, indudablemente, de algún modo le afecta.

Y aquí reside —a nuestro modo de ver— el principal *lapsus* de la sentencia que venimos analizando. Preocupado el juzgador de primera instancia por el problema de la eficacia del contrato de 1947 con relación al adquirente de las fincas, se olvidó totalmente del no menos interesante que se cifra en determinar el alcance y significado de la estipulación segunda de la escritura de 1948. La cuestión no se resuelve pasando por encima de ella. Hay que afrontarla en todas sus posibles dimensiones. Sólo así estaremos en condiciones de enjuiciar la procedencia de la acción reivindicatoria entablada.

¿Qué es, pues, lo que pactaron los señores F. P. y M. D. en la cláusula *interpretanda*?

1. ¿Se tratará de una asunción de deuda privativa o perfecta?

Como es sabido, la asunción de deuda propiamente dicha, que implica una verdadera sucesión en el débito a título particular, puede concluirse mediante contrato del asumiente con el acreedor (*expromissio*) o con el deudor (*delegatio*).

(27) Cfr. considerando 3.º de la sentencia.

Esta —como muy correctamente dice el T. S. en su sentencia de 10 febrero 1950— es “el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo”.

Cabría pensar que en nuestro caso, en virtud de lo pactado en la estipulación segunda de la escritura de 1948, se operó por vía de *delegatio* una transmisión pasiva de la obligación del señor F. P. consistente en mantener al señor C. L. en el goce pacífico de las fincas rústicas por todo el tiempo del contrato de 1947 (cfr. art. 1.554, núm. 3.º, del C. c.), asumiendo tal obligación el señor M. D. y quedando liberado de la misma el señor F. P.

De semejante negocio de toma de deuda brotaría para el acreedor (señor C. L.) el derecho a exigir del nuevo deudor (señor M. D.) la obligación asumida.

Pero la sentencia poco ha citada —como ya hicieran las de 16 junio 1908 y 22 febrero 1946, que estiman aplicable a la novación meramente modificativa *mutato debitore* lo dispuesto en el artículo 1.205 del C. c.— exige el asentimiento del acreedor (en nuestro caso, del señor C. L.) para que respecto del mismo la transferencia de la deuda sea eficaz, es decir, para que libere al deudor primitivo (señor F. P.) y vincule al nuevo (señor M. D.) en la obligación preexistente.

Así pues, cuando la asunción de deuda se concluye mediante contrato entre el que asume la deuda y el deudor primitivo (*delegatio*), su plena eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede darla en cualquier momento e incluso de modo tácito, tratando como deudor efectivo al asumente (cfr. art. 118 L. H. y sentencias citadas).

Es que al concluirse un negocio de transmisión de deuda entre el deudor cedente y el cesionario, el primero se sustituye al acreedor, atribuyéndose el derecho de éste de liberar al antiguo deudor y de poner en su lugar a uno nuevo, derecho del que dispone en nombre propio sin estar para ello autorizado. Es decir, faltando el asentimiento del acreedor (como falta en nuestro caso), estamos ante un negocio practicado sin legitimación, al que corresponde aplicar el régimen de los actos desprovistos de este presupuesto o requisito.

Por tanto, el contrato de toma interna de deuda, como negocio obligatorio *inter partes* que además tiende a la vinculación de un tercero (acreedor), no puede surtir sus efectos propios (liberatorio y constitutivo de deudor) en tanto no sea ratificado por el acreedor, porque su eficacia potencial no se agota en la esfera de las partes, sino que se proyecta sobre la de otro sujeto, de suerte que significa una efectiva intromisión en la esfera jurídica ajena. Faltando la *rati-habitio* del acreedor, la asunción de deuda privativa o perfecta podrá valer como asunción de cumplimiento (28).

2. Descartada la hipótesis de una asunción de deuda privativa o perfecta, cumplenos examinar ahora la de una eventual asunción de deuda acumulativa o de refuerzo (coasunción o adhesión a la deuda) pactada entre los señores F. P. y M. D. a propósito de la obligación del primero consistente en mantener al señor C. L. en el goce pacífico de las fincas rústicas por todo el tiempo del contrato de 1947.

En virtud de la llamada asunción acumulativa o de refuerzo, el que asume

(28) Sobre todo esto, vid. nuestro estudio *Asunción de deuda*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. III, 1950, págs. 1372 y ss.

la deuda ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario (29).

También la adhesión a la deuda puede hacerse (como la asunción privativa o perfecta) por contrato con el acreedor o con el deudor. En el último caso se requiere igualmente el asentimiento del acreedor, porque ni el primitivo deudor tiene por sí facultad para extender a otro la deuda con carácter solidario, ni el nuevo deudor puede adherirse a la deuda en tal concepto sin el consentimiento del acreedor, que es el único legitimado para dar ingreso y colocar al asumente junto al deudor originario con el fin de que ambos respondan solidariamente (30). El asentimiento del acreedor es absolutamente necesario, ya que, de lo contrario, podría verse perjudicado por la circunstancia de que surja contra él una nueva posibilidad de compensación o de confusión (31) o de oponibilidad de excepciones personales del deudor solidario (32). De ahí que no quenga construir la adhesión a la deuda hecha a espaldas al acreedor como contrato a favor de tercero, tal como éste ha sido perfilado por nuestro Código civil en el párrafo 2.º del artículo 1.257 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (33). Faltando el asentimiento del acreedor, la asunción acumulativa o de refuerzo podrá valer como asunción de cumplimiento (34).

Por consiguiente, no habiendo mediado en nuestro caso asentimiento del acreedor, mal puede decirse que nos encontremos frente a una asunción de deuda acumulativa o de refuerzo, de la que —al igual que en la hipótesis anterior— derivaría a favor del acreedor el derecho a exigir del nuevo deudor solidario la obligación asumida con tal carácter.

3. La promesa hecha por el señor M. D. al señor F. P. de satisfacer al acreedor del mismo (señor C. L.) podría interpretarse meramente como asunción de cumplimiento, no como adhesión a la deuda en favor del acreedor.

La llamada asunción de cumplimiento es el contrato por el cual alguien se obliga únicamente hacia el deudor a cumplir la obligación de éste. El deudor sigue obligado y adquiere sólo un crédito contra el promitente, dirigido a conseguir que éste le libere de la obligación (35).

Como la asunción de cumplimiento no afecta a la posición jurídica del acreedor, no requiere su asentimiento para ser eficaz: se asume el *pago*, no la *deuda*; cosa que es posible aun sin el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.158 del C. c.).

De este negocio, a diferencia de lo que ocurre en la asunción de deuda privativa y en la asunción acumulativa o de refuerzo, no brota derecho alguno a favor del acreedor: el derecho de crédito sigue sin alteración, aunque de hecho existan más probabilidades de recibir la prestación. Por tanto, si éste fuera el alcance y significado de la estipulación que venimos interpretando, el señor C. L. carecería *prima facie* de título oponible frente a la reivindicación intentada por el señor M. D.

(29) Vid. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Barcelona, 1947, pág. 407; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, pág. 189.

(30) Cfr. arts 1.137 y 1.138 del C. c., que exigen pacto expreso de todos los interesados para que exista solidaridad.

(31) Cfr. art. 1.143 del C. c.

(32) Cfr. art. 1.148 del C. c.

(33) Cfr., *infra*, n. 5.º de este capítulo.

(34) Vid., seguidamente, el n. 3.º.

(35) Vid. ENNECCERUS y ROCA SASTRE, *ops. et locs. cits.*

Ahora bien, hay fuertes razones, reservadas para sede más apropiada, que nos harán encuadrar la cláusula en cuestión dentro del esquema del propiamente dicho contrato a favor de tercero. Mas antes hemos de ponderar todavía las consecuencias de estimar al señor C. L. como mero *adjectus solutionis causa* (hipótesis de contrato impropio a favor de tercero).

4. La diferencia entre la estipulación que sólo autoriza la prestación al tercero (*adjetus solutionis causa*) y el verdadero contrato a favor de tercero ha sido netamente señalada por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 9 diciembre 1940: en el contrato o estipulación a favor de tercero, éste tiene acción para exigir la prestación, haciéndola suya, mientras que en el otro supuesto, el tercero sólo está autorizado para recibir el pago (cfr. art. 1.162 del C. c.), "en el concepto de mero destinatario de la prestación", sin convertirse en titular de la misma.

Las consecuencias de esta calificación serían las mismas que las de la hipótesis examinada en el número anterior: carencia de derecho a favor del tercero señor C. L. y consiguiente falta de título oponible *prima facie* frente a la reivindicación del propietario de las fincas, señor M. D.

5. Como es sabido, el contrato a favor de tercero propiamente tal es aquel contrato celebrado en nombre propio por dos partes, con fuerza vinculante entre sí, eficaz para hacer surgir un verdadero y propio derecho a favor de una persona que ha sido completamente extraña a su conclusión (PACCHIONI).

Nuestro Código civil reconoce la admisibilidad de la figura en su artículo 1.257, párrafo 2.^o

Lo que se discute en la doctrina es en qué momento y con cuál carácter nace el crédito a favor del tercero, así como el papel que juega la aceptación por parte de éste.

Descartada la llamada teoría de la aceptación, que en el fondo equivale a desintegrar la figura que nos ocupa en dos contratos distintos, uno entre promitente y promisario, y otro entre ambos y el tercero aceptante, sólo quedan como válidas la de la adquisición directa y la de la delación revocable.

Según la primera, acogida por el B. G. B. y defendible de cara a nuestro Código civil, el tercero adquiere inmediatamente el crédito por la misma virtud del contrato concluido a su favor, si bien tiene la posibilidad de rechazar la adquisición ya realizada. La aceptación del tercero no tiene gran trascendencia: equivale a una renuncia al derecho de repudiar.

De acuerdo con la teoría de la delación revocable, patrocinada entre nosotros por ROCA SASTRE (36), el contrato entre promitente y promisario crea un derecho a favor del tercero, consistente en la vocación hecha al mismo (*ius delationis* del crédito), derecho que con su aceptación será definitiva e irrevocablemente adquirido *ex tunc*. La aceptación sólo impide la revocación del promisario, o de éste y el promitente, de común acuerdo (37).

Este último es el sistema del artículo 1.257, párrafo 2.^o, del C. c., como ha sancionado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

(36) Op. cit., págs. 222 y ss.

(37) El promitente no puede revocar por si solo, pues se trata del obligado (cfr. art. 1.256 del C. c.).

En efecto, según la sentencia de 9 diciembre 1940, en el verdadero contrato a favor de tercero "éste es el titular del derecho hacia él derivado, y lo es en potencia desde el mismo momento de la celebración del contrato hasta que, cumplida la condición suspensiva de la aceptación, prevenida en el artículo 1.257, párrafo 2.^º, del C. c., adquiere de una manera definitiva e irrevocable (salvo reserva expresa en caso de estipulación condicional) el concepto de acreedor único, asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor". Y en otro lugar la misma sentencia dice que el contrato a favor de tercero afecta a éste, "no en el concepto de mero destinatario de la prestación, sino en el de verdadero acreedor o titular del derecho de crédito, que nace en su propio nombre íntegramente".

Pues bien, ya anticipamos que existen fuertes razones para encuadrar la cláusula en cuestión dentro del esquema del verdadero y propio contrato a favor de tercero. Helas aquí:

Nuestra doctrina (38) es concorde en señalar el supuesto de venta de finca con el pacto de tener que respetar el derecho del arrendatario como uno de los casos concretos de estipulación a favor de tercero admitidos expresamente por nuestra legislación, en el artículo 1.571 del C. c.

El pacto en contrario a que alude el citado artículo 1.571 para impedir que entre en juego el principio *emptio tollit locatum* ("venta quita renta"), propio de los arrendamientos comunes, puede concluirse o entre vendedor y comprador o entre comprador y arrendatario, como enseña una constitución del emperador ALEJANDRO SEVERO del año 234, recogida en el *Corpus iuris civilis*:

- 1) "Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit.
- 2) Verum si probetur aliquo pacto consensisse ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonaefidei iudicio ei, quod placuit parere cogitur) (Código de JUSTINIANO, 4, 65, 9).
- 1) "No tiene ciertamente necesidad el comprador de un fondo de respetar al colono al que arrendó el anterior propietario, a no ser que comprara con esa ley" (en el sentido de *lex privata —lex vindicatio*— o pacto concertado entre vendedor y comprador).
- 2) "Pero si se prueba que (el comprador) consintió de algún modo en que (el colono) permanezca en el mismo arriendo, aunque sea sin intervenir documento, se obliga por el juicio de buena fe acatar lo que aceptó" (mediante *conventio* o pacto expreso o tácito concluido entre comprador y arrendatario).

En el primer caso es cuando, de cara a nuestro Derecho —como ya se insinuó en el Derecho romano justiniano—, estamos frente a un contrato a favor de tercero, según la doctrina dominante.

Desde el punto de vista del perfil triangular que adopta todo contrato a favor de tercero, el vínculo contractual entre promitente (señor M. D.) y promisario (señor F. P.) representa la llamada relación de cobertura (*Deckungsverhältnis*),

(38) ROCA SASTRE, op. cit., pág. 218; y, tras de él, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 8.^a ed., Madrid, 1954, pág. 432, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1954, pág. 278.

de la que se deriva un derecho para el tercero (señor C. L.), mientras que la relación preexistente entre el promisario o estipulante (señor F. P.) y el tercero (señor C. L.) representa la llamada relación de valuta (*Valutaverhältnis*), que no puede ser otra que la derivada del contrato de 1947. Por lo que se refiere a la relación de cobertura, es claro que la estipulación a favor del señor C. L. tiene como causa o contrapartida la reducción del precio de las fincas, a cargo del promisario señor F. P. y en favor del promitente señor M. D., pues el juzgador de primera instancia (cfr. el 9.^o considerando de la sentencia) da como probado el hecho de que, al comprarse las fincas litigiosas, se convino una compensación, consistente en rebajar 62.500 pesetas del precio inicial, por razón de la obligación que en la escritura de 23 diciembre 1948 se impuso el señor M. D.

Por lo demás, las normas interpretativas de los artículos 1.284 y 1.286 del C. c. obligan a entender la estipulación segunda de la escritura de 1948 como contrato a favor de tercero, habida cuenta de su verdadero objeto o finalidad y de que sus otras posibles interpretaciones (39) la tornarían prácticamente vacía de contenido, inútil o ilusoria, pese a mediar por causa suya una importante compensación, lo que repugna al principio de la buena fe contractual (artículo 1.258 del C. c.).

A mayor abundamiento, aplicando a nuestro caso la regla interpretativa del artículo 1.289 del C. c., según la cual "si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses", obtendríamos esta mayor reciprocidad por el camino de atribuir a la cláusula en cuestión, no los débiles efectos de una asunción de cumplimiento o de una *adjectio solutionis causa* (toda vez que —como vimos— hay que excluir los derivados de una asunción de deuda perfecta y acumulativa o de refuerzo, ante la falta de asentimiento del acreedor), sino el efecto más fuerte de un contrato a favor de tercero, sobre todo teniendo en cuenta la prestación recibida por el promitente, que obtuvo una considerable rebaja en el precio de la venta a cambio de su promesa de mantener en el goce de las fincas adquiridas al titular de un derecho contractual con referencia a las mismas.

Finalmente, de este elemento básico de juicio es lícito inducir, por vía de presunción no legal (art. 1.253 del C. c.), que lo que se pactó en la cláusula segunda de la escritura de 1948 fué un contrato a favor de tercero, ya que entre el hecho demostrado (reducción del precio de la venta) y el deducido (estipulación a favor del tercero señor C. L.) hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano: al sacrificio económico del vendedor tiene lógicamente que corresponder una estipulación que obligue al comprador a *stare colonum*, poniéndole así a salvo de una ulterior *actio ex conducto* del cultivador por razón de incumplimiento del contrato.

En un texto de GAYO (Dig., 19, 2, 25, 1) se lee:

"Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino ha-

"El que dió en arrendamiento a alguno un fondo para disfrutarlo, o la habitación, si por alguna causa vendiere el fondo o la casa debe cuidar de que también con el comprador le sea

(39) Cfr., *supra*, n. 1-4 de este capítulo.

bitare liceat; eo qui prohibitus is ager cum eo ex conducto."

Lícito al colono disfrutar y al inquilino habitar por el mismo pacto; de otra suerte, aquel a quien se le hubiere prohibido, ejercitará contra él la acción de conducción."

Es, pues, natural que el vendedor tratara de imponer al comprador el *pactum de sinere colonum* a cambio de una rebaja en el precio, la cual sólo tiene explicación si se compró con el *onus* representado por aquel pacto o *lex renditionis*.

A la luz de estas consideraciones, aparece ahora claro cuál es el alcance y significado de la estipulación 2.^a de la escritura de 23-XII-1948: un *pactum de sinere colonum* contraído entre vendedor y comprador de las fincas a favor del cultivador señor C. L., pacto del que nace inmediatamente para éste un derecho autónomo a permanecer en la explotación agrícola objeto de litis, en los mismos términos y condiciones estipulados en el contrato de 1947, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.571 en relación con el párrafo 2.^o del artículo 1.257, ambos del C. c., tal como el último precepto es entendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Conclusión que—según hemos comprobado—apoyan las normas interpretativas de los artículos 1.284, 1.286, 1.289, el criterio objetivo-subjetivo de la buena fe contractual como principio rector de toda interpretación (arg. *ex* art. 1.258 C. c.), el artículo 1.253 y los precedentes históricos.

En virtud de tal estipulación a favor de tercero nominada o típica, el comprador señor M. D. renunció al derecho que le concede la primera parte del artículo 1.571 del C. c., renuncia que es perfectamente válida a tenor del artículo 4.^o del mismo cuerpo legal.

IV

PROCEDENCIA DE LA ACCION REIVINDICATORIA EJERCITADA POR EL COMPRADOR DE LAS FINCAS

1. Los requisitos que nuestra jurisprudencia exige para que pueda prosperar la acción reivindicatoria son éstos: *a)* el derecho de propiedad o dominio del autor; *b)* la falta de derecho a poseer del demandado; *c)* el hecho de estar el mismo en la posesión de la cosa reivindicada; y *d)* la identidad de ésta.

En nuestro caso, sin duda alguna, se dan los requisitos o elementos enumerados *sub a), c) y d)*. El problema de la procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada por el comprador de las fincas se reduce, pues, a determinar si el demandado tiene o no un mejor derecho a poseer frente al actor.

2. La circunstancia de ser verdaderamente el actor el titular del derecho de propiedad no supone que la demanda entablada deba prosperar forzosamente.

No siempre ostenta el propietario el mejor derecho a poseer. Como resulta del artículo 432 del C. c., es compatible con el dominio la existencia de un mejor derecho a poseer (real u obligacional) de carácter limitado, sea por el tiempo de duración o por su contenido. El “tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos perteneciendo el dominio a otra persona” de que habla

dicho artículo, posee la cosa con preferencia al derecho a la posesión del mismo propietario en la medida en que ambos derechos sean incompatibles.

Como es obvio, no cabe que el propietario ejerzte la acción reivindicatoria en el caso de que alguien posea la cosa de propiedad ajena en virtud de una relación obligacional subsistente.

Y el propietario puede hallarse privado del derecho a poseer por la eficacia de una relación obligacional, pactada entre él y otro sujeto de derecho, que autorice al poseedor para tener en su poder la cosa que pertenece al primero. Es lo que sucede en nuestro caso: por virtud de la estipulación a favor de tercero contenida en la cláusula 2.^a de la escritura de venta de 23-XII-1948, derivó inmediatamente para el poseedor de las fincas, señor C. L., un derecho autónomo a permanecer en las mismas durante el tiempo establecido en el contrato de 1947 (40).

3. A tenor de la citada estipulación 2.^a de la escritura de 1948, este mejor derecho a poseer del señor C. L. quedó subordinado, por vía de remisión, a los *mismos* límites temporales fijados en el convenio de 4-XII-1947, por lo que habrá que tener en cuenta no sólo el plazo establecido en la condición 2.^a de aquél, sino también—como es evidente—su posible prórroga contractual, conforme a lo prevenido en la condición 7.^a y en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del C. c., prórroga que no tiene nada que ver con la tácita reconducción (artículo 1.566 del C. c.), la cual no supone—como la primera—continuación del mismo contrato, sino su *renovatio* o novación por otro distinto (arg. arts. 1.207 y 1.567 del C. c.).

Sin embargo, el demandante interpreta que la estipulación 2.^a de la escritura de 1948 se remite únicamente a la condición 2.^a del contrato de 1947. Pero, no muy seguro de esta forzada interpretación, que el juzgador de primera instancia no llegaría a acoger en el fallo, pretendió acatelarse contra el juego de la no tiene la cualidad de parte, está privada de todo valor para impedir la prórroga. Y el 3 de agosto de 1949, es decir, con más de un año de antelación al vencimiento del plazo fijado en la condición 2.^a del contrato de 1947, el adquirente de las fincas rústicas señor M. D. notificó notarialmente al cultivador señor C. L. su propósito de recuperarlas y de no prorrogar la ocupación de las mismas.

Ahora bien; si el contrato de 1947 es jurídicamente ineficaz o irrelevante por lo que mira al señor M. D. (41), tal notificación, hecha por un tercero que no tiene la cualidad de parte, está privada de todo valor para impedir la prórroga convencional establecida en la condición 7.^a del aludido contrato, puesto que el preaviso impeditivo de la misma incumbe—según se desprende de la cláusula últimamente citada y del artículo 1.257, párrafo 1.^a, del C. c.—a las “partes contratantes”, no a quien es tercer adquirente de las fincas, totalmente ajeno o extraño al contrato.

Así lo reconoce la representación del mismo demandante en el hecho 2.^a de su escrito de conclusiones, al decir que “no asumió mi mandante (señor M. D.) esta obligación de aviso y si únicamente se comprometió con el señor F. P. en

(40) Vid., *supra*, cap. III, n. 5.^a.

(41) Vid., *supra*, cap. 2.^a.

cuanto a su duración (del contrato de 1947, se entiende), a no ocupar las fincas hasta que transcurriera el tiempo establecido en el convenio; no obstante, en su deseo de evitar litigios y que el señor C. L. quedara advertido de ello, se lo notificó así notarialmente el 3 de agosto de 1949".

Luego el *onus* o carga del preaviso, como conducta impuesta a efectos de enervar la prórroga voluntaria del contrato, no incumbía al señor M. D., sino al señor F. P.

Yerra, pues, el Juez de primera instancia cuando afirma que el posible obstáculo para el ejercicio de la acción reivindicatoria, consistente en haber entrado el demandado en la posesión de las fincas por virtud de un título (el contrato de 4-XII-1947), "caso de existir, queda soslayado, al transcurrir con exceso el plazo por el que según el convenio le fueron cedidas y notificársele con un año de antelación al vencimiento *por el adquirente* su voluntad de recuperar los predios; por lo que no cabe dudar que, transcurrido el plazo contractual y hecha la meritada notificación, es preferente el título del actor para obtener la posesión de las fincas, ya que el que amparaba el disfrute del señor C. L. ha de considerarse resuelto, extinguido" (Considerando 5.º).

A esto observaremos:

1.º Sin duda alguna, existe obstáculo para el ejercicio de la acción reivindicatoria, representado no por el solo contrato de 1947 (que quedaría resuelto o extinguido en virtud del principio "*emptio tollit locatum*", acogido en la primera parte del artículo 1.571 del C. c.), sino por dicho contrato puesto en conexión con la estipulación 2.º de la escritura de 1948 (arts. 1.571 y 1.257, párrafo 2.º, del C. c. (42).

2.º Aunque transcurriera con exceso el plazo fijado en la condición 2.º del contrato de 1947 éste no quedaría extinguido al prorrogarse automáticamente según lo establecido en la condición 7.º del mismo, toda vez que no medió el preaviso *en ella previendo* para impedir tal prórroga, sino otro distinto a cargo de quien no es parte contractual ni heredero o cesionario de ésta. Por consiguiente, sólo en la hipótesis de cesión del contrato está claro que el preaviso del señor M. D. podría enervar la prórroga voluntaria; como también está claro que, siendo tercero totalmente extraño al convenio de 1947, su preaviso es jurídicamente irrelevante. En otras hipótesis, en cambio, la aptitud enervativa del preaviso hecho por el señor M. D. parece dudosa porque, si bien ni el cesionario de un simple crédito, ni el que asume privativamente una deuda o a ella se adhiere con carácter solidario, tienen la posición o el *status* de parte contratante, todos ellos participan por el lado activo o pasivo en la titularidad de una obligación nacida del contrato y a la entidad de cuyo contenido o prestación afecta la prórroga, de suerte que más bien habría que entender que su preaviso la enervaría.

3.º En consecuencia, el demandado ostenta título y título preferente al del actor, mientras que no resuelva, extinga o revoque.

4. A este propósito conviene puntualizar la trascendencia del acto de conciliación habido en 18 de diciembre de 1951 a instancia del señor F. P. (43).

(42) Vid., *supra*, cap. III, n. 5.º.

(43) Cfr. *antecedentes*, VI.

Creemos que no pasa de ser una simple oferta de resolución transaccional, no aceptada por el señor C. L.: el acto conciliatorio se celebró sin avenencia y el contrato de 1947 continuó subsistente.

Ni siquiera cabe pensar que tal intento frustrado del señor F. P. de dar por resuelto el citado contrato funcione como el preaviso a que se refiere la condición 7.^a del convenio de 1947, porque si bien el acto conciliatorio es *modo fehaciente* de notificación y preaviso, faltaría el requisito esencial de una declaración de voluntad dirigida *ex profeso* a la terminación del contrato, no a su resolución por vía transaccional.

Pero, aun admitiendo, desde el punto de vista polémico, que el acto conciliatorio de 18 de diciembre de 1951 pudiera funcionar como preaviso a efectos de lo prevenido en la condición 7.^a del contrato de 1947, dicho acto no hubiera podido impedir la primera prórroga del convenio, automáticamente producida en 15 agosto 1950 y 15 febrero 1951 hasta 15 agosto 1953 y 15 febrero 1954, respectivamente, según se trate de las sementeras o de los olivos (44). Y de los autos resulta que la relación jurídica procesal quedó trabada en octubre de 1953, o sea, cuando todavía subsistía un mejor derecho a poseer del demandado.

Claro está que, para lo futuro, el *ius possidendi* del señor C. L. continúa amenazado por su posible extinción, bien mediante preaviso del señor F. P. en el modo previsto en la condición 7.^a del contrato de 1947, bien mediante la revocación de la estipulación a favor de tercero contenida en la escritura de 1948, que se lleve a cabo por el mismo señor F. P., o por éste de acuerdo con el señor M. D., antes de que aquélla sea aceptada por el señor C. L.

Lo primero no cabe impedirlo. Si, en cambio, lo segundo, haciendo saber el señor C. L.—por ejemplo, mediante notificación notarial, para mayor seguridad—su aceptación al señor M. D.

5. La cuestión del abono de los frutos *percepti* y *percipiendi*, abordada por el juzgador en sus considerandos 6.^a, 7.^a y 8.^a, queda resuelta en sentido negativo, como mera secuela que es de la procedencia de la acción reivindicatoria.

No hay efecto sin causa: faltando el presupuesto, no puede darse la consecuencia. Así, huelgan todas las consideraciones del juzgador a propósito de la buena o mala fe del poseedor, abono del valor de los frutos en concepto de indemnización de daños y perjuicios, deducción de gastos necesarios y gastos de producción o de cultivo y determinación de la cantidad a percibir por el actor en aquel concepto.

Quien ostenta frente al propietario un mejor derecho a poseer, posee legítimamente y de buena fe, con todas sus consecuencias: puede retener la cosa y gozar de la misma, dentro de los límites temporales y de contenido que resultan de su título preferente y de la ley.

V

CONCLUSIONES

Primera. El convenio de 4 diciembre 1947 es un contrato atípico mixto, unitario como tal, de contenido complejo, compuesto de elementos diversos, todos

(44) Cfr. la condición 2.^a del contrato de 1947, apartado I de los antecedentes.

ellos típicos (arrendamiento de negocio o de empresa y arrendamiento rústico), pero que, en su conjunto orgánico y entrelazado, adquieren una clara atipicidad. La figura resultante no es la de dos arrendamientos cuyas utilidades se cambian, sino la de un arrendamiento complejo, irregular o atípico con causa única, que estriba justamente en el cambio o trueque de un goce por otro.

Segunda. Como arrendamiento complejo, está al margen de la legislación especial arrendaticia rústica y urbana. Su régimen jurídico es el mismo que hemos señalado en tesis general para los contratos atípicos, con las debidas adaptaciones al supuesto de hecho de la consulta. En concreto, le son aplicables los artículos 1.257, párrafo 1.º, 1.255 y 1.258, en relación con el 1.091, 1.571 y concordantes; 1.561, 1.563 y 1.568, en relación con los 1.182, 1.183 y 1.101, todos ellos del C. c.

Tercera. Hay que rechazar tanto la hipótesis de una subrogación total, ya sea por vía de cesión legal o por vía de cesión convencional, como la hipótesis de una subrogación parcial (simple cesión del crédito contractual dirigido a la restitución de las fincas rústicas) del señor M. D. en el lugar que ocupa el señor F. P. en el contrato de 1947. El adquirente de las fincas, señor M. D., tiene el carácter de tercero totalmente ajeno a la relación jurídica creada entre los señores C. L. y F. P., por lo que el contrato de 4-XII-1947 es relativamente ineficaz o irrelevante jurídicamente por lo que mira a dicho señor M. D.

Las pretensiones de la demanda no dirigidas a la reivindicación son, por tanto, improcedentes.

Cuarta. El principal *lapsus* de la sentencia recaída en primera instancia reside en haber pasado por alto los efectos jurídicos de la escritura de venta de 23-XII-1948 respecto del señor C. L., como sujeto ajeno a tal convenio, donde se contiene una estipulación que le afecta.

El alcance y significado de la estipulación segunda de la escritura de 23-XII-1948 es el de un pacto de tener que respetar el derecho del cultivador (*pactum de sinere colonum*), contraído entre vendedor y comprador de las fincas a favor del señor C. L., pacto [o estipulación] a favor de tercero del que nace inmediatamente para éste un derecho autónomo a permanecer en la explotación agrícola objeto de litis, en los mismos términos fijados en el contrato de 1947, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.571 en relación con el párrafo 2º del artículo 1.257, ambos del C. c., tal como el último precepto es entendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Conclusión que apoyan las normas interpretativas del Código civil, los precedentes históricos y el elemento básico de juicio suministrado por la prueba.

Quinta. El demandado señor C. L. ostenta un mejor derecho a poseer frente al actor por virtud de la estipulación a favor de tercero contenida en la cláusula segunda de la escritura de venta de 1948. Este *ius possidendi* preferente quedó subordinado, por vía de remisión, a los mismos límites temporales fijados en el convenio de 1947. Así pues, aunque transcurriera con exceso el plazo fijado en la condición segunda del mismo, al no mediár el preaviso prevenido en la condición séptima para impedir su prórroga convencional, sino otro distinto a cargo de quien no es parte contractual ni cesionario de ésta, es evidente que cuando se trató la relación jurídica procesal todavía subsistía un mejor derecho a poseer del demandado.

Siendo el señor M. D. tercero totalmente extraño al convenio de 1947, su preaviso de 3 de agosto de 1949 es jurídicamente irrelevante. Tampoco el acto de conciliación habido en 18 de diciembre de 1951 tiene trascendencia alguna para este pleito.

No procediendo la acción reivindicatoria, hay que resolver en sentido negativo la cuestión del abono de los frutos.

* * *

Después de lo dicho, huelga decir que hay suficientes motivos para impugnar la sentencia recaída en primera instancia, existiendo bastantes probabilidades de obtener su revocación en segunda instancia. Y aun en el supuesto de que la Audiencia Territorial confirme el fallo del juzgador inferior, cabe esperar el éxito del recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal que, en su caso, se interponga.

Tal es mi parecer, que con todo gusto someto a otro mejor fundado.

Santiago de Compostela, octubre de 1955.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de Rafael IZQUIERDO y Antonio PÉREZ VEGA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIÁSTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta el 31 de diciembre de 1958* (1) (Orden de Justicia de 26 de diciembre de 1956; BB. OO. del 28 y 29.)

Se reproduce el artículo 2.^o de la Orden que amplió el anterior plazo en el sentido de que «durante este nuevo plazo podrán reproducir sus demandas las Instituciones religiosas que ya las presentaron anteriormente y a las que se haya tenido por desistidas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2.^o de la Orden de 11 de octubre de 1941».

II. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTO URBANO: ELEVACIÓN DE RENTAS: *Se autoriza la elevación de rentas de las viviendas y locales de negocio arrendados por primera vez antes de 1 de enero de 1942.* (Decreto de Justicia de 30 de noviembre de 1956; B. O. del 13 de diciembre.)

El artículo 1.^o autoriza a elevar en todo el territorio nacional y plazas de soberanía las rentas de las viviendas y locales de negocio a que se refiere el artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto articulado^o de 13 de abril de 1956 (aquellas cuyo arrendamiento subsista el día de entrada en vigor de la Ley), arrendados por primera vez antes de 1 de enero de 1942, en la cuantía y modos que determina, estableciendo dos escalas, una para las viviendas (que va del 30 al 15 por 100, según la fecha de la celebración del contrato) y otra para los locales de negocio (que va del 60 al 30 por 100, también teniendo en cuenta la fecha de celebración del contrato).

Se recoge de la Dis. Adic. 6.^o su párrafo 2.^o en el sentido de que la renta base para aplicar los anteriores porcentajes será la que, conforme al contra-

(1) El plazo anterior fué prorrogado por Orden de 16 de diciembre de 1956 (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo IX, fasc. I, pág. 198).

trato, y, en su caso, al fallo de revisión, correspondiere pagar en 1 de enero de 1942.

Cuando se trate de arrendamiento de viviendas amuebladas deberá entenderse por renta, a los efectos anteriores, la total, compuesta por los dos conceptos de arrendamiento de vivienda (estimada conforme al párrafo anterior) y la de los muebles.

El artículo 2.^o establece una forma progresiva por semestres sucesivos para hacer efectivas las elevaciones autorizadas, distinguiendo entre viviendas y locales de negocio.

Finalmente, en el artículo 3.^o se recoge el último párrafo de la Disposición Adic. citada, prohibiendo la elevación cuando en virtud de lo dispuesto en el número 3.^o del artículo 98 (asignación por la Hacienda de renta superior a la satisfecha por el inquilino o arrendatario) o por consentimiento del inquilino o arrendatario, la renta que éste satisfaga sea igual o superior a la renta base, incrementada con las elevaciones autorizadas, y permitiéndola por la diferencia cuando dándose los anteriores supuestos esta elevación constituya cantidad menor.

Dictado este Decreto en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la Dis. Adic. 6.^o de la L. A. U., se han cumplido, según indica el preámbulo, los trámites de informe de la Delegación Nacional de Sindicatos y audiencia del Consejo de Estado.

2. CONTRATO DE TRABAJO: *Se regula el despido suprimiendo el expediente y determinando el procedimiento a seguir si el trabajador lo estima improcedente; indemnización de daños y perjuicios al operario cuando condenada la empresa a la readmisión no ejecute el fallo; reclamación por otras sanciones.* (Decreto de 26 de octubre de 1956; B. O. del 25 de diciembre.)

En el presente Decreto se reglamenta la extinción del contrato de trabajo en virtud de despido, estableciendo fundamentalmente las siguientes normas:

Es aplicable a todos los trabajadores, por lo que deroga cuantas disposiciones se opongan a lo en él preceptuado, con excepción de las que se refieran a los siguientes: 1) Caballeros Mutilados. 2) Productores que desempeñen cargos electivos de carácter sindical. 3) Vocales de los Jurados de Empresa. 4) Enlaces de la Sección Femenina de F. E. T. y de las J. O. N. S. A los comprendidos en los tres últimos números les alcanza la excepción hasta tres años después de haber cesado en los cargos. Tampoco se aplica el Decreto a aquellos trabajadores cuyas reclamaciones sobre sanciones disciplinarias no estén atribuidas a la Magistratura de Trabajo por la legislación vigente (arts. 14 y 15).

Se mantienen como causas de despido las del artículo 77 L. C. T., pero se establece que no será necesario instruir expediente ni elevar propuesta a Magistratura de Trabajo, viniendo, sin embargo, obligadas las empresas, si hay Jurado de Empresa, a ponerlo en su conocimiento, y, en todo caso, a comunicárselo por escrito al trabajador, haciendo constar fecha y razones (arts. 1.^o a 3.^o).

Al trabajador se le concede el derecho a reclamar ante la Magistratura

de Trabajo competente cuando considere el despido improcedente. El plazo para reclamar es el señalado en el artículo 82 L. C. T. (1). Presentada la demanda se sigue el procedimiento ordinario con las modificaciones que establece el artículo 5., encaminado a limitar las causas de oposición de la empresa, a que se haga constar en los resultados una serie de circunstancias relativas al trabajador y a establecer el alcance del fallo, según que declare el despido procedente o improcedente. Si el despido es calificado de improcedente se concede un derecho de opción al operario entre readmitirlo o abonársele una indemnización, que no podrá exceder del importe del sueldo o jornal de un año, pero cuando la empresa ocupe menos de cincuenta operarios fijos la opción corresponderá a la empresa (arts. 4.º y 5.º).

Regula extensamente el Decreto en los artículos 6.º a 11 el procedimiento a seguir cuando optando el operario por la readmisión la empresa no cumpla el fallo o lo cumpla defectuosamente y la indemnización que en este supuesto procederá. No obstante, en el artículo 12 se exceptúan de la posibilidad de sustituir la readmisión por la indemnización aquellos operarios que ingresen por oposición o concurso oposición.

Finalmente, el artículo 13 concede al trabajador el derecho a recurrir a la Magistratura cuando estime que la sanción disciplinaria que le ha impuesto (distinta del despido) por faltas graves o muy graves es improcedente.

III. Derecho de familia.

1. **MATRIMONIO CIVIL:** Sólo será autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica (art. 37); notificación a la Autoridad eclesiástica del matrimonio proyectado cuando se trate de bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella (art. 41, párrafo 2.º); posible oposición del Ministerio Fiscal cuando advierta algún obstáculo legal (art. 41, párrafo 3.º); otras modificaciones. (Decreto de Justicia de 26 de octubre de 1956; B. O. del 13 de noviembre.)

A. **EXPOSICIÓN:** La nueva redacción de los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil de 13 de diciembre de 1870 y las reformas que lleva consigo pueden ser estudiadas atendiendo a las dos materias fundamentales que viene a afectar en su regulación: Matrimonio civil y Registro civil.

1. **Matrimonio civil.**—De conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica. (Art. 37.)

2. Requisitos que deben procederle:

a) Declaración y justificación de heterodoxia. Los que intenten contraer matrimonio civil presentarán al Juez o Cónsul correspondiente la declaración y los documentos señalados en el artículo 86 del C. c., y cuando no pueda

(1) Quince días prorrogables por tres si el lugar de trabajo es distinto de la localidad en que la Magistratura de Trabajo resida.

ser firmada por alguno de los contrayentes, lo hará alguna persona a su ruego. A la declaración deben acompañarse, además, las certificaciones que acrediten el domicilio o residencia durante los dos últimos años y, en todo caso, «la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio». (Art. 38.)

b) Ratificación de los contrayentes, publicación del matrimonio proyectado y notificación, en su caso, a la Autoridad eclesiástica. Inmediatamente después de presentada la declaración el Juez dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la declaración adolecía de alguna omisión o defecto se suplirá o subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose o corrigiéndose lo que para ello fuese necesario. La diligencia de ratificación se firmará por el Juez, por los interesados o, si no supiesen o pudiese firmar, por la persona que suscribió la declaración a su ruego, y por el Secretario. (Art. 40.)

Hecha la ratificación el Juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código civil, salvo caso de dispensa. «Si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentaren contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica, una vez hecha la ratificación el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio en el plazo de ocho días y mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresa.» Si antes de celebrarse el matrimonio civil se advirtiese la existencia de algún impedimento u «obstáculo legal» se procederá conforme determinan los artículos 97 y 98 del C. c. (Art. 41.)

Registro Civil.—Dudas y consultas de las mismas. Las dudas que ocurriesen a los Jueces encargados del Registro Civil acerca de la preparación y celebración de los matrimonios o sobre la inteligencia y aplicación de la Ley del Registro Civil y su Reglamento, serán consultadas por los mismos en comunicación clara y precisa, a los Jueces de Primera Instancia, quienes las resolverán por auto motivado, a la mayor brevedad, con audiencia del Ministerio Fiscal. Si las dudas surgieran sobre la concurrencia de las circunstancias y requisitos necesarios para hacer viable la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 41, o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección General para su resolución definitiva. (Art. 100.)

B. OBSERVACIONES.—1. El Reglamento de 13 de diciembre de 1870 se dictó para la ejecución de las Leyes del Registro Civil de 17 de junio de 1870, y del Matrimonio civil del 18 del mismo mes y año. Aunque la Ley del Matrimonio civil hubiera quedado parcialmente vigente por el Decreto de 9 de febrero de 1875, y con ella el Reglamento en la medida en que era su complemento y desarrollo, es indudable que el Código civil derogó a dicha Ley y con ella también sus disposiciones complementarias (en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 1916) por obra del artículo 1.976 y sin que pueda ampararse la subsistencia del Reglamento en el artículo 332, que sólo alcanza al Registro Civil, Ley de 17 de junio de 1870 y el Reglamento mismo en cuanto a este Registro se refiere. Por otra parte, varíe-

de los artículos que ahora se reforman, parece seguro que también fueron derogados por preceptos concretos del Código civil; así, el 37 y el 38 por el 86 (declaración), y el 41 por el 89 (edictos o proclamas). Por el contrario, parecían vigentes si no les afectaba la derogación general antes apuntada, y conforme viene a confirmar el actual Decreto, el 39 que ahora no se modifica, según el cual los jueces municipales (ahora también los comarciales y de paz) no podrán negarse a admitir ni a dar curso a ninguna solicitud de matrimonio, salvo los casos expresamente determinados en la Ley, o en virtud de sentencia de Tribunal competente, cabiendo contra la negativa arbitaria o infundada recurso ante el Juez de primera Instancia, que resolverá de plano lo que corresponda, el 40 y, desde luego, el 100.

La derogación que el artículo 2.^o del Decreto actual hace de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las de él, parece indudable que alcanza a la Orden de 10 de marzo de 1941.

2. De acuerdo con el artículo 42 del Código civil, se limita en el artículo 37 el matrimonio civil para «el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica», y en el artículo 38 se exige que junto con la declaración se acompañe «la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio». Es sobradamente conocida la contradicción interpretación que administrativamente se ha hecho del artículo 42 del Código civil (1). Aunque ya ante la Orden de 10 de marzo de 1941 se entendió que eran ambos contrayentes y no uno solo, los que debían no pertenecer a la religión católica, sin embargo, es ahora cuando esta exigencia se formula terminantemente, de forma que no ofrezca la menor duda. Interesa destacar ante la nueva regulación los dos problemas que ya se plantearon por la doctrina conforme a la Orden de 1941: 1.^o Quiénes pueden contraer matrimonio civil. 2.^o Medio de probar la anterior circunstancia, o sea, la acatolicidad. El primero está resuelto conforme al artículo 37, en total concordancia con el 42 del Código civil: «Pueden contraer matrimonio civil quienes no profesan la religión católica». Basta ese no profesar la religión católica, y, según se desprende del artículo 41, párrafo 2.^o, no es obstáculo para ello (aunque pueda contradecir al canon 1.099, párrafo 1, números 1.^o y 2.^o) el que alguno de los contrayentes haya sido bautizado en la Iglesia católica o se haya convertido a ella, si es que, habiendo apostatado posteriormente, intenta contraer matrimonio civil. Cuando se trate de uno de estos supuestos, el Juez debe notificar formalmente el matrimonio proyectado a la Autoridad eclesiástica; pero del texto reglamentario no se deduce que la manifestación negativa de ésta vincule al Juez a la no celebración del matrimonio, con la salvedad que el preámbulo se preocupa de recordar del impedimento del número 4.^o del artículo 83 (ordenados *sin sacrissa* y profesos en órdenes religiosas). La Autoridad eclesiástica parece que podrá, independientemente de manifestar al Juez su criterio negativo, hacerlo constar al M. F., y si éste encuentra que se deduce de la denuncia un *obstáculo legal* (art. 41, párrafo 2.^o), entablará la oposición al matrimonio. Respecto al segundo problema, el de la prueba de la no profesión de la religión católica, está sujeto a las dificultades que se señalaron por distintos autores frente a la Orden de 1941 (2), y por

(1) Puede verse expuesta la evolución en los trabajos de MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil* (A. D. C., tomo VII, fasc. 1, págs. 151 a 155), y GARCÍA CANTERO: *Matrimonio civil de acatólicos* (A. D. C., tomo VII, fasc. 1, págs. 131 a 145).

(2) Trataron esta cuestión, con referencia a la citada Orden: LÓPEZ ALARCÓN: *La demostración de la acatolicidad en los matrimonios civiles* («B. de I. del M. de J.», núm. 230, año 1953, págs. 3 a 6); PÉREZ RALY: *Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio* (en el mismo Boletín, núm. 233, año 1953, págs. 3 a 6), y ANTONIO M. LUNA: *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad en el matrimonio civil* («Pretor», número 1, págs. 31 y sigs.).

ello es acertada la nueva regulación al no exigir que sea documentada, aunque quizá sea demasiado vaga e incongruente la expresión utilizada en el artículo 38, párrafo 2.: «prueba de los motivos». Desde luego, lo dicho anteriormente sobre el criterio seguido por el artículo 37, en relación con el 42 del Código civil, para permitir la celebración del matrimonio civil, no profesión de la religión católica, no excluye que se haya de probar suficientemente dicha no profesión, pues otra cosa sería prácticamente convertir el matrimonio civil en nuestra legislación de subsidiario en facultativo.

3. El nuevo artículo 38 introduce, respecto al 37 primitivo y al 86 del Código civil, algunas novedades: 1.^o Junto al Juez, y por imperativo necesario del artículo 100, último párrafo, se menciona al Cónsul. 2.^o Si uno de los contrayentes no puede firmar la declaración, lo hará una persona a su ruego (3). 3.^o Junto con la declaración y certificaciones que determina el artículo 86, se deben acompañar, además, las certificaciones que acrediten el domicilio o residencia durante los dos últimos años (4) y la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio.

4. El artículo 40, en el que no se introducen importantes modificaciones, viene a completar el 89 del Código civil, que, al exigir «previa ratificación de los pretendientes», no regula el contenido de ésta.

5. El artículo 100 se pone de acuerdo con la actual organización judicial y se modifica también en el sentido de que la resolución de las dudas se hará por auto motivado y no por «providencia motivada», conforme exigía el texto anterior (5). En cuanto a la segunda parte del artículo, junto con el supuesto de caso de gravedad, que se conserva, es mencionada expresamente como duda a consultar la que surja sobre la concurrencia de las circunstancias y requisitos necesarios para hacer viable la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo 2.^o del artículo 41 (R. I.).

IV. Otras materias.

1. **LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN:** *Se crea en la Presidencia del Gobierno la Secretaría General Técnica para su estudio y ejecución.* (Decreto-ley de 20 de diciembre de 1956; B. O. del 22.)

El interés de la presente disposición radica en que conforme determina el artículo 2.^o: «La Secretaría General Técnica será el órgano de estudio y documentación, asistencia técnica, coordinación y elaboración de planes de la Presidencia del Gobierno, especialmente en cuanto se refiera a la reforma y perfeccionamiento de la organización y actividad administrativa», pudiendo la Presidencia del Gobierno, a propuesta del Secretario General Técnico, según establece el artículo 5.^o, instar de cualquier Centro u Organismo dependiente de la Administración General del Estado cuantos informes, dictámenes y gestiones estime convenientes para el cumplimiento de su cometido.

(3) Este supuesto ya lo admitía y regulaba el artículo 38 que además se refería al supuesto de que la manifestación o declaración se hiciese verbalmente, en cuyo caso se reduciría a escrito por el Secretario del Juzgado, firmando la los interesados u otra persona a su ruego si no supiesen o no pudiesen firmar, y autorizándola aquél. Parece que conforme a la nueva regulación no cabe ya esta declaración o manifestación en forma verbal.

(4) Es necesario conocer esta circunstancia a efectos del artículo 89 (publicación de edictos).

(5) Ahora más de acuerdo con los artículos 370 y 371 de la LEC.

B I B L I O G R A F I A

L I B R O S

ANUARIO DE DERECHO ARAGONES. ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONES. CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS.
Tomo VII.—Zaragoza, 1953-1954.

Entre los trabajos que aparecen en este tomo del Anuario figura en primer lugar la ponencia de don Ramón Sáinz de Varanda, sobre «El Consejo de Parientes, el Derecho Civil Aragonés». El autor hace un estudio de esta institución popular del Alto Aragón, figura jurídica elaborada consuetudinariamente, con la intención de lograr la perpetuidad de la Casa Aragonesa. Después de unas breves consideraciones generales, trata el autor de la composición del consejo, su funcionamiento y, por último, sus atribuciones, diferenciadas en tres campos de actuación: el estricto familiar, el sucesorio y el que pudiéramos llamar tutelar, considerando al Consejo de parientes como tribunal tutelar. Al final del trabajo figura un estudio comparativo de la institución tratada y del Consejo de familia tal como se halla regulado en el Código Civil.

Esta institución se vive y recoge en toda la zona en que rige la Casa Aragonesa, y nace casi exclusivamente en capitulaciones matrimoniales y en algunos testamentos mancomunados; es muy poco frecuente encontrarla en otra clase de testamentos.

Eminentemente consuetudinario, ha sido regulada ampliamente, sin embargo, en los distintos proyectos de apéndice con fortuna diversa; en el vigente, sólo se encuentra una alusión en el artículo 64. La jurisprudencia, tanto la del Tribunal Supremo como la de la Dirección general de los Registros y del Notariado, ha afirmado en numerosos casos la vigencia de la institución.

Con respecto a la composición existe libertad absoluta. La fórmula más usual es el llamamiento a los «parientes más próximos en grado», existiendo diversas soluciones con respecto a las mujeres. El autor reduce a dos los criterios seguidos para la composición del Consejo: el que atiende al objeto para que se constituya y el que atiende a la confianza que se deposita en las personas llamadas a formarlos; y estudia detenidamente las modalidades especiales que surgen en cada caso. A veces, se llama nominalmente a determinados parientes y tiene gran importancia la proximidad de residencia, prefiriendo parientes del grado más lejano con tal de que vivan cerca del lugar.

Las capitulaciones matrimoniales que el autor ha tenido en consideración para su trabajo nada contienen sobre excusas e incompatibilidades, a diferencia de los proyectos de Apéndice que suelen establecer norma más o menos semejantes a los del Código Civil. Por no ser el Consejo de parientes una institución de constitución rígida, no se encuentra tampoco nada

sobre remoción. Sin embargo, señala el autor la necesidad que se deja sentir en este punto de una regulación para el caso de ser llamadas personas concretas, o bien el párroco, el juez o el alcalde. Todo el mecanismo de la composición está informado de una idea básica: rehuir la actuación de la justicia social, resolviendo las cuestiones de familia en el seno de la misma y, en los heredamientos, prevenirse contra la posibilidad de los abintestatos. Como último punto en relación con la composición del Consejo, se estudia el voto dirimente que, al no existir presidente, suele recaer en el párroco, juez o alcalde. Es posible una pluralidad de consejos, ya sea por las diversas funciones que se les asignen o bien por la variada procedencia de los bienes que se trata de administrar.

El funcionamiento de Consejo de parientes es generalmente esporádico. Sólo tiene cierta permanencia cuando se exige su intervención en actos relativos a tutela o administración de bienes de menores. Al no tener presidencia, presenta problemas especiales en cuanto a convocatoria; suele realizarla uno de los miembros; pero, ante la posibilidad de que no la haga ninguno, la realiza frecuentemente en la práctica el propio interesado. Planteado el problema de si tendrá validez el acuerdo del consejo tomado sin previa deliberación, el autor se pronuncia por la negativa, pues si es necesario prevenirse de la inactividad de los parientes, no lo es menos evitar la actuación parcial. Los acuerdos se toman por mayoría y cabe la intervención eventual del tercero en discordia. Señala el autor un importante punto no resuelto claramente por la costumbre: Se trata de la posibilidad de desacuerdo entre el cónyuge sobreviviente y los parientes que deben concurrir con él para la designación de herederos. Para su solución se atiene al sentido común, en virtud del cual lo que precisará el sobreviviente, si es el propietario de la casa o su mayor parte, será el consejo de los parientes, que debe obtener necesariamente, pero que no le vincula. Si el sobreviviente no es propietario, se seguirán las normas generales. Los acuerdos del Consejo tomarán distintas formas según sea el acto a realizar. Señala el autor la necesidad de que, en una posterior ordenación del Derecho aragonés, se regule tanto la convocatoria como el modo de deliberar y la forma de los acuerdos adoptados.

Examinada así la constitución y el funcionamiento del Consejo de parientes, afronta el autor el estudio de las funciones que se le atribuye, empezando por las de Derecho de Familia. La tutela se halla muy poco desarrollada en Aragón y las funciones del Consejo de Parientes son reducidas, aunque no inexistentes. Sainz de Varanda las detalla en su trabajo y estudia, siguiendo a Costa, las razones del escaso desarrollo de esta institución. Son, por el contrario, muy amplias sus atribuciones en actos de derecho matrimonial, en las capitulaciones matrimoniales, donaciones «propter nuptias», Sociedad conyugal, Sociedades familiares y casamiento en casa. Pero donde quizás son más importantes las funciones del Consejo de Parientes aragonés es en el Derecho sucesorio. Con ello, se persigue la doble finalidad de evitar la sujeción intestada y también una institución de heredero apresurada. La facultad más importante (para su ejercicio suele crearse el Consejo) es la designación de herederos. El autor estudia ampliamente la naturaleza jurídica de esta facultad, que considera análo-

ga a la de fiduciarios comisarios, analizando los puntos de contacto con el fideicomiso, testamento por comisario, sustituciones, albaceazgo, mandato «post mortem», para concluir que se trata de una institución de heredero remitida al arbitrio de un tercero. Esta institución presenta rasgos propios: facultades que se atribuyen a los fiduciarios limitadas por la fórmula del «interés de la casa», carácter colegial, composición troncal, etc. Estudia a continuación los problemas planteados por la herencia antes de la designación de herederos, su titularidad, representación y administración.

Al comenzar su actuación, el Consejo tiene la obligación de constituirse sin que, como regla general, sean precisos inventario ni fianza. La institución de heredero se realizará a su arbitrio equitativo y prudente, en acto intervivos y escritura pública, aunque con posibilidad de realizarla en algún caso concreto en documento privado. Normalmente, será un acto puro y el heredero será único. Los parientes que realizan la institución carecen de derechos semejantes a la «Carta trebelianica», aunque le serán abonadas las bases. La institución realizada es irrevocable. Otras facultades sucesorias del Consejo de parientes son la intervención en los sufragios, funerales y entierros, diversas facultades de distribución y quizás la posibilidad de desheredar.

Otra importante faceta del Consejo de Parientes es su carácter de tribunal familiar. Generalmente se trata de cuestiones surgidas entre los distintos matrimonios que forman una sociedad familiar. Se trata de un compromiso, teniendo el Consejo el carácter de árbitro colegial. Sáinz de Varanda estudia los problemas que plantearían la aplicación de las normas del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento y Ley de arbitraje privado. Todas ellas presentan contradicciones con esta institución aragonesa que las hace inaplicables, sin que esto lleve consigo la derogación de instituto. Existe una absoluta libertad de procedimiento y son muy numerosas las cuestiones que se le someten, y que el autor enumera sin carácter exhaustivo.

Termina el trabajo un estudio comparativo con el Consejo de Familia del Código Civil. Ambas instituciones difieren fundamentalmente por su origen, constitución, composición, funcionamiento y atribuciones, siendo también distinto el carácter de sus acuerdos y la forma de disolución, todo lo cual es analizado detalladamente en este trabajo.

Una segunda parte del Anuario se dedica a Estudios y Comunicaciones, figurando en primer lugar el de don Mariano Alonso y Lambán, titulado «Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino Derecho aragonés». Comienza analizando algunos aspectos de la adopción en Derecho Romano, subrayando su primitivo aspecto político-religioso, y cómo es en época muy posterior cuando aparece la máxima «*Adoptio imitatur naturam*», siendo la norma relativa a la no existencia de hijos de un carácter más patrimonial que personal. En Derecho común ofrece escaso interés esta materia, tanto por la escasez de los comentarios como por la postura de la Iglesia poco favorable a cualquier tipo de filiación distinta de la legítima. En los Derechos germánicos era conocida la adopción, limitada pero no excluida por la existencia de hijos legítimos. En los Derechos populares germánicos hallamos algunas instituciones que

participan de la naturaleza de la adopción, aunque con un acusado matiz sucesorio. Así, la «Affatomia» franca y el «Thīnix» Longobardo

Pasa el autor al estudio de la adopción en el Derecho aragonés, que probablemente conoció en tiempo remoto una comunidad familiar de tipo germánico. No puede, por tanto, comprenderse la adopción considerándola estrictamente situada en un cuadro de relaciones familiares y olvidando su aspecto sucesorio. Del estudio de las primeras noticias documentales sobre nuestro Derecho (diversos documentos comprendidos entre los años 1044 y 1082), el autor desprende la tesis afirmativa: quien tenía hijos legítimos podía adoptar. Esta tesis se confirma en el Fuero de Jaca y en la Compilación de Huesca, que subrayan, asimismo, el carácter sucesorio de la institución. Dedica el autor algunas líneas al estudio del número 239 del ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid, que contiene un probable caso de «germanitas», institución de un indudable carácter contractual. Se estudian luego algunos documentos de los siglos XII y XIII, que subrayan el sentido sucesorio de la adopción en esta época, aunque sin perder su entronque familiar. En el mismo sentido, se cita el testimonio de los Fuenos afines, tales como los de la Viguera, Val de Funes, Tudela y General de Navarra. Fuera de Aragón, la regla general es prohibitiva: así, el Fuero de Soria y el Fuero Real, con el caso particular de Las Partidas, en cuya regulación la existencia de hijos legítimos es un simple dato a tener en cuenta junto con los demás para conceder el «poder de profijar».

En un nuevo apartado, se examina la observancia 27 «De iure dātium». Aunque de texto menos completo que el Fuero, ratifica su contenido. Entre los autores aragoneses anteriores al siglo XIX, encontramos a Antich de Bages, que da por supuesta esta forma de adopción, Molino, Lissa y Villalba, que en forma más o menos precaria reconocen su vigor, y Jordán de Asso y de Manuel, que afirman sin prueba alguna su desuso. En el siglo XIX, Franco y Guillén recogen la anterior opinión sin pronunciarse sobre ella, del Plano la da por vigente, lo mismo que Martón y Santapau. Dieste, por el contrario, recoge la opinión de Asso y de Manuel, con la cual gratuitamente identifica la de Lissa.

El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses se planteó este problema, llegando a la siguiente conclusión: «No cabe defender con fundadas razones que el padre que tiene hijos legítimos pueda adoptar a extraños.» Alonso y Lambán examinan los diversos argumentos que llevaron al Congreso a esta conclusión y los rechaza uno por uno, por estimar que se basan en opiniones particulares o en principios falsos. Asimismo, rechaza otros argumentos que suelen aducirse contra este tipo de adopción, y que no fueron recogidos en el Congreso. La adopción responde al principio de la libertad humana en el adoptante, de cuya voluntad y conformidad del adoptado es producto natural y espontáneo. Por todo ello y porque la experiencia ha demostrado que no produce los peligros apuntados por sus detractores, el autor propugna se acepte en un futuro ordenamiento de nuestro Derecho civil aragonés la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos. Eventualmente, para garantizar los derechos de los hijos, podría exigirse el consentimiento de éstos a la adopción o bien la intervención del Consejo de Parientes o del Juez. El autor termina su estudio

manifestando el abandono en que ha caído este tema desde el Congreso de 1880, y recalando se trata de la adopción aragonesa, concebida para Aragón y para sus especiales supuestos.

El trabajo siguiente que aparece en este sumario se debe a don Francisco Iranzo Villacampa, y tiene por título «Algunas notas sobre la limitada responsabilidad del heredero aragonés». El artículo 44 del vigente Apéndice establece que «la herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario. El autor examina los sistemas sucesorios romano y germánico, así como el sistema aragonés de los Fueros y Observancias y las opiniones de los principales tratadistas de nuestro Derecho. De todo ello, concluye que el usar en Aragón la expresión «beneficio de inventario» no es correcto, siendo sólo admisible por la semejanza que presenta el heredero aragonés con el heredero romano que acepta a beneficio de inventario. En Aragón nunca existe la confusión de patrimonios ni, por tanto, el beneficio de inventario, que no es sino excepción a una regla general en Aragón inexistente. Por eso, no es preciso hacer inventario y es inaplicable el Código Civil.

Aparecen a continuación dos trabajos firmados por don Miguel Morer Pérez. El primero de ellos, «Los arrendamientos de pastos y la costumbre contra legem», examina una institución consuetudinaria del alto Pirineo, los arrendamientos de pastos, comparándola con los diversos textos legales que regulan esta materia, llega a la conclusión de que, desde la Ley de 28 de junio de 1940, ha existido una costumbre «contra legem», que puede subsistir a pesar del decreto de 8 de enero de 1954. El segundo trabajo, «Sobre el artículo 39 del vigente Apéndice», presenta un caso práctico con sus distintas soluciones, antes y después de la promulgación del Apéndice, mostrando las anomalías que ocasiona la oscuridad del artículo 39 y propugnando la supresión de la regla 4.^a y la mejora del resto del artículo.

El siguiente trabajo es debido a don Juan Muñoz Salillas y lleva el título «El Consorcio Foral, una institución que desapareció del Apéndice vigente y que no debe llevarse al que se proyecta». Se trata de un completo estudio sobre esta institución, residuo de las trabas impuestas en el antiguo Derecho para la libre disposición de la propiedad. El autor desarrolla el concepto y naturaleza del consorcio, el modo por el que se iniciaba, personas entre quienes tenía lugar, bienes no sujetos, efectos y disolución. Siguiendo a Lorente Sanz y Martín Ballesteros, analiza los problemas de Derecho transitorio que planteó su derogación por el vigente Apéndice. El autor aplaude esta derogación y propone al Consejo de Estudio de Derecho aragonés no incluya de nuevo el Consorcio Foral en el nuevo Apéndice, por considerarlo contrario a la libertad civil y un absurdo en la legislación aragonesa.

El último de los estudios se refiere al Consorcio consuetudinario de gananciales, y tiene por autor a don Joaquín Sopena Tomás. En numerosas capitulaciones ribagorzanas se encuentra un pacto por el que los contrayentes «se acogen al régimen consuetudinario de gananciales». El autor de este estudio trata de fijar el alcance de esta expresión. Rechaza la interpretación de Costa, que haría de este aspecto una mera

rutina, para estimar que se trata de un régimen económico matrimonial diverso del legal aragonés, una variedad del que fijaron para el reino los viejos fueros. Se diferencia fundamentalmente por el distinto carácter privativo o común de los bienes, que en la sociedad consuetudinaria depende exclusivamente de la época y causa de adquisición, mientras que en la legal hay que atender fundamentalmente a la naturaleza de aquellos. Tampoco hay que confundir este régimen con el del Código Civil, a pesar de la similitud en su designación; lógicamente, debe presumirse que los capitulantes han pactado el régimen de ganaciales que de antiguo se practica en su comarca, no el de una ley ignorada por ellos y a la cual, en este punto, no están sometidos. El autor enumera dos causas principales que motivan este pacto, la proximidad de Cataluña y lograr un régimen de equidad frente a las cláusulas de reversión que acompañan a las aportaciones de los contrayentes. El consorcio consuetudinario precisa pacto para su existencia, pues la costumbre que lo ampara es meramente permitiva e interpretativa. Para establecer el carácter de los bienes fija el autor una regla general: el capital propio y determinado de cada cónyuge debe subsistir, sustituyéndose en él los bienes, pero permaneciendo la masa total invariable. A esta regla acompaña la presunción del carácter ganancial de los bienes adquiridos onerosamente durante el matrimonio. La administración y disposición de los bienes, la continuación de la sociedad, su disolución y liquidación están sujetas, a falta de pacto especial, a las mismas reglas que el consorcio legal regulado por el Apéndice al Código Civil. Por nacer esta sociedad de un pacto capitular, no podrá ser modificado sin los requisitos del artículo 58 del mismo Apéndice.

Publica a continuación el Anuario, con el título «Resumen de una gestión», una completa relación de los trabajos aprobados por el Consejo en el decenio 1942-52, ordenados por don Juan Muñoz Salillas con un criterio científico.

«La Crónica de Jurisprudencia» recoge y commenta numerosas sentencias de interés especial en materia foral, y se debe a don José Lorente Sanz. Por último, publica el Anuario un resumen de las actividades del Consejo y una larga sección de bibliografía.

C

CASTAN TOBEÑAS, José y CALVILLO MARTINEZ DE ARENAZA, Julio:
«Tratado Práctico de Arrendamientos Urbanos». Tomo I, Parte General,
Madrid 1956, Instituto Editorial Reus, 372 páginas.

La derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 dió lugar a una copiosísima bibliografía, índice elocuente de la vital importancia de los intereses objeto de su regulación, pero sin que esa abundancia significara, en todo caso, calidad científica. Las obras generales que se publicaron se orientaban casi siempre en alguna de estas direcciones: a) exegética, con miras exclusivamente prácticas (entre las más manejadas, las de Bellón, Santos Pastor y Fuentes Lojo); b) de construcción científica de ciertos

vuelos (por ej. la de Condomines); c) de cuidada elaboración doctrinal (el Tratado —desgraciadamente inacabado— de Cossío y Rubio, y, a cierta distancia, el de García Rojo, apreciable por tantos motivos). En cuanto a las Revistas, no debemos silenciar la modesta, pero meritoria labor orgánica y sistemática desarrollada por «Pretor».

He aquí que, recién promulgado el texto articulado de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, se nos anuncia la aparición de este Tratado del maestro Castán, Presidente ilustre de nuestro más Alto Tribunal, y del Abogado Fiscal señor Calvillo. Sin perjuicio de completar el juicio una vez que se publique el segundo tomo de que constará la obra, debemos anticipar que, por el contenido de lo ya publicado, debe ser adscrita a la tercera de las direcciones apuntadas, pues se trata de un logrado intento de total elaboración de la materia arrendaticia urbana en la pluralidad de sus aspectos, doctrinal, legislativo y jurisprudencial; acaso, apurando el juicio, diríamos que es superfluo el calificativo de «práctico» aplicado a este Tratado, pues no existiendo una separación tajante entre la teoría y la práctica, un Tratado rectamente concebido —como el que reseñamos— debe prestar también atención a este aspecto.

Este primer tomo se ocupa de la Parte General, exponiéndose la materia en estos cuatro títulos: Fuentes del Derecho arrendaticio, Naturaleza de las normas del Derecho arrendaticio urbano y límites de los derechos que las mismas reconocen, Ambito de aplicación del Derecho arrendaticio urbano y Tipos legales de arrendamientos de fincas urbanas.

A juicio de los autores «al no ser este ordenamiento sino una zona acotada dentro del vasto campo del Derecho civil, las fuentes de aquel derecho, abstractamente consideradas, no pueden diferir, en su ausencia, de los varios modos de exteriorizarse los preceptos que integran el Derecho común. Pero la existencia, por un lado, de un conjunto de reglas jurídicas especialmente promulgadas para disciplinar la relación arrendaticia urbana y, por otro lado, las particularidades que puede ofrecer la aplicación de tales reglas, aconsejan hacer objeto de un tratamiento previo el estudio de las fuentes» (página 5).

De acuerdo con estas ideas, se ocupan de los antecedentes legislativos (para los más remotos, muy brevemente tratados, echamos en falta el excelente estudio de Aragoneses y Pascual, acerca de «La vigente Ley de A. U. y nuestro Derecho histórico», ADC, IX-1º, páginas 33 y ss.); del derecho actualmente vigente, con un detallado estudio de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y del texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril 1956 (destaca por su interés el tema de las relaciones entre ambos, con trascendencia práctica: pág. 46); en las disposiciones complementarias posteriores no han podido tenerse en cuenta el Decreto de 26 julio 1956 del Ministerio de Justicia (B. O. del 12 de septiembre) que desarrolla los artículos 98-1 y 102 del texto articulado, ni el Decreto-Ley de 14 septiembre 1956 (B. O. del 26) que fija nuevo plazo para las notificaciones a que se refiere el párrafo 2º de la disposición transitoria 8.ª del mismo. Señalemos, por último, el estudio de la analogía (art 8) y del alcance del Derecho común (la nueva ley, dicen, es una regulación fragmentaria y llena de lagunas de ciertas manifestaciones típicas del arrendamiento de fincas urbanas», página 62;

siguen las orientaciones de Cossío y Rubio y de la jurisprudencia anterior). Este título se cierra con unas indicaciones bibliográficas, nacionales y extranjeras, de obras generales. «Las normas objeto de nuestro estudio —nos dicen los autores, página 72— ofrecen tres características que, reunidas, definen su naturaleza. Son, en primer lugar, normas de derecho excepcional, singular, irregular o anómalo. Son, en segundo término, normas de carácter predominantemente imperativo o necesario.» En el título segundo se desarrollan estos caracteres, destacándose el estudio del ámbito de la autonomía privada en relación con el arrendamientos de viviendas sumptuarias. Se finaliza con un capítulo dedicado al abuso del derecho, hoy legalmente previsto en el artículo 9 de la ley, aconsejándose a los Tribunales «mucha prudencia» en el manejo del mismo (página 118).

El título tercero es el de mayor extensión y, acaso, el de mayor trascendencia práctica, pues muy frecuentemente se discute ante los Tribunales si un contrato queda o no excluido de la ley especial (con las consecuencias que ello arrastra en orden a prórrogas, retractos, etc); por ello ofrecen subido interés las cuestiones referentes a unidad o pluralidad contractual, a la complejidad de la relación arrendaticia, a los contratos únicos con pluralidad de objeto, a los arrendamientos excluidos (de temporada, sometidos a leyes especiales). También ofrecen interés las cuestiones de Derecho transitorio o las referentes a la condición del extranjero ante la LAU.

El título cuarto nos da los caracteres que definen al arrendamiento de viviendas y al de local de negocio, objeto fundamental de la regulación legal.

La obra posee todas las cualidades que adornan los trabajos de Castán (claridad expositiva, documentación completa), y se tienen en cuenta las orientaciones jurisprudenciales anteriores que son aprovechables (de aquí su utilidad para el abogado en ejercicio). Pero incidiríamos en un insopportable tópico si dijéramos solamente «que viene a llenar un hueco». Su misión es más elevada: sienta las bases para un tratamiento científico del arrendamiento urbano, cerrando el paso a tantos comentarios intrascendentes —cuando no desorientadores— que nunca debieron ver la luz.

Gabriel GARCIA CANTERO

CAVARE, Louis: «La protection des droits contractuels reconnues par les etats à des étrangers à l'exception des emprunts». Cuadernos de la Cátedra «Dr. James Brown Scott, Universidad de Valladolid, 1956. 135 pesetas.

El conflicto mundial creado por la nacionalización por Egipto de la Compañía del Canal de Suez concede extraordinaria actualidad a las conferencias del profesor Cavaré de la Universidad de Rennes en el Curso de Verano de Vitoria de 1955, y que ahora —muy pulcramente por cierto— edita la Universidad de Valladolid. Además, al tratarse de un tema

que afecta también al Derecho interno, creemos que puede interesar a los lectores del Anuario.

Se trata de los contratos suscritos entre un estado y personas (individuales o colectivas) extranjeras, generalmente concesiones de servicios públicos. El estado suele actuar como persona de derecho público, y por ello el vínculo contractual se establece entre «une personne du droit de gens et des individus considérés habituellement comme sujets du droit interne»; pero ocurre a veces que el estado a que pertenecen esos individuos interviene para protegerles, y así la cuestión se complica extraordinariamente.

El tema —advierte el profesor Cavaré— es fronterizo; el derecho interno (administrativo o civil) del estado contratante se arroga la competencia para disciplinar el contrato; el derecho internacional sólo interviene de hecho cuando el otro estado incumple sus obligaciones contractuales; entonces el conflicto puede producirse.

La teoría de la protección sostiene que el extranjero goza, en tal caso, de una situación jurídica más privilegiada que la común, pues puede invocar el derecho adquirido (terminología que se reconoce defectuosa). Otra teoría sostiene que, en cierta medida, el individuo es sujeto de derecho, o persona de derecho internacional. El autor piensa que no se trata sino de una prolongación de la protección internacional al derecho de propiedad, que es uno de los derechos humanos que como mínimo protege el Derecho Internacional público.

Prácticamente, se trata de asegurar la protección de los derechos contractuales; se distinguen dos hipótesis: caso de actuación claramente ilícita del estado, y caso en que las medidas adoptadas, perjudiciales para el particular o compañía privada, son dudosamente lícitas (nacionalizaciones).

La primera parte de la obra se ocupa del primero de los supuestos indicados; la jurisprudencia internacional ha declarado reiteradamente que «l'Etat doit réparer le dommage causé» (vide por ej. la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia intern. de 13 septiembre 1928 sobre el caso Chorzow); el autor distingue según que la actividad ilícita provenga del mismo gobierno que realizó la concesión (en cuyo caso queda obligado a indemnizar), o de otro gobierno que le suceda (las soluciones no coinciden en la doctrina y en la práctica).

La segunda parte es la que tiene mayor interés. Se trata de saber hasta dónde llega la autonomía de la voluntad del estado, y las situaciones que se plantean son harto delicadas sobre todo en materia de nacionalizaciones. ¿Puede un estado, a consecuencia de transformaciones profundas de su vida social o política, o de un cambio de perspectiva para satisfacer nuevas concepciones del interés público social, elaborar una legislación que conduzca a anular los contratos concertados con extranjeros? ¿Puede, en estas circunstancias, modificar las condiciones de organización y funcionamiento de las concesiones, o negar a los concesionarios su modificación por alteración de las circunstancias?

El Instituto de Derecho Internacional define así las nacionalizaciones: «Trasferencia al estado por acto legislativo, en interés público, de

ciertos bienes y derechos privados, para su explotación y control por el estado o para un nuevo destino que le será dado por éste.»

La licitud de la nacionalización, dice Cavaré, aparece muy dudosa en el Derecho Internacional público. El autor examina lo sucedido en casos concretos, fijándose especialmente en lo ocurrido en el caso de la «Anglo Iranian Oil Company», cuya historia minuciosa narra. Después de negociaciones bilaterales que no tuvieron éxito, de los buenos oficios de los Estados Unidos, del recurso por parte de Inglaterra al Tribunal Permanente de La Haya y al Consejo de Seguridad de la ONU, la cuestión tuvo que resolverse por medio de nuevas negociaciones bilaterales que culminaron en el acuerdo de 12 de agosto de 1954 en el que se reconoce la nacionalización efectuada por Persia.

A falta de una doctrina sentada por órganos de justicia internacional, el autor se pregunta si no será posible acudir a los precedentes internacionales y jurisprudenciales existentes en materia de protección del derecho de propiedad. Por su parte, estima poder sentar estas reglas: 1.º) La nacionalización debe considerarse como algo excepcional; el procedimiento normal de derecho interno para poner fin a una concesión es el rescate. 2.º) La nacionalización debe someterse a reglamentación en sus motivos, en el procedimiento y en la indemnización que siempre debe ser acordada. 3.º) Debe imponerse la intervención obligatoria de los Tribunales internacionales en caso de discrepancia.

Concluye el autor diciendo que en materia de nacionalizaciones el Derecho internacional público aparece como desbordado por la soberanía de los estados; la protección acordada a los derechos contractuales es escasa, limitándose a evitar las confiscaciones o la arbitrariedad.

G. G. C.

GARRIGUES, Joaquín: «*Curso de Derecho Mercantil*», Tomo I (Segunda edición revisada y puesta al día por Evelio Verdera). Madrid, 1955, 880 págs.

La conocida personalidad del profesor Garrigues y su indiscutida autoridad en el campo del Derecho mercantil, hacen innecesaria cualquier referencia a ellas. Tampoco hemos de detenernos demasiado en recalcar la significación que tuvo la aparición de su «Curso» en los estudios del Derecho mercantil en España. Su autor presentaba esta obra con modestia y sencillez, como un libro universitario que pretendía hacer una exposición del Derecho vivo, el que se aplica en la práctica, sin abandonarse a problemas puramente constructivos ni a disquisiciones innecesarias, mostrando al mismo tiempo el deseo de ser el «punto de partida para la renovación de nuestros estudios jurídico-mercantiles, hoy casi sustituidos por el esfuerzo de los traductores».

La magnífica exposición del Derecho mercantil que este libro representa, en el que con claridad y precisión se desarrollaban los más importantes problemas a que la interpretación del Código y de la legislación

complementaria daba lugar, no podía pasar desapercibida fuera del campo universitario. De aquí que el «Curso» no sólo se agotara rápidamente y que su consulta se hiciera precisa para los profesionales del Derecho, sino que comenzó a inspirar en gran manera a la Jurisprudencia, la cual aceptó en muchas ocasiones sus soluciones, dado el criterio realista y de justicia en el que estaban inspiradas. Y si en el campo profesional del Derecho y ante la Magistratura, el «Curso» de Garrigues adquirió una autoridad y un prestigio muy elevados, no fué menor en el campo científico y en el universitario. El ejemplo vivo que representaba este libro, de cómo pueden ser elaboradas científicamente las instituciones jurídico-mercantiles, influyó de modo inequívoco para dar un impulso a los estudios de Derecho mercantil en nuestra patria, que, como hacía notar el propio Garrigues, en el momento en que aparecía el libro estaban «casi sustituidas por el esfuerzo de los traductores». A este resurgimiento, marcado por el libro de Garrigues, y al desarrollo que han tenido en nuestra Patria los estudios de Derecho mercantil, hacía referencia Girón Tena, no hace mucho, al dar una visión de síntesis de la doctrina y de la legislación mercantil españolas en los últimos años, en la Revista alemana de Derecho mercantil que dirige J. von Gierke (v. «Ueberblick über die Doktrin und die spanische Handelsrechtsgesetzgebung in der Jahren 1936-1953», en «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht», 117 (1954), pág. 119). Pero esta valoración justamente elogiosa del significado del «Curso», no sólo se hacía con la perspectiva de unos años, sino que, con motivo de su aparición, Polo realizó, en una cuidada nota (v. «Hacia la renovación de los estudios jurídicos-mercantiles», Rev. Der. Priv., 1941, págs. 216 y ss.), y en forma previdente precisa apreciación del alcance que este libro habría de tener en la bibliografía jurídico-mercantil española. Dividía ésta en tres momentos —siglos XVI-XVIII, siglo XIX, (1829-1885) y literatura jurídico-mercantil contemporánea (1885-1941)— y marcaba en este último, otros tres apartados, de los cuales en los dos primeros recogía a los comentaristas posteriores al Código de comercio de 1885 y a los tratadistas y comentaristas del primer tercio del siglo XX, dejando el último para señalar el momento renovador de los estudios jurídicos-mercantiles a la cabeza del cual estaba Garrigues y cuyo «Curso» representaba el primer hito fundamental. Polo justificaba esta afirmación haciendo notar la excelente calidad de la obra, teniendo en consideración su método de investigación, el sistema de exposición, la riqueza de su contenido y la concisión y claridad con que éste aparece tratado. También recordaba el juicio que el gran mercantilista Mossa había manifestado del «Curso» de Garrigues, colocándole entre los mejores tratados europeos de Derecho mercantil. Este beneficioso impulso que la publicación de esta obra produjo en el campo científico, jurisprudencial y profesional, también se hizo sentir, necesariamente, en el campo legislativo, en el que se han producido algunas reformas importantes, de todos conocidas, y en las que siempre ha tenido particular importancia la actuación de Garrigues.

A pesar de que el «Curso» se agotó al poco tiempo de ser publicado, su autor, como explica en el prólogo de esta segunda edición y ya lo había hecho en el de las «Instituciones» el año 1943, no juzgó conveniente en-

tonces una segunda edición de esta obra, dedicando para los estudios universitarios una reducción de ella, que siguiendo el ejemplo de Martí de Eixalá, la denominó «Instituciones de Derecho mercantil», al mismo tiempo que comenzó la preparación de una exposición más amplia y documentada de esta materia, para la edición de un «Tratado», cuyo primer tomo, que comprendía tres volúmenes dedicados a la empresa, comerciante y sociedades, se publicó en 1947, y su segundo tomo, que abarca toda la materia de los títulos-valores, ha aparecido casi contemporáneamente a la segunda edición del «Cursi». Pero dado el desdoblamiento de la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad Central y la división de la materia en dos cursos, Garrigues ha creído conveniente que se redactara esta segunda edición, que indudablemente ha de ser bien acogida por los estudiosos del Derecho mercantil.

Una particularidad notable de esta edición es que no ha estado a cargo del propio Garrigues, sino que ha confiado la labor de revisión y de ponerla al día a Verdera, uno de los positivos valores de la actual generación de mercantilistas. La tarea de revisión de una obra de la calidad del «Curso» entraña una serie de dificultades graves, que se referían no sólo a coger el estilo claro y preciso con el que esta obra está redactada, sino también en cuanto a que desde la fecha de aparición del «Curso» —y precisamente por la evolución de los estudios que él mismo ha promovido— se habían producido novedades importantes tanto en materia de empresa como en la de sociedades. Pero puede decirse que esta misión ha sido brillantemente desarrollada por Verdera, que ha sabido estar a la altura de las circunstancias, poniendo de manifiesto sus reconocidas cualidades de jurista.

Su labor de revisión ha alcanzado a todos los capítulos de la obra, en los que ha puesto al día la indicación bibliográfica que los precede y ha añadido algunas referencias a la jurisprudencia. Pero en algunos capítulos su revisión ha sido más a fondo, sobre todo cuando venía impuesta por cambios legislativos. Por otra parte, hemos de hacer notar que Verdera ha puesto especial empeño, por medio de un trabajo inteligente, en mantenerse fiel al pensamiento de Garrigues, no sólo conservando esencialmente la estructura de la primera edición, sino también incorporando al texto las opiniones que había formulado posteriormente a la publicación del «Curso». Así, por ejemplo, Garrigues en su «Tratado» rompió con el plan pandectístico que había seguido en el «Curso», y esta ruptura se recoge en esta segunda edición en la que la empresa no se estudia con las «cosas mercantiles», sino antes de ocuparse del comerciante y las sociedades. Lo mismo sucede con el concepto del Derecho mercantil al cual está dedicado al capítulo primero; en él, Verdera recoge la concepción elaborada en el «Tratado» sobre el Derecho mercantil de las empresas, que en la primera edición Garrigues únicamente había apuntado. Igualmente, se recoge en ese apartado la crítica a la consideración del Derecho mercantil como Derecho del capitalismo, que Garrigues había manifestado en su conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español de Roma sobre «La crisis del Derecho mercantil contemporáneo», de la que dimos cuenta en este ANUARIO (V. Tomo VII (1954), págs. 486 y ss.)

En todos los capítulos va haciendo esta revisión, y recogiendo, por otra parte, las novedades legislativas. Pero donde su tarea ha sido más completa es en la parte de sociedades. Aparte del cambio de plan que representa haber tratado en un capítulo único, junto con la sociedad comanditaria, la comandita por acciones, cooperativas y las formas sociales de uniones de empresas, puede decirse que son completamente nuevos los extensos capítulos dedicados a la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y, en gran parte, de disolución, liquidación y fusión de sociedades. En ellos hace una magnífica exposición, dentro de un cuidado sistema, de esta parte del Derecho de sociedades, teniendo en cuenta las leyes de sociedades anónimas y la de responsabilidad limitada.

La parte referente a los títulos-valores es la que relativamente está menos afectada por esta revisión. Unicamente hemos de señalar que a este primer tomo han sido incorporados los dos capítulos referentes al cheque, que en la anterior edición estaban incorporados en el segundo. También es de destacar que se han suprimido, seguramente con la finalidad de no hacer excesivamente amplio este tomo, las referencias al Derecho uniforme cambiario.

Fernando CANCHEZ CALERO

GIRON TENA, José: «La transmisión intervivos de participaciones en la S. R. L.»; conferencia pronunciada en la Universidad de Deusto el 17 de abril de 1956, 28 págs. Bilbao.

Dentro de los estrechos moldes de una conferencia, el ilustre mercantilista de la Universidad de Valladolid, y actual Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, ha desvelado los problemas que entraña el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (para el régimen anterior, pueden verse: Solá Cañizares, artículo sobre «Cuotas de sociedad de responsabilidad limitada» en la N. E. J. E.; ídem «La transmisión de las cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada», ADC, IV-1.^o, págs. 32 y ss.).

El tema, nos dice, es minúsculo dentro del Derecho de Sociedades, pero no deja de ser interesante porque a su alrededor se desencadena más significativamente la lucha de intereses que, como en potencia, está en la naturaleza híbrida de la S. L.

Todo el tema gira alrededor del artículo 20 de la ley —y aquí estriba el subido interés práctico que nos permitimos destacar en esta conferencia— cuyo párrafo 3.^o contiene una norma de índole general o de principio, refiriéndose los restantes al régimen concreto de la transmisión de las participaciones.

En la primera parte de su conferencia, el profesor Girón se ocupa de los problemas dogmáticos, de política jurídica y técnicos de índole general. Dogmáticamente, en la transmisión de las participaciones sociales está implicado el tema del alcance de las vinculaciones obligacionales; en las sociedades de tipo personalista, se piensa en un tiempo definido de vinculación del socio, pero si se establece un plazo indefinido, se atempera este

rigor con el derecho de denuncia del socio; en las sociedades de tipo capitalista hay una vinculación indefinida, de carácter corporativo, con su régimen establecido en un estatuto a manera de constitución, que es alterable por una decisión mayoritaria, pero atemperándose con la transmisibilidad de las acciones. Es decir, que transmisión, separación y denuncia del contrato de sociedad son tres instituciones diversas, pero funcionalmente cumpliendo el mismo fin en la arquitectura de los tipos de sociedades. ¿Cabe el pacto prohibitivo de la transmisión? Estima que sí, en el caso de que este pacto se combine con la facultad de denuncia del socio, o con un régimen de separación previsto cautelarmente en la escritura, pues entonces la finalidad de la ley se cumple. Al analizar el aspecto político-jurídico, o de los fines del legislador, se ocupa el autor del Derecho comparado, cuya verdadera significación a veces se desconoce en este punto, concluyendo que se trata de evitar que se desmarque el tipo de sociedad, y, en el orden privatístico, mantener el «*intuitus personae*»; ello se logra, fundamentalmente, con dos técnicas: la de la autorización y la de la adquisición preferente; este último sistema es el seguido en la Ley española, la cual, si bien no tiene en este punto antecedente ninguno en ningún derecho vigente, sí lo tiene en el proyecto italiano de D'Amelio —que no llegó a ser ley— de 1925, inspirado a su vez en el de Vivante de 1921 (Observemos que en el Derecho español proyectado, también la fórmula del derecho de tanteo tiene el antecedente del artículo 14 del Proyecto de Roig y Bergadá; en la doctrina anterior a la Ley, vide Sola «La transmisión de las cuotas...» cit. pág. 53, en donde se propone, en caso de transmisión «un derecho de tanteo a los demás socios para adquirir las cuotas por su valor real apreciado por peritos»). A juicio de Girón, en la redacción del artículo 20 aparece latente la idea de unas preocupaciones contra el sistema de autorización que aparece implícito; en el párrafo 3.º de dicho artículo se permite cualquier otro sistema de control pues lo único vedado es la prohibición total de transmisibilidad de las participaciones, silenciándose la posibilidad del pacto de libertad, que hay que entender que es lícito.

En la segunda parte se ocupa al autor del régimen de las transmisiones: en cuanto a los supuestos de aplicación del derecho de tanteo, plantea la cuestión de si se dará en los supuestos de transmisiones a título limitado y en la transmisión fiduciaria; examinando el requisito de la comunicación por escrito dirigido a los administradores, llega a la deducción de que se trata de una oferta contractual, por lo cual ese derecho denominado por la ley de tanteo, no es un tanteo, sino «una prelación de compra autónoma respecto de la transmisión a tercera persona» (pág. 21); el contenido de esa comunicación plantea el problema de la individualización del negocio de transmisión, no resuelto en la ley; partes en el llamado derecho de tanteo no son el socio o los consocios considerados individualmente, sino todos ellos o la sociedad con un apoderamiento preceptivo al administrador, y la persona del transmitente; la fijación del precio de la transmisión se hace por peritos —arbitraje impropio— y cuya decisión es impugnable si quebranta la equidad o por los vicios que invalidan los negocios; finalmente, las sanciones del párrafo 4.º también suscitan algunos problemas.

¿Es bueno o malo el sistema español?, se pregunta el profesor Girón a modo de conclusiones. La contestación casi es innecesaria, contesta, porque el régimen legal del artículo 20 está concebido como correctivo del sistema de autorización, que no se menciona, pero que se autoriza implicitamente en su párrafo 3º. En todo caso, advierte, hay que tener cuidado, no sea que buscando el sistema de la autorización por la vía de la jurisprudencia cautelar, se tropiece con los inconvenientes que el derecho comparado muestra.

En resumen: un tema sugestivo, expuesto con gran profundidad, que interesará, desde luego, a los mercantilistas, pero que también debe preocupar a los civilistas por la incidencia de ese extraño tanteo incrustado en la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

G. G. C.

SEREANO Y SERRANO, Ignacio: «El contrato a favor de persona por designar, hasta la primera mitad del siglo XIX»; Discurso de Apertura del Curso 1956-57 en la Universidad de Valladolid, 88 páginas.

Cuando en 1942 —comenzó diciendo el ilustre civilista de la Universidad vallisoletana— se publica el Código civil italiano, representó un tema sugestivo y moderno el del contrato a favor de personas por designar que aparecía por vez primera regulado en un cuerpo de derecho sustantivo civil, al ser recogido en el libro de Obligaciones, artículos 1.401-1.405; pero la investigación demuestra que tal modalidad de contrato es muy antigua y ha sido históricamente quizás tan elaborada como pueda serlo, aunque con técnica actual, por los escritores modernos. El autor delimita el tema del Discurso en la forma que se desprende del título.

Para Vignalí, contrato a favor de personas por designar es aquel por el cual, quien tiene capacidad de contratar, estipula para un tercero con la reserva de designarlo y prometiendo su ratificación; pero si la designación y la ratificación llegan a faltar, el negocio permanece concluido por aquel que hizo la oferta; sin embargo, si se producen la designación y la ratificación, resulta eficaz el contrato para el tercero designado, y con efectos desde la fecha del mismo contrato, presumiéndose la preexistencia de un mandato de adquirir conferido por la persona designada en favor del declarante.

Se ocupa luego el autor de la terminología empleada en los derechos frances, belga, suizo, alemán, italiano, portugués y español, y en los prácticos, especialmente Favre, que es autor de las líneas más acertadas sobre el origen y naturaleza de la institución.

El Derecho Romano no conocía esta forma de contratar, si bien en algunas instituciones pueden encontrarse puntos de coincidencia con ella (por ejemplo, *«stipulatio mihi aut cui volamus»*; posibilidad para ciertas personas de dar otro nombre en los contratos).

El contrato a favor de persona por designar nace en Francia para luchar contra la tributación feudal, y en Italia con finalidades de tipo mercantil; lo conoce ya Baldo de Ubaldis, difundiéndose entre los comerciantes ita-

lianos, y en Francia lo propagan ampliamente los estudios de Dumoulin y Favre, y por influjo de este último pasó a Suiza, citándose la ley y estatutos del cantón de Vaud de 1613 que regulan el contrato «pour soi et son nommable».

Son varias y diversas las causas de esta forma de contratar (pudor de acudir a las subastas, temor de no llegar a rematar, ocultación de las condiciones personales para evitar altos precios, evitación del pago de un segundo tributo, defraudación a los propios acreedores, pactos de «non licitando», etc.), debiendo destacarse el uso que se hace de ella en la actualidad por los especuladores de terrenos que compran para revender en parcelas.

Según Enrietti, el funcionamiento práctico del contrato se resume en las siguientes facetas: a) la adjudicación se hacía a la persona que había hecho la oferta con la reserva de elección de amigo; b) con la designación del amigo los efectos del contrato venían a producirse, ex tunc, en cabeza del dicho amigo; c) esta retroactividad de la «electio» hacía que la adquisición del estipulante venía a desaparecer ex tunc, y d) si no se hacía la «electio» o se hacía irregularmente, los efectos de la adquisición permanecían definitivamente en el adjudicatario estipulante.

Se discutió ampliamente si el elegido quedaba, a pesar de la «electio», sujeto al pago del precio, y si el electo podía ser molestado por pretendidos derechos de acreedores personales del elegido. Frente al Fisco de entonces —los Derechos señoriales— esta modalidad de contrato no causaba dos transferencias sino una, pero en el terreno del Derecho civil la cuestión no fué pacífica; Favre mantuvo la vinculación del estipulante al pago del precio, pero Voet sostuvo la tesis contraria, que prevaleció. El estipulante es parte contratante hasta la «electio», para evitar que en algún momento fuera incierta la propiedad; si no hace o hace irregularmente la «electio», el estipulante es el definitivo contratante.

El plazo en el que debe ser hecha la «electio» suele ser de cuarenta días o de un año, pero hay plazos más breves.

El profesor Serrano y Serrano estudia las siguientes condiciones de ejercicio de la elección de amigo: A) El elegido no debe haber realizado anteriormente actos de propietario (la elección debía hacerse *crebus integris*; pero esta doctrina no se interpretó estrictamente). B) El elegido no debe realizar actos de propietario al designar «commando». C) La designación de «commando» ha de hacerse pura y simplemente y en las mismas condiciones que la adjudicación. D) La denominada «electio amici sucesiva», o designación por un tercero distinto del estipulante, en el sentir de Enrietti no se planteó históricamente. F) La forma de la «electio» ha variado, exigiéndose progresivamente formalidades más rigurosas. G) La aceptación del «electus» cuando es necesaria puede llevarse a cabo, unas veces, sin sujeción a forma, y otras se exige que se haga en el acto mismo de la subasta o en documento auténtico. H) La cuestión de quién puede ser designado en la «electio» se resuelve diversamente según la opinión que se tenga de la naturaleza jurídica de esta forma de contratar.

El contrato por persona a designar empezó en las subastas públicas y pasó a las ventas privadas, a los contratos que implicaban una trasferencia,

al arrendamiento de cosas, a los contratos preparatorios (opción o promesa de venta o de arrendamiento); pero no podía usarse esta cláusula en los negocios jurídicos «intuitu personae», ni en el seguro de daños.

Uno de los capítulos más interesantes es el relativo a la naturaleza jurídica de este tipo de contrato; aunque modestamente dice que «no pretende agotar las explicaciones dadas históricamente de la figura jurídica estudiada», lo cierto es que la enumeración que hace de las teorías que se han sustentado es francamente exhaustiva.

Algun autor, como el práctico Juan Faber, dijo que esta figura era contra derecho. En Suiza se decía que el electo era un coadquirente. Se acudió también al expediente de considerar que los actos realizados incontinenti formaban un solo todo único. Otros decían que la elección de amigo o la declaración de «command» tenían mera trascendencia declarativa. Se pensó en el negocio fiduciario porque el vendedor se entrega a la fe del comprador con la reserva de elegir «command». Algunos vieron analogía con la emisión de una letra de cambio. Analogía con la moderna figura de las estipulaciones en favor de tercero es la de quienes acudían a la estipulación de otro, sin tener de él mandato, quedando obligado él mismo y prometiendo que el tercero ratificará. En la ley francesa de 13 de septiembre, refundida el 16 de octubre de 1791 se habla de subrogación en lugar del adquirente que haya hecho la declaración de elección de amigo. En contadas ocasiones se alude a figura de la condición resolutoria en el derecho del eligente y suspensiva de la adquisición por el designado. En los países del «nantissemens» estuvo muy difundida la doctrina de la trasmisión del derecho a recibir la tradición. La explicación que prevaleció fué la de obrar en nombre o por encargo de otra persona, pudiéndose distinguir aquí los que ven en el estipulante un nuntio del designado, los que ven un mandatario o los que acuden a la teoría de la representación, entonces no totalmente conocida sino meramente atisbada; aunque la explicación del mandato es la que encuentra más predicamento, no deja de tener puntos sin explicación.

El profesor Serrano y Serrano terminó su docta lección con estas palabras: «El contrato a favor de persona por designar bien merece que se le estudie echando mano de la dogmática moderna, que en cuanto ha sido posible hemos eludido, dando al presente trabajo un carácter de estudio histórico que Dios mediante pueda servirnos de hito inicial para un estudio más completo, proyectado sobre el derecho actual en general y sobre el español en particular».

Lo publicado ya es un modelo de investigación histórica, y una prueba de la fecundidad de este método, rectamente aplicado, para el Derecho privado. Sólo nos resta esperar vivamente esa «ulterior» elaboración que nos promete.

G. G. C.

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

AGUDO FREYTES, Esteban: *El juez Paul Magnaud*.—RDLC, año XLV, números 542-543; págs. 151-155.

Examen de las ideas del juez francés, sobre todo en lo referente a la espiritualización del Derecho y a los derechos naturales.

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto: *Abbozzo del diritto tomista*.—IM, año VII, fascículo III, septiembre 1956; págs. 293-315.

Recorrido a través de los influjos e ideas tomistas fundamentales, hecho con una perspectiva no teológica, sino formalmente jurídica.

ALFARO, Ricardo J.: *Reglas generales del Derecho*.—AD, año I, núm. 1, mayo 1955-enero 1956; págs. 23-31.

El artículo 13 del Código civil panameño considera como fuente jurídica las *reglas generales del Derecho*. El autor, en vistas al Proyecto de Código Judicial, ofrece una recopilación de máximas o apotegnias jurídicas.

ALLORIO, Enrico: *Osservazioni critiche sulla sanzione*.—RDCC, año II, número 1, enero-marzo 1956; págs. 1-35.

Defiende la inconsistencia de la noción jurídica de sanción, conclusión que se desprende de la crítica y las opiniones de Benvenuti, Mandrioli y Carnelutti, según los cuales es un elemento esencial del Derecho.

AMERICANO, Jorge: *Cosmopolitismo de São Paulo. Universidade do Direito*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 221-233.

A propósito del centenario de la fundación de São Paulo, escribe un acto de fe en la eficacia de una educación jurídica de la juventud.

(*) Véase, al final de la sección, la clave de abreviaturas.

ANTON A. E.: *The introduction into english practice of continental theories on the conflict of laws.*—IC, vol. V, parte IV, octubre 1956; págs. 534-541.

El autor comenta la influencia en la práctica inglesa de las doctrinas continentales en material de Derecho internacional privado y las causas y posible vía de penetración de esta influencia.

BAUMANN, Jürgen: *Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?*—ACP, tomo CLV, cuaderno VI, octubre 1956; págs. 495-519.

Con referencia al Derecho alemán y a la jurisprudencia, el autor, con claros ejemplos, manifiesta cómo las doctrinas penales sobre la culpa y el *error juris* se van adentrando en el campo del Derecho civil.

BIONDI, Biondo: *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano.*—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 147-170.

La universalidad y perennidad del Derecho romano se debe a que todo él se centra sobre ciertas bases fundamentales: el hombre, la *humanitas*, la libertad, la naturaleza y el *ius naturale*, la tradición, la *aequitas*. Además, el ser simplemente el *ars boni et aequi*.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.*—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); páginas 32-77.

El Derecho privado es el que más claramente presenta su residuo tradicional. Este es el que se investiga en la legislación portuguesa desde fines del 700, y en la brasileña desde la independencia política del Brasil hasta la actualidad.

CANSACCHI, Giorgio: *Qualificazione di fatti o qualificazione di norme.*—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 58-68.

La significación de las expresiones técnico-jurídicas debe hacerse conforme al ordenamiento al que el juez pertenece para delimitar las categorías abstractas de relaciones. Pero estas relaciones jurídicas han de apreciarse como existentes en la vida real, no como previstas en las normas.

CARIOTA PERRARA, Luigi: *Carmelo Scuto.*—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 136-137.

Nota necrológica del profesor de Derecho civil de la Universidad de Poles, fallecido en diciembre de 1955.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*.—RGLJ, año CIV, tomo XXXIII (201), núm. 3, septiembre 1956; págs. 164-199.

Se trata del discurso de apertura de los Tribunales, pronunciado por el autor como presidente del Tribunal Supremo. De su contenido se da cuenta en la Sección de Bibliografía: Libros. En el número reseñado de RGLJ no se publica todo; concluirá su publicación en otro número.

CESARINO JUNIOR, A. F.: *A função social do jurista e a reforma do ensino do Direito*.—RFDSP, vol. I, 1955 (aparecido en 1956); págs. 234-248.

Crítica del Plan de estudios de la Facultad de Derecho de São Paulo y propuesta y defensa de otro con más preponderancia de las disciplinas sociales.

CONDOMINES Y VALLS. Francisco de A.: *Reforma de nuestro Derecho civil sustantivo y procesal*.—RFC, año IV, septiembre-diciembre 1955; páginas 7-28.

Importancia, perfección e imperfecciones de nuestros códigos decimonónicos y necesidad de adaptarlos a la realidad mediante leyes nuevas.

Cossio, C.: *La polémica anti-egológica*.—IM, año VII, fasc. III, septiembre 1956; págs. 386-408.

Se reproduce la respuesta a la crítica que Hans Kelsen dirigió a la teoría egológica del argentino Cossio.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Sobre el Derecho agrario*.—RJD, año XVII, núm. 55, enero-marzo 1956; págs. 158-171.

Relatividad del concepto de autonomía cuando se aplica al Derecho agrario y principios específicos que hay que tener en cuenta a efectos científicos y de legislación positiva.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Justicia divina y justicia humana*.—RGLJ, año CIV, tomo XXXIII (201), núm. 3, septiembre 1956; págs. 153-163.

Ante la insuficiencia de las leyes positivas y de la justicia humana es imprescindible en todo momento la invocación y apoyo en la ley y justicia divinas. Consideraciones sobre esta afirmación incontrovertible.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Justicia divina y justicia humana*.—RJP, año VII, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 87-95.

Es el mismo trabajo aparecido en RGLJ, reseñado en la nota anterior.

DÍAZ DE GUIJARRO: *La fe en el Derecho*.—RDC, año XXVIII (nueva serie), número 1 (98), enero-marzo 1956; págs. 5-19.

Conferencia del autor en el Colegio de Abogados de La Habana en 14-II-1954. Consideraciones generales sobre la necesidad del Derecho en el medio social en relación con la seguridad jurídica.

DIFERNÁN, Fr. Bonifacio: *Utopías y realidad jurídica*.—RGLJ, año CIV, número 1, julio-agosto 1956; págs. 5-44.

La inteligencia absoluta como centro de la vida jurídica vivifica y justifica la normalidad legal. Su efecto próximo es el orden; su efecto remoto, la paz.

ECHEVARRÍA YÁÑEZ, José R.: *Norma jurídica y Derecho subjetivo*.—RJPR, volumen XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-1956; págs. 13-59.

Critica de la noción clásica en torno al derecho subjetivo, aumento de la importancia del deber jurídico a costa de aquél y consideración del mismo como un elemento de la norma, tomando como punto de partida las afirmaciones de Kelsen.

F. S. B.: *Il Codice Napoleone, dopo centocinquant'anni*.—RDDC, año II número 1, enero-marzo 1956; págs. 123-125.

Comentario de conjunto al número de la *Revue internationale de Droit comparé*, dedicado a estudiar el valor y significado intrínseco del Código napoleónico considerado en sí mismo y en su influencia en los Códigos extranjeros.

FERRARA, Francesco: *Giuseppe Valeri*.—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 137.

Noticia biobibliográfica del mercantilista italiano, profesor en Florencia, fallecido en diciembre de 1955.

GIESKE, Dr.: *Reseña de legislación, doctrina y jurisprudencia en la República Federal Alemana en los años 1954 y 1955*.—RAP, octubre 1956; páginas 1017-1042.

Cronica informativa del Derecho alemán en 1954-55 (Alemania Occidental).

IGLESIAS, Juan: *Derecho romano y esencia del Derecho*.—RDP, enero 1956; páginas 3-7.

La esencia del Derecho tiene algo de «misterio». Su descubrimiento sólo puede hacerse por recursos teológicos. Pero el trato con los juristas romanos, que luchan por el imperio de lo justo y dan así fuerza moral a su Derecho, nos prede liberar de la fría dogmática científica y acercarnos a la entraña, al «misterio» del Derecho.

LOBO DA COSTA, Valdomiro: *Contribuição ao estudo da historia do Direito Brasileiro*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 344-364.

Historia de la cátedra de Historia del Derecho de São Paulo y de la contribución de sus diversos titulares a la Historiografía jurídica brasileña.

LOMBARDI, G.: *Ricordo di Giuseppe Capogrossi*.—IM, año VII, fasc. III, septiembre 1956; págs. 429-432.

Recuerdo necrológico del profesor de Roma, fallecido en abril de 1956.

LOUSSOUARN, Yvon: *The French draft on Private International Law and the French Conference on codification of Private International Law*.—IC, vol. V, parte 3, julio 1956; págs. 378-394.

Reglas de Derecho internacional privado en el Código francés y sistema que resulta con las propuestas en la nueva redacción dada por la Comisión de reforma al texto legal.

MAPPEZZONI, F.: *Valore positivo dei principi costituzionali in materia tributaria*.—IM, año VII, fasc. III, septiembre 1956; págs. 316-343.

Profundización del concepto de «principio» en Derecho; proyección de los principios en el ordenamiento positivo, en la eficacia y en la interpretación de las leyes tributarias italianas.

MANDRIOLI, C.: *Svolgimenti sulla sanzione e su una sua recente negazione*.—IM, año VII, fasc. III, septiembre 1956; págs. 362-378.

El autor defiende frente a Allorio su concepto de sanción como elemento esencial al derecho y como requisito *sine qua non* para la juridicidad de la norma.

MAZEAUD, Pierre, y RAPHAEL LEYGUES, Gilles: *Crónica francesa de legislación, jurisprudencia y bibliografía del año 1955*.—RDP, junio 1956; páginas 633-637.

Reseña informativa del Derecho francés correspondiente al año 1955.

MOTA FILHO, Cândido: *A fisionomia jurídica de São Paulo*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1958); págs. 170-191.

Historia del ambiente jurídico de São Paulo y de su Universidad en tres períodos distintos cronológicamente: la colonia, la Monarquía y la República.

NEVILLE BROWN, L.: *The Sources of Spanish Civil Law*.—IC, vol. V, parte III, julio 1956; págs. 364-378.

El profesor de Derecho comparado de Birmingham estudia en este trabajo el artículo 6.^o de nuestro Código civil con una especial referencia a los principios generales del Derecho, a la jurisprudencia y a los derechos forales, aunque sólo cita las fuentes del catalán. La bibliografía no está muy puesta al día y por eso no aporta nada nuevo ni interesante.

NIDO, Manuel del: *Ensayo sobre la obra jurídica de Alfonso el Sabio*.—BICAM, septiembre-octubre 1956; págs. 875-884.

Breve reseña de cada una de las obras debidas a la actividad intelectual propia o favorecida por el rey castellano.

REALE, Miguel: *Avelar Brotero ou a ideología sob as Arcadas*.—RFDSP, volumen L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 131-169.

Biografía del profesor de Filosofía del Derecho de São Paulo en tiempos de la independencia del Brasil y revisión de sus ideas contenidas en un libro olvidado: *Principios de Direito natural*.

RHEINSTEIN, Max: *El Derecho común y el Derecho civil: una comparación elemental*.—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-1956; páginas 61-79.

Indicado su respectivo origen e influencia, el autor señala las diferencias y semejanzas existentes, en diversos sentidos, entre el *common law* y el «Derecho civil» (*civil law*).

SÁNCHEZ FONTÁNS, José: *Reseña de legislación, jurisprudencia y bibliografía uruguaya en 1955*.—RDP, julio-agosto 1956; págs. 762-771.

Reseña informativa del Derecho uruguayo en 1955: publicaciones, actividad legislativa y actividad jurisprudencial.

Stöss, Theodor: *Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 275-276.

Con motivo del ochenta cumpleaños del profesor Lehmann recibe éste un merecido homenaje. Se destaca lo más saliente de su vida y escritos.

VON HIPPEL, Ernst: *La interpretación del Derecho*.—RDP, junio 1956; páginas 555-564.

Consideraciones sobre la interpretación del Derecho que, aunque referidas al momento actual alemán, tienen valor general por el entronque de las mismas con la superior idea de la justicia. La interpretación está influida en primer término por el concepto mismo que del Derecho tenga el intérprete y además depende del conocimiento que de sí mismo tenga el hombre.

W. B.: *La riforma degli studi giuridici in Francia*.—RDCC, año II, número 1, enero-marzo 1956; págs. 130-131.

Estudia el nuevo plan de estudios de las facultades de Derecho francesas establecido en el curso 1955-1956 y que ha sido calificado de «revolucionario» por las variantes que ofrece con respecto al anterior.

2. Derecho de la persona.

BELTRÁN FUSTERO, Luis: *La mujer ante el Derecho y la sociedad*.—RDP, octubre 1956; págs. 930-955.

Divagaciones sobre la posición de la mujer ante el Derecho y la Sociedad para terminar propugnando un mejoramiento de su condición jurídica.

HERRERA BÁEZ, Porfirio: *La norma interamericana de no intervención y la protección internacional de los derechos humanos*.—RJD, año XVII, números 54-55, julio-diciembre 1955; págs. 36-49.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) considera una ingobernabilidad en la órbita interna de los Estados la defensa de los derechos del hombre. Cree el autor que debe dar fluidez a esta doctrina para armonizarla con la Declaración de la ONU.

CRUZ AYALA, Herman: *Aspectos principales de la reciente revisión de la Constitución de la República*.—RJD, año XVII, núms. 54-55, julio-diciembre 1955; págs. 86-93.

Examen de los diversos aspectos de la reforma del Derecho constitucional americano, entre los que se encuentra el relativo al robustecimiento de los derechos humanos.

MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto: *Os pactos dos direitos do homem*.—RFDSP, volumen L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 117-130.

Historia de la redacción y discusión de la Declaración Universal de los Derechos del hombre aprobada en la Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948. Crítica de la posición de la ONU en cuanto que no ha concretado y desarrollado el contenido y alcance de los derechos mencionados en la Declaración.

MOLES CAUBET, Antonio: *La personalidad jurídica del Estado*.—RFDC, número 8, junio, 1956; págs. 21-56.

Largo capítulo introductorio sobre la personalidad en general y la capacidad de las personas y exposición de teorías sobre la personalidad jurídica. Estudio del Estado en su doble faceta de Estado-poder y Estado-persona jurídica.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: *Dalmacio Vélez Sarsfield y los sistemas de la nacionalidad y del domicilio*.—BFD, año XX, núm. 1, enero-marzo, 1956; págs. 217-248.

Se analizan los manuscritos del autor del Código argentino en relación con el problema de la nacionalidad, organizada a base de la teoría del domicilio, tratando de encontrar la evolución del pensamiento del autor de los mismos. Se consigna el posible valor interpretativo de los sucesivos borradores.

Rossi MASELLA, Blas: *Régimen internacional de la ausencia*.—RFDM, año VII, núm. 2, abril-junio 1956; págs. 295-311.

Breves comentarios de Derecho internacional privado en materia de ausencia. Indicación de la legislación al efecto de diversos países.

TELLES JUNIOR, Goffredo: *Resistência violenta aos governos injustos*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 192-220.

La resistencia al poder injusto no es un derecho subjetivo, es un hecho del que se puede predicar su legitimidad o ilegitimidad. Para que se dé aquélla han de reunirse una serie de condiciones extrínsecas: gobierno injusto sin posibilidad o voluntad de regeneración; e intrínsecas: la resistencia ha de ser necesaria, útil y proporcional.

TRIMARCHI, Pietro: *Prescrizione e Decadenza*.—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 218-243.

Sometidas a crítica las tesis para distinguir en el Derecho italiano la prescripción de la decadencia, el autor trata de encontrar un criterio dis-

tintivo para aplicarle a todos aquellos casos en que la legislación señala términos, sin calificarlos de prescripción o decadencia. Esta puede estar destinada a tutelar una exigencia de certeza jurídica pública o privada; aquélla, siempre pública.

3. Derechos reales.

ALBURQUERQUE, Rafael: *Los problemas de los terrenos comuneros*.—RJD, XVII, núms. 54-55, julio-diciembre 1955; págs. 100-106.

Origen e historia legislativa de los terrenos en copropiedad representada por cuotas o acciones y no por áreas de tierra. Problemas de titulación y prescripción según el sistema registral dominicano.

ALCÁNTARA SAMPELAYO, J.: *La adquisición derivativa de bienes muebles y el artículo 464 del Código civil*.—RDP, septiembre 1956; págs. 779-794.

Analizado el sistema de adquisición de bienes en nuestro Derecho, se ofrece luego una *nueva interpretación* del artículo 464. No contiene el precepto privilegio alguno de irreivindicabilidad. El pensamiento clave del autor se centra en estos términos: el tener la posesión de la cosa equivalente a tener título de ella (equivale a ser titular) y equivale también a tener el documento en que se contiene el título.

ARROYO, Dulio: *Bienes del Estado, bienes de los Municipios y bienes de los particulares*.—AD, año I, núm. 1, mayo 1955, enero 1956; págs. 33-49.

Comienza refiriéndose a la clasificación de los bienes en bienes de dominio público y de dominio privado para después estudiar, en la Legislación panameña, los bienes en atención a las personas a quien pertenecen.

CONTRERAS QUINTERO, Florencio: *Algunas consideraciones sobre el justiprecio de los bienes en los juicios de expropiación (con motivo de una decisión judicial)*.—RFDC, núm. 8, junio 1956; págs. 179-196.

Valor del justiprecio pericial como vinculador del juez en la Ley venezolana.

D'ALESSANDRO SAULLO, J.: *El estudio del título de propiedad*.—RFDM, año VII, número 1, enero-marzo 1956; págs. 9-102.

Estudio de los principios generales y particulares relativos a los diferentes documentos que sirven para la titulación y del procedimiento para averiguar la historia de la titulación de un inmueble en el Uruguay.

DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, Nicolás: *La Heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil*.—RFC, año IV, septiembre-diciembre 1955; págs. 29-40.

Estudio de la naturaleza jurídica de la heredad como derecho sobre un inmueble móvil: el agua. Elementos y funcionamiento jurídico de las heredades.

F. DE MARTÍ DE SALAZAR, Juan: *De los distintivos que el artículo 124 del Estatuto de Propiedad Industrial prohíben sean registrados como marcas y fundamentos de las prohibiciones establecidas en sus apartados*.—EDP abril 1956; págs. 356-373.

Comentario discursivo de los fundamentos que determinan estas prohibiciones.

GALVÃO TELLES, Inocêncio: *O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 7-31.

Tanto en Portugal como en Brasil la institución de la prenda adquiere maleabilidad en la historia jurídica moderna, concretándose especialmente en la prenda sin desplazamiento, que se desdobla en un contrato de verdadera prenda y otro de depósito, lo que se refleja más claramente en la legislación brasileña.

GARCÍA SALAZAR, José A.: *Dos leyes argentinas sobre propiedad familiar*.—RJP, año VII, núm. 1 y 2, enero-junio 1956; págs. 76-81.

Estudio comparativo de la «Ley del Hogar» de 25 de septiembre de 1917 y de la nueva ley de patrimonio familiar en Argentina de 14 de diciembre de 1954.

PÉREZ LEÑERO, José: *Los jurados de empresa y la autonomía del empresario*.—RDM, vol. XXII, núm. 61, julio-septiembre 1956; págs. 7-43.

Supuesto que los jurados de empresa puestos en funciones por Decreto de 11 de septiembre de 1953 entrañan una limitación al derecho de propiedad del empresario, se estudian los fundamentos, extensión y naturaleza de esta limitación.

SAENZ-LÓPEZ GONZÁLEZ, José Antonio: *Contradicción entre la Ley de Aguas y la de Minas: las Salinas.*—RGD, año XII, núm. 141, junio 1956; páginas 453-456.

El autor cree que el conflicto entre la Ley de aguas y la de minas se salva considerando que las salinas se rigen, como las aguas mineroindustriales y mineromedicinales, por la Ley de minas y, supletoriamente, en cuanto no haya contradicción, por la de aguas.

SARAVIA, Enrique J: *La necesidad de reformar el régimen de la usucapión.*—BFD, año XX, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 249-278.

Propone, fundamentándolas, una serie de reformas: acortamiento de plazos, no suspensión de su transcurso para los incapaces, necesidad de dar normas amplias para regularizar los títulos. Da la nueva redacción que debería tener el Código.

TETZNER, Heinrich: *Das neue Schweizerische Patentgesetz von 25-6-1954.*—NJW, año IX, cuaderno 19, 11 mayo 1956; págs. 699-702.

Indicación de las novedades que introduce en Suiza la Ley Federal de 25 de junio de 1954 y su ordenanza de ejecución de 18 de octubre de 1955 sobre patentes de invención.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Penhor.*—BMI, núm. 58, julio 1956; páginas 17-296, y núm. 59, octubre 1956; págs. 13-272.

Completa exposición de la institución de la prenda, tanto sobre cosas muebles como sobre derechos, orientada hacia la redacción de las nuevas normas del Código civil portugués reformado.

4. Obligaciones y contratos.

AGUILAR GORRONDA, José Luis: *Responsabilidad extracontractual por daños derivados de hechos anteriores a la concepción de la víctima.*—RFDC, número 8, junio 1956; págs. 197-214.

El derecho a la indemnización nace con el daño, de modo que en el caso de daños derivados de hechos anteriores al nacimiento o incluso a la concepción

de una persona pero producidos en ésta con posterioridad, no cabe alegar que la víctima carecía de la capacidad necesaria para adquirir el derecho a la indemnización.

ALONSO GARCÍA, Manuel: *La carencia de efectos jurídicos en el contrato de trabajo*.—RDP, febrero 1956; págs. 116-129.

La inexistencia tiene caracteres peculiares cuando se refiere al contrato de trabajo. Con arreglo a ellos, estudia las notas y supuestos necesarios para que se dé la inexistencia en el Derecho laboral español.

ALONSO GARCÍA, Manuel: *Nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo*.—RDP, marzo 1956; págs. 214-228.

Después de diferenciar los conceptos de nulidad y anulabilidad, estudia los diferentes supuestos de una y otra en el Derecho laboral español, aplicadas a las relaciones contractuales del trabajo.

ALONSO GARCÍA, Manuel: *Ineficacia del contrato de trabajo*.—RDP, mayo 1956; págs. 454-469.

Estudiada en anteriores números de RDP la invalidez del contrato de trabajo (inexistencia, nulidad, anulabilidad), el autor estudia ahora la ineficacia del mismo: ineffectividad debida a circunstancias extrínsecas (Betti). Atiende a las posibles manifestaciones de la ineficacia: revocación, rescisión, resolución, desistimiento.

ALONSO DE PRADO PEÑARRUBIA, Adolfo: *El turista extranjero y sus responsabilidades*.—BI, año X, núm. 355, 25 de noviembre de 1956; págs. 3-7.

Propone diversos procedimientos para hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias contraídas por los turistas extranjeros a su paso por España.

BÄRMANN, Johannes: *Neues zum spanischen Landwirtschaftsrecht*.—ACP, tomo CLV, cuaderno 6, octubre 1956; págs. 543-548.

Notas divulgadoras en torno al reforzamiento de la posición del arrendatario de fincas rústicas en la Legislación española: derechos de tanteo y retracto, acceso a la propiedad. Notas sobre la colonización y concentración parcelaria en España y sobre la nueva Ley de Expropiación de 1954. Todo ello centrado al Derecho agrario español.

CAPO, Carlota: *En torno a la responsabilidad civil extracontractual del Estado*.—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-56; págs. 121-133.

Commentario a la Ley puertorriqueña de 29 de junio de 1955 sobre reclamaciones contra el Estado. Indicaciones históricas y de Derecho comparado.

CASAS MARTÍNEZ, A.: *La comunidad arrendaticia*.—RGD, año XII, números 142-143, julio-agosto 1956; págs. 522-537.

Estudio de la comunidad aplicada al derecho arrendatario: fuentes, carácter de «comunidad germánica» y sistematización de su mecanismo. El estudio va sólo realizado desde la vertiente del arrendatario.

COLBERG, Wilson F.: *Consignación de dinero en los Tribunales de Justicia de Puerto Rico*.—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-56; páginas 256-262.

Descripción del proceder de los Tribunales de Puerto Rico en los supuestos de consignación.

CUENCA, Humberto: *La cita de saneamiento y de garantía*.—RFDC, núm. 8, junio 1956; págs. 9-20.

Concepto, naturaleza jurídica, historia, derecho comparado moderno y procedimiento a que deben someterse en Venezuela la evicción y la redhibición.

CUETO RÚA, Julio y RAMOS, César: *Conceptos básicos sobre el régimen jurídico de las llamadas «Condiciones» en el Derecho norteamericano de los contratos*.—RJP, año VII, núms. 1 y 2, enero-junio 1956; págs. 19-27.

Ponen de relieve la similitud existente entre el Derecho norteamericano, el argentino y el mexicano en orden a los privilegios, derechos y deberes de los contratantes aun cuando se usen términos diversos que dificulten la comparación.

ERCORECA GOITIA, Jesús: *Consignación judicial de rentas por el arrendatario de fincas rústicas como medio de enervar la acción de desahucio por falta de pago*.—RGD, año XII, núms. 142-143, julio-agosto 1956; págs. 556-551.

Notas prácticas sobre el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935.

GUTIÉRREZ RUBIO, Julio: *La conversión de rentas rústicas pactadas en numerario o en especie no trigo*.—RGLJ, año CIV, tomo XXXIII (201), núm. 3, septiembre 1956; págs. 200-241.

Estudio de la naturaleza, caracteres, eficacia y procedimiento de la conversión a patrón trigo de las rentas pactadas en numerario o en especie no trigo. Ordenada exposición de los textos legales y consideración de la jurisprudencia.

HERNÁN MÁRQUEZ, Miguel: *Las indemnizaciones por accidentes de trabajo y el recargo por mora.*—RDP, julio-agosto 1956; págs. 687-697.

En el supuesto de mora en el pago de indemnizaciones por accidentes de trabajo, el autor entiende que no cabe recargo. Fundamentación de esta tesis.

FERNÁNDEZ UROSA, Manuel: *Las contribuciones especiales y su incidencia en la relación del arrendamiento urbano.*—RDP, junio 1956; págs. 564-573.

Estudio de matiz práctico sobre el problema de la incidencia de las contribuciones especiales en el arrendamiento urbano. Se delimitan las contribuciones en cuestión, se señala su sujeto fiscal y se analiza el mecanismo de la incidencia.

FERRER MARTÍN, Daniel: *El objeto contractual como función atractiva de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—P, núm. 50, octubre 1956; págs. 725-744.

Estudia los elementos objetivos: finca, urbana, habitable, y los subjetivos: destino de la edificación para vivienda, local de negocios, locales para ejercicio de profesiones liberales, garajes y cocheras.

MAZZOCCHI, Pier Luigi: *Il contratto di adesione. Dottrina e giurisprudenza.*—NDR, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; págs. 18-22

Elaboración doctrinal y jurisprudencial de la teoría general de los contratos de adhesión, de la necesidad de su aprobación por la autoridad y de la forma de dicha aprobación.

MORENO QUESADA, Bernardo: *La oferta al público y su eficacia jurídica.*—RDM, vol. XXII, núm. 61, julio-septiembre 1956; págs. 45-89.

Después de un estudio muy completo de la oferta al público, en sus distintos problemas jurídicos, el autor concluye que los contratos «a través de una oferta al público» caben en nuestro Derecho, debido a que en ellos concurren los elementos necesarios para la existencia del contrato: consentimiento, objeto y causa. Su especialidad radica en la forma en que el primero se manifiesta.

MOSSA, Lorenzo: *Danni morali.*—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; página 28.

El derecho al resarcimiento de los daños no patrimoniales se transmite a los herederos, aun cuando su causahabiente no lo hubiere ejercitado.

MOSA CASTIGLIA, Antonio: *Intorno alla surroga nel credito privilegiato del lavoratore.*—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956; págs. 3-5, parte II.

El crédito privilegiado a favor del obrero, aun siendo personal, puede ser objeto de subrogación.

MUÑOZ Y NÚÑEZ DE PRADO, Jesús: *Los contratos de arrendamiento legalmente prorrogados.*—RDP, enero 1956; págs. 7-10.

La prórroga de los arrendamientos urbanos, como limitación de la propiedad, se justifica mediante un conjunto de razones. El autor las combate en cuanto que la prórroga da unos resultados prácticos distintos a los fines que se intentan conseguir.

QUAGLIARIELLO, Gaetano: *Osservazioni sull'articolo 1.412 del Codice civile.*—DG, serie III, año XII, núm. 5, mayo 1956; págs. 233-240.

El artículo 1.412 del nuevo Código civil italiano contempla el supuesto de que, en el contrato a favor de tercero, la prestación deba realizarse a éste después de la muerte del estipulante.

Entiende el autor que el negocio en cuestión es un negocio *inter vivos* y no constituye, ni en la hipótesis normal ni en la de renuncia a la facultad de revocación, el sistema que prohíbe la donación *mortis causa* y los pactos sucesorios.

RIVERA INCHAUSTY, José J.: *Comentario a la Ley de cesión de cuentas por cobrar.*—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-56; páginas 140-154.

Comentario crítico a la Ley puertorriqueña de 8 de octubre de 1954, que aunque llamada Ley de «cesión de cuentas por cobrar», es una ley sobre pignoración de créditos en garantía de préstamos.

ROQUETTE, Hermann: *Instandhaltung und Instandsetzung der Mieträume.*—NJW, año IX, cuaderno 21, 25 mayo 1956; págs. 773-775.

La legislación arrendaticia especial pone en circulación nuevos conceptos que salen del marco de los tradicionalmente elaborados en la materia. Así sucede con los de «conservación» y «reparación» del local arrendaticio, cuyo apoyo es el § 536 BGB y cuyo contenido y delimitación nos ofrece el autor.

RUIZ DE ROLDÁN, Daisy: *Reflexiones acerca de la responsabilidad por el hecho de las cosas según la jurisprudencia puertorriqueña.*—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-56; págs. 134-140.

Occurrido un accidente mientras se efectuaban reparaciones, la responsabilidad extracontractual del dueño y del arrendatario, frente al perjudicado, surge del

artículo 1.802 del Código civil puertorriqueño (idéntico al 1.902 del Código civil español) y no del 1.807 en relación con el 1.444 (idénticos a los 1.907 y 1.554 del Código civil español). La jurisprudencia puertorriqueña es vacilante. Comentario crítico sobre la misma.

SÁEZ-LÓPEZ GONZÁLEZ, José Antonio: *Las contribuciones especiales y los arrendamientos urbanos*.—RDG, año XII, núm. 141, junio 1956; págs. 449-452.

Problemas que crea la repercutibilidad o no de las contribuciones especiales sobre los inquilinos de los inmuebles en que recaen.

SCHONEPAUCK, Grosse: *Mutterschutz auch für arbeitlose Mütter*.—EF, año III, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 304-305.

Se propugna la extensión de los beneficios que concede la legislación laboral alemana a las madres, también a las que por «causa no imputable» se encuentran sin trabajo.

SOTO NIETO, Francisco: *Supuestos expresos de exclusión de la legislación especial. Locales destinados a casinos o círculos de recreo*.—RGD, año XII, número 142-143, julio-agosto 1956; págs. 548-555.

Comentario de la disposición de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos que excluye de la legislación especial arrendaticia a las locaciones de casinos o círculos de recreo.

Tomado de una obra del autor «Supuestos de inclusión y de exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos».

TILOCA, Ernesto: *Il negozio di disposizione del debitore d'opera (art. 2.113 del Codice civile)*.—RDCC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 69-95.

La situación de dependencia económica del obrero frente al patrono puede inducirle a efectuar concesiones, renuncias y transacciones a favor de éste. Se demuestra sobre la base del derecho italiano la anulabilidad de este desprendimiento de facultades, su esencia y su mecánica.

WANGEMANN, Richard: *Zur Bedeutung des § 5 Abzg. für den Zuweisungsantrag gemäß § 825 ZPO*.—NJW, año IX, cuaderno 20, 18 mayo 1956; páginas 732-734.

Sobre la jurisprudencia de los Tribunales inferiores se contemplan algunos aspectos de la ejecución forzosa mobiliaria, en relación con los negocios a plazos y las posibilidades ejecutivas del vendedor.

WARD, Peter: *The tort cause of action*.—CLQ, vol. 42, núm. 1, 1956; páginas 28-58.

Estudio de la doctrina del *tort* en el Derecho anglosajón, con referencia al problema de los requisitos y circunstancias que han de concurrir para que dé lugar a acción, basada en definitiva en la responsabilidad civil.

ZEPOS, Panajiotis: *Zu einer «gestalttheoretischen» Auffassung des Schuldverhältnisses*.—ACP, tomo 155, cuaderno 6, octubre 1956; págs. 486-494.

Comienza el autor (profesor de Atenas) indicando las tres concepciones principales de la doctrina alemana en torno a la relación obligatoria: organismo, estructura compleja, causa de las pretensiones en ella contenidas. Ofrece unas consideraciones críticas de estas doctrinas.

Para indicar su posición, parte de que la obligación ya no es el simple *vinculum juris* de los juristas romanos, sino un conjunto de derechos, deberes y otras situaciones jurídicas entre personas determinadas, en el que es decisiva la obtención de una finalidad. La esencia de la relación obligatoria, puede, pues, ser concebida como una «configuración» o *Gestalt*, de carácter autónomo, en la que no solo se contiene la prestación principal, sino una serie de elementos accesorios diversos que forman precisamente esa «configuración».

ZUNFT, Dr.: *Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein?*.—NJW, año IX, cuaderno 20, 18 mayo 1956; págs. 735-736.

El § 7 de la Ordenanza concursal alemana sanciona con nulidad frente a los acreedores concursales los actos jurídicos del deudor común, una vez que haya tenido lugar la apertura del concurso. Se discute si se trata de nulidad absoluta o relativa. Tendencia ecléctica del autor.

5. Derecho de familia

ACOSTA NAVARRO, Hugo D.: *Consideraciones socio-jurídicas sobre la familia*.—RJP, año VI, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 101-105.

Notas breves sobre el origen etimológico de la voz «familia» y consideraciones sobre el papel de ésta en el campo de la sociología jurídica, como elemento sociojurídico fundamental.

ALLOT, A. N.: *The effect of marriage on property in the Gold Coast*.—IC, volumen V, parte IV, octubre 1956; pág. 519.

Después de referirse a las clases de matrimonio en la Costa de Oro (matrimonio bajo el régimen de la Ordenanza matrimonial, bajo el régimen mahome-

tano y bajo el régimen indígena), se señalan por el autor las repercusiones patrimoniales de los distintos tipos del mismo.

BLANCO, Alberto: *Sobre la Ley número 9 de 1950*.—RCD, año XXVIII (Nueva Serie), núm. 1 (98), enero-marzo 1956; págs. 20-45.

Examen crítico de la Ley cubana, relativa a los derechos y capacidad de la mujer casada, sobre la base de una «igualdad absoluta» de ambos cónyuges. Se refiere la Ley a cuestiones relativas a bienes reservados de la mujer, patria potestad, divorcio, administración de los gananciales, etc. El trabajo es especialmente interesante en España, dado que en Cuba rige el Código civil español.

BLUHM, Karl: *Die Eintragung der Adoption ins Standesregister*.—EF, año III, cuaderno IX, septiembre 1956; págs. 269-271.

Notas complementarias a un artículo de Beitzke, en relación con el mecanismo de la inscripción de la adopción en el registro de estado, en el Derecho alemán.

CARBONE, Vincenzo: *Fecondazione artificiale e desconocimiento della paternità*.—DG, serie III, año XII, núm. 10, octubre 1956; págs. 493-498.

Después de unas consideraciones generales sobre el problema de la fecundación artificial, el autor comenta una reciente sentencia de un Tribunal de Roma sobre esta hipótesis: un marido, afectado de *impotentia generandi*, consiente la fecundación artificial de su mujer con semen de un tercero. Nacida una criatura, desconoce la paternidad. Procede tal desconocimiento.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *La filiación legítima*.—RJP, año VII, núms. 1 y 2, enero-junio 1956; págs. 1-6.

Estudio de las acciones de contestación y de reclamación de estado en el Derecho civil peruano. El trabajo seguirá en el número siguiente.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *La filiación legítima*.—RJP, año VII, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 96-102.

Continuación del trabajo iniciado en el número anterior de la misma revista. En el que reseñamos se refiere a la imposibilidad de cohabitación, a la reparación judicial al tiempo de la concepción, a la impotencia absoluta y a otras causas de impugnación de la paternidad en el Derecho peruano.

DORMANN, H.: *Die Verzeihung im englischen und deutschen Ehescheidungsrecht.*—EF, año III, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 295-296.

Después de señalar que entre el Derecho inglés y el alemán existen notables semejanzas en materia de divorcio, se ofrecen unas notas comparativas sobre el «perdón» y sus efectos en ambos Derechos: Ley alemana de matrimonio de 1946 y Ley de divorcio inglesa de 1950 (*Matrimonio Causes Act. 1950*).

FIRSCHING, Karl: *Das eheliche Kind der Rechtsprechung der letzten Jahre.*—EF, año III, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 299-304.

Iniciado el trabajo en un número anterior de EF, continúa el autor examinando las tendencias de la jurisprudencia de los últimos años en materia de filiación legítima.

En el presente número se refiere a alimentos, costas procesales, patria potestad, divorcio de los padres, domicilio, impugnación de la legitimidad, legitimación, peculiares, Derecho internacional e interzonal. Todo ello en relación con el principio de equiparación de marido y mujer (Art. 3, L. F. de Bonn).

HEINZ, Félix: *Das neue Ehrerecht in der Sowjetzone.*—NJW, año IX, cuaderno 18, 4 mayo 1956; págs. 658-660.

Como consecuencia del Tratado de Moscú, de 20-IX-1955 entre la U. R. S. S y la DDR (Alemania oriental=República Democrática Alemana) han quedado derogadas en ésta todas las Leyes emanadas del Consejo Aliado de Control. Según éste, en la zona soviética ya no rige la Ley de Matrimonio de 1946. Para sustituirla se ha dictado la Ordenanza de 24-XI-1955 sobre conclusión y disolución del matrimonio, inspirada plenamente en la ideología comunista. Exposición de sus aspectos esenciales.

HORFMAYER, V.: *Zum Fortbestehen der vor 1945 unter Druck geschiedenen Ehen.*—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 268-267.

Por ley de 7-III-1956 se abre un nuevo plazo hasta 31-XII-1957 para que en Alemania se presenten peticiones de «subsistencia» de matrimonios divorciados bajo presiones raciales y políticas antes de 1945.

KLEINHEYER, G.: *Nochmals: Die Auszahlungsanordnung des Vormundschaftsgerichts gemäss § 8 Abs. II Kindergeldgesetz.*—EF, año III, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 335-336.

Commentario a una sentencia del BGH de 13-VII-1956, sobre los presupuestos bajo los que, conforme al § 8, II, de la Ley sobre dinero de los menores, puede ordenar el pago del mismo a persona distinta del titular.

KNOX-MAWER, R.: *Islamic domestic law in the colony of Aden*.—IC, vol. V, parte IV, octubre 1956; págs. 511-518.

Consideraciones sobre el Derecho de Familia Islámico en la Colonia de Aden. Sus relaciones con el Derecho indio y posibles modificaciones en el mismo en sentido occidental.

KRANZLEIN, Arnold; SCHWENK Edmund H.: *Nochmals: Scheidung amerikanischer Ehen durch deutsche Gerichte*.—NJW, año IX, cuaderno 18, 4 mayo 1956; págs. 660.

Polémica entre los autores en torno a la competencia o incompetencia de la jurisdicción alemana en cuestiones de divorcio de matrimonios que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, puedan conceptuarse «americanos».

KRASSNIG, H.: *Zur Problematik der Namenserteilung («Einbenennung») gemäss § 1706 II 2 BGB*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; páginas 268-269.

Conforme al parágrafo 1706, II, 2, del BGB, el marido de la madre puede otorgar su nombre al hijo legítimo de ésta con consentimiento de ambos, mediante declaración ante la autoridad competente en forma públicamente autenticada. Estudia el autor los posibles efectos de esta declaración cuando falta el consentimiento de madre e hijo.

KRÜGER, Hildegard: *Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt*.—EF, año III, cuaderno 11, noviembre 1956, págs. 329-335.

Con motivo de una reciente decisión del Tribunal Territorial de Frankfurt, la autora se enfrenta con la cuestión de cómo el hijo mismo sometido a patria potestad podría ejercitar ciertos «derechos fundamentales».

KÜHN, J.: *Über die Problematik der «Onkel-Ehe*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 262-264.

Propuestas en torno a las medidas legislativas que en Alemania podrían tomarse para evitar el cúmulo hoy existente de «concubinatos de renta», que no se convierten en matrimonios auténticos por no querer el cónyuge viudo perder la renta que disfruta.

LATEY, William: *Jurisdiction in divorce and nullity: proposed british code of international private law*.—IC, vol. V, parte IV, octubre 1956; páginas 500-510.

Exposición de los criterios referentes a la determinación de la jurisdicción competente en materia de divorcio y nulidad de matrimonio en la propuesta británica de Código de Derecho internacional privado.

LEWALDT, Heinz: *Abstammungsklage und Gleichheit vor dem Gesetz*.—EF, año III, cuaderno 11, noviembre 1956; pág. 338.

Los criterios adoptados por el BGH en materia de beneficio de pobreza en relación con ejercicio de acciones de paternidad, son aceptados por los Tribunales territoriales. Se comenta alguna excepción, en conexión con el problema de la igualdad ante la Ley de la parte pobre y de la no pobre.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Anotaciones sobre filiación legítima*.—RFDC, número 8, junio 1956; págs. 57-93.

Nociones generales sobre filiación legítima, elementos y medios de prueba y extensa referencia a las acciones relativas a la filiación legítima.

MARLOH, F.: *Familienrechtliche Abgrenzungsfragen*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 264-265.

Con vistas a la futura reforma del Derecho de Familia alemán, el autor indica el criterio a seguir cuando se dé una concurrencia de disposiciones: 1) Cuando una norma de Derecho de Familia concurre con otra disposición de Derecho civil, la primera debe considerarse «especial» y preferente; 2) Cuando la concurrencia sea con normas que no sean de Derecho civil, debe decidir la interpretación.

MORAES LEME, Lino de: *As relações jurídicas dos conjuges*.—RFDSP, volumen L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 104-116.

Recorrido histórico de la situación jurídica de la mujer casada, estudio de Derecho comparado, especialmente de las leyes innovadoras y defensa de un sentido progresivo en las leyes nuevas.

MÜLLER, W.: *Abwesenheits-, Nachlasspflegschaft und Pflegschaft für unbekannte Beteiligte*.—NJW, año IX, cuaderno 19, 4 mayo 1956; págs. 652-655.

Con motivo de las relaciones jurídicas derivadas de la guerra y de la postguerra, han cobrado gran interés las figuras de la curatela de ausencia, la curatela de caudal relichto y la instituida a favor de interesados desconocidos. Comentario sobre algunas de sus dificultades prácticas y relación recíproca.

ORLANDO GRAU, José: *Procedimiento para reclamar alimentos*.—RJPR, volumen XXV, núms. 1-4, septiembre-abril 1955-1956; págs. 184-194.

Comentarios sobre el procedimiento para hacer efectiva la deuda alimenticia en el Derecho de Puerto Rico.

PIEGLER, Josef: *Die praktische Bedeutung des § 55 Ehegesetz 1938 in Österreich.*—EF, año III, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 293-295.

A pesar de las más diversas críticas la Ley alemana de matrimonio de 1938, en su mayor parte continúa vigente en Austria.

El autor comenta la significación práctica del § 55 de la misma, referente a la supresión de la comunidad matrimonial como causa de divorcio.

RODRÍGUEZ ARIAS, Lino: *Estudio comparativo de los códigos civiles panameño y español en materia tutelar.*—AD, año I, núm. 1, mayo 1955, enero 1956; páginas 51-58.

Comparación de ambos textos, con indicación de coincidencias y divergencias.

SCHMIDT, F.: *Genitore e figli nel diritto svedese.*—IM, año VII, fasc. III, septiembre 1956; págs. 379-385.

Diferencias entre el Derecho sueco y el alemán en tres puntos del Derecho civil familiar: la patria potestad, los poderes del padre sobre el patrimonio filial y la situación jurídica de los hijos ilegítimos.

SCHUBART, Erich: *Unsoziales Verhalten von Sozialbehörden?*—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 267-268.

Critica de la conducta que a veces siguen en Alemania las autoridades y funcionarios al conceder o denegar alimentos, cuando éstos han de prestarlos a costa de medios públicos. Propuesta de reforma, en relación con la «reforma social».

SCHWAB, Heinz Karl: *Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abstammungsklage.*—NJW, año IX, cuaderno 18, 4 mayo 1956; páginas 649-652.

Comentario crítico a recientes sentencias del BGH en materia de acciones de filiación. El BGH acepta un interés jurídico del hijo ilegítimo en la constatación de su filiación, mientras que niega dicho interés del padre en la interposición de la acción de filiación negativa. Persevera asimismo en la doctrina de que una sentencia sobre un *status*, no puede invalidar a una sentencia que le sea contraria, referida a alimentos.

SPINDLER, Dr.: *Die Verwirklichung des Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes.*—ACP, tomo 155, cuaderno 6, octubre 1956; págs. 519-527.

Consideraciones polémicas con Heinrich Sigloch sobre el problema de la *vindication filii*, o pretensión a la entrega del hijo, recogida en el § 1632 del

BGB, en el sentido en que el citado parágrafo queda adicionado con un párrafo segundo, según el cual «cuando la pretensión se ejercita por uno de los padres contra el otro, decide el Tribunal de Tutelas» (Proyecto del Gobierno).

STEIN, J.: *Notwendigkeit der Befreiung vom Eheverbot des Ehebruchs nach dem neuen Ehescheidungsrecht der DDR?*—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 265-266.

A partir de la entrada en vigor de la Ordenanza dictada en la zona soviética, en 24 de noviembre de 1955, sobre conclusión del matrimonio y disolución del mismo, se ha planteado en la República Federal Alemana (Alemania occidental), el siguiente problema: ¿Es necesaria dispensa, conforme al § 6 de la Ley de Matrimonio de 1946, para que el cónyuge divorciado (que vive en la zona occidental y cuyo adulterio está constatado en una sentencia de la zona soviética) pueda casarse con su culpable en el territorio de la República Federal? El autor entiende que no.

TERRA CORBO, D.: *Régimen de bienes en el matrimonio e impuesto de extracción.*—RFDM, año VII, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 191-198.

Improcedencia de la aceptación en el Uruguay del régimen de comunidad absoluta de bienes del Derecho brasileño, aun cuando solo sea a efectos fiscales.

ZIEGLER, Jürgen: *Die Feststellung der «Gilt-Vaterschaft» im Unterhaltsprozess.*—EF, año III, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 337-338.

En los procesos por alimentos es necesaria a veces la constatación de la paternidad eficaz, a efectos de los mismos; es de gran trascendencia la fijación de ella en relación con las pretensiones del hijo ilegítimo. El preproceso al efecto en el Derecho alemán es tomado en consideración por el autor.

6. Derecho de sucesiones

COHN, E. J.: *The Form of Wills of Immovables.*—IC, vol. V, parte III, julio 1956; págs. 395-404.

Sistemas inglés y europeos para determinar la Ley aplicable a los testamentos con disposiciones de voluntad sobre inmuebles y que oscilan entre los extremos de la *lex situs* del inmueble y *lex domiciliis* del testador.

MARTÍN BLANCO, Jaime: *La adquisición de la herencia en el Derecho español.*—RGLJ, año CIV, núm. 1, julio-agosto 1956; págs. 45-74.

Precede un estudio del problema en el Derecho comparado. Sigue una exposición crítica de las diversas teorías sobre el momento de la adquisición en el

Derecho español. Y argumenta su creencia de que la adquisición de la herencia se basa en su aceptación.

MÜLLER, W.: *Tellerbschein und Teilzeugnis über fortgesetzte Gütergemeinschaft*.—EF, año III, cuaderno 11, noviembre 1956, pág. 339.

El certificado sucesorio parcial y el testimonio de continuación de la comunidad de bienes, plantean graves dificultades cuando existen interesados desconocidos. Consideración de los §§ 1507 y 2353 BGB.

SCHUMACHER, Adolf: *Sittenwidtige Testamente*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 261-262.

Según el § 138 del BGB el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo. Según el BGH esta norma general es aplicable al testamento en que un cónyuge «favorezca» a una persona, con objeto de *asegurarse* con ella la continuación de las relaciones sexuales extramatrimoniales.

SAPENA TOMÁS, Joaquín: *La viudedad aragonesa ante el cambio de vecindad civil*.—RDP, septiembre 1956; págs. 795-801.

Analizada previamente en sí misma la viudedad foral, en sus características esenciales, se atude a continuación a las repercusiones que el cambio de vecindad civil puede tener en la misma: provocando su subsistencia (pérdida de la vecindad aragonesa) o su nacimiento (adquisición de la indicada vecindad).

SIMONE, Mario de: *Il legato a carico del legatario*.—RDDC, año II, número 1, enero-marzo 1956; págs. 96-108.

Se configura la estructura del sublegado, que por su concepto y sus efectos es netamente distinta y autónoma del legado modal, con el cual se ha confundido.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ARISTY ORTIZ, E. Salvador: *La organización de la tierra en la era de Trujillo*.—RJD, año XVII, núms. 54-55, julio-diciembre 1955; págs. 107-108.

Organización catastral y registral de los predios rústicos, según el sistema Torrens en la República Dominicana.

RUIZ TEJADA, Manuel Ramón: *El éxito del sistema Torrens en la República Dominicana*.—RJD, año XVII, núms. 54-55, julio-diciembre 1955; páginas 94-99.

Estudio de la eficacia y realizaciones del Tribunal de Tierras, constituido en 1920 por la Ley del Registro de Tierras, en la que se acoge el sistema australiano registral.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

BÖSHAGEN, Fritz: *Gutachten der Industrie und Handelskammern über das Bestehen von Handelsbräuchen*.—NJW, año IX, cuad. 19, 11 mayo 1956; págs. 695-697.

Encarece el autor la importancia que, con relación a la constatación de la existencia o inexistencia de los usos de comercio, pueden tener los dictámenes de las Cámaras de Industria y de las de Comercio.

EDER, Phanor J.: *Reseña del Derecho mercantil en los Estados Unidos*.—RDM, vol. XXII, núm. 61, julio-septiembre 1956; págs. 111-129.

Crónica informativa del Derecho mercantil norteamericano en el año 1955: contratos, títulos de crédito, bancos, monopolios, derechos de autor, quiebra, seguros, sociedades, acciones. Sigue una reseña bibliográfica.

OLIVENCIA, M.: *Reseña de Legislación mercantil*.—RDM, vol. XXII, núm. 61, julio-septiembre 1956; págs. 137-155.

Crónica informativa de la Legislación aparecida en materia mercantil en el periodo julio-diciembre de 1955.

2. Comerciantes y sociedades

AGUNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *La transmisibilidad de la cualidad de socio en las Compañías mercantiles*.—RDG, año XII, núm. 141, junio 1956; páginas 440-448.

Es difícil establecer una línea segura en cuanto a la diferencia de trato en las sociedades capitalistas o en las personalistas, acerca de la transmisibilidad de la cualidad de socio y sus limitaciones, dado que en sus relativas constituciones se crean cláusulas y estipulaciones que las acertan progresivamente.

BENEDITO DE SOUSA, Moacir: *O objetivo económico da bandeira e sua natureza jurídica*.—RFDSP, vol. I, 1955 (aparecido en 1956); págs. 272-318.

Estudio de la *bandeira* (véase la reseña de Dietrich Hecht en este mismo epígrafe) como fenómeno económico de autocolonización del Brasil y caracteri-

zación jurídica como sociedad mercantil, antecedente de la moderna sociedad anónima.

CARBONE, Oscar: *La individualización de las sociedades en comandita por acciones*.—RN, año LIX, núm. 353-354.

En la Ley argentina la irregularidad esencial de falta de razón social en la sociedad en comandita por acciones, produce frente a terceros la pérdida de la limitación de responsabilidad para los socios colectivos y los comanditarios y entre los socios concede la facultad de pedir judicialmente su disolución en cualquier momento.

CASSONI, Giuseppe: *La nazionalizzazione della società ed il Diritto internazionale privato*.—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 253-265.

Se estudia el problema de la nacionalización de las sociedades en la primera postguerra, en la segunda y en la legislación italiana. Indicación de distintos fines y efectos, según las diferentes legislaciones, y señalamiento de hipótesis reales y posibles.

DIETRICH HECHT, Johannes: *A origem vocabular e o conceito histórico de bandeira*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 249-271.

Etimología, semántica, cuadro de acepciones, concepto histórico y naturaleza jurídica de la *bandeira* como organizaciones mixtas militares y mercantiles que tenían por objeto explorar la selva virgen y cazar salvajes para la esclavitud.

FLORES MICHEO, Rafael: *Las tasas de equivalencia de plusvalía y las sociedades mercantiles*.—RDP, enero 1956; págs. 10-22.

Contrariamente al efecto retroactivo que los Ayuntamientos pretenden dar al gravamen, cree el autor que ninguna sociedad mercantil puede ser gravada con taras de equivalencia por períodos anteriores al 1.º de enero de 1954.

GANSERMÜLLER: *Fehlerhafte Abänderungen von Gesellschaftsverträgen*.—NJW, año IX, cuad. 19, 11 mayo 1956; págs. 698-699.

Comentarios suscitados por la sentencia del BGH de 21 de octubre de 1955 que ha establecido que los principios jurídicos que han conducido a la llamada «sociedad fáctica» valen también para aquellas modificaciones del contrato de sociedad que afecten al *status* de ésta.

GOLA, Waldemar: *A bandeira em sua origem vocabular*.—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); págs. 319-343.

Considera improbable el que se llegue algún día a poder determinar, a pesar de las muchas teorías emitidas, el verdadero origen etimológico del vocablo *bandeira* (véase en este mismo epígrafe la reseña de Dietrich Hecht).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *En torno al concepto y régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada.*—RDP, octubre 1956; págs. 911-930.

El autor reafirma, en polémica con Madridejos Sarasola, su postura ya mantenida, de asimilación a la anónima de la sociedad de responsabilidad limitada. Entiende que la «participación social» en este tipo de sociedad tiene un doble sentido: parte de capital y cualidad de socio.

GRAZIANI, Alessandro: *Se una società possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale.*—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 36-43.

La sociedad es capaz para realizar actos extraños al objeto social. Aunque su capacidad no sea general, puede llevar a cabo actos que no son propios de su objeto. Uno de ellos es el prestar garantía por otra.

MARTINS FERREIRA, Waldemar: *A companhia geral para o Estado do Brasil e sua natureza jurídica.*—RFDSP, vol. L, 1955 (aparecido en 1956); páginas 78-103.

Analísist históricojurídico de los elementos de la Compañía, que tuvo una estructura jurídica diferente de las de sus congéneres holandesas en su aspecto público y de las sociedades por acciones en el privado.

MOSA, Lorenzo: *Esencia de la sociedad anónima.*—RDP, marzo 1956; páginas 203-213.

El desenvolvimiento natural de la sociedad anónima en el tiempo permite observar que su característica distintiva está en el concepto de empresa. La empresa, a diferencia de las sociedades de tipo personalista, asume la función predominante en la vida de la sociedad.

NAVARRO AZPETIA, Fausto: *La acción de revisión judicial del valor de las aportaciones no dinerarias a las Sociedades anónimas.*—RJC, año LV, volumen LXXIII, núm. 4, julio-agosto 1956; págs. 275-302.

Estudio del artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas en lo relativo a la acción judicial de revisión del valor de las aportaciones no dinerarias, en dos aspectos: iniciación y terminación del plazo que la Ley concede para su ejercicio; y accionistas legitimados para esa acción de revisión.

RALHA, Eduardo: *Quem vota e como se delibera nas sociedades por quotas.*—RDES, año IX, núm. 1, enero-marzo 1956.

Casos normales, anormales y especiales en que compete o no la votación a los socios; *quorums* de votación normal y especiales y casos en que se dispensa

la reunión deliberativa de la Asamblea general en las sociedades por cuotas de Derecho portugués.

SCHULER, Doctor: *Die Verpfändung von GmbH-Anteilen*.—NJW, año IX, cuaderno 19, 11 mayo 1956; págs. 689-693.

Ofrecen unas indicaciones en torno a la pignoración en el Derecho alemán de «participaciones sociales» (Anteilen), en la sociedad de responsabilidad limitada: presupuestos, mecanismo, pignoración parcial, etc.

TRÍAS DE BES, Federico: *La prestación accesoria en las sociedades de responsabilidad limitada*.—RDP, abril 1956; págs 315-333

Depuración del concepto de prestación accesoria frente a otras figuras afines para señalar las características exclusivas de aquélla y definir así su naturaleza doctrinal como preámbulo para el estudio sustantivo y fiscal de la prestación accesoria en el Derecho español.

VERRUCOLI, Piero: *Società per azioni. Società cooperativa. Inattività della società. Obbligo di deposito del bilanzio*.—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II, págs. 29-32.

El no desenvolvimiento de actividad durante un año por una sociedad anónima o cooperativa, no dispensa a sus administradores de depositar el balance anual en la Secretaría del Tribunal competente.

3. Cosas mercantiles

PAGLIARO, Vittorio: *Invenzioni dei dipendenti di imprese industriali*.—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; págs. 12-17.

Es necesaria la reforma de la legislación italiana en este punto, según criterios más justos y una técnica más depurada.

4. Obligaciones y contratos

BARRANCO Y BEDIA, Fernando N.: *Los contratos entre una Sociedad anónima y sus directores en el Derecho de los Estados Unidos*.—RFDC, núm. 8, junio 1956; págs. 93-110.

El Derecho de los Estados Unidos ha sido lo suficientemente flexible para permitir el concierto de contratos entre una Sociedad Anónima y sus directores, asegurando al mismo tiempo a los accionistas y a la misma sociedad el ejercicio de sus derechos.

MOSA, Lorenzo: *Assicurazioni sociali*.—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; págs. 33-34.

El autor se opone a una resolución judicial italiana según la cual el administrador de una sociedad comercial no responde con su propio patrimonio de la falta de pago de los impuestos sociales, aun cuando por tal omisión haya sido sometido a procedimiento penal y condenado.

5. Derecho marítimo y aeronáutico

ECHEVARRÍA, Luis: *Notas sobre la legislación en materia de abordajes*.—RDM, vol. XXII, núm. 61, julio-septiembre 1956; págs. 105-110.

Recopilación orientadora de la legislación existente en materia de abordaje, distinguiendo la legislación nacional y la internacional en sus diversos aspectos: mercantil, penal, disciplinario y procedimental.

TAPIA SALINAS, Luis: *La responsabilidad del transportista en el transporte aéreo de pasajeros (El Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955)*.—RDP, mayo 1956: págs. 443-454.

Convencido el autor de la autonomía del Derecho aeronáutico y de que su aspecto más importante es el transporte, estudia la responsabilidad en el mismo; en general, en el ámbito internacional y en el nacional. Se delimitan las fuentes y los elementos de la responsabilidad.

FERRANTE, Umberto: *Costruzione di nave. Transazione. Forma scritta necessaria*.—NRD, vol. IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; págs. 23-24.

Es necesaria la forma escrita *ad solemnitatem* para la validez de una transacción relativa a una litis sobre contrato de construcción de un navío.

VIDAL SOLA, Arturo: *Pérdidas y daños, reservas y prueba en el contrato de transporte internacional de mercancías por mar*. RDM, vol. XXII, número 61, julio-septiembre 1956; págs. 93-103.

Por Ley de 22 de diciembre de 1949 se incorpora a nuestro Derecho el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, referente al contrato de transporte marítimo. Retirada la mercancía por el destinatario se pone la citada Ley que aquélla ha llegado en condiciones (según conocimiento de embarque), salvo la reserva formulada en forma. Estudio de esta reserva y sus efectos.

6. Derecho de quiebra

LABOCETTA, Giovanni: *La recente riforma del Diritto fallimentare in Francia*.—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 126-129.

Historia de la reglamentación francesa de la quiebra desde el Código de comercio de 1807 hasta la Ley de 20 de mayo de 1955 y examen de las innovaciones fundamentales que ésta introduce.

MOLINA, Enrique: *Procedimiento de suspensión de pagos*.—RDP, septiembre 1956; págs. 802-815.

Considerado el procedimiento como jurisdiccional voluntario se ofrecen unas consideraciones generales sobre el mismo y se propugna una nueva Ley más perfecta que la de 1922 o una más racional interpretación de ésta. Indica el autor las consecuencias que se deducen de la calificación del procedimiento como de jurisdicción voluntaria.

MOSSA, Lorenzo: *Fallimento. Irrelevanza della qualità dei debiti*.—NRD, volumen IX, fascs. 1-4, 1956, parte II; págs. 35-36.

Puede declararse la quiebra cuando las obligaciones incumplidas que constituyen su presupuesto son meramente civiles.

MOSSA, Lorenzo: *Fallimento. Stato di insolvenza. Presupposti*.—NRD, vol. IX, fascículos 1-4, 1956, parte II; págs. 25-27.

La revocación de pagos en la quiebra se extiende por igual a los voluntarios y a los coactivos. El estado de insolvenza se integra con cualquier manifestación externa de imposibilidad de cumplir con las obligaciones.

VACAS MEDINA, Luis: *La cesación de pagos en el Derecho italiano y en el Derecho español*.—RDP, abril 1956; págs. 334-355.

El supuesto fundamental de la quiebra se determina en las legislaciones latinas por la cesación de pagos. Aun cuando se regulan procedimientos para evitar tal declaración, éstos son insuficientes para evitar que sea declarado en quiebra el que cesa en sus pagos ocasionalmente, teniendo bienes para hacer frente a sus deudas. Se dan soluciones prácticas de equidad para no dar las mismas consecuencias a este supuesto y al del quebrado absolutamente insolvente, tomando como punto de comparación el Derecho italiano de quiebras.

VACAS MEDINA, Luis: *El Ministerio público y la quiebra en el Derecho italiano y en el Derecho español*.—RDP, julio-agosto 1956; págs. 667-687.

En vistas a la propugnada reforma en nuestro Derecho de las normas sustantivas y procesales referentes a la quiebra, el autor estudia, en plan de crítica

constructiva la función del ministerio fiscal en relación con el procedimiento de quiebra. Se fija en la Legislación italiana. El autor propugna una mayor intervención del ministerio fiscal.

IV. DERECHO NOTARIAL

BIENZOBAS, Jesús: *Lingüísticas y gramaticales*.—RN, año LIX, núm. 628; páginas 361-362.

Explicación del verdadero sentido de algunas palabras empleadas usualmente por los notarios en las escrituras que autorizan.

CARDINAL, Jean Guy: *La comptabilité en fideicommiss*.—LRN, vol. LIX, número 3, octubre 1956; págs. 108-116.

Notas sobre la forma de llevar la contabilidad los notarios de Québec en relación con los depósitos o sumas a ellos confiados.

CARRESI, Franco: *Responsabilità del notaro per gli atti da lui rogati*.—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 44-57.

Se demuestra la extracontractualidad de la responsabilidad del notario, la exigibilidad de ésta por terceros que no han intervenido en el otorgamiento de un acto nulo y, concretamente, la responsabilidad frente a los favorecidos por un testamento nulo.

CONTOIS, Roger: *L'interprète est-il admissible dans les actes notariés?*.—LRN, volumen LIX, núm. 3, octubre 1956; págs. 99-107.

La creciente inmigración de la provincia de Québec hace preciso con frecuencia el uso de intérpretes jurados en los actos notariales. El autor estudia esta práctica a la luz de la doctrina, jurisprudencia y la costumbre de la provincia canadiense en cuestión.

GIMÉNEZ ARNÁU, E.: *Intervención del Notario español en la fundación de la Sociedad anónima*.—RN, año LIX, núm. 628; págs. 299-310.

Estudia la trascendental importancia del notario español en la constitución de las sociedades anónima con arreglo a la ley de 1951.

RAVINOVICH, Marcos: *Jurisprudencia administrativa judicial sobre el impuesto de sellos*.—RN, año LIX, núm. 628; págs. 311-352.

Exposición sistemática de la jurisprudencia argentina sobre este impuesto que grava las escrituras notariales.

V. DERECHO PROCESAL**1. Introducción**

BROGGINI, Gerardo: *Die Maxima «iura novit curia» und das ausländische Recht*.—ACP, tomo CLV, cuad. 6, octubre 1956; págs. 469-485.

Aportación al estudio del § 293 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana, la cual determina que el Derecho vigente en un Estado extranjero ha de ser probado en la medida en que sea desconocido para el Tribunal. El autor entiende que cada vez es más insopportable para los juzgadores la inclusión del Derecho extranjero en la máxima *iura novit curia*.

BRUNORI E.: *Processo e politica*.—IM, año VII, fasc. 3, septiembre 1956; páginas 409-425.

Se aboga por una posición abstencionista del juez en la dirección del proceso en contra de la opinión del profesor Carmelutti.

CARRANZA, Vicente: *La jurisdicción en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*.—RJP, año VI, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 94-100.

Comentarios críticos sobre la forma de organización de la jurisdicción en el anteproyecto peruano de Ley orgánica del poder judicial.

COUTURE, Eduardo J.: *Concepto límites y denominación del Derecho procesal civil*.—RJPR, vol. XXV, núms. 1-4, septiembre 1955-abril 1956; págs. 81-95.

El autor delimita el contorno del Derecho procesal civil. Concepto: rama de la ciencia jurídica que estudia la constitución, desenvolvimiento y eficacia del proceso civil. Límites: de tiempo, espacio y sustancia. Denominación: Derecho procesal.

GALLARDO, Ricardo: *Algunas consideraciones en torno al Derecho procesal interno e internacional comunes a los países latino-americanos*.—RJP, año VII, núms. 1-2, enero-junio 1956; págs. 7-18.

Estudia el principio de igualdad civil en materia procesal entre extranjeros y nacionales, y el principio de la luz del domicilio y propone reformas para posibilitar el efecto de las sentencias extranjeras sin necesidad de *exequatur*.

GELSI BIDART, A.: *Legalidad y proceso*.—RFDM, año VII, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 103-112.

La ley es el puente por el que se pasa de los principios del Derecho natural a la positividad real del proceso.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *Le funzioni del giudice nel processo civile nel momento storico attuale*.—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 202-217.

Se observa un aumento de los poderes del juez en el proceso civil, aumento que el autor considera en relación con la función interpretativa de la norma, con la noción de la acción, con la aplicación-creación del Derecho, y, sobre todo, en conexión con el principio dispositivo.

HERNÁNDEZ RON, J. M.: *Fallecimiento del doctor Eduardo Couture*.—RDLC, año XLV, núms. 542-543; págs. 148-150.

Reseña necrológica y catálogo de obras del autor uruguayo.

JARCK, Christian: *Abänderung und Aufhebung sowjetzonaler gerichtlicher Entscheidungen durch Gerichte der Bundesrepublik*.—EF, año III, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 296-298.

Consideraciones prácticas sobre la cuestión de cómo los Tribunales de la Alemania occidental pueden y deben invalidar o modificar las decisiones de los Tribunales de la «otra» Alemania. Se plantea el problema en materia de tutela y en relación con la reserva del orden público internacional (artículo 30, Ley de Introducción al BGB). En ocasiones la decisión debe considerarse inexistente.

MINOLI, E.: *Per un approccio «laico» al problema del processo*.—IM, año VII, fascículo 3, septiembre 1956; págs. 355-361.

Postula una vulgarización de la terminología jurídica, sustantiva y procesal, para evitar que los interesados oigan discutir algo que les afecta como si fuese en un lenguaje a ellos inasequible.

PIETRI, Alejandro: *La obra del doctor Humberto Cuenca «El Derecho procesal en Venezuela»*.—RDLC, año XLV, núms. 542-543; págs. 131-147.

Crítica aduciendo textos de autoridad de las posiciones sostenidas en este libro, especialmente en lo relativo a los estudios de Derecho procesal en Venezuela y a la teoría de la acción.

RENGEL ROMBERG, Aristides: *Bases para una reforma del Código de Procedimiento civil venezolano*.—RFDC, núm 8, junio 1956; págs. 215-250.

Señala las lagunas de que adolece el ordenamiento procesal civil venezolano y que deben llenarse con leyes especiales y planifica para una etapa posterior la reforma total de su sistema.

SOSA MOLINA, Esteban: *Cuestiones de competencia en materia civil*.—RFC, número 12, 1956; págs. 35-47.

El autor ofrece unas consideraciones prácticas sobre los diversos criterios surgidos en relación con las cuestiones de competencia, por razón de la materia en los Juzgados de Primera Instancia. Especial referencia a la sumisión expresa o tácita.

2. Parte general

BRUNORI, Ernesto: *Sulla inibitoria*.—RPR, año XI, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 207-229.

El autor se muestra disconforme con la reiterada afirmación de la Jurisprudencia italiana de que «parece manifiesta la pérdida del derecho a promover la inhibitoria, cuando la demanda al efecto no sea interpuesta en el acto de apelación».

CRESPI, Alberto: *Ancora sulla tutela del secreto bancario nel processo civile*.—RDDC, año II, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 288-297.

Justificación y eficacia de la norma que protege el secreto bancario, recogida en la Ley italiana de 7 de abril de 1938 y oponible incluso a la providencia en que el juez civil reclama información.

DUNZ, Walter: *Der unzulässige Ausforschungsbeweis*.—NJW, año IX, cuaderno 21, 25 mayo 1956; págs. 769-773.

Nuevas consideraciones sobre la procedencia o improcedencia, en la Legislación Procesal Alemana, de la prueba de pesquisa.

FERNÁNDEZ ASIAÍN, Eugenio: *Las costas en el allanamiento*.—RDP, julio-agosto 1956; págs. 714-717.

Breves comentarios prácticos sobre el problema de las costas en el allanamiento; consideración de la doctrina científica y del Derecho positivo.

FRANK, J. N.: *La giuria ed il mito del giudice disumano*.—IM, año VII, fascículo 3, septiembre 1956; págs. 344-354.

Critica de la misión del jurado y del ritual de instrucciones y exhortaciones del juez que recuerdan los exorcismos medievales.

JACOB, Nicolás: *El Derecho del abogado sobre su informe oral*.—BICAM, septiembre-octubre 1956; págs. 885-890.

Comentando dos sentencias del Tribunal de Apelación de París, defiende el derecho absoluto del abogado sobre su informe, con la evidente limitación

de la publicidad de la audiencia, pero con la facultad de oposición a la reproducción en la prensa.

MARCANO RODRÍGUEZ, Rafael: *La excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad.*—RFDC, núm. 8, junio 1956; págs. 251-256.

La cualidad no es el derecho, sino el título del derecho y es inexcluible por la excepción. Hay que entrar en el juicio y discutir en él si la cualidad existe realmente, legalmente, en relación con el actor y con la causa.

MARTÍNEZ CARVAJAL, Luis: *Curia, leguleyos y abogados en los «Episodios Nacionales», de Galdós.*—Año IV, septiembre-diciembre 1955; págs. 41-48.

Glosa de diversos pasajes de la obra galdosiana en que se hace referencia a cuestiones forenses.

RODRÍGUEZ U., José: *El centenario del concepto de «acción».*—RFDC, núm. 8, junio 1956; págs. 273-276.

Investigaciones sobre el tema de la acción y valorización de su concepto a partir de 1856 con la obra de Winscheid.

SOTO NIETO, Francisco: *La suspensión como crisis del proceso.*—RJC, número 4, julio-agosto 1956; págs. 303-320.

Tomando como base la definición de Guasp y valorando los principios procesales de impulsión oficial e impulsión de parte, estudia las clases, requisitos y efectos de la suspensión como manifestación de crisis procesal.

SOTO NIETO, Francisco: *Problemas sobre la comparecencia en juicio de la mujer casada.*—RDP, julio-agosto 1956; págs. 697-714.

Después de unas indicaciones sobre la capacidad procesal en general, el autor nos ofrece, casuísticamente, unas reflexiones sobre la de la mujer casada, considerada en general y en sus aplicaciones concretas.

SOTO NIETO, Francisco: *La suspensión como crisis del proceso.*—RJC, año LV, volumen LXXIII, núm. 4, julio-agosto 1956; págs. 303-320.

Considerada la «suspensión» como una detención anormal de la actividad procesal, que la impide llegar a la meta propuesta, se estudia esta «crisis del proceso» en sus modalidades obligatoria y facultativa.

TARZIA, Giuseppe.—*Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo.*—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 266-276.

Examen crítico de las doctrinas de Lent y Schwab en torno al objeto del proceso. El primero manifiesta que está constituido por una «afirmación ju-

rídica»; el segundo por «la petición de decisión judicial descrita en el *petitum*».

3. Procesos especiales.

BEREITER-HAHN, Werner: *Die Fünfjahresfrist bei der Restitutionsklage* (§ 586, II, 2, ZPO).—EF, año III, cuad. 9, septiembre 1956; págs. 272-273.

Una de las acciones en que cristaliza la revisión del proceso en la Ordenanza Procesal Civil alemana es la «acción de restitución», cuya interposición es ya improcedente pasados cinco años. Estudio de este plazo en relación con las pretensiones alimenticias, derivadas de la filiación ilegítima.

CARNELUTTI, Francesco: *Su difesa del titolo ingiuntivo*.—RPR, año XI, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 189-197.

En polémica con Garbagnati, el profesor Carnelutti defiende su concepto del *Processo di ingiunzione*, figura intermedia entre el proceso de cognición y el ejecutivo, cuya función es obtener un «mandato» que pueda poner en marcha la ejecución forzosa.

HEINRICH, Wilhelm: *Keine Verfassungsbeschwerde wegen angeblich zu Unrecht angeordneter Blutentnahme nach § 372 a ZPO?*.—EF, año III, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 274-275.

Sobre una sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, de 25 de mayo de 1956, se comenta la cuestión de si cabría la «queja» ante el Tribunal indicado a consecuencia de la ordenación de una prueba de sangre, para cuestiones de filiación, sin motivo suficiente. Se relaciona el problema con los derechos fundamentales.

KAFER, Doctor: *Kostenentscheidung bei Rücknahme eines Entmündigungsantrages*.—NJW, año IX, cuad. 18, 4 mayo 1956; págs. 660-661.

La Jurisprudencia del Tribunal Territorial (OLG) de Nuremberg, rechazando las *antiguas tendencias*, afirma que el que, en un proceso de incapacitación, retira la solicitud de ésta, responde de las costas, al margen de que le sea o no imputable culpa.

MENÉNDEZ LLERANDI, Senén: *Un problema de procedimiento por defecto del artículo 192 de la Ley de Enjuiciamiento criminal*.—BI, año X, núm. 342, 25 de junio de 1956; págs. 3-7.

La demora en el cumplimiento de suplicatorios, exhortos y mandamientos y su repercusión práctica en el juicio de faltas.

MICHELI, Gian Antonio: *Fori concorrenti e foro esclusivo in materia di controversie di lavoro.*—RDDC, año II, n. 1, enero-marzo 1956; págs. 109-113.

Comenta la oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano en torno a la determinación del criterio de competencia territorial en las controversias individuales laborales.

PENTZ, A.: *Abänderungsklage oder Zusatzforderungsklage bei vollstreckbaren Urkundēn?*—EF, año III, cuad. 9, septiembre 1956; págs. 271-272.

En relación con las pretensiones alimenticias y la modificación de las mismas, se plantea nuevamente la cuestión de si procede la «acción de modificación» recogida en el § 323 de la ZPO o si, por el contrario, procede no tomar en consideración tal clase de acción. Se relaciona el problema con una sentencia del Tribunal Territorial de Schweinfurt que, al margen de la cuestión alimenticia, se enfrentó con la aplicación a los títulos ejecutivos de la acción indicada.

TAVARES, Froilán: *Los recursos de fuerza en el Derecho procesal dominicano.* RJD, año XVII, núms. 54-55, julio-diciembre 1955; págs. 55-56.

Historia de los recursos a través del Derecho indiano español, del de tipo francés producido por la ocupación haitiana y la recepción de los Códigos franceses en 1845 y en la Constitución dominicana de 1858, donde se previeron también para el caso de que se establecieran Tribunales eclesiásticos.

VIADA LÓPEZ-PUIGERVER, Carlos: *La posición del Ministerio fiscal en el proceso penal.*—RJC, núm. 4, julio-agosto 1956; págs. 321-328.

Aclara la función del Ministerio fiscal como «parte imparcial» en el proceso penal, con lo que desaparecen aparentes anomalías en su intervención.

4. Jurisdicción voluntaria

BISCONTINI, Giuseppe: *I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione e la loro efficacia in Italia.*—IM, año VII, fasc. 2, junio 1956; págs. 244-252

Examinadas las doctrinas sobre el efecto de Stalia de los actos de jurisdicción voluntaria extranjeros, propugna el autor, en general, la eficacia inmediata de los mismos. Fundamenta y expone su tesis.

PRIETO CASTRO, Leonardo: *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria.*—RDP, febrero 1956; págs. 107-116.

Estudia las cuestiones doctrinales que son objeto de discusión en torno a la jurisdicción voluntaria y el estado de la legislación comparada en torno a ellas. Examina concretamente la legislación española actual y ofrece unas soluciones para el porvenir a base de delimitar bien los campos con la esfera contenciosa.

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.
 BM1 = 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 Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 IC = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).

- RIDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- 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).
- 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.
- 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 (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista de Notariado (Buenos Aires).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán.)
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensk Juristtdning (Estocolmo).
- 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 Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 17 DE JULIO DE 1956

Sociedades Anónimas. Adaptación.

En síntesis, las cuestiones planteadas por la calificación y el recurso siguiente fueron: 1.^a Si constituye indeterminación del domicilio social el hecho de venir establecido por los estatutos en una población y, a la vez, disponerse en ellos que la oficina central de la sociedad funcionará en otra mientras el Consejo de Administración no acuerde cosa distinta; 2.^a Si puede establecerse que el voto del presidente decida los empates en las Juntas de accionistas y Consejo de Administración; 3.^a Si la falta de inscripción de los administradores en el Registro mercantil priva a uno de ellos para representar a la sociedad en el otorgamiento de la escritura de adaptación cuando en el acuerdo social correspondiente se facultó al Consejo para que cualquiera de sus miembros otorgase la de modificación de estatutos, y si para la inscripción de aquellos cargos se requiere escritura pública o basta otra clase de documentos.

La Dirección, al confirmar la calificación del Registrador declara:

A) Sin desconocer la posibilidad de establecer en lugares distintos del domicilio sucursales, agencias o delegaciones, es evidente que, como quiera que el domicilio de las personas jurídicas no constituye una simple localización ficticia, sino el mismo centro administrativo y funcional, la referida previsión de los estatutos es contradictoria y la sede resulta efectivamente indeterminada.

B) La concesión al Presidente de la Junta de Accionistas del voto decisivo en los empates significaría, cuando éstos se producen, otorgarle una intervención en la formación de los acuerdos, contraria al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones—pues de no ser accionista no podría participar en la votación—y el derecho de voto e idéntica a la que proporcionan las acciones de voto plural, que no son licitas en ningún caso, por lo que se infringiría el párrafo 2.^o del artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que pueda tampoco configurar la decisión presidencial como arbitral por el carácter de parte interesada de quien la emitiría.

C) Respecto de la escritura de adaptación, en la que no hay más comprensible que la propia sociedad, la omisión de la previa inscripción del nombramiento no ha de impedir al consejero representar a la sociedad ante el notario, si bien dicha falta constituye defecto subsanable y sin que se requiera para ello escritura pública.

Vid. Resoluciones de 26 de febrero de 1953 y 30 de noviembre de 1955.

RESOLUCION DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1956**Inscripción de los administradores de la S. A.**

Presentado en el Registro mercantil un testimonio por exhibición del acta de nombramiento de nuevos administradores de una Sociedad Anónima y las subsiguientes cartas en que los nombrados aceptan el cargo, se suspende la inscripción de acuerdo con los artículos 72, 112 y 116 de la Ley especial e interpuso recurso contra la calificación, la Dirección General ratifica el criterio del Registrador con la siguiente doctrina:

A) Sólo pueden tener acceso al Registro mercantil los hechos inscribibles constatados en forma indubitada.

B) El nombramiento y consiguiente aceptación del cargo de administrador no precisa constar en escritura pública al no influir sobre la disposición del capital o del crédito ni implicar modificación del acto social constitutivo. El administrador no puede asimilarse al apoderado.

C) Acreditada la aceptación del designado, será documento bastante para la inscripción del nombramiento el testimonio notarial del acta por exhibición del libro correspondiente, o la certificación del acta expedida por el Secretario de la Junta con el Visto Bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación, nunca, en cambio, el simple testimonio por exhibición que ha sido calificado.

Vid. Resoluciones de 4 de enero de 1902 y 24 de abril de 1911 y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1888.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio civil de 28 de junio de 1932

NOTAS A LA SENTENCIA DEL T. S. DE 25 ENERO 1956

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

I. En *resumen*, esta sentencia sienta la doctrina de que tales matrimonios no son nulos; la infracción del artículo 42 del Código no provoca la nulidad del matrimonio civil, la cual sólo es posible por las causas taxativas que establece el artículo 101 del mismo cuerpo legal. Tampoco puede pretendenderse la ineffectuación del matrimonio civil por el mero hecho de que fuera contraído durante la vigencia de la Ley de 2 de marzo de 1932, que admitía el divorcio vincular.

II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA

A) *Hechos*.—En el año 1933 se casaron, sólo civilmente, don José y doña Cristina. En 1946, don José, que afirma haber profesado constantemente la religión católica, pretende la resolución o, subsidiariamente, la nulidad del matrimonio fundándose en la implícita condición de dissolubilidad con que se contrajo; tal condición —según el demandante— o tiene su propia fuerza si se considera licita o anula el matrimonio, conforme al artículo 1.116 C. c., por ser ilícita. Desestimada la demanda en ambas instancias, don José interpone recurso fundándose: 1.º En la retroactividad de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley del matrimonio civil, y consiguiente infracción, al contraerse el matrimonio, del artículo 42 C. c. 2.º En el carácter nulo, o al menos anulable, conforme a los artículos 1.116 y 1.275 C. c., de las uniones de católicos contraídas sin compromiso de indisolubilidad, lo cual se opone a la esencia del matrimonio.

B) El T. S. desestima el recurso por las siguientes razones:

“No es procedente el primero de los motivos del recurso interpuesto, en que por las razones que en el mismo se expresan se pretende la nulidad del matrimonio civil, celebrado bajo el régimen de la legislación republicana, por la razón fundamental de que los cónyuges no hicieron la declaración de no profesar la religión católica a que se refiere el artículo 42 C. c., ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de ese requisito, tampoco su infracción constituye una causa determinante de nulidad, sólo posible, durante la vigencia del Código, por las causas que exhaustivamente establecía y establece el artículo 101, y que, por su carácter específico, no puede ser ampliado por analogía a otras situaciones, en tanto que una norma del mismo rango lo determinara con fuerza obligatoria, sin que a esta consideración pueda

obstar la legislación derogativa de la Ley de Divorcio ni las demás reguladoras de sus consecuencias, porque lo mismo la Ley de 12 marzo 1938 que la de 23 septiembre 1939 (que no deja de tener antecedentes en la historia de la legislación española a partir de 1870 y disposiciones que en relación con ella hicieron posible la fórmula de concordia entre la legislación canónica y la civil, que cristalizó en el art. 42 del Código) ni decretaron ni autorizaron la nulidad de otros matrimonios que los señalados específicamente en ambas disposiciones, a las que, obligadamente ha de atenerse y que, además, han sido rectamente interpretadas en su sentido y alcance por el Tribunal *a quo*.” (Considerando 1.º)

“Ni bajo el régimen de la Ley de Matrimonio Civil, ni de la de Divorcio, implantados por la segunda República, constituyó la ilegítima dissolubilidad del vínculo, supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad que la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta...”. (Considerando 2.º)

III. OBSERVACIONES

A. Aspectos procesales de la cuestión.

1. *Jurisdicción competente*.—A lo largo del proceso no se cuestiona que la jurisdicción civil sea la competente para hacer la declaración de validez o nulidad del matrimonio. En efecto, parece darse por supuesto que los Tribunales civiles son los competentes para conocer de los pleitos de nulidad de los matrimonios civiles, sin distinguir entre los contraídos por bautizados o por no bautizados. Esta es la solución que se desprende del Código civil, que, a la vez que reconoce la competencia de los Tribunales eclesiásticos en cuanto a los matrimonios canónicos (art. 80), atribuye a los Tribunales civiles las causas relativas a los matrimonios civiles (arts. 103 y 107) (1).

El Derecho canónico, sin embargo, reclama con exclusividad la legislación y jurisdicción en *cuestiones matrimoniales de bautizados* (cánones 1.012, 1.016, 1.038, 1.553 y sigs. y, sobre todo, 1.960). La discordancia de los ordenamientos civil y canónico es evidente. El Concordato no ha tocado directamente esta desarmonía; de manera concreta y directa, sólo se refiere al reconocimiento estatal de la exclusiva competencia eclesiástica en las causas referentes al matrimonio *canónico* y en otras determinadas (art. 24, 1).

La tesis canonista podría tener defensa, de “*lege lata*” o de “*lege ferenda*” (*vide* art. 36, Concordato), a la vista del párrafo final del propio artículo 24 del Concordato, que, “en general”, reconoce efectos civiles a todas las resoluciones eclesiásticas “en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia”, y del párrafo 2 del artículo 35 que exige al Estado que se regulen, conforme al Dere-

(1) En este punto parece que los principios del Código en nada han quedado alterados por la disposición transitoria 5.ª de la ley de 23 de septiembre de 1939 que *crece* ncia plena eficacia jurídica en el fuero civil desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nulidad de un matrimonio. Conforme a su fin esta disposición trata no de modificar, sino, simplemente, de dar eficacia retroactiva a la restauración de los principios del Código civil; si, vigente la legislación republicana, ha habido matrimonio canónico, los Tribunales eclesiásticos han sido y son competentes en las causas de nulidad. El reconocimiento de esta competencia es una consecuencia obligada del reconocimiento que de la eficacia civil de tales matrimonios canónicos hace la ley de 12 de marzo de 1938 (art. 2.º).

cha canónico vigente, "las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes".

Sin embargo, la posición de los órganos españoles parece ser contraria a la vigencia absoluta de las normas canónicas. De una parte, la actuación del Tribunal Supremo, entendiendo en causas de nulidad de matrimonios civiles contraídos por bautizados (2), a pesar de que los Tribunales en toda su jerarquía, *pueden*, de oficio, declararse incompetentes por razón de la materia (art. 74, LEC), indica que, al parecer, su criterio es que los Tribunales civiles son competentes en tales causas; dado lo que dispone el Código civil en los preceptos ya examinados, y presente las disposiciones del Concordato ya citadas, así como lo que dispone en su artículo 36, serían necesarias especiales disposiciones del Estado español en ejecución del Concordato para pensar que los Tribunales civiles no eran competentes. Pero, expresamente, la Dirección de Registros, en R. 8 agosto 1955, no sólo entiende que respecto de los matrimonios civiles, aunque conste el bautismo de uno de los contrayentes, la jurisdicción ordinaria es competente, sino que lo es con exclusividad en "toda cuestión relativa a sus efectos", denegando, en consecuencia, la inscripción de un Decreto eclesiástico que declara la nulidad canónica de un matrimonio civil; la propia resolución afirma que el artículo 24 del Concordato es coincidente con esta doctrina, pues, al referirse al matrimonio canónico, "implícitamente quedan excluidos de su esfera los matrimonios civiles" (3).

2. *Especialidades del proceso civil de nulidad de matrimonios.*—Conforme a la Disposición general de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, "el conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta Ley corresponderá a la jurisdicción civil ordinaria, según la forma y el modo que se establezca en las leyes de Enjuiciamiento civil". El Decreto de 23 noviembre 1872 establece, completando y desarrollando la Ley de 1870, reglas para la sustanciación y fallo de las demandas de nulidad y divorcio, y conforme a las cuales las causas se seguirían por el procedimiento del juicio ordinario con determinadas variantes, entre las que destacan las siguientes: 1.º El acto de conciliación, en los procesos de nulidad, sólo se exige cuando sea posible la "ratificación o subsanación" (4) del matrimonio, y únicamente será eficaz si, en tales casos, los cónyuges acordasen continuar la vida marital (arts. 2.º y 3.º).

(2) Así ocurre en los procesos correspondientes a las sentencias de 25 y 26 de enero y 7 de marzo de 1956; la de 25 de enero es la que estamos comentando; de las otras dos se da cuenta, respectivamente, en el tomo IX del ANUARIO, fascículos 2.º, pág. 731 y 722, y 3.º, págs. 1055 y 1056, con notas de GARCÍA CANTERO.

(3) Hay otros puntos, en materia de matrimonio, en que no parece que el Concordato resuelva directamente la desarmonía de los ordenamientos canónico y civil: 1.º Matrimonios civiles de católicos extranjeros contraídos conforme a su ley nacional (eficacia en España). 2.º Validez de los matrimonios civiles de católicos españoles contraídos durante la vigencia de leyes que permitían su celebración. (Así también DEL AMO: *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1964, pág. 113; en el mismo sentido, implícitamente, de *lege data* la sentencia que comentamos y la de 26 de enero de 1956.) 3.º Validez de matrimonios civiles de los bautizados, ya fuera de la Iglesia católica (*vide nota 31*) y no convertidos a ella (*tide*, sin embargo, DEL AMO: Ob. cit., págs. 116, 117 y 134; en cambio, véase G. BARBERANA: *Matrimonios mixtos*, ANUARIO DER. CIV., VIII, 1.º, pág. 15, nota 35), ya dentro o convertidos de la herejía y el cisma, pero los cuales al contraer matrimonio ya no profesaban la religión católica (véase nota 21).

(4) Según técnica del propio Decreto.

2.^º La menor edad no es causa de restricción de la capacidad procesal de los cónyuges (art. 7.^º). 3.^º Será siempre parte el Ministerio Fiscal (art. 8.^º). 4.^º A la admisión de la demanda precederá una información, con asistencia del Ministerio Fiscal, de los hechos causas de la nulidad (arts. 4.^º y 5.^º). 5.^º La confesión no tiene un valor absoluto.

Publicada la Ley de Enjuiciamiento civil, puede cuestionarse la vigencia de las especialidades que introduce el citado Decreto en las causas sobre matrimonios civiles (5). De la derogación de todas las reglas que se hayan dictado para el enjuiciamiento civil, sólo se exceptúan en el artículo 2.182 las "reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás Leyes especiales", por lo que sólo cabe considerar vigente el Decreto, si es considerado, en sí mismo o por su carácter de complementario de la Ley de Matrimonio Civil (sin duda, ya derogada) como "Ley especial". Pero, aunque se estime que el Decreto no está vigente, hay que reconocer que el proceso de nulidad del matrimonio civil tiene características análogas a las establecidas en el Decreto. La demanda se decidirá en juicio ordinario de mayor cuantía (art. 483, 3.^º, LEC) y, además, se dan las siguientes particularidades:

a) *El acto de conciliación*.—En los procesos de nulidad de matrimonio civil se ejerce una acción de estado y, por tanto, es improcedente la exigencia del acto de conciliación (6); pero esta doctrina no obsta la posible convalidación del matrimonio en los casos permitidos por el artículo 102 del Código, y que, por lo mismo, en tales casos tenga cierto sentido el acto de conciliación en cuanto en él pueda aquélla tener lugar.

b) *La menor edad como causa de restricción de la capacidad procesal*.—Esta cuestión obliga a distinguir distintos supuestos; en primer lugar, consideraremos el supuesto de que el menor haya cumplido los dieciocho años y además se trate de matrimonio válido o el cónyuge sea de buena fe en matrimonio putativo. En este supuesto no hay duda de que el menor tiene plena capacidad procesal por estar emancipado por el matrimonio y haber alcanzado esa edad; tratándose de matrimonios putativos, el matrimonio produce la emancipación en el cónyuge de buena fe (7). Es hoy doctrina bastante corriente y admitida por la jurisprudencia que la emancipación por matrimonio suprime las restricciones por razón de edad en la capacidad procesal de los casados (8), cuando éstos han llegado a los dieciocho años de edad.

Mayores problemas se plantean cuando el cónyuge no es de buena fe, respecto del que quizás se puede llegar a la misma solución en cuanto que, mientras

(5) GUASP (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1966, pág. 1178 y 1180) cita el Decreto al exponer el «proceso matrimonial», pero no expresa con claridad la vigencia de las particularidades que establece. PRIETO CASTRO (*Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1949, pág. 110 y ss.) expone como vigente la doctrina del citado Decreto e invoca que la vigencia ha sido reconocida expresamente por las sentencias de 23 de octubre de 1929 y 5 de junio de 1926; sin embargo, ambas sentencias se refieren sólo a la intervención del Ministerio Fiscal, y la primera de ellas expone, de pasada—obiter—, la doctrina sobre el proceso matrimonial, pues la cuestión discutida en el proceso era sobre filiación natural.

(6) Así, respecto de las acciones de estado en general, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, parte 1.^ª, Madrid, 1962, pág. 100; así, en especial, respecto de los procesos matrimoniales, GUASP, ob. cit., pág. 1179.

(7) Así DE CASTRO, ob. cit., pág. 213.

(8) Vide sobre la cuestión DE CASTRO, ob. cit., págs. 222 y 223; GUASP, ob. cit., pág. 192.

la nulidad no se declara, hay, como se ha dicho, una apariencia de enérgica eficacia; en estos supuestos la demanda o la contestación puede, en ciertos casos, encerrar una cierta contradicción, pues podría suceder que en la misma se afirmase la nulidad y la mala fe y a la vez se pretendiese tener capacidad procesal suficiente fundada en la eficacia del matrimonio, aún no declarado nulo.

En todo caso, aunque sea de buena fe, aunque no haya, en realidad, nulidad del matrimonio, se plantea el problema de la capacidad procesal respecto del menor de dieciocho años. Conforme al artículo 59, II, C. c., parece que requeriría la asistencia de su padre, madre o tutor. Y, sin embargo, a pesar de este precepto, resulta muy fuerte hacer depender de la voluntad de un extraño el ejercicio de la acción de nulidad respecto de un acto, tan personalísimo, como el matrimonio, y para cuya constitución no hizo falta la asistencia de tales personas; es más, la exigencia a ultranza de ese complemento de capacidad podría, en caso de negativa del padre, madre o tutor, determinar la convalidación del matrimonio al hacer imposible la interposición de la demanda en el corto término que en algún caso se establece (art. 102, III, sobre todo en el caso de rapto), dando lugar a resultados incongruentes con el carácter personalísimo del matrimonio. Parece, pues, más lógico reconocer a quien es capaz para casarse, capacidad procesal para las causas matrimoniales (9). Estamos ante un caso en que los principios hacen saltar la rigidez de las normas sobre capacidad procesal y ponen de manifiesto su perturbadora desconexión con las normas civiles sobre la capacidad en la relación jurídica material objeto del debate.

c) *La intervención del Ministerio Fiscal.*—Es indiscutible que ella resulta obligada en todo proceso sobre cuestiones de estado civil (10).

d) *La inquisición de los hechos.*—Aunque respecto de la actividad probatoria rige al sistema procesal español, en general, el principio dispositivo, aquí nos encontramos con ciertas particularidades que restringen ese principio. Los hechos "confesados llanamente" (art. 565, LEC) por el cónyuge no están excluidos de la prueba. Hay que aplicar a la *admisión* de los particulares la misma doctrina que a la *confesión* (que diremos seguidamente), y de otra parte, la intervención del Ministerio Fiscal impide que el simple asentimiento de los cónyuges sobre

(9) Según el Derecho canónico «en las causas espirituales y en las anejas a ellas, los menores pueden demandar y responder sin consentimiento del padre o del tutor si han llegado al uso de razón; y esto pueden hacerlo por sí mismos si han cumplido los catorce años; o, en caso contrario, por un tutor dado por el Ordinario, o también por un procurador nombrado por ellos mismos con autorización del Ordinario» (canon 1.648; trad. MIGRÁLEZ, ALONSO y CABREROS, Madrid, 1947). También, análogamente el art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 dispone: «Tendrán capacidad procesal ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, además de las personas que la ostente, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio está permitido por el Ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente.»

(10) Así DE CASTRO, ob. cit., pág. 99 y PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 110 y 111. La S. J. junio 1926 entiende que conforme a los artículos 838 de la L. O. P. J. y 8.^a del R. D. 23 de noviembre de 1872, la intervención del Ministerio Fiscal, en calidad de parte, en los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio es requisito para la validez del procedimiento; se trata de evitar que por los efectos procesales del allanamiento a la demanda y por meras conveniencias de interés particular se burlen y eluden preceptos dictados en interés social» (Sentencia 23 octubre 1929).

los hechos equivalga a la admisión y excluya a éstos de la prueba, de acuerdo con la finalidad de su intervención, que es evitar en estos procesos las comivencias y maniobras de los litigantes. Así, con tal intervención, se obtienen resultados análogos a los proporcionados por la inquisición de oficio (11).

e) *La eficacia de la confesión.*—La confesión no tiene en este proceso la eficacia probatoria específica de este medio de prueba. "Para confesar es necesario —dice Carnelutti (12)— no sólo la *capacidad*, es decir, una cierta condición subjetiva, sino también la *legitimación*, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la cual se reconozca al agente el poder de disponer del respectivo interés; por eso, de la misma manera que a la confesión de un incapaz, se privaría de efecto a la confesión de un capaz hecha en relación a un objeto substraído a su disposición." Nuestro Derecho está conforme con esta doctrina. 1.º La eficacia normal de la confesión requiere que en la misma se reconozcan hechos contrarios al interés del confesante: "perjudique" (art. 565, LEC) (13), "perjudicarán" (art. 580, LEC), "contra" (art. 1.232, C. c.) (13 bis). Y no puede decirse que los datos fácticos que fundan la nulidad de un matrimonio estén siempre en contradicción con el interés del sujeto de la confesión. 2.º Expresamente se establece que no puede pedirse juramento decisorio sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no pueden transigir y, por tanto, sobre cuestiones matrimoniales (arts. 1.237 y 1.814 C. c.). 3.º De la eficacia probatoria normal de la confesión "se exceptúa el caso en que por ella *pueda* eludirse el cumplimiento de las leyes" (art. 1.232, II, C. c.; *vide* también art. 1.233, *fine*) (14).

A pesar de esta doctrina, en el proceso concreto relativo a la sentencia comentada, se dieron, según la sentencia —que en ningún momento alude al Decreto de 23 noviembre 1872— las siguientes particularidades: 1.º Hubo previo acto de conciliación sin llegarse a avenencia de las partes. 2.º El Ministerio Fiscal, demandado, no aceptó los hechos expuestos por el actor e invocó, en cuanto a la carga de la prueba, el principio formulado en el artículo 1.214 C. c.; sin embargo, no hay recibimiento a prueba "por conformidad de las partes, por tratarse de una cuestión de derecho" (15).

B. Cuestiones de fondo.

1. *La falta de compromiso de indisolubilidad.*—El matrimonio no es una pura creación del Derecho positivo, sino una institución de Derecho natural; el matrimonio es una comunidad plena, integral; una exigencia de esta plenitud es la

(11) En este sentido, GUASP, ob. cit., 1180.

(12) *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. ALCALÁ-ZAMORA y SANTIS, II, Buenos Aires, 1944, pág. 484; en este mismo lugar entiende CARNELUTTI que son aplicables, por analogía a la confesión, las normas que determinan qué puede ser objeto de transacción.

(13) El artículo 565, LEC, se refiere a los llamados *hechos admitidos*, hechos «confesados llanamente»; pero a este respecto ha de aplicarse a la admisión la misma doctrina que a la confesión como ya hemos dicho.

(13 bis) Sobre la confesión como una *contra se pronuntatio*, NUÑEZ-LAGOS, *El pasado y su prueba*, Rev. Der. Not., julio-diciembre, 1956, pág. 7 y ss.

(14) Sobre otras peculiaridades del proceso matrimonial *vide*: DE CASTRO, ob. cit., páginas 94 y ss.; PRIETO CASTRO, ob. cit., pág. 106 y ss.

(15) En el proceso correspondiente a la 8. 26 de enero de 1956, que resuelve un caso análogo, el Ministerio Fiscal no aceptó el hecho de la celebración misma del matrimonio civil, la casticidad de los contrayentes, la falta de declaración de acasticidad, etc. y el pleito se recibió a prueba.

indisolubilidad, propiedad esencial, por tanto, del matrimonio. Por eso, cuando se da, con los demás requisitos, el consentimiento matrimonial, se constituye, cualquiera que sea el tiempo o país en que tiene lugar, aquella comunidad indisoluble. Sin duda pensando así, el legislador español derogó la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, sin exceptuar los matrimonios contraídos estando ella vigente (L. 23 septiembre 1939).

De la simple vigencia de la Ley del divorcio no puede deducirse que los matrimonios se contraigan bajo la condición de disolubilidad o que no haya serio consentimiento matrimonial. Para la existencia de la condición habría sido necesario que la voluntad de las partes se concertara especialmente en cuanto a su establecimiento (16). Tampoco es suficiente causa la vigencia de la Ley del divorcio para negar el serio consentimiento matrimonial, pues, como dice el Tribunal Supremo, "ni bajo el régimen de la Ley del Matrimonio civil, ni de la del divorcio, constituyó la ilegítima disolubilidad del vínculo, supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad que la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta".

En cambio, la vigencia de esta legislación sí puede ser un dato para que, con otras pruebas más directas y referidas al supuesto concreto (entre las que sería indicaria, pero evidentemente insuficiente, la confesión católica de los cónyuges), se hubiera podido concluir que, al pretenderse sólo una sociedad disoluble, no hubo verdadero consentimiento matrimonial de parte de uno o de ambos contrayentes con la consiguiente inexistencia del matrimonio; pero este camino, siempre difícil por las dificultades de prueba dado el principio del "favor matrimonii", no ha sido el seguido en el proceso; además, la solución de la inexistencia del matrimonio, adecuada en el Derecho vigente, encontraría obstáculos al tratarse de aplicar a situaciones originadas en épocas en que en el Ordenamiento positivo se tenía una concepción distinta del matrimonio.

2. *La infracción del artículo 42 del Código civil.*—Para que, con el recurrente, se pudiera sostener que el matrimonio, en el caso resuelto, es nulo por infracción del artículo 42 C. c., habrían de ser ciertas todas estas proposiciones: 1.º Que la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932, tuviera plena eficacia retroactiva de modo que se viniera a considerar por la Ley derogatoria que siempre había regido el artículo 42 C. c. 2.º Que el matrimonio civil, cuya nulidad se pretende, hubiera sido contraído por persona que profesaba la religión católica (17); y 3.º Que la infracción del artículo 42 determine la nulidad del matrimonio.

a) *Eficacia derogatoria de la Ley de 12 de marzo de 1938.*—En esta Ley no se dispone la retroactividad de la misma; en consecuencia, rige el principio de

(16) De haberse establecido se plantearía la cuestión de la eficacia de esta condición ficta y, concretamente, si se tiene por no puesta o determina la nulidad del matrimonio. Véase seguidamente lo que se dice sobre el serio consentimiento matrimonial. El Derecho canónico se decide por la nulidad; sobre la doctrina jurisprudencial canónica, véase Morato, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1941, pág. 206 y ss.

(17) No puede ni cuestionarse (v. considerando 1.º) si la simple falta de declaración de no profesar la religión católica determina la nulidad del matrimonio; esta declaración no está, en parte alguna, elevada a la consideración de requisito formal sustancial; además no hay que olvidar que, conforme al artículo 230 del Código penal vigente al tiempo de la celebración del matrimonio, incurría en delito *el funcionario público que obligare a un ciudadano a declarar oficialmente sus creencias religiosas*.

irretroactividad (18) contenido en el artículo 3.^o C. c.; del propio artículo 3.^o de la Ley se desprende un argumento más a favor de la irretroactividad: en este artículo se declaran nulos determinados matrimonios civiles (los de ordenados *in sacris* o profesos en el supuesto del artículo 83, núm. 4.^o, C. c.) (19), luego “*inclusio unius, exclusio alterius*”.

Si la ley derogatoria de la del matrimonio civil no tuvo efectos retroactivos, es decir, si durante la vigencia de ésta no regía el artículo 42 C. c., huelga hablar de si el matrimonio, entonces celebrado, infringía o no un precepto que a la sazón no estaba vigente (20).

b) *Cuándo se infringe el artículo 42 C. c.*—No basta que uno o ambos contrayentes del matrimonio civil esté bautizado; es necesario que al menos uno de ellos profesara, al tiempo de contraerlo, la religión católica.

Esta es la doctrina del Código (21), como se desprende de las siguientes razones, que expondremos brevemente por la índole de este trabajo: 1.^a El artículo 42 C. c., es una disposición de significado, a este respecto, análogo a las de Derecho internacional privado, en cuanto que delimita la aplicación de diferentes ordenamientos legislativos; los conceptos que utiliza la disposición deben *calificarse* con indiferencia de los ordenamientos materiales a que invoca. 2.^a Profesar es “ejercer una cosa con inclinación voluntaria y continuación en ella”, así “profesar amistad, el mahometismo”; “creer, confesar”, así “profesar un principio, una doctrina” (Diccionario de la Real Academia); profesar la religión católica indica una actitud de adhesión, de presente, respecto de la misma. 3.^a El Código parece recoger la situación vigente en el momento de su publicación: el matrimonio civil se permitía a “los que no profesando la religión de nuestros padres están imposibilitados de santificarlo con el Sacramento” (Decreto 9 febrero 1875), es decir, a aquellos “que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica” (R. O. 27 febrero 1875 y O. 19 junio 1880) (22). 4.^a El

(18) La R. de 8 de agosto de 1955, también afirma que la Ley de 12 de marzo de 1938 no tiene, en general, eficacia retroactiva.

(19) La eficacia retroactiva se dirige, en estos supuestos, a evitar un grave escándalo en la conciencia social; se excepciona la ley normalmente aplicable por ser contraria a los principios fundamentales del orden jurídico actual; el mismo criterio determinó los preceptos contenidos en los artículos 6.^o del Decreto de 9 de febrero de 1875 y 2.^o de la Orden de 8 de marzo de 1889. Sin duda que estas disposiciones y el artículo 3.^o de la Ley de 12 de marzo de 1938 pueden invocarse para aplicar, análogamente, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, la excepción del orden público (art. 11, III, C. c.) contra la eficacia en España de matrimonios válidos conforme a la ley personal correspondiente, pero en los cuales se infringe la prohibición que recoge el artículo 83, núm. 4.^o C. c.

(20) No parecen afectadas por el Concordato las situaciones matrimoniales constituidas al amparo exclusivo de la Ley del matrimonio civil (véase nota 3.^a).

(21) El Gobierno español, al modificar por Decreto de 6 de octubre de 1956 («B. O.» de 13 de noviembre) el Reglamento del Registro Civil y permitir, conforme al Código, el matrimonio civil a los bautizados que no profesan la religión católica (véase artículo 37 y 41. Reglamento Registro Civil), viene a entender que, a este respecto, el Concordato nada ha alterado. La doctrina, en cambio, con argumentos poco convincentes, había estimado que el criterio canónico sobre personas sujetas al matrimonio canónico, había sido acogido por el Concordato de modo *expreso* (Del AMO, ob. cit., pág. 155 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de católicos*, An. D. c., VII, 1.^o, pág. 145) o *ímplicito* (MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, An. D. c., VII, 1.^o, pág. 149; REGATILLO, *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, «Ecclesia», 31 octubre 1953, pág. 37). La posición abstencionista del Concordato está justificada en razones de prudencia.

(22) Del artículo 11 de la Constitución de 1876, entonces imperante (así MALDONADO,

precepto recoge los criterios de la base 3.^a de la Ley de Bases del Código civil; el hecho mismo de que la Santa Sede hiciera reservas al aprobar la citada base, indica que no se imponía el matrimonio canónico a las mismas personas que lo impone el Derecho canónico; es decir, proclama la desarmonía de los ordenamientos canónico y civil. 5.^a El artículo 83, 4.^a, C. c., confirma que conforme a los criterios del Código civil, y a diferencia de lo prescrito en el canon 1.099 del Código de Derecho canónico, no todos los bautizados, aunque lo hayan sido en el seno de la Iglesia Católica, están sujetos al matrimonio canónico. 6.^a La interpretación administrativa del Código estuvo, en general, conforme en que pueden contraer matrimonio civil los bautizados en la Iglesia Católica o los herejes o cismáticos convertidos a ella, si, al tiempo del matrimonio, no profesan la religión católica (23); este es el criterio del Reglamento del Registro Civil (artículos 37 y 41), tras la modificación del Decreto de 26 octubre 1956 (24).

En el proceso que comentamos se alega la infracción del artículo 42 C. c., pero, en contraste, nada se prueba respecto a la misma, es decir, si, en efecto, aunque estuviesen bautizados, ambos contrayentes, o al menos uno de ellos, profesaban la religión católica cuando el matrimonio civil se contrajo.

c) *Sanción de la infracción del artículo 42 C. c.*—La cuestión no parece fácil. En la interpretación administrativa del precepto se han sentado sucesivamente posiciones contradictorias: se ha sostenido que los que profesaban la religión católica *no estaban jurídicamente obligados* al matrimonio canónico (R. O. 27 agosto 1906) (25); y también, por el contrario, se ha entendido que la infracción del artículo 42 ocasionaba la nulidad del matrimonio (Ordenes de 28 diciembre 1900 y 10 marzo 1941). Estas interpretaciones tienen un valor reducido; la R. O. 28 febrero 1907, frente a la de 27 agosto 1906, explica que "la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey"; a pesar de que no se puede negar que la Administración, en su ámbito, pueda y deba interpretar las disposiciones legales que ha de aplicar, en todo caso resulta

do, ob. cit., pág. 150; DEL AMO, ob. cit., pág. 30), se han sacado argumentos contrarios a la interpretación que damos: este artículo, a la vez que proclama la religión católica como religión del Estado, establece la tolerancia religiosa, por lo cual puede ser manejado en apoyo de una u otra tesis.

(23) Aparte de la R. O. de 27 de agosto de 1906 y la O. de 10 de febrero de 1932, que seguían un criterio aún más amplio, seguían aquel criterio las Ordenes de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907, 28 de junio de 1913, 22 de marzo de 1938 y 8 de marzo de 1939 y ahora el Reglamento del Registro Civil. Sólo sentó un criterio opuesto la Orden de 10 de marzo de 1941; sin embargo, la Dirección de los Registros, aunque en general, se atuvo, una vez publicada, a esta orden (RR. de 17 de abril y 5 de marzo de 1950, 7 de julio de 1952), en R. de 17 de diciembre de 1954 vuelve al criterio aceptado, en general, por las disposiciones que interpretaron el Código.

(24) El artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual exige, para autorizar el matrimonio civil, que *ambos* contrayentes prueben que no profesan la religión católica. Aunque el artículo 42 del C. c. estaba claro en el mismo sentido, la interpretación administrativa (Ordenes 28 diciembre 1900, 28 junio 1913, 22 marzo 1938 y 8 marzo 1939) entendía que bastaba que *uno* de los contrayentes no profesara la religión católica; la Orden de 10 de marzo de 1941 exigía ya, en cambio, que la acatolicidad se diera en *ambos* contrayentes.

(25) MAURÍCIA se adhiere a esta doctrina («Comentarios», tom. I, Madrid, 1924, artículo 42, pág. 259).

claro que "la interpretación hecha por Orden o Decreto de una Ley tiene el valor subordinado de lo reglamentario y no vincula a los Tribunales" (26).

El T. S. expresamente declara en esta sentencia que no hay más causas de nulidad de matrimonio que las establecidas en el artículo 101 C. c., entre las que no se encuentra la infracción del artículo 42 (27). Esta doctrina que se encuentra ya en la sentencia de 13 junio 1943, se reitera en las sentencias de 26 enero y 7 marzo 1956 (28). No se puede fundar la negativa de que constituya causa de nulidad en el carácter taxativo de la enumeración de las causas del artículo 101 C. c. Es, precisamente, este carácter taxativo el que se niega si se pretende que la infracción del artículo 42 produce la nulidad. Habría que demostrar, pues, la certeza de que el artículo 101 contiene una lista cerrada de tales causas. Esta tesis es, sin embargo, discutible; por de pronto, parece que hay causas de nulidad no contenidas en el artículo 101: así, los casos de discordancia entre la voluntad y la declaración (reserva mental, declaración "jocandi causa", simulación) y la falta de un serio consentimiento matrimonial (identidad de sexo, exclusión de los hijos, de la monogamia, de la indisolubilidad).

En todo caso, es indiscutible que el deber impuesto a los católicos por el artículo 42 es un deber jurídico, porque en otro caso no tendría sentido su aco-gida en una disposición legal. El matrimonio civil contraído por ellos sería, por tanto, un acto ilícito. El Juez o el que, en su lugar, lo autorice incurre, sin duda, en responsabilidad administrativa; el propio Ministerio Fiscal tiene, entre sus misiones, velar por el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 42, debiendo oponerse judicialmente al matrimonio que trate de infringirlo (artículos 37 y 41, III, Reglamento Registro civil, modificado por D. 26 octubre 1956).

3. *La situación de los católicos vinculados civilmente.*—Desde el punto de vista del Derecho canónico no están casados, y esto da lugar a que se suscite la cuestión de la trascendencia en el orden civil del matrimonio canónico de los contrayentes con persona distinta. El problema es grave: de una parte, nuestro Derecho "reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico" (arts. 76 C. c., y 23 Concordato); de otra parte, el artículo 51 C. c. dice que "no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente" (29).

(26) DR CASTRO, ob. cit., I, 2.^a ed., Madrid, 1949, pág. 466, nota (2); tal interpretación —dice este autor (3.^a ed., Madrid, 1955, pág. 519)—puede tener valor orientador, pero no vinculante.

(27) Además de MANRESA (véase nota 25), parecen seguir esta doctrina GARCÍA (ob. cit., página 1179) y ROMERO VIEYRA (*Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el Nuevo Estado español*, Rev. D. Priv., 1941, pág. 193).

(28) La sentencia de 7 de marzo de 1956 es la única que se refiere a matrimonio contraído tras la derogación de la Ley de Matrimonio civil de 1932 (en zona roja); y la cuestión además, no exigía, según parece por las notas citadas de GARCÍA CANTERO, la precisión de tal doctrina; las otras dos de 1956 se refieren a matrimonios contraídos cuando no regía, por estar vigente la Ley de Matrimonio civil, el artículo 42, C. c., por lo cual aquella doctrina no podía constituir la *ratio decidendi*; la de 1947 se refiere a pretendidos defectos de forma (acta defectuosa).

(29) Sobre la posibilidad de que los contrayentes del matrimonio canónico anterior incurran en el delito de bigamia, la jurisprudencia no es uniforme. Se entendió que había delito de bigamia en 88. 1 de abril de 1882 y 18 de noviembre de 1919. Se negó el delito en otras; así, en 8. de 6 de junio de 1945: «por ausencia de culpabilidad en la conducta del procesado» (véase comentario a esta sentencia por DR. ROSAL, Rev. Esp. de D. can., 1948,

La situación en que se encuentran los católicos que sólo contrajeron matrimonio civil durante la vigencia del matrimonio civil obligatorio o exclusivo puede plantearse, en términos análogos, en los siguientes supuestos (30): 1.º Matrimonio civil de bautizados fuera de la Iglesia y nunca conversos, válido conforme al Derecho civil y nulo conforme al Derecho canónico si concurre impedimento canónico (por ej., consanguinidad en grado que constituyendo impedimento canónico no constituye, en cambio, impedimento civil) (31). 2.º Matrimonio civil de bautizados dentro de la Iglesia o de conversos, contraído, por no profesar la religión católica, al amparo del artículo 42 C. c. 3.º En ciertos casos, quizás, el matrimonio civil de católicos extranjeros.

El problema ha sido tratado por Del Amo en cuanto a los bautizados vinculados sólo civilmente durante la vigencia de la legislación del matrimonio civil obligatorio (32). Este autor es contrario (33) a que la colisión entre ambos matrimonios—civil y ulterior canónico—se resuelva con la disolución del primero; tal solución “argüiría en el Estado varias cosas poco laudables: inconsciencia del valor moralizador del artículo 51 del Código civil; abandono inexplicable de la institución matrimonial que él pretendió proteger en sus leyes; no freno, como debía ser, sino amparo jurídico de astucias pasionales” (34). El conflicto no se presentará fácilmente en la realidad, pues, como afirma Del Amo (35), la Iglesia trata de impedir de hecho tal matrimonio ulterior (36).

páginas 1197 y sigs.). Ha vuelto a considerarse delito de bigamia en 8. de 14 de enero de 1965 (*vide GARCÍA CANTERO, Un giro en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ANUARIO D. c., VIII, 2, pág. 648 y ss.*). En general, sobre la cuestión, *vide DEL AMO, Los matrimonios civiles y el delito de bigamia, Rev. Esp. de D. canónico, 1955, II*.

(30) *Vide nota 3.*

(31) Según el Derecho canónico los bautizados fuera de la Iglesia—protestantes, cismáticos—, están sujetos, salvo en cuanto a la forma, a las normas canónicas (G. BERENGUERA, ob. cit., pág. 15 (35); DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, página 87 y ss.).

(32) *Los matrimonios civiles durante la República*, ya citada.

(33) Obra últimamente citada, pág. 42, y *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, ya citada, pág. 295. En contra, también, el P. Peiró, S. J., *Una solución más al problema de los matrimonios civiles*, «Rev. D. Priv.», diciembre, 1966, pág. 1201 y ss.

(34) *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, ya citada, pág. 295.

(35) *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, ya citada, pág. 298 y ss. y 312.

(36) En favor de la plena eficacia civil del matrimonio canónico ulterior, TOMALINA, *El matrimonio canónico de los casados civilmente*, «Rev. Esp. de D. Canónico», 1966, I, página, 51 y ss.

II. SENTENCIAS ANOTADAS

1. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTAS: *Para que pueda obtenerse la revisión de la renta pactada es necesario que como término de comparación, contrapuesto, exista una declaración del propietario a la Hacienda, o en su defecto, una base de tributo fijada por ésta, y si ni una ni otra existen no cabe realizar la revisión.*

FINCA NUEVA NO DECLARADA: *No puede atribuirse a los efectos de revisión de la renta el líquido imponible de un solar al edificio que en él se construye, pues se ha verificado una mutación total que lo impide.*

PRORRATEO: *Si la renta declarada o la base del tributo fijada se refiere al inmueble en su totalidad física, no puede la jurisdicción civil efectuar la revisión pedida, pues la determinación, mediante prorrato, de la renta exigible por cada vivienda o local de negocio, es de la competencia administrativa fiscal.*

ABUSO DEL DERECHO: *Deben rechazarse aquellas peticiones que aunque fundadas en el ejercicio de un derecho se producen por las consecuencias pretendidas con notorio abuso del mismo.*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY: *Toda inteligencia o interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse.* (Sentencia de 9 de junio de 1956.)

A) El inquilino de determinado piso de una casa integrada de cinco pisos y planta baja instó la revisión de la renta al amparo del artículo 133 de la L. A. U., alegando que satisfacía una renta mensual de cuatrocientas pesetas, en tanto que el inmueble, de reciente construcción, tenía declarado un líquido imponible de trece pesetas, siendo, en consecuencia, la renta del piso de veinticinco céntimos mensuales, una vez realizado el prorrato correspondiente. Los propietarios demandados fundaron su oposición en el hecho de no estar aún concluido el edificio, a pesar de ser habitado y conservar todavía por ello su carácter de solar (o de casa en reconstrucción deshabitada) que es al que corresponde el líquido imponible citado. El Juez comarcal dictó sentencia totalmente estimatoria de la demanda, y apelada su resolución se confirmó por el Juez de Primera instancia. El Ministerio fiscal interpuso recurso de casación en interés de la Ley por los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 LEC. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 133 LAU.

2.^o Al amparo del mismo número y artículo. Infracción del principio del Derecho según el cual «toda interpretación que conduzca al absurdo debe ser rechazada».

3.^o Amparado en el mismo número y artículo. Violación por insaplicación de la doctrina sentada en sentencia de 26 de noviembre de 1951.

4.^o Amparado en el mismo número y artículo. Enriquecimiento injusto.

El T. S. declara *haber lugar* al recurso con fundamento en la doctrina que ha quedado expuesta.

B. OBSERVACIONES: 1. El artículo 133 ha sido indudablemente uno de los más discutidos de la ya derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, y ello, unido a lo poco frecuentes que son en la vida jurídica española los recursos de casación en interés de la ley, hace que tenga gran interés la sentencia que se anota. García Royo (Tratado de Arrendamientos Urbanos, II, 1.^a, pág. 480) señala como finalidad del precepto citado la represión del fraude fiscal, y desde luego así lo demuestran sus antecedentes remotos y próximos (art. 12 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, modificado y completado por el 14 de la de Presupuestos de 31 de diciembre de 1945, principalmente); asimismo hay que señalar el sentido negativo que la mayor parte de la doctrina ha mantenido frente al artículo 133, por entender que destruye la comunitatividad contractual, por ejemplo, Nart («Ex-arrendamientos», A. D. C., 1951, IV, 3.^o, pág. 925) dice: «La injusticia del propietario que defrauda a la Hacienda no puede justificar la del inquilino que menoscaba la contraprestación debida.» El artículo 133 mezcla, acaso incorrectamente, preceptos civiles y preceptos fiscales, y aunque su finalidad sea laudable no cabe duda que técnicamente puede merecer los reproches que le dirigen.

2. Es una cuestión bastante discutida la de si opera la acción revisoria del artículo 133 cuando no hay renta declarada a la Hacienda por el arrendador o la declaración lo es globalmente de varios pisos o viviendas. En cuanto a lo primero, Fuentes Lojo («Suma de Arrendamientos Urbanos», página 250), entiende que si ya el artículo se refiere también a la que sirviere de base al tributo en caso de no formularse declaración, y desde luego éste parece el criterio acertado; lo que ocurre en el presente caso es que faltaba también esta base, pues no se podía aplicar como certamente indica el T. S. el líquido imponible del solar al edificio en él construido, por haberse verificado una mutación física y jurídica absoluta. Respecto al problema planteado cuando se trate de un edificio con varias viviendas o locales de negocio y la asignación catastral o la declaración no especifiquen las rentas correspondientes se resuelve por García Royo (Ob. y t. citados, pág. 485), entendiendo que la distribución necesariamente previa a la aplicación del artículo 133, ha de hacerse acudiendo analógicamente a lo dispuesto en el artículo 2.^o de la Orden de 18 de noviembre de 1943, cuando establece que los inquilinos afectados por esta repercusión podrán solicitar de la Administración que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto de 15 de septiembre de 1932, detallando el producto íntegro correspondiente a cada uno de los locales independientes, para que aquélla (la derrama) pueda hacerse efectiva en la forma indicada en el número precedente, a partir de la fecha en que la asignación de renta local por local se considere firme, obligando los organismos fiscales al propietario a realizar la necesaria distribución en la declaración global que no debieran admitir (por ir contra el artículo 10 de la Ley de Reforma Tributaria ya citada que ordena se haga la declaración o estado «cuarto por cuarto, local por local»), supliéndose la pasividad de aquél con la actuación de los servicios catastrales. Se trata desde luego, de una actividad administrativa, y por ello es correcta la sentencia al excluir el prorrataeo de la función jurisdiccional. En este mismo sentido cita Fuentes Lojo (Ob. citada, págs. 281 y 282) diversas sentencias

procedentes de Juzgados Municipales. En la jurisprudencia del T. S. es doctrina análoga la sentada en una sentencia de 26 de noviembre de 1951, cuyo único considerando dice «que la aplicación del artículo 133 de la L. A. U. requiere una cantidad declarada que sirva de base al tributo por el local de que se trate, y en el caso de autos se pretende suplir la falta de esa declaración y de esa base por lo que resulta de un prorrato entre dos locales de la cuota asignada por la Hacienda a uno solo, con lo que resultaría el Tribunal fijando la base contributiva, función impropia de su competencia, y así no es procedente el recurso por ninguna de sus causas». Más recientemente y en el mismo sentido puede citarse la sentencia de 3 de julio de 1956.

3. En la reciente reforma de la legislación arrendaticia urbana (Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y texto articulado de 13 de abril de 1956), el artículo 133 ha sufrido importantes innovaciones, tendentes fundamentalmente a disminuir «la dureza» que el mismo implicaba. El actual artículo 103 dice: «Cuando la renta declarada a efectos fiscales sea inferior a la percibida, el inquilino o arrendatario podrá reducirla a la cuantía declarada, cuya reducción subsistirá hasta que el arrendador declare la renta que hubiere venido percibiendo, y en todo caso durante el plazo mínimo de dos años.» En relación con este artículo hay que señalar el sentido equívoco que revestía en la Ley de Bases, base 9., apartado nueve, que parecía considerar los dos años como plazo de ejercicio de la acción revisoria si bien en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, base 9., apartado 10, el sentido aceptado era el que ha pasado al texto articulado; no obstante, parece evidente la contradicción entre la Ley de Bases y el texto articulado.

4. La doctrina del abuso del derecho que los tratadistas se esfuerzan en encontrar reflejada en distintos preceptos del C. C. ha sido, sin embargo, fundamentalmente admitida, legislativa y jurisprudencialmente en la legislación arrendaticia urbana; mucho antes de que la sentencia del T. S. de 14 de febrero de 1944 le diese consagración definitiva en nuestro ordenamiento, ya el artículo 18 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 lo introdujo, al disponer: «Los Tribunales y autoridades desestimarán en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso del derecho.» (Se estableció en el R. D.-L. de 21 de diciembre de 1925, derogado en este punto por el artículo 6.º del R. D. de 26 de diciembre de 1930 y restablecido en el de 1931.) Esta fórmula es la que levemente modificada se ha aceptado en el artículo 9.º de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. (R. I.)

2. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: *Aunque el artículo 135 del C. C. no prohíbe directamente la investigación de la paternidad, como la Ley de Bases (base 5.) limita el reconocimiento forzoso, a los tres casos que taxativamente determina.*

POSESIÓN DE ESTADO: *Los elementos de hecho que caracterizan la posesión de estado se resumen en los tres clásicos de nomen, tractatus y fama o reputatio, pero debe excluirse el apellido por lo dispuesto en el artículo 132 del C. C. Es de singular valor el tractatus o comportamiento del padre para con el hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, en cualquier forma que haga presumible la voluntad de tratar como hijo al reclamante.*

CADUCIDAD: ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: *Debe admitirse como un supuesto de caducidad el de las acciones para el reconocimiento de hijos naturales que regula el artículo 137 del C. C.*

DEMANDA INCIDENTAL DE POBREZA: *No ha caducado la acción de reconocimiento de hijo natural si se presentó antes de transcurrir los cuatro años siguientes a la mayoría de edad la demanda incidental de pobreza, especificando con todo casuismo el objeto de la demanda principal y las personas contra quienes había de dirigirse y asimismo su resolución.*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *La interpretación ha de aspirar a que la intención de la norma obtenga su efectiva consagración, y el fin de ella sea completamente realizado, siendo oportuna la interpretación restrictiva sólo cuando se demuestre cumplidamente que la fórmula empleada dice más de lo que efectivamente quiso la Ley decir.* (Sentencia de 24 de mayo de 1956.)

A) El T. S. declara *haber lugar* al recurso con fundamento de la doctrina extractada y en la siguiente:

Considerando: «Que como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 25 de mayo de 1945, el sistema que el Código Civil español opta y perfila al abordar los graves problemas de la determinación de la prueba y los efectos jurídicos de la paternidad causada fuera del legítimo vínculo del matrimonio, no acusa aquellos acentuados caracteres del derecho excepcional ni aquella técnica propia de lo que en otros tiempos fueron llamadas disposiciones «odiosas» que pueden justificar como criterio general hermenéutico y dentro, por cierto, de una metodología ya en gran parte superada, el de aplicar a las respectivas normas una interpretación restrictiva, pues aparte de que la función interpretativa sea cualquiera la materia de la Ley ha de aspirar siempre a que la intención de la norma obtenga su efectiva consagración y el fin de ella sea completamente realizado de tal modo que la interpretación restrictiva sólo es oportuna y procedente en aquellos casos en los que la debida apreciación de todas las circunstancias y elementos que puedan poner de relieve el verdadero sentido de la Ley, demuestre que la fórmula empleada por ella dice más de lo que la Ley quiere efectivamente decir, o lo que es igual, cuando se haga necesario para acomodar la letra al espíritu, corregir la exuberancia verbal de la norma, no debe olvidarse que el Código patrio, dictado en una época en que todavía gozaba de gran predicamento la corriente de extremado rigor que había iniciado con respecto a la filiación ilegítima el Código napoleónico, representa una visible reacción contra esa corriente, pues lejos de rechazar en absoluto la llamada—con poca fortuna—investigación de la paternidad, se atiene al imperativo expreso y terminante de la base 5.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, admitiéndola en determinados casos especialmente importantes cuando de los llamados hijos naturales se trata, siendo muy visible en el Código el propósito indudablemente logrado de atenuar el principio rigurosamente prohibitivo que había pretendido instaurar el artículo 127 de nuestro proyecto de 1851 a la vez que el designio de mejorar la posición jurídica de la prole ilegítima, reconociéndosele mayores y más claras ventajas familiares y patrimoniales que las que le otorgaba la antigua legislación española.»

B) 1. En esta sentencia se aborda el problema referente al criterio de nuestro C. C. en punto a la investigación de la paternidad y la interpreta-

ción de las normas que regulan la misma. Es principio fundamental mantenido en ella que el C. C. no prohíbe la investigación de la paternidad, aunque la limite a los tres supuestos que taxativamente determina el artículo 135. Con este criterio, que parece acertado, se coloca la legislación española en un término medio bastante adecuado y concorde con sus antecedentes y con los Códigos más modernos. El Proyecto de C. C. de 1851 (artículo 127), siguiendo al Código francés en la primitiva redacción de su artículo 340 («La recherche de la paternité est interdite»), prohibió la investigación de la paternidad, pero luego se atenuó esta prohibición en el Proyecto de Romero Ortiz de 1869, que consignaba la más absoluta libertad y en el de Bugallal de 1882 que sólo establecía una prohibición relativa. La Ley de Bases de 1888 (base 5.^a) es más expresiva en punto a la proscripción de la investigación de la paternidad de lo que fué luego el C. C. que viene a representar así una reacción contra el rigorismo de su principal antecedente, el Proyecto de 1851 y una manifestación del criterio más amplio aceptado en los de 1869 y 1882.

Gran interés tendría el determinar si la anterior interpretación está de acuerdo con el Derecho histórico patrio (Base 1.^a). Rey Stolle en su tesis doctoral sobre «Investigación de la paternidad natural», Santiago, 1906, afirma que en el Derecho antiguo sólo se encuentran tres leyes que se refieren a la investigación de la paternidad, una en las Partidas (IV, XIX, 7), que la autoriza, y dos en la Novísima Recopilación que son contradictorias, pues en tanto que en una (XII, XXIX, 4) se admite, en la otra (III, X, 11) se prohíbe en absoluto. Royo Martínez (Derecho de Familia, pág. 265) entiende que el criterio tradicional castellano, no admite la investigación de la paternidad propiamente tal, pero, en modo alguno repele el reconocimiento no formal y acepta la investigación del reconocimiento expreso no solemne y del tácito, siendo el artículo 135 la perduración de este sistema en el C. C. Castán, admitiendo que en el Derecho anterior al Código no estaba enteramente diáfana la cuestión, cita en apoyo de la licitud de la investigación, las sentencias de 16 octubre 1865 y 18 marzo 1873. Finalmente, es García Goyena («Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español», Tomo I, pág. 141), quien comentando el artículo 127, dice «con razón o sin ella, interpretando bien o mal la ley, lo cierto es que la investigación de la paternidad, fué cosa corriente en la práctica», y luego cita las dos Leyes de la Novísima Recopilación, ya señaladas.

2. El principio de que los preceptos legales que regulan la filiación natural y su reconocimiento, son de interpretación restrictiva por su trascendencia no sólo en el orden moral y familiar sino en el social y económico y obrar *in rem contra omnes*, se ha mantenido por el T. S. en distintas sentencias (entre otras pueden citarse las de 19 de enero de 1927, 16 de enero de 1928, 5 de enero y 7 de julio de 1945), y este criterio sólo sufrió una pasajera derogación durante la vigencia de la Constitución de 1931, en que varias sentencias establecieron una interpretación declarativa y no restrictiva (pueden citarse las de 27 de abril y 21 de diciembre de 1934, 9 de mayo de 1935 y 15 de junio de 1936). Posteriormente puede advertirse una posible continuación de esta jurisprudencia que atenúa en algo el rigo-

rismo tradicional de la casación española en las sentencias de 3 de julio de 1941 y 8 de febrero de 1943.

El Considerando transcrito, reproducción literal de otro de la sentencia que cita de 25 de mayo de 1945, rechaza definitivamente la interpretación restrictiva por las razones que alega, y fundamentalmente la ya expuesta de representar el C. C. una reacción contra el criterio rigorista de Códigos y Proyectos anteriores.

Se citan como datos interpretativos la Ley de Bases de 1888 y el Proyecto de 1851, con lo cual se acredita el valor que estos elementos tienen, así como algún otro (por ejemplo, la Exposición de Motivos de la edición reformada del C. C.) en orden a la interpretación.

3. La posesión de estado es admitida por el C. C. como prueba de la filiación tanto para la legítima (art. 116) como para la natural (art. 135 nº 2º). Los juristas medievales (para un estudio de su formación doctrinal y legal véase De Castro, «Derecho Civil de España, Parte general, II, 1, página 81 y siguientes), sintetizaron nemotécnicamente los elementos de la posesión de estado en el conocido verso latino: nomen, tractatus y fama; cuando se trata de la filiación natural, el nomen y la fama sufren alguna alteración: el nomen o apellido, porque normalmente faltará, pues como dice Royo Martínez (Derecho de Familia, Sevilla 1949, pág. 277) éste dimana del título de estado, y precisamente el título de estado es el que a través del artículo 135, se reclama, y la fama, porque conforme a la S. de 26 de junio de 1903 (que cita Royo), no son precisos actos tan ostensibles como cuándo se trata de la filiación legítima, habida cuenta de las ideas y prejuicios sociales. Respecto al tractatus, requiere no atenciones o socorros aislados e intermitentes, sino aquella asistencia económica y espiritual que revele la voluntaria asunción y asiduo cumplimiento por el padre de los deberes inherentes a la paternidad.

La jurisprudencia, aunque abundante no tiene gran interés, porque el T. S. suele remitir la estimación respecto a la posesión de estado al criterio del Tribunal de Instancia, como cuestión de hecho, y por ello tiene precisamente mayor interés la sentencia que se anota, pues además de recoger los tres clásicos elementos, desarrolla el contenido del tractatus. Asimismo, es de tener en cuenta la copiosísima jurisprudencia existente en torno a los dos requisitos que el C. C. exige para la posesión de estado: Que sea continua y justificada por actos directos del padre o de la familia, la posesión de estado y sus tres elementos, se han recogido en otras sentencias (véanse las de 15 de junio de 1934 y 15 de junio de 1936) pero, ninguna en forma tan terminante como ésta. Algun código extranjero, como el italiano de 1942 (art. 270) determina cuales son los hechos constitutivos de la posesión de estado, y también ocurre lo mismo con el francés (art. 321) cuando se trata de la filiación legítima.

4. Reitera en esta sentencia el T. S. la doctrina que ya había mantenido en otras en cuanto a dos problemas de prescripción:

1.º Los plazos señalados en el artículo 137 C. C., para el ejercicio de la acción de reconocimiento de la filiación natural, son de caducidad y no de prescripción (en este sentido la S. de 6 de mayo de 1926, aunque no falte

alguna posterior que vuelva a hablar de prescripción, por ejemplo, la de 15 de junio de 1934).

2.º Interrupción por la presentación de la demanda de pobreza, si en ella se expresa el objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fallecido el incidente. Prescindiendo de la segunda cuestión apuntada, la solución de la primera es correcta al excluir estas acciones del ámbito de la prescripción y abundando en este criterio, puede consultarse a De Castro, ob. cit. págs. 92 y 93 (R. I.).

III. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, José-Luis DIEZ-PICAZO, Francisco ESCRIVA DE ROMANI, Gabriel GARCIA CANTERO, Ramón GARCIA DE HARO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José Luis MORO, José María PEÑA, y Enrique SECO, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DERECHO FORAL.—TERRITORIOS DE DERECHO FORAL.—CARGA DE LA PRUEBA.—Reclamada la nulidad de la venta de una finca por haberse omitido el llamamiento y régimen de publicidad prevenido en el Fuero de Vizcaya, y al circunscribirse la litis a la cuestión de hecho si la finca está o no emplazada en los límites de la villa de Elorrio propiamente dicha, es al actor a quien incumbe probar el hecho constitutivo de la demanda, consistente en que el inmueble discutido forma parte de la Jurisdicción de la Anteiglesia de San Agustín de Echevarría. [Sentencia 17 octubre 1956.]

2. CLASES DE ORDENES MINISTERIALES: LA REAL ORDEN DE 11 DE FEBRERO DE 1836. [Sentencia 5 noviembre 1956 (II, 8).]

3. REGLAS DE DERECHO: «IN DUBIO PRO REO». [V. Sentencia 5 junio 1956 (IV, 6).]

4. LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.—SU VALOR: La doctrina de la Dirección General de los Registros, sin ser fuente jurisprudencial obligatoria para los Tribunales, constituye por su densidad una fuente informativa cuya autoridad nace de sus frecuentes aciertos doctrinales.

SUSTITUCIÓN VULGAR SIMPLE: ARTÍCULO 774, PÁRRAPICO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL: El empleo de la conjunción copulativa en el párrafo segundo del citado precepto, esclarece el sentido de lo que el legislador pretendió definir, precisando que sustitución simple es cabalmente la que no considera los casos que puedan suscitarse.

SUSTITUCIÓN VULGAR: EXPRESIÓN POR EL TESTADOR DE UN CASO DE SUSTITUCIÓN: Con interpretación restrictiva (preconizada por la Resolución de 25 de enero de 1916), hay que presumir que si el testador prevé un solo caso de sustitución, no quiere hacer extensiva su previsión a los demás que hipotéticamente pueden darse.

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: En materia de interpretación testamentaria ha de estarse, siempre que sea posible, más a los preceptos específicos que la regulan que a las normas dictadas en contemplación de los demás actos jurídicos.

APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA: Muerto antes que el testador el único heredero instituido quedó sin efecto tal institución por lo que, al no tener la recurrente la condición de sustituta, procede la apertura de la sucesión intestada. [Sentencia 28 septiembre 1956.]

5. ACTOS CONTRARIOS A LA NORMA: ARTÍCULO 4.^º DEL CÓDIGO CIVIL: AMBITO DE SU APLICACIÓN: El artículo cuarto del Código civil sólo impera cuando se

trata de normas prohibitivas o imperativas, categoría que no alcanza al artículo 886 del mismo cuerpo legal.

LEGADO DE CANTIDAD: ARTÍCULO 886 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es de derecho necesario, ni el supuesto que regula está sustraído a las contingencias de la libertad contractual.*

LEGADO DE CANTIDAD: PAGO: *No hay inconveniente legal para que, entre el gravado o el ejecutor testamentario y el legatario-acreedor, se convenga una sustitución en el cumplimiento.* [Sentencia 28 junio 1956.]

6. ACTOS PROPIOS: REQUISITOS: *La virtualidad de los actos propios en cuanto a determinar la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho sin posibilidad jurídica de que su autor los contradiga, exige, entre otros requisitos, que el vínculo resultante del acto vaya de acuerdo con las exigencias del derecho objetivo y se trate de hacerlo valer en contra y no a favor de quien lo ha producido.* [Sentencia 13 de noviembre 1956.]

7. ACTOS PROPIOS: *Los actos propios del causante, no impugnados por el heredero, le obligan plenamente.* [Sentencia 13 noviembre 1956; desestimatoria.]

8. BIENES INMUEBLES POR INCORPORACIÓN: *La unidad física formada por un pozo abierto en el campo y por maquinaria a él incorporada de modo permanente para la extracción de aguas, es un bien inmueble por su situación y adherencia.*

ARRENDAMIENTO COMPLEJO: RÉGIMEN: *El arrendamiento complejo se rige por las normas correspondientes al elemento preponderante.*

ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES SOMETIDO AL C. C.: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: *La responsabilidad por daños a cargo del arrendatario se rige por la norma especial del artículo 1.563 C. c. sin que entre en aplicación la cláusula pactada referente a los daños producidos por un uso normal porque los reclamados se produjeron por un uso anormal o abusivo de la cosa arrendada.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE DESAHUCIO: OBLIGACIÓN DE DESHACER LO MAL HECHO: *La sentencia de desahucio que condena a realizar las obras necesarias para que desaparezcan las galerías clandestinamente abiertas, es condena de hacer, de posible ejecución conforme al artículo 923 L. e. c., bien por relleno de lo indebidamente perforado, bien en la forma menos gravosa de taponamiento.*

DEVOLUCIÓN DE LA COSA ARRENDADA: REHUSA DE LAS LLAVES: MORA EN LA ENTREGA: *Está justificada la rehusa de llave cuando se comprueba la existencia de deterioros en la cosa arrendada, y se procede correctamente extendiendo la responsabilidad del arrendatario por demora en la devolución de aquélla hasta la fecha en que realmente fué puesta a disposición del arrendador.* [Sentencia 23 junio 1956: No ha lugar.]

9. SIMULACIÓN: NULIDAD DE COMPRAVENTA OTORGADA POR AGENTE EJECUTIVO A FAVOR DEL REMATANTE EN LA SUBASTA: JURISDICCIÓN: *La sentencia de apelación, al resolver la simulación del contrato de compra-venta que terminó el expediente de apremio, se refiere al contrato mismo es decir, resolvió una*

cuestión de índole civil, única que podía serle sometida y para la que era competente; sin examinar ni acusar defecto alguno en la tramitación del expediente administrativo, lo que hubiera excedido de su competencia.

USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: BUENA FE: *Las operaciones particionales son justo título para adquirir bienes por usucapión, sin que obste el hecho de que, consumada ésta, se declare la nulidad por simulación de la compraventa realizada por el causante, pues siendo de buena fe la posesión de los herederos, no les afecta, conforme al artículo 442 del Código civil los efectos de una eventual posesión viciosa de su «de cuius».* [Sentencia 24 mayo 1956.]

10. NEGOCIO SIMULADO: *Probada la falta de precio en una compraventa de bienes gananciales, ésta es nula, por simulación, ya sea ésta absoluta o relativa, pues, aun encubriendo una donación, ésta última tampoco prevalece frente a la prohibición que la Ley impone al marido de enajenar bienes gananciales, a título gratuito, sin el consentimiento de su mujer.*

PRUEBA PLENA: *Es reiterada doctrina jurisprudencial, que tiene valoración de prueba plena los actos o manifestaciones de los contratantes, en cuanto al hecho de que se han producido a la vista u oído del Notario, pero en cuanto a su veracidad o realidad intrínseca, únicamente resulta amparada por presunción «juris tantum», susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario.* [Sentencia 30 octubre 1956: No ha lugar.]

11. CAUSA ILÍCITA: *Es manifiestamente ineficaz por su finalidad ilícita la cláusula en que se convino que si se obtenía una resolución favorable, logrando la indemnización que pudiera corresponder a la menor como consecuencia del accidente ferroviario, se asignaría al mandatario el cincuenta por ciento de la cantidad cobrada. En casos como éste, procede por excepción reputar de causa en sentido jurídico la ilícita pretensión de una de las partes contratantes, y declarar ineficaz con nulidad absoluta el contrato en su integridad por ilicitud de causa.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Los errores de hecho en la apreciación de las pruebas sólo existen cuando el Juzgador no ha dado el valor o fuerza probatoria que se les reconoce en los artículos de las leyes y demás preceptos legales que regulan su eficacia en los juicios.*

CASACIÓN: FORMULACIÓN DEL RECURSO: ERROR DE HECHO: *Para justificar que se ha cometido tal infracción (error de hecho en la apreciación de las pruebas) es necesario citar concretamente las disposiciones legales que no se han cumplido al valorar las pruebas practicadas en el litigio del que se trata.* [Sentencia 12 noviembre 1956.]

12. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Demostrado que el Ayuntamiento demandado cobró en varios plazos la subvención que el Ministerio de la Guerra concedió expresamente para las obras en cuestión, y no constando que la entregara a los contratistas que las realizaron ni a la Junta de Acuartelamiento encargada de ellas, y estando cedido al Ayuntamiento el edificio en que se efectuaron, es evidente que el Ayuntamiento se enriqueció indebidamente.* [Sentencia 27 enero 1956: Ha lugar.]

ANTECEDENTES: En 1932 se constituyó en M. una Junta de Acuartelamiento con el fin de preparar un alojamiento conveniente a las tropas encar-

gadas de mantener el orden público; esta Junta acordó encomendar a la entidad actora las obras necesarias para transformar un antiguo convento, cedido al Ayuntamiento, en cuartel, y cuyo importe se reclama en este pleito. Desaparecida la mencionada Junta de Acuartelamiento el problema fundamental es la determinación del sujeto pasivo de la acción. En el actual litigio, aparece como demandado el Ayuntamiento, pero el T. S. declara —con acierto— que no se ha probado que el Ayuntamiento contratara; pero se estima el recurso en cuanto a la existencia de un enriquecimiento torticero a favor del Ayuntamiento, pues resultó, en último término, beneficiado con las referidas obras habiendo recibido una subvención del entonces Ministerio de la Guerra para el expresado fin.

13. PODER: *Acreditado de manera auténtica que el demandado otorgó escritura de poder a favor de quien contrató con el accionante, para que vendiera la casa que fué objeto del contrato, sin que el mandato contenga instrucción alguna que impidiera la consumación de la compraventa, el demandado viene obligado a llevar a buen fin el contrato de promesa de venta que a su nombre se convino.*

MANDATO: EXTRALIMITACIÓN: *Si se dieron instrucciones privadas al mandatario, no obligan al contratante que las desconocía, y si existió extralimitación en el ejercicio del mandato, será cuestión a dilucidar entre mandante y mandatario.*

COMPRAVENTA: ARRAS: *Entregada la cantidad de veinticinco mil pesetas en el acto del otorgamiento del contrato de promesa de venta en concepto de arras, con la cláusula penal de que en caso de su incumplimiento por parte del demandado, había éste de devolverlas dobladas, al no haberse consumado la venta a favor de quien demanda en los términos estipulados, no queda el demandado exento por su incumplimiento de devolver dobladas las arras que su mandatario estipuló. [Sentencia 5 julio 1956.]*

OBSERVACIONES: Conviene hacer notar en cuanto a la doctrina contenida en esta sentencia acerca de las arras que, aunque pudiera deducirse otra cosa del resumen anterior, en el caso de autos no existía en realidad una verdadera cláusula penal autónoma y especial, sino una estipulación de arras, clara y correctamente establecidas con carácter penitencial. Cir. con la Sentencia de 22 octubre 1956, en este mismo volumen del ANUARIO. (D. I.)

14. AUTOCONTRATACIÓN: *Aunque nuestro Derecho positivo parece rechazar esta especie jurídica en algunas disposiciones aisladas (arts. 165, 236 y 1.459), lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negar eficacia al autocontrato como forma licita y simplificadora del comercio jurídico.*

DONACIÓN ACEPTADA POR EL MISMO PADRE DONANTE: *Limitada por el artículo 165 la necesidad del defensor a los supuestos de que exista incompatibilidad u oposición entre padre e hijo, es consecuencia obligada admitir como eficaz y válida la representación del hijo por el padre cuando no concurra esa razón legal, como en el caso de autos en que no se alcanza cuál sea la*

oposición de intereses, ni en qué consista el perjuicio que haya podido infirirse a los menores en un acto esencialmente lucrativo como la donación: [Sentencia 5 noviembre 1956.]

15. PRUEBA: CLASES DE HECHOS PROBADOS: *Los hechos que se tienen por ciertos en las sentencias son unos de verdadera importancia para lo que se discute al servir de base a las pretensiones de los litigantes, mientras que otros carecen de dicha importancia cuando no pueden fundar aquellas pretensiones. Y así, es irrelevante que en la sentencia se diga que el sistema de desagüe funcionaba veinte años antes de la demanda y de la prueba resulte que son sólo diecinueve, cuando ello en nada afecta al hecho de que la servidumbre se tenga por cierta y existente, pues el título constitutivo alegado no era la prescripción adquisitiva sino el resultante del artículo 541 del Código civil.*

SERVIDUMBRES PREDIALES: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE: *Probado en la sentencia y no justificado lo contrario en el recurso, que al comprar el demandante la casa (la cual pertenecía al mismo dueño que las colindantes, hoy de los demandados), ya estaba construido y funcionando el colector, no puede dudarse de la existencia del signo revelador de la servidumbre a que estaba sometida la finca que adquiría, servidumbre que, a tenor del artículo 541 del Código civil continuaba activa y pasivamente, dado que no se hizo constar nada en contra en el título de enajenación del inmueble.*

SERVIDUMBRES: EJERCICIO «CIVILITER»: *Este precepto prohíbe que el dueño del predio dominante altere, haciéndola más gravosa, la servidumbre que disfruta; pero si la servidumbre ha de modificarse y agravarse en virtud de una disposición municipal que ha de cumplirse, ello no procede de la voluntad ni decisión de los demandados, propietarios de los predios dominantes, ni se les puede hacer responsables de tal alteración. —[Sentencia 31 octubre 1956.]*

16. CARGA DE LA PRUEBA: *Corresponde probar al demandado que lo afirma, el hecho de que no intervino por sí en un contrato de suministro, sino en nombre de la sociedad cuya Subdirección desempeñaba.* [Sentencia 6 octubre 1956.]

17. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1.214: CASACIÓN: *El artículo 1.214 del Código civil, por su carácter genérico, no puede ser base de un recurso de casación.* [Sentencia 30 junio 1956: No ha lugar.]

18. ACTA NOTARIAL DE PRESENCIA: *Dada fe por el Notario autorizante del acta de presencia, de que los bajos de las casas números veintiocho, treinta y treinta y dos de la calle indicada se comunican por haber desaparecido el tabique que, según el propio requerido, existía anteriormente, hay que tener por probado el hecho de la unión de las naves formando una sola, ya que no se trata de declaraciones de las partes a terceros a cuya exactitud no alcanza la autenticidad del documento, sino de cosa externa de cuya existencia real da fe el Notario.*

REALIZACIÓN DE OBRAS POR EL SUBARRENDATARIO SIN CONSENTIMIENTO DEL SUBARRENDADOR: *No conteniendo los contratos de subarriendo cláusula ninguna*

que revele comunicación de los mismos con el piso bajo colindante de otra casa, y acreditando plenamente la realidad del hecho de la unión de los repetidos locales formando uno solo, hay que estimar que ha tenido lugar una variación en la configuración de la cosa arrendada que debe imputarse al subarrendatario como único beneficiario de la obra por lo cual, practicada ésta sin el consentimiento del subarrendador, genera la resolución del contrato. [Sentencia 6 octubre 1956.]

19. PRUEBA TESTIFICAL: Los Jueces y Tribunales apreciarán las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, y no cabe contra su apreciación recurso alguno.

LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM» EN CATALUÑA: Conforme al Derecho vigente en Cataluña, la acción rescisoria por lesión «ultra dimiduum» es procedente siempre que se hubiere pagado en una compraventa un precio menor al de la mitad del verdadero, sin que sea preciso para ello probarlo, astucia ni asechanza del comprador. [Sentencia 17 octubre 1956.]

20. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: Para la validez de esta prueba hace falta que exista un enlace preciso y directo entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir en la sentencia sin cuyo requisito procede estimar error en la apreciación de la prueba. [Sentencia 27 junio 1956: Ha lugar al recurso.]

21. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: CASACIÓN: Como entre los hechos que los documentos acreditan y el del traspaso del local de negocios que se discute, existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano por ser concordante la relación entre aquellos hechos y el de dicho traspaso, al no estimarlo así la sentencia recurrida incide en el manifiesto error que se señala en el recurso. [Sentencia 29 octubre 1956.]

La circunstancia de ser la madre de avanzada edad, estar imposibilitada y vivir con su hija, justificarían, dice el T. S., el que aquélla hubiera otorgado poder a favor de ésta, pero en modo alguno motivarian la baja de la primera en la matrícula industrial y de comercio, el alta de la segunda, ni la suscripción de ésta en el censo de asociados de la Cámara Oficial de Comercio, Instituto Nacional de Previsión, etc.

22. PRUEBA: PRESUNCIÓNES: [V. Sentencia 10 octubre 1956 (III. 91).]

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: La acción reivindicatoria no puede prosperar faltando cualquiera de los requisitos que conjuntamente han de concurrir para que sea estimable: la justificación del derecho de propiedad en el actor; posesión o mera detención del demandado; y prueba palmaria y concluyente de que la cosa reclamada es la misma sobre la que el actor tiene propiedad.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIDAD DE LA COSA: A efectos de la acción reivin-

dicatoria son equiparables los términos «determinación» e «identificación» de la cosa. [Sentencia 5 julio 1956.]

2. USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: BUENA FE: [Sentencia 24 mayo 1956 (I, 9).]

3. PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: TRANSITORIA 1.^a DEL CÓDIGO CIVIL: *El derecho de aprovechamiento que se discute figura desde tiempos remotos reconocido a los vecinos, por prescripción inmemorial, forma esta de adquisición admitida en las Leyes de Partidas —Ley quinta, Título treinta y uno, Partida tercera—, legislación aplicable en la fecha de la concesión, por imperio de la Disposición Transitoria 1.^a del Código civil.*

MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA: CATÁLOGO: EXPRESIÓN DE SI ESTÁN SUJETOS A APROVECHAMIENTO VECINAL: *Siendo la formación y publicación del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, la obligación de los Ingenieros de este Cuerpo, y aun cuando su inclusión en él no prejuzga cuestión sobre su propiedad, es de su incumbencia —por determinación del artículo 9.^o de la Ley de 24 de mayo de 1863 y del 76 del Reglamento de 17 de mayo de 1865—, expresar en la Memoria que han de redactarse si están sujetos a alguna servidumbre o aprovechamiento vecinal.*

APROVECHAMIENTO DE LEÑAS: MANCOMUNIDAD MUNICIPAL: *Conformes las partes litigantes en que a la agrupación de los pueblos que integran el «Asociación» o Mancomunidad pertenece al dominio de los montes y que sobre ellos corresponde a los vecinos de aquéllos el aprovechamiento cuyo disfrute desde tiempos remotos vienen realizando, es evidente que, sin contar con el asenso de la totalidad de los pueblos, no puede la Junta de delegados ni la Asamblea General que rige la Mancomunidad en sus funciones administrativas, limitar los susodichos derechos, entre los que figura el actualmente discutido sobre aprovechamiento de leñas muertas y rodalizadas.* [Sentencia 10 octubre 1956.]

4. PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS: TANTEO DEL PROPIETARIO DEL PISO: TANTEO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Este último tiene preferencia sobre todos, excepto en el caso del retracto de comuneros.*

FINALIDAD DE LA LEY: *Se vería frustrada la finalidad de la Ley, si el inquilino no tuviera preferencia para retraer el piso que ocupa, respecto del dueño de otro piso.* [Sentencia 23 abril 1956: No ha lugar.]

Confirma esta Sentencia la doctrina contenida en las Sentencias de 24 de mayo de 1943, 9 de julio 1951, 7 julio 1955 y 12 marzo de 1956. En la propiedad de casas, por pisos, hay un dominio exclusivo sobre el piso y sólo una comunidad: accesoria sobre los elementos comunes. No cabe considerar condueño de un piso al propietario de otro. Por eso, no puede tener preferencia frente al inquilino para ejercitar el retracto. No es condueño. Sólo tiene a su favor el tanteo establecido en el artículo 396 del Código civil que cede ante el derecho del inquilino. (A. I.)

5. COMUNIDAD DE DERECHOS: DIVISIÓN: *Ningún copropietario o cotitular de un derecho está obligado a permanecer en la comunidad siempre que la cosa o derecho común, al dividirse, no resulte inservible para el uso a que se la destine, o no fuere esencialmente indivisible.*

USUFRUCTO: DIVISIBILIDAD: *El derecho de usufructo no es indivisible si re-*

cae sobre un predio rústico susceptible de división material y la división no hace al predio inservible para el fin a que estaba destinado.

USUFRUCTO: DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD DEL DERECHO DE: *La comunidad del derecho de usufructo es susceptible de división sin necesidad de oír al nudo propietario: a) recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho; b) se mantenga la cosa indemne en cuanto a su forma y sustancia. Los efectos de esta división durarán lo que dure el usufructo.* [Sentencia 6 marzo 1956; estimatoria.]

El Tribunal Supremo, después de dos sentencias en contra del Juez de Instancia y de la Sala, dió lugar al recurso decretando la disolución de la comunidad de usufructo. Merece destacarse la doctrina sentada por el Tribunal acerca de que para la división de un derecho real limitado no es necesario el consentimiento del propietario de la cosa gravada, en cuanto no lo haga más gravoso ni perjudique a la finca. Parece oportuno señalar, sin embargo, y aunque la sentencia guarda silencio a este respecto, que la división de la comunidad significará siempre, necesariamente, una diferencia para el propietario, pues mientras en un caso tiene frente a sí una serie de personas agrupadas en comunidad, en el otro tiene varios titulares autónomos e independientes entre sí: a menos que se estime que el artículo 405 obliga a considerar la división como no hecha frente al propietario. Sería curioso plantearse si pueden actuar como límites a la posibilidad de división de la comunidad de usufructo las disposiciones sobre mínimas unidades de cultivo.

6. MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA: CATÁLOGO: EXPRESIÓN DE SI ESTÁN SUJETOS A ALGUNA SERVIDUMBRE: [V. Sentencia 10 octubre 1956 (3).]

7. PRECARIO: PRESUNCIÓN DE DOMINIO Y DE POSESIÓN REAL: *El actor está asistido de la presunción de dominio y posición real en virtud de la escritura de compra de la casa objeto del desahucio.* [Sentencia 30 junio 1956: No ha lugar.]

8. SERVIDUMBRES DISCONTINUAS: ADQUISICIÓN: LEGISLACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL: REAL ORDEN DE 11 DE FEBRERO DE 1836: *En la legislación anterior al Código las servidumbres discontinuas, como el «ius pascendi» no podían adquirirse más que en virtud de título, ya que la citada Real Orden dispuso que quienes aleguen derechos de pastos, leñas y demás productos forestales en propiedades ajena, han de justificar su afirmación, no invocando un uso o una costumbre por antigua que sea, sino aportando al procedimiento el título de su adquisición o constitución y probando su legitimidad y validez, así como la cumplida existencia del gravamen.*

CLASES DE ÓRDENES: LA REAL ORDEN DE 11 DE FEBRERO DE 1836: *Esta disposición es de carácter legislativo y no administrativo, como sostiene la parte recurrente.*

SERVIDUMBRES DISCONTINUAS: ADQUISICIÓN POR TÍTULO: *A partir de la promulgación del Código civil, las servidumbres discontinuas como la de pastos sólo puede establecerse por concesión de los propietarios que resulte de contrato o de última voluntad, en favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.*

SERVIDUMBRES DISCONTINUAS: ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN: *Careciendo de título no puede invocarse prescripción alguna para adquirir servidumbres discontinuas, ni aun la extraordinaria del artículo 1.959 del Código civil, por exclusión expresa que el mismo hace de las servidumbres a que se refiere el artículo 359.*

COMUNIDAD Y SERVIDUMBERE DE PASTOS, LEÑAS Y OTROS PRODUCTOS FORESTALES: DIFERENCIAS ENTRE AMBAS INSTITUCIONES: *El disfrute de pastos, leñas y otros productos forestales, utilizados por diversidad de personas sobre una misma finca, puede ser constitutivo de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del Código civil, o integrar una limitación del dominio constitutiva del derecho real de servidumbre. La esencial diferencia que distingue a ambas instituciones es la situación de copropiedad en que se hayan constituido los comuneros en el primer caso, y la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que disfrutan en común dichos aprovechamientos, en el segundo.* [Sentencia 5 noviembre 1956.]

9. SERVIDUMBRES: EJERCICIO «CIVILITER»: SERVIDUMBRES PREDIALES: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE: [Sentencia 31 octubre 1956 (I, 15).]

10. RETRACTO DE CENSO MEDIANO: INCAPACIDAD DEL MANDATARIO: *La incapacidad del mandatario para adquirir por compra, bienes de su mandante, está limitada al tiempo en que está encargado de la administración.*

PLAZO PARA PEDIR LA NULIDAD: *No es aplicable el plazo establecido en el artículo 1.301 del Código civil, ya que como se deduce del precedente artículo 1.300 para que ello tenga lugar, se requiere que concurren todos los requisitos del artículo 1.261 para que haya contrato, y que adolezca de algún vicio que lo invaliden con arreglo a la Ley.* [Sentencia 2 abril 1956: No ha lugar.]

11. INMATRICULACIÓN: CASACIÓN: *La resolución recaída en un procedimiento incidental sobre reposición de autos en procedimiento de inscripción de bienes inmuebles, al amparo del artículo doscientos seis de la Ley Hipotecaria, no tiene el carácter de definitiva, lo que le priva del acceso a la casación.* [Sentencia 6 junio 1956.]

III. Derecho de obligaciones.

1. RESOLUCIÓN DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS: *La cláusula de contrato, según la cual «el incumplimiento de lo pactado dará ocasión a la indemnización de daños y perjuicios», lejos de excluir la aplicación del artículo 1.124, viene a ratificar su pertinencia.*

COMPRAVENTA: ARRAS: *Aunque en el contrato se emplean las palabras «como señal», la interpretación del Tribunal de instancia, deducida de otras cláusulas de que las tres mil pesetas entregadas al formalizarse el contrato le fueron como parte del precio y no en concepto de arras penitenciales, debe ser mantenida, pues, no apareciendo demostrada una equirocación evidente del Juzgador de instancia al fijar el alcance de un contrato, si su interpretación es racional, es obligado atenerse a ella, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.* [Sentencia 15 octubre 1956.]

2. RESOLUCIÓN: ART. 1.124: *No tiene derecho a pedir la resolución de los contratos, la parte contratante que incumplió sus obligaciones.* [Sentencia 16 noviembre 1956: No ha lugar.]

3. SOLIDARIDAD DE LA OBLIGACIÓN: *No se exige el empleo riguroso de dicha expresión, si en el contrato aparece claramente expuesta la voluntad de los contratantes de crear la unidad en la obligación y el poder prestar o pedir íntegramente cada uno de ellos las cosas objeto de la convención.* [Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1956: No ha lugar.]

4. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: LESIÓN CORPORAL: DEPENDENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO DE UNA OPERACIÓN QUIRÚRGICA: *Resulta prematura la indemnización pretendida por pérdida de visión, cuando queda probado que puede ser corregida mediante una operación quirúrgica.* [Sentencia 30 octubre 1956.]

5. PAGO MEDIANTE LETRA DE CAMBIO: *El libramiento de una letra de cambio por el arrendador a cargo del arrendatario no significa ni implica en el orden legal el cumplimiento de la obligación de pago; pago que no se entenderá hecho hasta que el deudor no la haya hecho efectiva. Por ello, está mal admitida la apelación interpuesta después de girada la letra y antes de ser satisfecha, pues no estaba al corriente en el pago de las rentas, conforme a los artículos 1.566 L. e. c. y 180 de la L. A. U. de 1947.* [Sentencia 17 octubre 1956.]

6. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: DACIÓN DE PAGO: *La circunstancia de que para extinguir esa deuda se entregaran acciones cotizables en Bolsa y se señalara como valor de las mismas para la liquidación de la cantidad adeudada y de sus intereses, el que tuvieran el 31 de diciembre del siguiente año, no desvirtúa en nada el carácter de dación en pago de la deuda con que se entregaban.*

PRÉSTAMOS USURARIOS: MOMENTO AL QUE HA DE REFERIRSE LA CALIFICACIÓN: *Para calificar de usurario un préstamo, ha de atenerse al momento de la perfección del contrato, por ser el en que, otorgándose el consentimiento, puede estimarse si estaba o no viciado.*

CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN: PRÉSTAMOS USURARIOS: CLÁUSULA ALEATORIA: *Partiendo de la fecha en que se concertó la forma de extinguir la deuda que tenían los demandantes, como la cláusula cuyo contenido se califica de usurario era de carácter aleatorio, no podía saberse si favorecía o no en definitiva a la demandada, por lo que es indudable que no se trata de un contrato usurario.* [Sentencia 21 marzo 1956.]

7. NOVACIÓN: *El convenio novatorio o modificativo tiene lugar en el seno de un contrato en vigor necesariamente permanece subsistente en todo lo que no resulte modificado.*

NOVACIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTOS DE MINAS: PRUEBAS: *Los siete recibos presentados por igual suma y mensualidades sucesivas con expresión clara en dos de ellos del concepto en que la cantidad se recibe, demuestran por si mismos el contenido modificativo de la relación contractual de que se trate, entrañando una prueba directa de su existencia, aunque se refieran a los momentos sucesivos de la ejecución del convenio y no al de su perfección.*

FORMA DE LOS CONTRATOS: ARRENDAMIENTOS DE MINAS: *El artículo 35 de la*

Ley de Minas al exigir la autorización del Ministerio de Industria y Comercio en las transmisiones por arrendamiento de los derechos de una mina, se refiere, naturalmente, a las que tengan lugar con posterioridad a su promulgación. [Sentencia 7 julio 1956.]

9. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Cuando el contenido de sus cláusulas ofrece dudas, en la interpretación de los contratos hay que atender, más que a la acepción gramatical de las palabras, a su espíritu y a la intención que guiaba a los contratantes, principio de Derecho en que se inspira el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: BONOS DE FUNDADOR: *Convenida en los Estatutos la entrega de bonos de fundador a los seis socios fundadores que en la escritura se designan, no sólo por los trabajos materiales realizados en pro de la fundación, sino atendiendo también a su condición de socios fundadores que se comprometían como consejeros a adquirir cien acciones de determinada clase al no haber cumplido con esta obligación el recurrente y dejado por ello de pertenecer a la Sociedad, no puede exigir una prestación para cuyo abono era requisito esencial que siguiera teniendo el carácter de socio.*

NORMAS DE PRUEBA: NORMAS DE INTERPRETACIÓN: CASACIÓN: *Cuando a los documentos públicos y a los derivados aceptados como legítimos, se les niega el valor probatorio que merecen, se comete un error de derecho en la apreciación de la prueba impugnable en casación al amparo del número séptimo del artículo 1.692. Pero no se da esta clase de error cuando se interpreta el contenido de estos documentos, en cuyo caso, si es equivocada la conclusión a que se llega por el Juzgador, se habrá cometido una infracción de las disposiciones del capítulo cuarto del título décimo del libro IV del código civil, que sólo puede discutirse invocando el número primero del indicado artículo 1.692. [Sentencia 10 octubre 1956.]*

Lo errores de hecho a que se refiere, el número séptimo del artículo 1.692 son aquéllos en que se niega, o desconoce la existencia de un hecho, cosa distinta de la apreciación de la transcendencia jurídica que el mismo tiene, lo que constituye una cuestión de derecho.

10. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: RECIBOS: *Los simples recibos obrantes en autos, en los que no consta el concepto en que se hacía el pago, si como deudor principal, fiador, en representación ajena o de tercero, no bastan para autorizar una interpretación del contrato contraria al sentido literal de sus términos, ni para estimar por ellos acreditado un error manifiesto en la apreciación de la prueba. [Sentencia 16 junio 1956.]*

11. PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS: ACEPTACIÓN CONDICIONADA: *No existe el contrato cuando la aceptación se dió condicionada y la condición no se realizó.*

COMISIÓN Y MEDIACIÓN: *No puede decirse que el agente representara a una de las partes, cuando no actuó en virtud de comisión, sino como simple mediador. [Sentencia 19 noviembre 1956.]*

12. COMPROVANTA EN CATALUÑA: LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM»: [V. Sentencia 17 octubre 1956 (I, 19).]

13. PROMESA DE VENTA: RETROVENTA: NEGOCIO FIDUCIARIO: CAMBIO DE CALIFICACIÓN JURÍDICA: *El cambio de calificación jurídica sobre la base de un mismo hecho no puede impedir llegar a la conclusión lógica que se deriva de lo actuado.*

CONSIGNACIÓN LIBERATORIA DE PAGO: LEY DE DESBLOQUEO: *No puede aplicarse el artículo 36 de la citada Ley desde el momento que la consignación para obtener la retroventa se declaró bien hecha.*

INCONGRUENCIA: ECONOMÍA PROCESAL: *El principio de congruencia procesal no sólo no impide al juez sacar de sus afirmaciones todas las consecuencias que se derivan de la misma, sino que no es tan riguroso que haga posible contra toda reconvenCIÓN de justicia, remitir a un nuevo pleito si en el primero hay elementos suficientes para resolver lo que había de ser materia del segundo interpretando sus pedimentos. [Sentencia 22 mayo 1956: Ha lugar.]*

X vendió a Y una finca, y éste se comprometió a venderla de nuevo a A en determinado precio durante un período de tiempo. Consignada en guerra y dentro de plazo por X la cantidad para hacer efectivo el contrato de promesa de venta y readquirir el inmueble, surgieron diversas actuaciones judiciales, hasta que los herederos de Y demandaron a los de X y solicitaron la resolución del contrato de promesa celebrado por falta de pago del pago del precio convenido. Los demandados reconvinieron sobre la base de que tal convención encubría una operación de préstamo y solicitaron la nulidad del contrato de promesa de venta así como el de venta que le había precedido y la cancelación del asiento registral a que dió lugar aquella venta.

La Audiencia entendió que el conjunto de operaciones llevadas a cabo envolvía, no un negocio nulo, sino fiduciario y afirmó que la consignación a que obligaba el cumplimiento del contrato de promesa de venta estaba bien hecha, pero omitió toca declaración sobre la cancelación expresamente solicitada, fundándose en que se trataba de un pronunciamiento que sólo podía derivar de la estimación del de nulidad que no se había acordado. Interpuesto recurso de casación, en cuanto a este punto el Tribunal Supremo revoca el fallo, con arreglo a la doctrina anteriormente sentada.

14. OPCIÓN DE COMPRA: *Carece el Código civil de normas específicas para regularlo, y es la jurisprudencia quien le ha definido como un contrato de carácter *sui-generis*, consensual, preparatorio y unilateral, que ha de regirse por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos.*

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: *No se está ante un caso de obligación alternativa, sino tan solo ante una modalidad de pago alternativo, cuando el objeto de la venta es único, sin concurrir el requisito esencial de la diversidad de obligaciones, pues lo único que se establece para cuando llegue el momento de la opción es satisfacer el precio en que se adquirió la casa en la compraventa judicial o aquel en que se hubiere rendido a un tercero.*

COMPRAVENTA: PRECIO CIERTO: *No tiene este carácter, cuando se señala como precio, aquel en que esturiese dispuesto el optatario a vender la casa a un tercero, pues entra de lleno su incertidumbre conforme a los artículos 1.447 y 1.449, ya que queda al arbitrio del vendedor, y, además, es con-*

trario a la buena fe que debe presidir en la contratación y se presta a posibles fraudes. [Sentencia 14 abril 1956: No ha lugar.]

15. COMPROVANTA: PRECIO DE TASA: NULIDAD ABSOLUTA: DECLARACIÓN DE OFICIO: INCONGRUENCIA: *El contrato de compraventa en el cual se ha pactado un precio superior al de la tasa oficial es nulo absolutamente por infringir el artículo 4.^o del Código civil y su nulidad declarable de oficio, por lo que no es incongruente la sentencia que así lo hace.* [Sentencia 27 octubre 1956.]

16. CONTRATOS: CALIFICACIÓN: TECNOLOGÍA: COMPROVANTA Y TRASPASO: *No cabe admitir que ambos términos sean sinónimos.*

COMPROVANTA: ARRAS: ARTÍCULO 1.454 DEL CÓDIGO CIVIL: *Esta disposición carece de aplicación al supuesto de la litis, toda vez que la relación contractual que liga a las partes no es la procedente de un contrato de compraventa, sino derivada de un traspaso de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no contiene disposición sobre las arras.* [Sentencia 3 julio 1956.]

17. COMPROVANTA: ARRAS: [V. Sentencia 5 julio 1956 (I, 13).]

18. COMPROVANTA:ARRAS: *La palabra «señal», sin ningún otro aditamiento que la modifique, expresa el concepto en que el artículo mil cuatrocientos cincuenta y cuatro la emplea para sus efectos.*

COMPROVANTA: ARRAS PENITENCIALES: *Frente a la equiparación que en el recurso se propugna de las arras penitenciales del artículo mil cuatrocientos cincuenta y cuatro con la cláusula penal del artículo mil ciento cincuenta y dos, debe consignarse la declaración, que ya hizo esta Sala, de que no cabe identificar aquéllas con ésta.* [Sentencia 22 octubre 1956.]

OBSERVACIONES: Contrasta esta sentencia, claramente diferenciadora de las arras, en su carácter penitencial, y la cláusula penal, con la de 5 de julio de 1956, en la que parece haber cierto confusionismo entre ambas instituciones.

Debe destacarse, además, porque consagra definitivamente el carácter penitencial que, de modo normal, implican las arras o señal, conforme al artículo 1.454. La expresión simple en un contrato de compraventa de que se entrega una cantidad como arras o señal, tiene dicho carácter penitencial. El carácter confirmatorio, medio de prueba o pago parcial del precio, tiene que deducirse de otras expresiones del contrato o de la intención de las partes de otra forma revelada. (D. I.)

19. COMPROVANTA: CUALIDAD DE «SOLARES» ATRIBUIDA A UNOS TERRENOS A EFECTOS DEL ARBITRIO MUNICIPAL DE PLUSVALÍA: CASACIÓN: *La cuestión de si los terrenos vendidos no tienen la calidad de solares y no alcanza a su transmisión el arbitrio municipal sobre aumento de valor, es de carácter exclusivamente administrativo, y recaída sobre ella declaración firme de la Corporación municipal competente, no puede impugnarse en un pleito civil ni ser base de un recurso de casación.* [Sentencia 28 septiembre 1956.]

20. RETRACTOS DE COMUNEROS: Balsa de Agua: TÍTULO DEL RETRAYENTE: *Cuando el Juez ea quo, a quien incumbe apreciar la suficiencia del título —en este caso un contrato privado de permuta por el que se transfiere la*

propiedad de una cuarta parte indivisa de una balsa de agua, en el que no consta el pago del impuesto de Derechos reales—, admite a trámite la demanda, admisión consentida por la parte demandada a la que podía perjudicar, el defecto de que pudiera adolecer el título queda purificado y ejizable en derecho.

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *El ejercicio y efectividad del derecho de retracto no están subordinados a la inscripción del título en el Registro.*

POSESIÓN A TÍTULO DE DUEÑO: *Este poseedor, mientras no sea vencido por quien ostente mejor derecho, tiene todas las ventajas de la propiedad definidas en el artículo 348 del Código civil y entre ellas la de ejercer el derecho de retracto. [Sentencia 8 junio 1956: Ha lugar.]*

21. RETRACTO DE COMUNEROS: ENTREGA DE PRECIO: *El ejercicio de la acción de retracto no requiere la entrega del precio al vendedor, pues basta que se consignen en el Juzgado o se afiance su pago.*

ACEPTACIÓN DE HERENCIA POR MUJER CASADA SIN LICENCIA MARITAL: *Su falta no hace nula la aceptación de la herencia, sino anulable, y, por tanto, surtirá todos sus efectos hasta que se declare su nulidad en virtud de reclamación por parte de las personas a quienes expresa y limitativamente faculta el artículo 65 del Código civil. [Sentencia 21 junio 1956: No ha lugar.]*

22. RETRACTO DE COLINDANTES: TÍTULO DEL RETRAYENTE: *La posesión en concepto de dueño atribuye a quien la disfruta, mientras no es vencido por quien ostente mejor derecho, todas las ventajas de la propiedad, una de las cuales es el derecho del retracto.*

FACULTAD DE LOS TRIBUNALES: *La suficiencia o insuficiencia de los títulos para hacer posible el retracto es facultad discrecional de los Tribunales. [Sentencia 13 octubre 1956: No ha lugar.]*

23. RETRACTO DEE COLINDANTES: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Carece de personalidad y derecho para transmitir la finca al retrayente que la reclama al adquirente que antes de que tenga lugar el retracto enajene el inmueble objeto del mismo, a otra persona. El nuevo comprador sin ser oido ni vencido en juicio, no podrá ser despojado del dominio que sobre la finca ostenta en virtud de su título de adquisición.*

SUCESIVAS TRANSMISIONES: *Ha de dirigirse la demanda, bien mediante ampliación o acumulación no sólo contra el primer comprador, sino también contra los sucesivos adquirentes, siempre que se tenga conocimiento de las transmisiones sucesivas durante el periodo expositivo del procedimiento entablado por el que retrae. [Sentencia 9 mayo 1956: Ha lugar.]*

24. RETRACTO DE COLINDANTES: ARRENDATARIO COMPRADOR: *El colindante no tiene preferencia frente al arrendatario para ejercitar el derecho de retracto. [Sentencia 21 marzo 1956: No ha lugar.]*

25. RETRACTO DE COLINDANTES: CONOCIMIENTO: *El conocimiento de la venta exigido por el artículo 1.524 del Código civil, presupone, no una mera noticia de ella, sino el estar enterado el retrayente, acreditándolo el demandado de todos los pactos y condiciones acerca de la cosa rendida.*

VALOR DE LA CONFESIÓN: *La fuerza probatoria de la confesión no es superior a la de los demás medios de prueba, debiendo apreciarse en combinación con todos ellos.* [Sentencia 2 octubre 1956: No ha lugar.]

26. RETRACTO DE COLINDANTES: FINCA RÚSTICA: *Tiene este carácter aquella finca que no constituye solar edificable, ni está enclavada dentro de un núcleo urbano o de zona o planes de ensanche, sino en sus proximidades y con un valor superior al duplo del que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo, y en la que el objeto de su explotación es agrícola, aunque en el pliego de condiciones de la subasta se hable de pago del arbitrio de plusvalía.* [Sentencia 8 junio 1956: No ha lugar.]

27. RETRACTO DE COLINDANTES: CALIFICACIÓN DE FINCA: *El factor de hecho predominante será el decisivo en punto a discriminar la condición rústica o urbana del predio.* [Sentencia 25 junio 1956.]

En el presente caso la situación de la finca en la calle del pueblo fué considerada como el factor principal a efectos de calificación como urbana, no obstante, la naturaleza de rústica que aparecería en los títulos de adquisición y en el Registro fiscal, así como el estar destinada a cultivo.

28. RETRACTO DE COLINDANTES: MODO DE SER PREFERENTE EL RETRACTO DEL APARCERO: ACTO SOSPECHOSO: *El titular de un derecho de retracto preferente ha de hacerlo valer en forma adecuada, sin que baste un reconocimiento voluntario por parte del comprador, hecho a espaldas del colindante que ya ha ejercitado la acción.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RETRACTO: *En lo referente al conocimiento de la transmisión con todas las condiciones ha de estarse a las afirmaciones del actor, incumbiendo la prueba de la inexactitud de ellas, al demandado.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción ha de ejercitarse no sólo contra el primer adquirente de la finca, sino contra los sucesivos adquirentes.* [Sentencia 4 julio 1956: No ha lugar.]

A. X compró a B una finca. C citó a conciliación a X para que reconociese su calidad de colindante y accediese al retracto. X cedió a su padre Y la finca comprada, de la que éste era aparcero. En el acto de conciliación X opuso a C la imposibilidad en que se veía de acceder a su pretensión por no ser ya propietario de la finca. C demanda a X e Y.

B. La cuestión principal queda centrada en si puede quedar o no sin efecto la pretensión del actor por la alegación de un derecho de retracto preferente, que no se hizo valer por el ejercicio de la correspondiente acción, sino que se invocó por el adquirente de la finca «*ople excepcionis*» al contestar la demanda, amparándose en la preferencia otorgada al aparcero por la Ley de 16 julio de 1949. La tesis de la Audiencia estimando la acción del retracto de colindantes ha sido confirmada por el Tribunal Supremo. Aquéllo sostuvo que si bien era cierto que cuando concurren determinados presupuestos el derecho del arrendatario o aparcero es preferente al del colindante, era preciso para que tal preferencia se tomase en consideración, que quien pretendía servirse de ella, ejercitarse en juicio la acción

de retracto que le asiste, sin que equivalga a ello la cesión voluntaria del inmueble.

29. RETRACTO DE COLINDANTES: ERROR DE HECHO EVIDENTE: INTERPRETACIÓN DE ESCRITURA NOTARIAL: *Hay evidente error de hecho cuando por la Sala no es tenido en cuenta las afirmaciones hechas por el Notario en la escritura pública acerca de un contrato de venta con pacto de retro, afirmaciones que dadas sin término, no puede por menos que atribuirse como de propia observación del Notario autorizante y gozar de la fe pública debida a la actuación de dicho fedatario a que se refiere el artículo 143 del Reglamento Notarial.* [Sentencia 24 marzo 1956: Ha lugar.]

Ejercitado por el demandante el derecho de retracto por ser su finca colindante a la vendida, los demandados (vendedor y comprador) alegaron que le había sido con pacto de retro, y que la retroventa había sido ya ejercitada, y en consecuencia había vuelto la finca al dominio del vendedor. Toda la discusión quedó centrada en el carácter de la primera venta. El demandante alegaba que la venta había sido sin pacto de retro, y que por eso no se apostaba el documento privado en donde constaba la misma, pues ello mostraría que la escritura pública de retroventa otorgada dos años después era un simple subterfugio empleado por los demandados para evitar el retracto. Hay que hacer constar que en esta escritura de retroventa se afirmaba por el Notario, que la retroventa tenía lugar en virtud de lo resultado «del correspondiente contrato por el que se satisfizo el impuesto de Derechos reales en la oficina X el 22 del citado noviembre, carta de pago número 3.544, de la liquidación 3.552». La Audiencia aceptó la tesis del demandante. La Sentencia es casada por el Tribunal Supremo apreciando evidente error de hecho, pues las persuaciones más o menos fundadas no pueden prevalecer contra la aseveración del Notario consignada en la escritura.

30. RETRACTO GENTILICIO EN NAVARRA: *El retracto gentilicio o familiar es una institución de carácter real, siendo aplicable la «lex rei sitae».*

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: *La Ley segunda, título tercero, libro tercero de la Notísima Recopilación de Navarra, limita la facultad del retracto gentilicio el caso de venta, precepto que hay que interpretar restrictivamente, y excluir por tanto como objeto de este retracto los supuestos de división de comunidad de bienes.* [Sentencia 16 octubre 1956: Ha lugar.]

A. Se confirma en esta Sentencia el criterio seguido en la de 4 de diciembre de 1912, en cuanto al estatuto aplicable a esta institución. Son razones de orden público, las que fundamentan esta posición, ya que de adoptarse el estatuto personal, no podría evitarse que por la contingencia de posibles variaciones de regionalidad, pudiera llegar a la vulneración de lo ordenado en la Ley.

B. La división de la cosa común es acto declarativo, no traslativo del dominio. No hay pues lugar a equipararlo con la compraventa, y por ello no cabe el retracto. Confirma la doctrina sentada por las Sentencias de 18 de febrero de 1881, 12 de mayo de 1897, y 17 de mayo de 1907. De todas for-

mas observará el distinto criterio que se adopte en esta materia frente al retracto arrendatario de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. (A. I.)

31. DONACIÓN: ACEPTACIÓN POR EL MISMO PADRE DONANTE. [V. Sentencia 5 noviembre 1956. (I, 14).]

32. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: ARTÍCULO 4.^o L. A. J.: *No se infringe el artículo 4.^o L. A. U. cuando del tenor literal del contrato se deduce que lo arrendado fué una industria ya establecida constituida por un molino con su central eléctrica y una huerta aneja.*

INTERPRETACIÓN: ACTOS POSTERIORES: *La pretensión del arrendador de elevar la renta, no desvirtúa la calificación del arrendamiento como de industria, ya que en sentencia firme se declaró improcedente por tratarse de contrato de esta naturaleza.* [Sentencia 22 octubre 1956: No ha lugar.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUMENTO DE RENTA: *El aumento de renta verificado en virtud del derecho que le reconoce la Ley de 21 de abril de 1949 para repercutir los aumentos habidos por exacciones fiscales, no envuelve una novación de la relación arrendataria.*

SOLAR: *Tendrá la consideración de solar para todos los efectos legales, el terreno rodeado de pared en el que se amontona a la intemperie material combustible, y en el que para la báscula y anotaciones del encargado existen dos departamentos de mampostería rudimentarios y provisionales.*

CÉDULA DE HABITABILIDAD: *Ni la cédula de habitabilidad ni su certificación, tienen valor de documentos auténticos a efectos de causación.* [Sentencia 22 junio 1956: No ha lugar.]

34. CONTRATO CON CLAUSULA DE ELEVACIÓN DE RENTA SEGÚN LA MARCHA DEL NEGOCIO INSTALADO EN EL PISO ARRENDADO: *Envuelve un arrendamiento de carácter complejo que no escapa al ámbito de la legislación especial de Arrendamientos Urbanos, pues dicha convención no desnaturaliza el contrato ni le concede fisonomía especial, pues se limita a constituir una modalidad que sirve para regular el precio o merced del alquiler.* [Sentencia 16 octubre 1956.]

35. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Es arrendamiento de local de negocio y no de industria, el constituido sobre una serie de elementos materiales no coordinados entre sí por estructura ni por disposición en estado de funcionamiento, ya que no constituyen una unidad patrimonial con vida propia.* [Sentencia 4 junio 1956: No ha lugar.]

36. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DESTINADO A CINE: *Constituye contrato nuevo de arrendamiento, puro y simple, no atípico ni complejo, y sometido a L. A. U., aquél por el cual las partes, terminadas la prórroga del anterior, se proponen la locación de un terreno y de un cine sobre él edificado por precio cierto y plazo determinado, en favor de persona distinta del locatario anterior.* [Sentencia 26 octubre 1956: Ha lugar.]

ANTECEDENTES: En escritura pública el 17 febrero 1912, los causantes de los ahora litigantes convinieron la cesión por diez años prorrogables por cinco más y precio de 2.700 pesetas al trimestre de determinados terrenos

o solares con facultad para el arrendatario para edificar, quecando las obras o mejoras a favor de los arrendadores al terminar el arriendo. Este contrato debía finalizar el 30 de junio de 1927, pero por tácita reconducción se mantuvo vigente hasta 1932. En carta-contrato de 14 de julio de 1932 dirigida al actual arrendatario y demandado, los arrendadores declaran textualmente: «Estamos conformes en conceder a usted y bajo su solo nombre el arrendamiento por un plazo de diez años, que terminará el 30 de junio de 1942, del terreno y edificio llamado «Cine Royal» ... y que hasta el 30 de junio último que duró el contrato, lo venía disfrutando, junto con otros, su difunto padre don Joaquín, bajo la razón social F. y C. Queda, pues, bien entendido que se le concede la continuación o prórroga del contrato por el plazo dicho de diez años, mediante el pago anual de 20.000 pesetas, que verbalmente hemos convenido, y con las demás condiciones expresadas en la primitiva escritura de arrendamiento, de fecha 17 febrero 1912.»

Los actores pretenden la resolución del contrato por expiración del plazo. En primera y segunda instancia se estima la demanda, declarándose por la Audiencia que «por tratarse de un contrato atípico de arrendamiento, en el que se inserta un derecho de superficie que recae conjunta e inseparablemente sobre el terreno o solar arrendado y sobre el edificio levantado en él, no se puede acomodar el caso a los presupuestos de la LAU sustrayéndolo de las normas del derecho común, por oponerse a ello el artículo 1.º de dicha ley especial», lo que le conduce a decretar la resolución solicitada por expiración de la prórroga.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso interpuesto, siendo su argumentación, en esquema, la siguiente:

a) Comienza el Supremo por determinar con claridad cuál sea el contrato vigente entre las partes, especificando su naturaleza jurídica:

«Se trata (la carta de 14 de julio de 1932) de un contrato de arrendamiento puro y simple, sin atipismo ni complejidad alguna, deduciéndose del sentido literal de su contenido y del espíritu que la informa, que la finalidad que se propusieron los contratantes, una vez terminada la prórroga del contrato anterior fué la locación del terreno y cine sobre él edificado por un precio cierto, y plazo de duración fijado, y en favor de persona distinta a los anteriores, sin que para nada influya en la apreciación de la naturaleza de tal contrato, el hecho de que se complementara con las demás condiciones expresadas en la escritura de arrendamiento de 17 de febrero de 1912, por constituir las mismas, pactos o reglas de naturaleza accesoria o complementaria que al no reproducirse en dicha carta, hubieron los contratantes de referirlas a las del contrato anterior que en lo fundamental se hallaba extinguido.» (Considerando 3.º)

b) Mientras que en el contrato de 1912 se trataba de un arrendamiento al que se había injertado un derecho de superficie, en el de 1932 no se daba esta circunstancia, lo cual obligaba a deslindar cuidadosamente su ámbito respectivo de vigencia:

«El contrato originario de 1912 se da por terminado en 30 de junio de 1932, con reversión, por tanto, desde ese momento a la propiedad de lo edificado que era el cine construido, y posteriormente arrendado, y por tanto se contrató (en 1932), sobre objeto distinto, con persona también distinta,

por plazo que no se prorroga, y por precio igualmente diferente, que son las estipulaciones de carácter principal; y las accesorias aunque no reproducidas en la carta contrato, hay que desglosarlas en el primitivo contrato por inoperantes en él, y acomodarla al nuevo como su complemento fraccionado, pero sin que ello quiera decir que se unifican los dos contratos, sino que se incorporan al segundo estipulaciones del primero de carácter secundario, que no modifican en nada la estructura del nuevo e independiente contrato, regulador por si solo de la relación arrendaticia entre los contratantes, y con vida propia e independiente de cualquier otra relación jurídica anterior.» (Considerando 4.º)

c) Se desecha la hipótesis de una novación contractual simplemente modificativa, la cual exige que la obligación sustituida se halle subsistente, no concurriendo tal circunstancia en este caso por decirse expresamente en el contrato de 1932 que el de 1912 queda extinguido, y sin que sea obstáculo «la expresión poco acertada» de aquél contrato en el sentido de que «se concede al arrendatario la continuación o prórroga del contrato anterior».

d) La remisión que se hace en el contrato de 1932 a las cláusulas accesorias del de 1912 no desnaturaliza el carácter puro y simple del contrato de arrendamiento, pues como se dijo en la S. del T. S. de 5 febrero 1953 «el mero permiso para construir edificaciones en un solar arrendado, es de modo notorio insuficiente para estimar constituido un derecho real de superficie».

e) En consecuencia, el contrato en cuestión, vigente entre las partes, está sometido a las normas de L. A. U. y no procede la resolución solicitada.

Comentario: El interés de esta sentencia es grande, pero mayor hubiera sido de haber acometido a fondo por —ofrecer ocasión el pleito— el problema de los llamados «arrendamientos de solar con autorización al arrendatario para edificar construcciones permanente» (véase la sentencia de 3 de julio de 1941).

En la doctrina se señala la complejidad y dificultad de su regulación, y asimismo hay unanimidad en excluir a estos contratos de L. A. U. (Cfr. Cossío, «Tratado de Arrendamientos Urbanos», I, págs. 207 y 208), lo cual indirectamente puede deducirse también de esta sentencia.

El modo de resolver el T. S. la contradicción que existe en el contrato de 1932 al hablar de «continuación o prórroga del contrato» anterior de 1912 puede parecer un tanto artificioso, pero creemos ser el más ajustado a los hechos. (G. G. C.)

37. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DESTINADO A ESPECTÁCULOS: REVISIÓN DE RENTAS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 19: *El arrendamiento de un local para que el arrendatario establezca su industria de espectáculos, concertado con anterioridad a la vigencia de L. A. U. de 1946, está regulado por la disposición transitoria 19, por lo cual no le son de aplicación los incrementos de renta del cap. IX de la ley.*

ALEGACIONES DE DERECHO: CUESTIÓN NUEVA: Sólo son cuestiones nuevas las de hecho que no hayan sido objeto de discusión, pero no los fundamentos de derecho que se estimen aplicables, pues los Tribunales no tienen obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes. [Sentencia 14 mayo 1956: Ha lugar.]

38. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA GLOBAL: *Es doctrina reiterada que la jurisdicción civil ordinaria no puede fijar la base contributiva cuando no existe cantidad declarada, o que sirva de base al tributo, por ser función impropia de su competencia.*

INFRACCIÓN LEGAL SIN DAR LUGAR AL RECURSO: *Aunque existe infracción legal no se da lugar al recurso porque es doctrina notoria que la alzada debe entenderse limitada a la parte de la sentencia que fuere gravosa al apelante si el demandado no se adhiere a la misma.* [Sentencia 19 enero: Ha lugar.]

a) Lo arrendado comprendía parte de una lonja, y el resto se había reservado el propietario; la renta declarada a hacienda era por la totalidad. La Audiencia, al conocer de la apelación, efectuó un prorratoe superficial, que el T. S. declara improcedente; la falta de adhesión a la apelación por parte del demandado, impide que, en casación, obtenga todo lo que pudo haber logrado en otro caso.

b) En la mecánica del artículo 133 de la derogada L. A. U. tal como ha sido abundantemente desarrollada por la jurisprudencia, nos parece que existe una laguna que impide el logro de la finalidad del precepto en determinados casos; según doctrina reiterada, cuando no existe base contributiva, sea por ausencia total de declaración por parte del propietario, sea porque se declaró una renta global, los tribunales no pueden acordar la reducción determinando ellos mismos la renta; con ello resulta que estos propietarios resultan beneficiados respecto de otros que, por ejem., hayan declarado una renta menor individualmente. Es indudable que este especialísimo derecho de reducción tiene carácter civil, y por ello parece que los tribunales podrían «a los solos efectos civiles» determinar —con los asesoramientos pertinentes— la base contributiva, haciendo, por ejem., la distribución de la renta cuando la declarada lo haya sido globalmente. Así se evitaría una injusta diferencia de trato y una impunidad que puede buscarse de propósito. (G. G. C.)

39. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: REVISIÓN DE RENTAS: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: ANALOGÍA: *Los plazos de caducidad que los artículos 120 y 130 L. A. U. establecen para singulares casos de reducción, no pueden extenderse a regla general valiosa para todos los casos de revisión, la mayor parte de los cuales se hallan manifiestamente excluidos de ella.* [Sentencia 10 noviembre 1956: Ha lugar.]

En la demanda se solicita, por aplicación del artículo 118 L. A. U., la reducción de la renta exigible a la que pagaba el inquilino anterior habiendo transcurrido más de cinco años desde la celebración del contrato vigente. La demanda fué desestimada en ambas instancias. El Tribunal Supremo da lugar al recurso.

En esquema la argumentación del Supremo es la siguiente: la acción general de revisión se contiene en el artículo 188 L. A. U., el cual no señala plazo especial de prescripción ni de caducidad para su ejercicio. Aplicaciones concretas de la acción revisora de la renta se contienen en los articu-

los 20, 59 y 133 L. A. U., que también guardan silencio acerca del plazo de prescripción. El supuesto del artículo 120 nos es propiamente de revisión de renta, sino de simulación de contrato. Queda, por tanto, el supuesto aislado del artículo 130 cupo plazo de caducidad de tres meses no puede aplicarse por analogía a los demás casos.

La doctrina se reitera en la posterior sentencia de 26-XI-1956.

40. ARRENDAMIENTO URBANO DE LA VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: REVISIÓN DE RENTAS: PLAZO: *La acción para la revisión de la renta pactada al efecto de reducirla a la que como tasa fija la ley, no puede reputarse sometida por analogía al plazo de tres meses que marcan los artículos 120 y 130 L. A. U., ni al de un año que señala el 113, sino al general de prescripción de las acciones personales.*

DEVOLUCIÓN DE LAS RENTAS PERCIBIDAS: *Es improcedente la devolución de las rentas percibidas con anterioridad a la presentación de la demanda de revisión.*

DESPACHO DE ABOGADO: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *El local utilizado únicamente para oficina o despacho en el que se ejerce la profesión de Abogado tiene la conceptuación de vivienda según el artículo 10 L. A. U. [Sentencia 26 noviembre 1956: Ha lugar.]*

Considera también vivienda por declaración de ley el despacho de abogado la Sentencia 29 de noviembre de 1955 (Cfr. ADC, IX-2.^o, pág. 707).

41. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: FALTA DE PRUEBA DE LA BASE TRIBUTARIA: *La reducción de renta a la declarada a Hacienda, arroja que el arrendatario pruebe la cuantía de ésta, ya que la jurisdicción ordinaria carece de competencia —que es excluyente y exclusiva de la Administración— para determinar la base de la deuda fiscal de una finca nueva construida sobre parte de la antigua, cuya renta era la única declarada. [Sentencia 6 octubre 1956: Ha lugar.]*

La declaración cuya certificación se presentó por el arrendatario se refería a un inmueble que fué derruido por el arrendador actual, edificando otro con nuevas viviendas y una nave industrial sobre el jardín del antiguo.

42. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: OBRAS NO AUTORIZADAS: *Se cambia la configuración del local cuando se derriba un tabique que lo dividía; el arrendatario que adquirió por traspaso no puede alegar que tal obra no precisaba autorización por haberse subrogado en todos los derechos del cedente, el cual levantó dicho tabique a sus expensas y con autorización del propietario.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13.^a: *No es aplicable cuando las obras fueron ejecutadas después de la vigencia de L. A. U. [Sentencia 21 abril 1956: No ha lugar.]*

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: *Demostrando que los locales no disfrutan de exención tributaria, y que la arrendadora-contribuyente no ha presentado a la Hacienda la preceptiva declaración, es inexcusable la aplicación del artículo 133.*

RENTA CONTRACTUAL FIJADA EN ESCALA ASCENDENTE: *Aunque el contrato señala una renta en escala ascendente, la que se fije por virtud de la novación que establece el artículo 133, ha de ser fija y estable, e igual a la que sirva de base al tributo.*

ACCIÓN REDUCTORA EJERCITADA ANTES DEL TRIMESTRE: *Si al presentarse la demanda no ha transcurrido el trimestre natural señalado como plazo por las disposiciones fiscales, es evidente que no ha nacido el derecho del arrendatario para reducir la renta. [Sentencia 21 enero 1956: Ha lugar.]*

44. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: REVISIÓN DE RENTAS: PLAZO: *La acción de revisión de rentas por no proceder los incrementos pretendidos por el arrendador, debe ejercitarse dentro de los tres meses contados a partir de la realización del primer pago.*

ACEPTACIÓN TÁCITA DE UN INCREMENTO DE RENTA: *El pago de algunos recibos de renta no implica aceptación tácita por el arrendatario, el cual puede impugnarla mientras no transcurra el plazo que la ley le otorga.*

IRRRETROACTIVIDAD: *Las normas sobre revisión de rentas contenidas en el capítulo IX de la ley de 1946 no tienen efecto retroactivo.*

TRASPASO AUTORIZADO LIMITADAMENTE: INTERPRETACIÓN: *La cláusula que autoriza el traspaso siempre que la persona del cessionario «merezca confianza» al arrendador, no equivale a «que el adquirente sea personahonrada», pues hay otras cualidades que interesan al arrendador, como la solvencia. [Sentencia 28 mayo 1956: Estimatoria.]*

45. LOCAL DE NEGOCIO: REVISIÓN DE RENTA: *Existiendo disparidad entre la renta efectiva y la fiscal, y transcurriendo el plazo de declaración de aquélla, nace el derecho del arrendatario a la revisión, sin que pueda ser enervado por la declaración posterior, que es extemporánea aunque la Administración le dé efecto retroactivo.*

RENUNCIA AL DERECHO DE REVISIÓN: *Es preciso que la renuncia conste en forma expresa, según es de rigor legal, de modo que no puede considerarse como tal el mero hecho de prestar conformidad a la renta señalada por la propietaria al celebrar el contrato. [Sentencia 12 mayo 1956: No ha lugar.]*

46. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: CAMBIO DE PROPIETARIO: *La sanción del artículo 133 se produce, no sólo contra el propietario infractor, sino que sus efectos alcanzan a los que se vayan sucediendo en la propiedad, en razón a la continuidad del arrendamiento.*

RENUNCIA DE DERECHOS: *La renuncia por el arrendatario de local de negocio al derecho del artículo 133 L. A. U. no puede presumirse al pactarse una renta superior a la declarada a Hacienda, sino que debe ser expresa, y aun en estos casos envolvería un pacto ilícito por cónfabulación con el arrendador para defraudar a la Hacienda. [Sentencia 9 junio 1956: Ha lugar.]*

ANTECEDENTES: *El contrato era de 14 de mayo de 1950, y el actual propietario adquirió el local el 14 de mayo de 1952; al observar que no figuraba declarada a Hacienda la renta percibida, efectuó una declaración de la renta que se le abonaba en el mes de junio siguiente.*

COMENTARIO: Esta importante sentencia nos parece extraordinariamente gravosa para el nuevo propietario que cumplió fielmente sus obligaciones para con el fisco, y no deja de suscitar interesantes cuestiones:

a) Con la reducción de la renta por una infracción legal del anterior propietario, no cabe duda que queda disminuida la productividad o rendimiento de la finca comprada con el consiguiente perjuicio para el adquirente; pero ¿podrá ejercitarse acciones derivadas de la compraventa?, el vicio no puede decirse que sea «oculto», pues el Registro fiscal es público; ¿qué sucederá cuando el que ha incumplido la obligación fiscal no ha sido su trasmisor, sino un propietario anterior?

b) Como consecuencia práctica, todo adquirente de fincas urbanas arrendadas debe tener exacta información de la situación de las mismas a efectos fiscales para no verse desagradablemente sorprendido con novaciones de la renta como la que se acuerda en este pleito.

c) No parece que la solución sea diversa cuando el problema se plantee a propósito de la nueva ley de A. U.

d) Doctrina contraria a la sentada en esta sentencia acerca de la renuncia tácita del derecho concedido en el artículo 133 se mantiene en las de 8 octubre de 1955 y 24 de marzo de 1956 (véase este ANUARIO IX-1.^º Jurisprudencia III, número 46, págs. 341-2, y IX-3.^º Jurisprudencia III, número 44, págs. 1040-1). (G. G. C.)

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO ARRENDATARIO: PREFERENCIA PARA EJERCITARLO: *El inquilino del piso vendido goza de preferencia para ejercitarse la acción de retracto, frente al dueño de otro piso de la misma finca.* [Sentencia 11 octubre 1956: No ha lugar.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: PREFERENCIA PARA EJERCITARLO: *En los casos de ventas de pisos, el inquilino del mismo, goza de preferencia para ejercitarse el retracto, salvo frente al condueño. No tiene el carácter de condueño, el propietario de otro piso, pues en la llamada propiedad horizontal sólo hay condominio respecto de los elementos comunes.*

INCONGRUENCIA: *No la hay, y sólo se está ante un error material, que puede ser subsanado en trámite de ejecución de sentencia, cuando por la Sala se señala un número de policía a la casa distinto del que en la actualidad tiene.* [Sentencia 27 octubre 1956: No ha lugar.]

Concordancias. Sentencias 7 julio 1955; 12 y 14 de marzo 1956.

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: ARRENDATARIO DE PLURALIDAD DE PERSONAS: *Tiene la facultad de retraer la casa la pluralidad de sujetos individuales cuyos privativos o, iguales, interdependientes y recíprocos derechos, inciden simultáneamente sobre una misma cosa, comunidad sin personalidad, que tiene el carácter de arrendataria única.*

CÓMPUTO DE PLAZO PARA RETRAER: FALTA DE NOTIFICACIÓN NOTARIAL: *Se cuenta el plazo desde el día de la notificación notarial hecha al arrendatario, y no desde la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad que pudo realizarse debido a la falsedad contenida en el documento público de no estar el inmueble arrendado.* [Sentencia 13 julio 1956: Ha lugar.]

50. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NOTIFICACIONES DE TANTEO Y RETRACTO: *Si varía la segunda en relación a la primera tanto en cuanto al precio como a las circunstancias de la venta, el plazo para el ejercicio del derecho de retracto es distinto.* [Sentencia 28 octubre 1956: No ha lugar.]

51. ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: Existe dicha necesidad cuando su negocio está instalado en un local poseído en precario y bajo la comunicación de desalojo. [Sentencia 9 junio 1956: No ha lugar.]

52. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: PRESUNCIÓN DE NOVACIÓN: Si por voluntad de los contratantes quedó establecido un precio único por el arrendamiento de toda la casa, se presumen extinguidos por novación los dos contratos anteriores al ser incompatibles con el nuevo.

COMUNIDAD DE DERECHOS: COARRENDAMIENTO: Al fallecer el único arrendador, sus herederos continuaron la relación arrendaticia en calidad de comuneros, sin que la unidad del contrato quedara afectada por la posterior división de la cosa arrendada entre los mismos.

NECESIDAD DE UN COARRENDADOR: Debe accederse a la resolución del contrato instada por uno de los coarrendadores con el consentimiento del otro, por necesidad, y aunque ésta se dé respecto de parte de la cosa arrendada el contrato se rescinde en su totalidad.

REFORMA PARA PEOR: Aunque exista infracción legal no cabe modificar la sentencia en sentido más gravoso para el obligado por ella, ya que al ser consentida por los actores quedó firme para ellos. [Sentencia 18 octubre 1956: Ha lugar.]

53. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: DERIBO: OBLIGACIÓN IMPUESTA POR EL GOBERNADOR DE OFRECER VIVIENDA DE RENTA ANÁLOGA MIENTRAS DUREN LAS OBRAS: La obligación impuesta al arrendador por el Gobernador civil de ofrecer al inquilino vivienda de renta análoga mientras duren las obras, no consiste en la gestión de aquél como representante del arrendatario para conseguir el arrendamiento transitorio, sino que basta con señalar al arrendatario la existencia de local dispuesto por su dueño para arrendar, con renta análoga, lo cual no significa identidad sino semejanza entre dos cosas diferentes. [Sentencia 4 octubre 1956: No ha lugar.]

Entre los requisitos que condicionan la segunda excepción a la prórroga forzosa, no figura el que el arrendador contraiga la obligación de proporcionar al inquilino o arrendatario desalojado, local o vivienda mientras duren las obras de derribo y reedificación. La concesión de la autorización gubernativa es discrecional (y «sin ulterior recurso»), y sólo a título exhortativo se refiere la ley a la necesidad de tener en cuenta «la normalidad o escasez de viviendas..., la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas» de renta semejante a las del inmueble que se fuera a derribar. Pero en este caso, la autorización gubernativa se condicionó a tal ofrecimiento por parte del arrendador, y el Tribunal Supremo interpreta adecuadamente el alcance de esa obligación. En la nueva ley, el régimen legal es idéntico al de la anterior (vide art. 79 que reproduce el 115.) (G. G. C.)

54. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: OFICINA DE AGENTE DE ADUANAS: Procede aplicar el artículo 7.º L. A. U. al arriendo de un local para despacho u oficina con destino al ejercicio de la profesión de Agente de Aduanas, a quien el Decreto de 21 de mayo de 1943 califica de intermedios de la Administración, directamente subordinados a la Dirección general

del ramo, y la Ley de Contrabando y Defraudación considera como funcionarios públicos a determinados efectos.

CAUSA 2.^a DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: COMPROMISO DE RETORNO AL LOCAL REEDIFICADO: *La suscripción de los documentos a que hace referencia el artículo 104 L. A. U. no es requisito previo para el ejercicio de la acción, ya que puede cumplirse en cualquier momento antes del desalojo por los arrendatarios.* [Sentencia 14 marzo 1956: No ha lugar.]

55. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EDIFICACIÓN PROVISIONAL: *La naturaleza provisional de una edificación no depende de la imposibilidad material de su permanencia, sino más bien de las circunstancias pasajeras en que se realizó, y del propósito interino que presidió su construcción.*

APLICACIÓN DE LA CAUSA 2.^a DEL ARTÍCULO 76 EN RELACIÓN CON EL 102 DE LA L. A. U.: *Tratándose de una edificación provisional no son de aplicación tales preceptos.* [Sentencia 20 octubre 1956: No ha lugar.]

56. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *El declarar aplicables a una relación arrendaticia las normas de la Ley de Ordenación de solares, en unión de otros de la L. A. U., no supone desconocimiento de la jurisdicción especial administrativa, ni menos aún conocer de materia reservada a ésta.*

RETROACTIVIDAD: *Las normas del Decreto de 5 de septiembre de 1952 son aplicables a relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su publicación, pues se trata de una disposición aclaratoria o interpretativa de la Ley de Ordenación de Solares dictada para poner a ésta en armonía con la L. A. U.*

DERECHO DE «RETORNO»: *El arrendatario que tiene derecho a volver al nuevo inmueble construido, según le reconoció una sentencia ejecutoria anterior, deberá pagar la misma renta que venía satisfaciendo por no haber cumplido el arrendador la obligación que le impone el artículo 104 de la L. A. U.* ([Sentencia T. S. 20 abril 1956: No ha lugar.]

57. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: DERIBO PARA REEDIFICAR: EXPROPIACIÓN PARCIAL DEL SOLAR: *Cumple con su obligación el arrendador que, en el inmueble reedificado, asigna al arrendatario un local de superficie equivalente a la que resta después de la expropiación parcial de la finca, debida a no coincidir con la alineación oficial.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Si ambas partes conocían previamente que se iba a realizar una expropiación parcial, no incurre en dolo o culpa que obligue a indemnizar daños y perjuicios el arrendador que asigna el arrendatario en el inmueble reedificado un local de superficie equivalente al sobrante.*

[Sentencia 24 septiembre 1956: No ha lugar.]

58. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO: *No se extingue la relación arrendaticia por fallecimiento del usufructuario cuando éste, en su calidad de tal, no hizo sino reconocer en favor del cestionario del traspaso la condición de arrendatario que él mismo había atribuido, cuando era pleno propietario, al cedente en dicho traspaso.* [Sentencia 9 octubre 1956.]

OBSERVACIONES: Los hechos a que se refiere la Sentencia son los siguientes: Don E. R., propietario del local de negocio, lo dió en arrendamiento en 1932 a una persona, cuyos herederos, haciendo uso del derecho que en forma expresa se les atribuía en el contrato, lo traspasaron en 1949 en favor del demandado don F. B. En el interín ha fallecido la esposa de don E. R., y en la partición se adjudica a éste el usufructo de la finca, y a sus hijos la nuda propiedad. El traspaso se documenta en 1950 y a continuación se otorga por don E. R., en su calidad de usufructuario, el contrato de arrendamiento con el cessionario.

Al fallecer éste, sus hijos instan la resolución del contrato al amparo del artículo 480 del Código civil. La Audiencia confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley. (D. I.)

59. ARRENDAMIENTO: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: *La doctrina del Tribunal Supremo* (recogida en las SS. T. S., de 30 de junio de 1952, 2 diciembre 1904, 14 junio 1944, 17 enero 1950, entre otras) que niega la procedencia del desahucio cuando la renta dejada de satisfacer no es todavía líquida, hay que entenderla restringida a los supuestos en los que no se ha fijado cantidad mínima ninguna, y no puede aplicarse cuando deja de pagarse también lo pactado como merced mínima.

COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: DESAHUCIO: *No hay cuestión compleja a los efectos de hacer improcedente el juicio de desahucio cuando se acciona por impago del canon fijado como precio mínimo del arrendamiento, aunque no se haya determinado aún el posible mayor valor de éste y el arrendatario se niegue a satisfacer la merced en tanto no se determine definitivamente su valor total.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN POR VIRTUD DE CLÁUSULA COMPROMISORIA: *La incompetencia de jurisdicción, aunque se funde en interpretación errónea de un contrato preliminar de arbitraje o en la infracción de la legislación especial de arbitraje, ha de plantearse por el número 6.º del artículo 1.692 y no por el número 1.º [Sentencia 17 noviembre 1956: Desestimatoria.]*

El Tribunal, pese a rechazar el primer motivo del recurso —fundado en la excepción de compromiso— por no estar debidamente formulado, añade que de todas maneras no hubiera prosperado el motivo porque la acción de desahucio no puede ejercitarse en juicio de árbitros, confirmando con ello —naturalmente con valor ~~obiter~~— la doctrina mantenida en las sentencias de 7 de junio de 1924, 24 de abril de 1941 y 27 de abril de 1954, entre otros, aunque exista también alguna decisión contradictoria. Creemos, sin embargo, poco sólida esta doctrina, sobre todo tras la publicación de la nueva Ley de arbitrajes. En efecto, la resolución del arrendamiento —que, a parte de en el juicio de desahucio, puede ejercitarse también en el juicio declarativo— entra totalmente dentro de las cuestiones que pueden ser objeto de compromiso (materias de Derecho privado de libre disposición de las partes: art. 14). El artículo 1.561 de la Ley de Enjuiciamiento civil (que en todo caso tendría que estimarse derogado por la Ley de arbitrajes) en que se apoyan tales sentencias no es argumento suficiente, pues la reserva en favor de los tribunales ordinarios sólo es en oposición a los tribunales no civiles (administrativos, penales, etc.) y en modo alguno

contradicторia con otros posibles medios civiles de solución de controversias, como la transacción o el arbitraje. Tampoco sería argumento decir que en el desahucio se ejercita la acción de lanzamiento de carácter ejecutivo, puesto que ésta presupone una acción declarativa previa y el lanzamiento tendría lugar judicialmente en virtud del artículo 31 de la Ley de arbitraje, como en general la ejecución de cualquier sentencia arbitral.

Si el Tribunal hubiese entrado en el fondo de la cuestión se hubiese visto obligado a decidir también sobre la validez o nulidad del contrato preliminar de arbitraje, cuando en una de sus cláusulas se establece que, de no existir acuerdo entre las partes, el nombramiento de los árbitros se hará por un tercero. La solución, creemos, debería ser la de la validez puesto que, estableciéndose en primer lugar el acuerdo de las partes, deferir el nombramiento de los árbitros a la decisión de un tercero, en caso de discordancia, es una simple cláusula del contrato preliminar, cuya nulidad no arrastra la de todo el contrato, a menos que hubiese sido condición de su conclusión. No hay porque pretender mayores efectos para la prohibición del artículo 22 de la Ley de arbitraje (reproducción del artículo 791, apartado 4.^o, de la Ley de e. c.), con mayor razón cuanto que se trata de un pacto válido en muchos Derechos (v. g., el francés: artículos 1.017 y siguientes del Code de procedure civile; y el inglés: artículos 6 y ss. de la Arbitration Act 1950). (R. G. H.)

60. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: NEGATIVA AL PAGO DE INCREMEN~~TOS~~tos DE RENTA: RESOLUCIÓN: *La demandada que en 1941 transformó en pensión la vivienda arrendada, al rechazar el incremento establecido para locales de negocio por el artículo 2.^o del D. 17-V-1952, dió lugar con se negativa a la resolución del contrato.* [Sentencia 22 octubre 1956: Ha lugar.]

El año 1934 se arrendó un piso para vivienda; en 1941 la arrendataria lo destina a pensión, obteniendo la pertinente autorización administrativa y dándose de alta en la contribución industrial por tal concepto. Los arrendadores pretenden aplicar los incrementos de renta establecidos en la indicada disposición, y al negarse a aceptarlos la arrendataria, instan la resolución del contrato. En primera instancia se estima la demanda, pero en apelación es revocada la sentencia. El Tribunal Supremo da lugar al recurso.

Es evidente que, ante el cambio de destino, los arrendadores podían haber intentado la resolución del contrato (causa 4.^a del art. 149); al no hacerlo, y al intentar percibir los aumentos de renta del Decreto de 17 de mayo de 1952, claro es que consintieron en la transformación de la vivienda en local de negocio. Esto supuesto, la negativa de la arrendataria a abonar esos aumentos legales constituye la causa 1.^a del artículo 149, pues según el 130 se reputa «la falta de pago de esta diferencia como falta de pago de la renta».

61. ARRENDAMIENTO URBANO: COTITULARIDAD ARRENDATARIA: SUBARRIENDO: *No cabe reputar subarriendo al hecho de que una persona haya instalado una industria en parte del local, cuando es hijo y sobrino, respectivamente,*

de los dos cotitulares del contrato, pues no es ajena a la relación arrendaticia al ser su padre cotitular.

PRESUNCIÓN: *La prueba de presunciones sólo es impugnable en casación por inexistencia de los hechos base que sirven de antecedentes a la deducción, o por falta de razón lógico-jurídica del argumento deductivo empleado.* [Sentencia 9 octubre 1956: No ha lugar.]

A. En 1901 el padre del demandado contrató el arrendamiento de todo un edificio para vivienda y local de negocio; por fallecimiento del arrendatario, en 1920 el hijo mayor concertó nuevo contrato sobre la misma casa; la demanda se basa en que un sobrino del actual arrendatario tiene instalada por su cuenta una industria en parte de la casa arrendada, habiéndose probado que desde la última fecha el demandado ha venido viviendo con su hermano y el citado sobrino después en ella.

B. El recurso no se articuló debidamente, como reiteradamente se hace notar en la sentencia: a pesar de todo, ésta no puede menos de causar cierta extrañeza; por ejemplo, al declarar subsistente un contrato de arrendamiento cuando hace mucho tiempo que falleció su titular y decir que es «aparente y sin valor» el que aparece, después, concertado por un hijo suyo; aunque se diga que el contrato actualmente en vigor es continuación del anterior, hay que calificar de arrendatario al ahora demandado, y siendo esto así, no se ve bien cómo su sobrino no sea «extraño a la relación arrendaticia». (G. G. C.)

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN DE VIVIENDA: *El artículo 36 de la Ley anterior del Arrendamiento Urbanos no exige notificación alguna y señala como momento para empezar a contar el término de caducidad de la acción el de la ocupación de la vivienda por el cessionario. Y así, probado el hecho de la ocupación por el cessionario desde 1943 y presentada la demanda en 1948, es evidente la caducidad de la acción ejercitada.* [Sentencia 4 noviembre 1956.]

OBSERVACIONES: La importante sentencia que precede fué dictada en un recurso deducido en interés de la Ley por la Delegación Nacional de Sindicatos en ejercicio de la facultad que la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos le concedía en el párrafo segundo del artículo 165 según la redacción que le dió la Ley de 21 de abril de 1949.

Acertada en cuanto al punto clave de que no es necesaria —porque en modo alguno la exige la Ley— una notificación del hecho de la cesión de la vivienda para que comience el plazo de caducidad de seis meses establecido para la acción de resolución, sería lamentable que, con apoyo en la pura letra del precepto, se sancionase la inatacabilidad de cesiones verificadas fraudulentamente a espaldas del arrendador que no haya conocido ni podido conocer el hecho de la ocupación de la vivienda por el cessionario. Y se consagre así la inutilidad de lo preceptuado en el artículo 33 en los casos en que el alejamiento geográfico del arrendador o la simple omisión de un control de tipo policiaco por parte de éste sobre el verdadero ocupante de la vivienda, le lleve a desconocer la cesión durante el mencionado plazo de seis meses. (D. I.)

63. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO AL DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Procede la resolución del contrato porque la licitud del traspaso, conforme al artículo 9.^o del De-*

creto de 21 de enero de 1936, requiere el consentimiento expreso, es decir, claro y manifiesto, del dueño de la finca.

REVISIÓN DE RENTAS CONFORME A L. A. U.: Si el arrendatario al satisfacer el recibo de la renta abusivamente incrementada, no hace expresión formal que patentice su aceptación, ello sólo puede tener el alcance de una aceptación tácita, que no enerva su derecho a revisarla si el arrendador ha incumplido su obligación de notificar previamente la elevación.

ACLARACIÓN DE SENTENCIA: No procede en este caso porque cuando se casa parcialmente una sentencia, queda ésta subsistente en lo que no se refiera a los motivos determinantes de la casación. [Sentencia 27 junio 1956: Ha lugar.]

Se solicita revisión de renta al amparo de L. A. U. y el arrendador reconviene instando la resolución del contrato al amparo del Decreto de Alquileres por haberse operado traspaso sin su consentimiento. En primera y segunda instancia prospera la demanda, pero la reconvenCIÓN es desestimada en ambas. Interpuesto por el arrendador recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo lo estima en cuanto a la concurrencia de una causa de resolución. El arrendatario interpone recurso de aclaración contra esta sentencia por entender que en ella nada se decía de la revisión de rentas, declarándose no haber lugar a él por la razón que se indica.

65. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y SUBARRIENDO INCONSENTIDO DE LOCAL DE NEGOCIO: La parte demandada, arrendataria del local de negocio y dueña de la empresa de reparación de automóviles, al ceder en arriendo este negocio, cedió también el local en que está instalado, ya que el nuevo empresario continúa desarrollando en el mismo las actividades propias de negocio.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONTRATO EN EL QUE ESPECIALMENTE SE EXCLUYE EL ARRENDAMIENTO DEL LOCAL: Nada significa a efectos legales el decir en el contrato de arrendamiento de industria que no comprende el local donde están montadas las instalaciones, porque su expresión gramatical pone de manifiesto que el susodicho local forma parte del objeto arrendado, y para que así no fuera era necesario que se hubieran trasladado a local distinto.

EMPRESA: ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN: La empresa, como unidad económica, está integrada por un conjunto de elementos inmateriales y corporales, entre los que cuenta el local donde se halla instalada y se desarrollan sus actividades. [Sentencia 4 mayo 1956.]

65. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DESTINADO A HOSTELERÍA SOMETIDO A L. A. U.: INEXISTENCIA DE SUBARRIENDO: CONTRATO ATÍPICO DE GUARDERÍA DE AUTOBÚS: El pago de un precio determinado por encerrar el autobús destinado al servicio de viajeros del hotel, en un garaje del mismo, no puede, por sí solo, servir para calificar tal convenio de subarriendo, pues no se transmite al ocupante la posesión arrendaticia, la cual siguió teniéndola el arrendatario para otros fines; tal convenio merece la calificación de guardería o de otro contrato atípico.

PROHIBICIÓN DE SUBARRENDAR: ALCANCE: La prohibición de subarrendar impuesta al arrendatario de un edificio destinado a hotel con sus anejos de jardín y garaje, se refiere a los edificios que integran la unidad de la casa

arrendada, no a las modalidades de los distintos servicios que requiere el desarrollo de industria tan compleja como la hostelería. [Sentencia 2 octubre 1956: No ha lugar.]

a) Merece señalarse la forma en que se resuelve, en la demanda, un problema de legitimación activa. El edificio arrendado había sido vendido, pero el arrendatario impugnó el precio de la transmisión, y el litigio se encontraba —al tiempo de presentarse esta demanda— pendiente de recurso de casación. Se trataba, por tanto, de una situación jurídica «carente de firmeza» (vide Castro: Derecho civil de España, I, pág. 615, segunda edición) por hallarse «*sub judice*». En la demanda se resuelve —a nuestro juicio, con acierto— entablando conjuntamente la demanda el vendedor y el comprador; a lo largo del juicio no se hace cuestión de ella.

b) Es una alusión de pasada, pero merece recogerse, la que se hace a la complejidad de las relaciones jurídicas que se derivan del contrato de hospedaje, como ha puesto de relieve la doctrina.

c) No es fácil la diferenciación entre el subarriendo y las diversas modalidades de hospedaje; si escogemos situaciones extremas, la calificación parece clara: cesión de una parte del hotel para el establecimiento de una industria cualquiera por otra persona (subarriendo), huésped que guarda su coche en el garaje del hotel mientras dura su estancia (hospedaje). Pero hay situaciones intermedias, como la del caso presente; el autobús, ciertamente, estaba destinado al servicio del hotel, pero también se efectuaban con él el servicio público de transporte con carácter independiente de los anteriores. (G. G. C.)

66. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRANSFORMACIÓN: *Constituye transformación suficiente para originar la resolución del contrato de arrendamiento, el que constando en el mismo cláusula en la que se consigne el destino del local arrendado a «almacén de abonos», se pruebe el amontonamiento en el mismo de productos insecticidas inflamables.* [Sentencia 13 junio 1956: Ha lugar.]

67. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: TRANSFORMACIÓN: *La aplicación de la causa resolutoria tercera del artículo 149 de la L. A. U. requiere una determinación explícita del destino reservado a la cosa arrendada en el momento de pactarse su locación.*

INDUSTRIA: *El desempeño de su profesión de sastre en el cuarto arrendado y utilizado para vivienda, no constituye industria o comercio, y por ello el ejercicio de esta actividad no supone alteración del carácter del contrato aunque lleve consigo el desarrollo de ciertos actos mercantiles.* [Sentencia 27 junio 1956: No ha lugar.]

68. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: DAÑOS DOLOSOS: *La causa 5.^a del artículo 149 L. A. U. se refiere a los daños producidos con intención de hacerlos, queriendo, el autor de ellos, tanto los actos que los producen, como su resultado, dañoso para un tercero.* [Sentencia 9 mayo 1956: Ha lugar.]

69. ARRENDAMIENTO URBANO: COMPETENCIA OBJETIVA POR CONEXIÓN: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *La demanda de desahucio por subarriendo inconsentido de vivienda, tramitada ante un Juzgado municipal, que se acumula a la de desahucio de local de negocio, tramitada en un Juzgado de primera Instancia, debe resolverse ante el Juzgado de rango superior.*

OBRAS NO CONSENTIDAS: *Si los peritos no expresan que las obras han variado la configuración del piso, no pueden ser causa de la resolución del contrato.* [Sentencia 11 junio 1956: Ha lugar.]

La Audiencia se declaró incompetente para conocer de la acumulación, el Tribunal Supremo estima el recurso en este punto, y entrando a resolver el fondo, admite la excepción de cosa juzgada por lo cual desestima la demanda.

a) La acumulación declarada pertinente plantea algunos problemas. El Tribunal Supremo la fundamenta en la aplicación subsidiaria de Ley de Enjuiciamiento civil, así como en la necesidad de evitar la contingencia de resoluciones contradictorias y en el principio de economía procesal, según se declara en la sentencia de 19 de diciembre de 1952. Bien examinada la cuestión, parece, sin embargo, que el artículo 153 de Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el número 2 del 154 conducirían a la improcedencia de la acumulación, y el 155 de la misma, al referirse al «valor acumulado», no resulta de aplicación directa. Notemos, por último, que esta doctrina sobre posibilidad de acumulación de las acciones que se ejercitaron en este litigio, no se recoge en el artículo 127, 1, del texto articulado de la nueva ley, antes bien se la excluye expresamente al exigirse que «el Juzgado sea competente por razón de la materia para el conocimiento de todas las acciones acumuladas».

b) Cuando el Tribunal Supremo estima un recurso por razones exclusivamente procesales y declara que no existe el óbice que impedía entrar en el fondo del asunto, desde un punto de vista teórico caben dos actitudes posibles: o la remisión al Tribunal inferior para que resuelva, o la resolución por el propio Tribunal Supremo; esta última postura suele adoptarse en España y es lo que se ha hecho en este caso. Entonces la Sala primera funciona como Tribunal de instancia o de alzada. (G. G. C.)

70. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS: *El consentimiento para la realización de obras en la casa arrendada, legítima al arrendatario para su realización aunque el arrendador que prestó dicho consenso haya sido sucedido por otro.* [Sentencia 24 septiembre 1956: No ha lugar.]

71. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS INCONSENTIDAS: *El levantamiento en el patio de una finca de dos cuerpos de edificación de 6,80 × 2,70 metros el uno, y de 4,85 × 2,70 metros el otro suponen cambio en la configuración del local y constituyen causa de desahucio, aunque se hicieran con conocimiento del arrendador y beneficiasen a la casa arrendada.*

VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL: *Corresponde al juzgador en cada caso concreto, señalar las circunstancias puestas de manifiesto en la práctica de las pruebas para determinar si se modificó o no la configuración de la cosa dada en locación. La prueba pericial servirá sólo para suministrar al Juez los ele-*

mentos informativos necesarios para la formación de juicio. [Sentencia 30 junio 1956: No ha lugar.]

72. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La construcción de una pared de ladrillo por la que el espacio de una bodega o sótano —comprendido en la casa cuyo uso total se transfirió— se distribuye en dos departamentos, despensa y cuadra, altera la configuración de la cosa arrendada. [Sentencia 22 octubre 1956: No ha lugar.]*

Declara esta Sentencia en uno de sus considerandos que el arrendatario no debe hacer «alteración que cambie o modifique su distribución en sentido vertical u horizontal, aunque sea para mejorarlo o beneficiarlo, y ya afecte al todo o sólo a una parte y lo mismo si ésta es accesoria que si es principal, pues no se trata de una cuestión económica, ni cuantitativa, sino jurídica, toda vez que la ley impone con todo rigor el tradicional respeto al derecho dominical, en cuanto resulte cumplida la función social de la propiedad al servicio del interés general de procurar sedes estables y tasadas para hogar o para negocio, interés que queda plenamente satisfecho con el mero o estricto uso de la cosa arrendada sin necesidad de variar su forma o figura con excesiva e injustificada mengua del anejo dominio». (J. M. P.)

73. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *Modifican la configuración de la cosa arrendada, dando lugar a la resolución del arrendamiento, el conjunto de los hechos siguientes: 1.º El levantamiento, en una de las piezas del local de negocio, de una entreplanta de madera. 2.º La construcción en el patio del edificio arrendado de un cobertizo de ladrillo. 3.º El colocar, en una de las habitaciones de la vivienda, un falso techo de cañizo que reduce su capacidad por haberse colocado treinta y un centímetros más bajo que el general del resto de las habitaciones. [Sentencia 14 de noviembre 1956: No ha lugar.]*

74. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La construcción de un gallinero, de unos cinco metros cuadrados de extensión, en una terraza de cien metros cuadrados, modifica la configuración de la cosa arrendada; sin que sea obstáculo que las obras se verificaran en la terraza y no en las habitaciones destinadas a vivienda. [Sentencia 10 octubre 1956: Ha lugar.]*

A. Se trata de arrendamiento de un piso principal, con terraza aneja. En ésta se construye un gallinero. Los peritos nombrados estiman que las obras no modifican la estructura ni varían la configuración del inmueble en la parte destinada a vivienda, pero que la construcción cambia la forma de la terraza, haciéndola perder, por el sitio que ocupa, la simetría primitiva de la misma, empeorando su aspecto estético. En acta notarial, con fotografías, se hace constar la existencia del mencionado gallinero. Las sentencias de primera y segunda instancia desestiman la demanda. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, y, en consecuencia, infracción del número 5.º del artículo 149 de la L. A. U. de 1946. Dice en el considerando primero que «dado el contenido de las enumbradas pruebas la sala sentencia-

dora ha debido estimar que el gallinero en cuestión modifica la configuración de la cosa arrendada, y al no hacerlo así incurre en manifiesto error en la apreciación de las pruebas documental y pericial».

B. En esta sentencia, lo mismo que en la de 16 de octubre de 1956, el Tribunal Supremo entiende que apreciar si una obra determinada altera o no la configuración, es cuestión de hecho, y por eso entiende que se da error en la apreciación de la prueba.

En nuestra opinión, el concepto «configuración» es cuestión de derecho, y, por ello, debió estimar el recurso, pero no por manifiesto error en la apreciación de la prueba, sino por infracción del 149, 5.^º L. A. U., si entendía que la construcción del mencionado gallinero alteraba la configuración. [V. Sentencia 16 de octubre 1956 (75).] (J.M. P.)

75. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El levantamiento de un tabique no implica siempre modificación de la configuración de la cosa arrendada.*

EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El concepto configuración a que se refiere el número 5.^º de la L. A. U. no es término de derecho por no definirlo la ley, sino cuestión de hecho.* [Sentencia 16 octubre 1956: No ha lugar.]

A. El arrendatario de un local de negocio o consistente en planta baja y entresuelo destinados a Banco reconstruye un tabique; existente al empezar el arrendamiento y derribado por orden del propietario; faltaba su enlucido cuando el Notario a requerimiento del propietario se presentó a levantar acta de la obra; en el acta misma hace constar el Notario que a su presencia el tabique fué de nuevo derribado.

La Sentencia de primera instancia declara resuelto el contrato de arrendamiento. La Audiencia revoca esta Sentencia, y el Tribunal Supremo confirma esta revocación no dando lugar al recurso por injusticia notaria en base a las siguientes razones: 1.^a Que el Tribunal de instancia estimó que tal obra no modifica la cosa arrendada en atención a la naturaleza y principales características de ésta, y el concepto configuración no es término de derecho por no definirlo la Ley, sino cuestión de hecho. 2.^a Que, en efecto, dicha obra, por las circunstancias que concurren no modifica la configuración de la cosa arrendada. 3.^a Que el arrendador autorizó la obra en el contrato de arrendamiento.

B. El Tribunal Supremo, a mayor abundamiento, da diversas razones, cada una de por sí suficientes para fundamentar el fallo. Nos interesa destacar su opinión sobre el concepto «configuración». A nuestro entender el concepto es una cuestión de derecho porque precisa el alcance de la norma; en cambio, será cuestión de hecho y, por tanto, sujeta a la apreciación del Tribunal de instancia si en el caso concurren las circunstancias que determinan la existencia del cambio de configuración. Hay que advertir que la doctrina del Tribunal Supremo tiene aquí un valor muy relativo; de una parte porque no tiene un valor decisivo del fallo; de otra, porque el propio Tribunal Supremo entra en la Sentencia en el análisis de si se da o no cambio de configuración. (J. M. P.)

76. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: POR OBRAS NO AUTORIZADAS: CONFIGURACIÓN: *La configuración de un local se refiere a la forma, tanto en sentido vertical como horizontal, y se modifica la estructura, cambiando el aspecto que le es peculiar, cuando se derriban tabiques formando una sola dependencia las que antes estaban separadas, sin que excuse la sanción resolutoria el que el local está destinado a negocio y vivienda, pues esta distinción no la establece la ley.* [Sentencia 4 junio 1956: No ha lugar.]

Parece que ha llegado el momento de clamar por una reforma. ¿Por qué no acudir a otro tipo de sanciones (pago doble de ciertas mensualidades, por ej.)

77. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: RESOLUCIÓN: NOTORIA INCOMODIDAD: *Un oficio del Laboratorio municipal en el que se afirma la existencia de «malos olores», no es suficiente para hacer prosperar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento fundada en la causa 6.ª e) del artículo 149 de la L. A. U.* [Sentencia 19 septiembre 1956: No ha lugar.]

78. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA POR CONDICIÓN DE EMPLEADO: RESOLUCIÓN: *El artículo 157 de la L. A. U. se refiere no sólo al desahucio de porteros, guardas y asalariados, sino a los empleados en general entre los que está comprendida cualquier persona quien se encarga de un servicio, comisión o agencia.* [Sentencia 4 julio 1956: No ha lugar.]

79. TRASPASO ILEGAL: DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: *Estimándose probado en la sentencia recurrida una cesión, prohibida por cláusula del contrato, resulta evidente la procedencia del deshucio.* [Sentencia 26 octubre 1956.]

80. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: ARTÍCULO 45 DE LA ANTERIOR L. A. U.: *En la preceptiva notificación, el arrendatario solamente tiene obligado a comunicar el precio convenido, pero no el valor de las mercaderías o enseres, ni el del negocio o acervo mercantil si estos bienes son también objeto del traspaso concertado, ya que, no ostentando el arrendador derecho de tanteo preferente sino sólo sobre el local, sólo la valoración del traspaso en cuanto a éste es lo que precisa conocer.*

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 53 DE LA ANTERIOR L. A. U.: *Lo que este precepto dispone es que cuando se traspase conjuntamente el local negocio y los dichos elementos, se consigue por separado el valor de éstos y el correspondiente a aquél, por ser voluntad de la Ley que el arrendador conozca con certeza el precio que se ha convenido por el traspaso del local con independencia del fijado a los demás bienes vendidos.*

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBLIGACIONES DEL CESIONARIO: INCUMPLIMIENTO POSTERIOR: APARTADO b) DEL ARTÍCULO 45 DE LA ANTERIOR L. A. U.: *Tal regla ordena tan sólo que el adquirente por traspaso contraiga la obligación de permanecer en el local sin traspasarlo el plazo mínimo de un año y destinarlo a negocio de la misma naturaleza durante este tiempo por lo menos, y semejante exigencia legal queda cumplida al asumir dicha obligación el cessionario en la escritura de traspaso, con independencia de que, por cualquier eventualidad posteriormente surgida, quede incumplida su efectividad.*

lo que afectará únicamente a las relaciones jurídicas entre arrendador y adquirente, pero no a la validez del traspaso. [Sentencia 20 octubre 1956.]

81. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN ARRENDATICIA DEL HEREDERO: ARTÍCULO 73 DE LA L. A. U.: TRASPASO ILEGAL: *Existe traspaso ilegal cuando, sin consentimiento del dueño, el titular del arrendamiento anajena su derecho a un tercero, aunque éste sea también heredero del causante, ya que no es dable hablar de la sucesión arrendaticia del heredero que prevé el artículo 73 de la L. A. U., porque el derecho sucesorio quedó cumplido con la adjudicación a la viuda.* [Sentencia 22 junio 1956.]

82. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El traspaso del local de negocio verificado por el arrendatario después de transcurrir un plazo durante el que se haya cesado en su explotación no es válido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado a) del artículo 45 de la L. A. U., sobre todo si se tiene en cuenta que el cessionario no sólo no ejerce negocio de la misma clase que el cedente del local, sino que no ejerce en ellos ninguna industria limitándose a utilizarlo en parte como vivienda dejando sin empleo la parte restante.* [Sentencia 13 octubre 1956: No ha lugar.]

83. TRASPASO: ARRAS: V. Sentencia 3 julio 1956 (16).

84. REALIZACIÓN DE OBRAS POR EL SUBARRENDATARIO SIN CONSENTIMIENTO DEL SUBARRENDADOR: V. Sentencia 6 octubre 1956 (I, 18).

85. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RENTA: VALOR TRIGO: *La aceptación de la renta, según el valor del trigo al tiempo de celebrarse el contrato, implica renuncia de los aumentos que aquella haya experimentado al tiempo de hacerse el pago, por aumento del valor del trigo.* [Sentencia 24 abril 1956. Sala 5.: Ha lugar.]

86. PRÉSTAMOS USUARIOS: CLÁUSULA ALEATORIA: V. Sentencia 21 marzo 1956 (6).

87. PRÉSTAMOS USURARIOS: PRUEBA: V. Sentencia 5 noviembre 1956 (D. pr. I, 8).

88. ARRENDAMIENTOS DE SERVICIOS: SERVICIOS INTELECTUALES: *El contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto los de Abogados, Médicos, Arquitectos u otras profesiones liberales como los domésticos o materiales.* [Sentencia 22 diciembre 1955: No ha lugar.]

En el segundo Considerando se citan las sentencias de 16 de febrero de 1935 y 18 enero de 1941 como mantenedoras, respecto a las profesiones liberales, del mismo criterio.

89. MANDATO: EXTRALIMITACIÓN: V. Sentencia 5 julio 1956 (1, 13).

90. CONTRATO EN FAVOR O EN NOMBRE DEL PROPIETARIO DE LA COSA VENDIDA: ACEPTACIÓN O RATIFICACIÓN: *La obligación es válida ya se trate de contrato estipulado en favor o en nombre de otra persona, cuando queda demostrado*

por la correspondencia cruzada que en el primer caso hubo aceptación y en el segundo ratificación. [Sentencia 28 junio 1956.]

91. SOCIEDAD CIVIL: DISOLUCIÓN: *La sociedad civil, constituida para la explotación de una patente, se disuelve, conforme al párrafo segundo del artículo 1.701 del Código civil, al caducar dicha patente.*

PRUEBA: PRESUNCIÓNES: *La prueba de presunciones sólo parece impugnarse por la inexactitud del hecho que le sirve de base o por no existir el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253 del Código civil. [Sentencia 10 octubre 1956.]*

92. SOCIEDAD Y COMUNIDAD: FALTA DE BUENA FE: *Admitir que la Sociedad constituida por los propios y únicos aportantes o copropietarios sin intervención de personas extrañas, pudiera como tercero eludir el cumplimiento de obligaciones válidamente contraídas anteriormente por los hoy socios, pondría derrumbar la seguridad de la contratación por el sencillo artificio de constituir una razón social con aportación de bienes que los propios aportantes de manera voluntaria y libre habían comprometido en el cumplimiento de obligaciones que contrajeron.*

CONTRATO DE OPCIÓN: *Los efectos del derecho de opción alcanzan y obligan a quienes con conocimientos de su existencia, y por tanto, sin poder ampararse en los principios de buena fe y de protección al tercero, hayan adquirido dichos bienes por el título de aportación social. [Sentencia 22 junio 1956: No ha lugar.]*

Pactado por los propietarios de una comunidad de bienes, un derecho de opción, en favor de A, con posterioridad, y antes del vencimiento de la opción, los mismos propietarios, constituyeron la Sociedad X a la que aportaron exclusivamente los mismos bienes objeto de su copropiedad. El Tribunal Supremo declara con acierto que esta Sociedad no tiene el carácter de tercero respecto de las obligaciones contraídas por los hoy socios y anteriores comunitarios. Otra cosa pugnaría con los más elementales principios de moral y jurídicos. De todas formas, merece resaltarse el distinto criterio que en el mismo organismo sigue en materia de arrendamientos urbanos, al entender que hay cambio de personalidad jurídica, y por consiguiente de arrendatario, cuando éstos mismos se constituyen en Sociedad, y se incurre por ello en causa de desahucio.

93. ARBITRAJE: ÁMBITO: *No pueden resolverse en juicio arbitral las acciones de impugnación de los acuerdos de una Junta general de accionistas de una Sociedad Anónima, porque a tales efectos existe un procedimiento especial totalmente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, previsto por la Ley de 17 de julio de 1951, procedimiento que es de Derecho necesario por el carácter público y social que lo informa.*

AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN EN VIRTUD DE CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Alegada la existencia de cláusula compromisoria no puede entrarse en el fondo del asunto sin denegar previa y expresamente su validez o eficacia.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE ANÓNIMAS: *La Ley de Sociedades Anónimas es aplicable a todas las sociedades de esta clase cualquiera que sea el momento de su creación, y los estatutos o reglamentos especiales que se opongan a ella se reputarán sin efecto a partir de su publicación.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: CARÁCTER DE LA INVALIDEZ DE LOS ACUERDOS: POR DEFECTO EN LA FORMA DE CONVOCAR LA JUNTA GENERAL: *La inobservancia de los requisitos exigidos para la convocatoria de la Junta de accionistas determina la nulidad absoluta de los acuerdos tomados, no pudiendo subsanarse por la repetición de dichos acuerdos en una Junta posterior, debidamente convocada, pero posterior al inicio del pleito.* [Sentencia 15 octubre 1956: Estimatoria.]

94. LAUDO DE AMIGABLES COMPONENTES: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR SENTENCIA: VALOR, A ESTOS EFECTOS, DE UN DOCUMENTO PRIVADO PROTOCOLIZADO: *El requisito de que la prórroga ha de ser de común acuerdo y en escritura pública no se cumple con la protocolización de un documento privado, en la que interviene uno sólo de los firmantes del mismo.* [Sentencia 17 noviembre 1956: Estimatoria.]

Esta es la doctrina en que se apoya la sentencia, aunque en rigor no era necesaria para la estimación del recurso, pues bastaba para excluir la competencia de los árbitros el hecho de que, en todo caso, la protocolización no podía causar ningún efecto, pues había tenido lugar cuando el plazo era ya improrrogable, por haberse extinguido. Asimismo, con carácter también «obiter», resuelve el Tribunal otra de las cuestiones discutidas en el primer motivo del recurso: la posibilidad, que acepta, de que la prórroga se haga no en escritura, sino en acta notarial, con tal de que en ella conste una auténtica manifestación de voluntad de prórroga por parte de todos los compromitentes. (R. G. H.)

95. CULPA EXTRAContractUAL: Ilicitud: *No es ilícita la conducta consistente en el incumplimiento de una orden ineeficaz por ser contraria a otra de rango administrativo superior.* [Sentencia 6 julio 1956: No ha lugar.]

a) Se reclaman los supuestos daños derivados del incumplimiento de un acuerdo sobre contratación del seguro de mercancías en determinada localidad, determinante de un turno de rotación entre las diversas Compañías. El actor ostenta la calidad de Agente de Seguros de la sociedad anónima A y se dirige contra la sociedad anónima O, pidiendo se condene a esta última al abono de la ganancia que ha dejado de obtener al contratar la segunda un seguro de mercancías que correspondía a la primera. El Tribunal Supremo razona así la inexistencia de ilicitud en la conducta de la entidad demandada:

«La ilicitud ... requiere que el hecho o la omisión que origina el perjuicio sea contrario a derecho, y es lo cierto que la sentencia recurrida no admite que ello sea así, sin que sea combatida su afirmación de hecho en forma eficaz, aun cuando en sus razonamientos el recurrente indirectamente pretenda atacar esta declaración, olvidando que el Tribunal de instancia al examinar el acuerdo adoptado en reunión del Sindicato provin-

cial del Seguro no desconoce sus consecuencias jurídicas, ni desconoce el valor que en derecho merecen las disposiciones dictadas para el Abastecimiento nacional, pero si tiene en cuenta que tales disposiciones tienen que emanar del órgano a quien esté expresamente atribuida esta función, cual es la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, y precisamente sobre materia propia de la misión que le está encomendada, en la que no existe regulación alguna respecto de la forma de realizar el seguro de la mercancía, sino solamente y en atención al bien público que el seguro se efectúe, y tampoco puede prescindirse de que este organismo es superior jerárquicamente a la Autoridad de los Gobernadores civiles de las provincias que en este aspecto le están subordinados, y como razona la sentencia recurrida, ateniéndose al informe emitido por el Gobernador que sucedió al que inició y ordenó el acuerdo, éste no se basaba en una disposición de carácter obligatorio y si, por el contrario, se hallaba en pugna con lo dispuesto por la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes en oficio circular número 51.431, de fecha 6 de abril de 1945, que por ser de rango administrativo superior y por su fecha posterior, al acuerdo, ha de estimarse denegatorio de él, privándole de toda eficacia, y con mayor razón si se considera que según acredita el informe indicado, no solamente el Grupo de Almacenistas y Exportadores de Patatas de M. obtuvo su autorización verbal para concertar libremente el seguro, sino que una vez suscrita la póliza, se dirigieron al Gobernador civil de M. en escrito... en que le daban cuenta de haberse hecho el seguro, de cuál era la Sociedad aseguradora y de todas sus condiciones y que el Gobernador, según expresamente informa, dió su conformidad y aprobación en todas sus partes, y esta aprobación evidentemente demuestra que no fué ilícito el acto de que se pretende derivar la responsabilidad de indemnizar unos daños y perjuicios, y priva de base a la argumentación del recurrente.» (Considerando 3.º)

b) En el Considerando 4.º, a mayor abundamiento —y por tanto no siendo razón determinante del fallo— se dice que el daño, cuya indemnización reclama el autor, tendría el carácter de «secundario» o indirecto en el supuesto de que el acuerdo, cuya violación se denuncia, vinculara exclusivamente a las empresas de seguro. Siendo el actor Agente de Seguros de una determinada Compañía, podría demandar a ésta por su abstención —culpa «in omitiendo»— al hacer dejación de un derecho que le concedía el indicado acuerdo, pero en ningún caso podía dirigir su acción contra la sociedad que fué efectivamente demandada.

96. RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS: COMIENZO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: Aplicándose por el Tribunal de instancia la ley de 5 de abril de 1904, si lo que se reclaman son los perjuicios derivados del modo y forma en que se ejecutó una sentencia dictada por un Tribunal provincial de lo contencioso-administrativo, sólo cuando la ejecución se logró y cesó la causa generadora de la reclamación empieza a correr el plazo de caducidad.

SON DE ORDEN PÚBLICO LAS NORMAS QUE ESTABLECEN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE UN PROCESO ESPECIALÍSIMO: *El principio *tiura novit curia*, así como el carácter público de las normas que regulan el ejercicio de la jurisdicción y la ordenación del proceso, obligan a examinar si es adecuado el cauce procesal utilizado al amparo de la ley de 5 de abril de 1904.*

AMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO ESPECIALÍSIMO PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL A FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS: *Se refiere a funciones de carácter gubernativo, emanadas de funcionarios de ese orden, usando de su propia iniciativa con acción independiente, lo cual no sucede cuando se trata del cumplimiento de los fallos de un Tribunal Contencioso-administrativo, función, que aun encomendada a la propia Administración, no pierde su carácter judicial.* [Sentencia 28 febrero 1956: Ha lugar.]

Se utiliza el procedimiento regulado en la Ley de 5 de abril de 1904 para reclamar los daños y perjuicios que se dicen causados al actor por la dilación en la ejecución de una sentencia firme dictada por un Tribunal provincial de lo contencioso, cuyo contenido era la revocación del acuerdo de un Ayuntamiento sobre cese de un médico de la A. P. D. En la única instancia de este proceso —que el Tribunal Supremo califica de especialísimo— se estimó la excepción alegada de caducidad de la acción. El Tribunal Supremo estima el recurso declarando que la acción ejercitada no ha caducado, y entrando en el fondo resuelve que no ha lugar a estimar la demanda por ser inadecuado el procedimiento seguido.

El proceso lógico-jurídico ha sido el siguiente: 1.º Se aprecia infracción de ley en las normas que ha aplicado el Tribunal inferior y por ello se da lugar al recurso. 2.º Por ser de orden público las normas sobre procedimiento, se entra en el examen de si el aquí seguido es el apropiado, llegándose a una conclusión negativa, por lo cual se desestima la demanda.

Hay otro problema: a mayor abundamiento, en el tercer Considerando se dice que, aunque el procedimiento seguido hubiera sido el adecuado, la demanda se debería desestimar ya que el retraso en la ejecución de la sentencia fué debido también a inhibición del propio interesado y ahora recurrente. ¿Cuál es el alcance de la vinculación de otro Tribunal ante el que se plantee por un procedimiento adecuado, eventualmente, de nuevo la demanda, respecto de las declaraciones contenidas en esta sentencia que excedan de la simple manifestación de inadecuación del procedimiento? El deseo tantas veces demostrado por el Tribunal Supremo de «cargarse de razón» ante el recurrente puede dar lugar a algunas cuestiones complejas. (G. G. C.)

IV. Derecho de familia.

1. BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: LEGITIMACIÓN DE LA MUJER PARA ACCIONAR: *Carece de legitimación procesal para accionar la mujer que ejercita derechos de un contrato de arrendamiento, cuando éste fué concertado por el marido en su propio nombre, sin intervención de su mujer, y sin mención del carácter parafernado de la cosa arrendada, el cual tampoco se ha demostrado en este pleito.* [Sentencia 10 abril 1956: No ha lugar.]

Se reclaman las rentas atrasadas de un contrato de arrendamiento de una cuartelada destinada a la venta de frutas y verduras. El contrato se formalizó por el marido, por su derecho propio, sin aludirse a la mujer, ni a la sociedad conyugal; durante la vida del contrato, la conducta del marido fué idéntica, pues extendía personalmente los recibos. La demanda aparece formulada por la mujer asistida de su esposo, como propietaria, alegando que su marido contrató en nombre suyo. En ambas instancias se desestimó la demanda por falta de acción, y el Tribunal Supremo al declarar *no haber lugar* al recurso, razona así en el primer Considerando:

«No se impone la necesidad de que en los actos de mera administración tenga el marido que alegar y acreditar el concepto con qué lo hace, ya lo haga por su propio derecho, ya por razón del de su mujer, pues supuesta dicha representación legal no es preciso que la ostente especialmente para la validez de los contratos que celebre, debiendo entenderse facultado en uno u otro concepto para realizar tales actos de administración... por lo cual, el contrato celebrado entre don M. S. D., marido de la actora y don J. L., causante de los demandados, es perfectamente válido aun en el supuesto de que la cosa arrendada fuera propia de la mujer y aunque el marido se titulara propietario de la misma para los efectos del arrendamiento y con relación al arrendatario y sin otro alcance jurídico, por lo que la acción de cumplimiento del expresado contrato hubiera podido por él ser ejercitada...»

2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN ARAGÓN: SOCIEDAD CONYUGAL TÁCITA: BIENES COMUNES: *Siendo de uso personal de señora la alhaja discutida, y firme el hecho de que la misma existía entre los bienes de los cónyuges, hay que atribuir su propiedad a la actora por interpretación de la cláusula de las capitulaciones matrimoniales en que se dice literalmente: «Las alhajas de uso personal de doña Josefina quedarán en pleno poder de ésta», excepción al régimen establecido en la cláusula anterior en general para los objetos de metales preciosos, respecto de los cuales se disponía que seguirían en propiedad del marido continuando en poder de su esposa e hijos a título de depósito prerio inventario.* [Sentencia 7 noviembre 1956.]

3. ALIMENTOS PROVISIONALES: MUJER CASADA DEPOSITADA: AUMENTO DE PENSIÓN: *El señalamiento de alimentos en el caso de depósito de la mujer casada que se halle en alguno de los supuestos del artículo 1.880 L. E. C., puede hacerse sin necesidad de seguir el juicio especial de alimentos provisionales, en el auto de depósito.*

Mientras subsiste el depósito de la mujer por no haberse resuelto la cuestión de fondo por que se decretó, no es procedente ni necesario acudir al juicio plenario para la modificación de la cuantía de los alimentos, que únicamente podrá ser oportuno después que las medidas cautelares del artículo 68 C. c. hayan cesado.

JUICIO ESPECIAL DE ALIMENTOS PROVISIONALES: *No se sigue sólo para conceder alimentos de primera intención, sino también para variaciones en la cuantía de los concedidos en el auto de depósito.* [Sentencia 24 marzo 1956: No ha lugar.]

4. ALIMENTOS DEFINITIVOS: *Aunque la obligación de prestar alimentos está normalmente subordinada, cuando de cónyuges se trata, a la convivencia en el hogar común y sólo excepcionalmente puede derivar de resoluciones judiciales, no es menos cierto que cuando por mutuo consenso existe una separación de hecho, consentida por el marido, careciendo la mujer de medios de subsistencia y teniéndolos aquél, surge la obligación alimenticia que sólo es excusable cuando la situación es atribuible a la mujer, y sin que tenga lugar el derecho de opción del artículo 149 C. c. que en estos casos constituiría una «contradictio in terminis».*

SEPARACIÓN DE HECHO: *No se puede considerar ilícita e ilegal la separación de la mujer del hogar común cuando por documentos auténticos se acredita que en el transcurso de la vida conyugal surgieron hondas divergencias determinantes de denuncias y querellas reciprocas que originaron una separación de hecho consentida por el marido sin usar de las facultades que le asisten para restituir a la esposa al hogar conyugal.* [Sentencia 27 abril 1956: Ha lugar.]

5. ALIMENTOS: *No puede reconocerse al padre privado de la patria potestad la facultad de opción que establece el artículo 149 C. c.*

COMPETENCIA INTERNACIONAL: *La remisión a la ley nacional para regular los derechos de familia que hace el artículo 9.^o C. c., no implica la abstención de los Tribunales españoles, que tienen una competencia categóricamente atribuida por el artículo 51 L. E. C.*

CARGA DE PRUEBA: OBJETO DE PRUEBA: LEY EXTRANJERA: *El demandado viene obligado a justificar los hechos constitutivos de su oposición, y en este sentido pudo alegar como medio de prueba la ley extranjera, debiendo acreditar su existencia y sentido.*

AUDIENCIA EN REBELDÍA: EXCEPCIONES: *El demandado a quien se concede audiencia en rebeldía, puede, al retrotraerse el procedimiento al momento de la contestación de la demanda, oponer los hechos y excepciones que tenga por conveniente.* [Sentencia 29 septiembre 1956: No ha lugar.]

6. TUTELA: REMOCIÓN DEL TUTOR: *El artículo 239 del C. c. debe entenderse en el sentido que la ocasión de citar al tutor y de oírle si comparece, ha de ser razonablemente inmediata a la adopción del acuerdo.*

TUTELA: FALTA DE CONSTITUCIÓN DE FIANZA POR EL TUTOR: REMOCIÓN: *En el caso de que se acuerde la remoción del tutor ya posesionado y en ejercicio del cargo en virtud de fianza personal, por no haber constituido la hipotecaria o pignorática que el Ministerio fiscal ordenó con posterioridad, se está en el supuesto del artículo 243, 2.^o y no en el del artículo 256, pues éste presupone que el tutor no ha entrado en el desempeño del cargo.*

TUTELA: REPRESENTACIÓN DEL MENOR DURANTE LA REMOCIÓN: *Es nulo el acuerdo del Consejo de Familia que, después de decidir la remoción del tutor, ordena que todas las funciones sean traspasadas al protutor, pues en tal caso es aplicable el artículo 243, 2.^o del Código civil.*

REGLAS DE DERECHO: *IN DUBIO PRO REOD:* *Este principio, si bien en el uso corriente sirve como norma rectora en la esfera penal, no revela en el*

ámbito civil sino la expresión de un matiz de comprensión humana en la interpretación y aplicación de los preceptos legales pertinentes al formar su criterio el juzgador. [Sentencia 5 junio 1956.]

V. Derecho de sucesiones.

1. OPERACIONES PARTICIONALES: TÍTULO PARA USUCAPIR: V. Sentencia 24 mayo 1956 (I, 9).

2. PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: RENDICIÓN DE CUENTAS: INTERVENCIÓN DE TERCERO: *Tiene derecho a pedir la rendición de cuentas entre dos herencias el adquirente de un crédito de una de ellas contra la otra, que sólo así puede hacerlo efectivo.* [Sentencia 12 mayo 1956: No ha lugar.]

3. TESTAMENTO ABIERTO: PRESENTACIÓN DE MINUTA: *Aunque la minuta fuese entregada al Notario por persona distinta del testador, la ratificación de éste con anterioridad al otorgamiento, impide admitir que fuera aquélla extraña a su voluntad. Los artículos 695 y 696 del Código civil permiten que el testador exprese su voluntad al Notario, bien de palabra, bien por escrito en notas, borrador o minuta que le facilite antes o en el mismo acto del otorgamiento, mostrando el testador su conformidad con el proyecto redactado después de su lectura en alta voz por el Notario.* [Sentencia 9 octubre 1956.]

OBSERVACIONES: Resuelve la presente sentencia un litigio surgido con relación a un testamento que se otorgó con arreglo a una minuta presentada al Notario por persona distinta del testador. Con acierto resuelve que este solo hecho no es suficiente para estimar que la voluntad testamentaria no era la personalmente querida por el testador. Es claro que nos encontramos ante el caso del «*mutius*» o persona que, sin crear la voluntad negocial o productora de efectos jurídicos propia de la representación, se limita a un traslado material de una voluntad ya creada y formada por el verdadero titular del negocio. Pero interesa puntualizar que del texto de los considerandos de esta sentencia que más arriba se han resumido pudiera entenderse necesaria una formalidad más en el caso aludido de que sea presentada minuta al Notario. A saber, que con anterioridad al otorgamiento sea preciso solicitar del testador una ratificación de la minuta, la cual ha de ser leída específicamente como tal. Es dudoso que sea ésta la doctrina del Tribunal Supremo, aunque la redacción de los considerandos puede inducir a creerlo.

De los artículos 695 y 696 no se deduce la exigencia de este requisito y es evidente que la conformidad que el testador preste a la preceptiva lectura que el Notario debe dar al testamento en el mismo acto del otorgamiento cubre sobradamente cualquier posible duda acerca de la formación de la voluntad testamentaria y hace inútil otra lectura previa. Esto desde el punto de vista formal, que desde el material no es necesario insistir acerca del cuidado que debe poner el fedatario en asegurarse de que la minuta presentada contiene efectivamente la verdadera voluntad del testador. (D. I.)

4. MEMORIAS TESTAMENTARIAS: SU CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL: *Las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza del testamento en que habia de hacerse men-*

ción de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieran como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión o estableciendo mandas o legados.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: ORIGEN: Esta institución testamentaria no se originó en fuente legal alguna en nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas reconocidas por la Jurisprudencia, y más tarde regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: SU FORMA EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL: POSTERIOR ELEVACIÓN A INSTRUMENTO PÚBLICO O PROTOCOLIZACIÓN: No había predeterminada solemnidad alguna por la Ley procesal, y la memoria testamentaria sólo debía reunir aquellas circunstancias que produjeran su identificación y vinieran a demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba, generalmente, por contener la contraseña, lema o palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquélla o aquéllas que el testador se reservaba otorgar. Pero para su eficacia era indispensable que posteriormente se elevasen a instrumento público o se protocolizasen, según su clase.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: RÉGIMEN VIGENTE: El Código civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, sino que se limita a declarar nulas e ineeficaces las que no reúnan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo. Pero esta subsistencia no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo, aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual complementan, modifican o derogan.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: RÉGIMEN VIGENTE: PROTOCOLIZACIÓN: Equiparadas al testamento ológrafo en cuanto a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas el procedimiento establecido en los artículos 689 al 693 del Código civil, y no el ordenado en la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyos preceptos en este punto han quedado virtualmente derogados.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: RÉGIMEN VIGENTE: CADUCIDAD: Transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador sin que se haya practicado su protocolización, la caducidad de las memorias testamentarias deviene «oper legis», sin que posteriormente puedan convalidarse.

TESTAMENTO OLÓGRAFO Y MEMORIAS TESTAMENTARIAS: No adquieran validez hasta la protocolización que, confiriendo una especie de confirmación judicial, les eleva a la categoría de documentos públicos, lo cual revela su extraordinaria importancia.

ALLANAMIENTO: SOLIDARIDAD ENTRE LOS DEMANDADOS: Si bien el allanamiento de algunos de los demandados puede y debe, por regla general, surtir el efecto que le es propio, tal doctrina carece de aplicación cuando la acción que se ejerce contra varios es la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, porque existiendo en tal caso solidaridad jurídica entre los

demandados, a quienes se exige una misma prestación, no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado, por el solo hecho de serlo, a no ser con mengua de la unidad que debe presidir las resoluciones judiciales dictadas en estas circunstancias. [Sentencia 29 septiembre 1956.]

OBSERVACIONES: En esta sentencia, verdaderamente ejemplar por su doctrina como por la desacostumbrada precisión y elegancia del estilo, se pretende defender la independencia y autonomía sustantiva de las memorias testamentarias como institución jurídica. Es de creer, sin embargo, que, desaparecidas las razones prácticas que motivaron su aparición, han sido absorbidas por completo por el testamento ológrafo (cuyas normas le son aplicables en cuanto a requisitos de forma, eficacia, protocolización y caducidad) el cual las ha reemplazado también en cuanto a contenido y utilización práctica por razones de economía. (D. I.)

5. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: *Del examen de la cláusula según la cual «en el remanente... instituye y nombra universales herederos, a saber: usufructuaria vitaliciamente con relevación de fianza e inventario a su nombrada esposa con facultad de vender, gravar o en cualquier otra forma enajenar el todo o parte de su herencia, siempre que lo necesite para atender a su subsistencia, y propietario, en su día, de lo que quede al fallecimiento de su nombrada consorte, a su hermano C. Q.» se infiere que lo que se establece es una institución que participa de la naturaleza del legado de residuo a favor del actor.*

LEGADO DE RESIDUO: NATURALEZA DEL DERECHO DEL LEGATARIO: *El legatario de residuo se halla carente «in actu» de todo derecho y solamente ostenta un derecho expectante («in potentia») para hacer suyos en pleno dominio los bienes de aquella herencia que al fallecimiento de la otra heredera hayan quedado.*

COMUNIDAD: RETRACTO DE COMUNEROS: LEGADO DE RESIDUO: *No hay comunidad ni procede por tanto el retracto de comuneros entre la instituida en una participación indivisa y el designado como legatario de residuo del resto de que la primera es usufructuaria con facultad de disposición.* [Sentencia 26 abril 1956.]

6. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: V. Sentencia 28 septiembre 1956 (I. 4).

7. SUSTITUCIÓN VULGAR SIMPLE O SIN EXPRESIÓN DE CASOS: SUSTITUCIÓN VULGAR CON EXPRESIÓN DE UN CASO POR EL TESTADOR: V. Sentencia 28 septiembre 1956 (I. 4).

8. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EL TRÁSITO DEL BIEN FIDEICOMITIDO: *Falta legitimación activa en los demandantes que actúan en beneficio de la herencia del testador por sustitución fideicomisaria, ya que si, a juicio de la parte actora y del juzgador de instancia, la reversión de la mejora habría de producirse en favor de uno solo de los hijos o nietos del causante, uno de ellos habría de ser el titular del derecho puesto en ejercicio y no la comunidad hereditaria constituida por todos los hijos y en su caso, por los nietos concurrentes.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: FALTA DE LLAMAMIENTO EXPRESO: *Carece de virtualidad jurídica la cláusula de sustitución cuando el testador no hace*

por si mismo el llamamiento expreso del otro hijo o nieto a quien habría de hacer tránsito el bien de la mejora al fallecimiento sin descendencia del fiduciario, ni fija al menos algún dato (v. g., varón de más edad), que permitiera identificarlo.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: DELEGACIÓN DEL TESTADOR EN EL FIDUCIARIO PARA LA DESIGNACIÓN A SU ARBITRIO DEL HIJO O NIETO SUSTITUTO: *Al delegar en el heredero primeramente instituido la designación del hijo o nieto sustituto, se contraria la prohibición que se infiere de los artículos 783 y 670 del Código civil.*

ESCRITO DE RÉPLICA: AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA: PROHIBICIÓN DE ALTERAR LA PRETENSIÓN: *Si bien el artículo 548 L. E. C. permite ampliar, adicionar o modificar en réplica el petitum de la demanda como medio de cooperación a su buen fin, no consiente que en el ejercicio de esta facultad se altere la pretensión que sea objeto principal del pleito.*

ESCRITO DE RÉPLICA: AMPLIACIÓN DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Solicitado en la demanda por algunos de los hijos que el bien objeto de la mejora volviese a la herencia del testador para que pudiera pasar a otro hijo de éste, según se disponía en el testamento, al adicionarse en trámite de réplica dicha pretensión en el sentido de que la mejora pasase a otro hijo o a otro nieto del testador y ser acogida esta última pretensión por la Sala sentenciadora, se infringe el artículo 548 L. E. C. y la sentencia es incongruente por exceso de poder, concediendo más de lo solicitado por demanda. [Sentencia 3 julio 1956.]*

A. HECHOS: Un testador mejora a uno de sus hijos, llamado Francisco, estableciendo que, en el supuesto de que éste falleciera sin prole, dicha mejora —consistente en el caserío familiar—, «pasará... a aquél de los hijos o nietos del testador que el mismo Francisco designe».

El hijo mejorado fallece sin descendencia bajo testamento en el que instituye heredera universal a su esposa, pero no señala cuál de sus hermanos o sobrinos ha de sustituirle en el disfrute del caserío familiar, objeto de la mejora y de la sustitución.

Algunos de los hijos del causante inician juicio declarativo de mayor cuantía con la súplica de que se dicte sentencia por la cual, de conformidad con el testamento, se declarase que la mejora dispuesta debía pasar, una vez fallecido sin descendencia el mejorado, a otro hijo, debiendo por tanto revertir a la herencia de aquel causante con dicho fin el caserío. Como consecuencia se solicitaba también la declaración de nulidad de la inscripción practicada en favor de la demandada como heredera de su marido, Francisco. En réplica se amplió la demanda en el sentido de suplicar que la sentencia declarase que la mejora debía pasar a otro hijo o nieto.

El Juzgado, sin resolver en cuánto al fondo, estimó la excepción de falta de legitimación activa. La Audiencia revocó la sentencia apelada y, con desestimación de las excepciones propuestas, declaró que la mejora debía pasar a otro hijo o nieto y ser éste el sucesor en el caserío familiar, debiendo por tanto revertir a la herencia de aquel causante con dicho fin el caserío, y que por tanto era nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad a favor de la demandada.

La demandada recurre en casación por infracción de ley por los siguientes motivos:

Primero: Amparado en los números segundo y tercero del artículo 1.692 de la L. E. C. Incongruencia, con infracción de los artículos 359 y 548 de la misma Ley. Ampliación de la demanda en el escrito de réplica, vulnerando el párrafo segundo del artículo 548.

Segundo: Amparado en el número primero del artículo 1.692. Infracción por inaplicación indebida y por inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias que cita. Falta de legitimación activa, ya que la pretensión ejercitada de que la mejora debe pasar a otro hijo, supone que el derecho y la acción corresponden a un hijo, no a la herencia, y se pide para un hijo.

Cuarto: Número primero del repetido artículo. Infracción de los artículos 781, 783, 785 y 786 del Código civil. Falta en la sustitución fideicomisaria el llamamiento expreso que es requisito esencial para su validez.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso por los motivos primero, segundo y cuarto, si bien respecto del último hace constar que resulta viable «pero con la salvedad de que la derivación jurídica de lo acaecido, conjugado con otros pedimentos de los demandantes, será objeto^a de examen en segunda instancia» (así dice, debiéndose entender que se refiere a segunda *sentencia*).

La doctrina se contiene en los siguientes considerandos:

«... (que) si bien (el artículo 548) permite ampliar, adicionar o modificar en réplica el *petitum* de la demanda, como medio de cooperación a su buen fin, no consiente que en el ejercicio de esta facultad se altere la pretensión que sea objeto principal del pleito, y a alteración se produce en la sentencia recurrida al extender a los nietos del testador el derecho de reversión, cuando para ellos nada se pidió en la demanda... por lo que es de estimar que la ampliación solicitada en réplica no ha sido deducida oportunamente, ni por ello debió ser acogida en el fallo impugnado, lo que determina el vicio *in procedendo*, con secuela de casación, según denuncia el primer motivo del recurso. (Considerando 2.º)

«... que si por razón de incongruencia ha de quedar sin efecto el pronunciamiento del fallo recurrido en lo que atañe a *uno de los nietos*, como destinatario por sustitución de la mejora, sin efecto ha de quedar también en lo que afecta a *otro hijo* del causante, según propugna el segundo motivo del recurso, por falta de legitimación activa de los demandantes, que actúan en beneficio de la herencia del testador por sustitución fideicomisaria, ya que si a juicio de la parte actora y del juzgador de instancia la reversión de la mejora habría de producirse en favor de uno sólo de los hijos o nietos del causante, uno de ellos habría de ser el titular del derecho puesto en ejercicio y no la comunidad hereditaria constituida por todos los hijos, y, en su caso, por los nietos concurrentes.» (Considerando 3.º)

«... que en otro aspecto del tema litigioso, carece de virtualidad jurídica en nuestro ordenamiento de derecho común la cláusula testamentaria de sustitución, porque el testador no hizo por sí mismo el llamamiento expreso del otro hijo o nieto a quien habría de hacer tránsito el bien de la mejora

al fallecimiento del fiduciario sin descendencia, como pudo hacerlo, por lo menos fijando algún dato, v. g., varón de más edad, que permitiera identificar al hijo o nieto favorecido por la sustitución, sino que delegó en el hijo primeramente instituido la designación a su arbitrio del hijo o nieto sustituto, contrariando la prohibición que se infiere de los artículos setecientos ochenta y tres y seiscientos setenta del Código civil, y, por otra parte, el evento producido al fallecimiento de fiduciario, absteniéndose de designar sustituto y nombrando heredera universal a su mujer, torna inoperante la sustitución dispuesta en el testamento por ser ya de imposible cumplimiento la obligación —no mera facultad—, de designar el hijo o nieto sustituto, resultando así viable en este sentido el cuarto motivo del recurso, pero con la salvedad de que la derivación jurídica de lo acaecido, conjugado con otros pedimentos de los demandantes, será objeto de examen en segunda instancia» (sic). (Considerando 4.º)

En la segunda sentencia, sobre la base de entender que en la demanda, junto a la petición de que se declare el derecho de retorno en favor de un solo hijo o nieto, existe también, aunque confusamente, otro pedimento sobre reversión de la mejora a la herencia del causante, como petición distinta, y sobre la base de afirmar la voluntad del testador de mantener el caserío dentro de su familia consanguínea hasta el segundo grado, termina disponiendo que el caserío debe revertir a la herencia y ordena la cancelación, por nulidad, de las inscripciones causadas a nombre de la demandada viuda del hijo mejorado.

En esta segunda sentencia se contiene la siguiente doctrina:

«... que si la voluntad del testador, expresada en términos permitidos por el ordenamiento jurídico, constituye la norma suprema que gobierna la sucesión mortis causa, se puede afirmar sin vacilación que el causante quiso que el bien adjudicado en pago del tercio de mejora se mantuviese en su familia consanguínea hasta el segundo grado, y esta finalidad, fracasada la designación del indeterminado y único sustituto, sólo se puede conseguir ahora volviendo aquel bien a la herencia del testador, no contrariando su voluntad, como se contrarió, mediante su incumplimiento por parte del heredero fiduciario, que se abstuvo de designar el sustituto y nombró heredera universal a su mujer, la cual, amparada en esta institución y ocultando el gravamen restitutorio a que estaba afecta la mejora, consiguió inscribir libremente a su nombre en el Registro de la Propiedad el caserío que sin duda alguna fué adjudicado por el testador al heredero primeramente instituido, con cláusula de sustitución, en pago del tercio de mejora, usando al efecto de la facultad que le concedía el artículo 1.056 del Código civil, según de modo expreso lo hizo constar en su testamento.» (Considerando 1.º)

«... que con dicha finalidad de restitución del caserío a la familia del testador, están activamente legitimados los demandados, hijos suyos, para actuar, como actuaron, en beneficio de la masa hereditaria, ya ejercitando la acción reivindicatoria, ya la meramente declarativa, según reiterada doctrina jurisprudencial, sin que impida tal ejercicio la circunstancia de que la herencia del causante haya sido dividida ya y adjudicado el bien de la

mejora al hijo por ella favorecido, ciertamente con reiteración del gravamen de sustitución por fallecimiento sin dejar descendencia, pues en aquella partición no se individualizó, ni pudo individualizarse el titular del derecho al bien de la mejora, en trance de sustitución del heredero fiduciario.» (Considerando 2.º)

B. OBSERVACIONES: Nos permitimos llamar la atención al lector sobre esta interesante sentencia que, a no dudar, suscitará muy variados juicios y comentarios. A tal fin se recoge una detallada exposición de los hechos y se transcriben los más importantes considerandos, aun a riesgo de darle una extensión desacostumbrada en esta sección.

El problema es muy curioso. Por una parte, establecida en el testamento una cláusula nula de sustitución fideicomisaria, debe regir el artículo 786 del Código civil, según el cual debe tenerse por no escrita la cláusula fideicomisaria, sin que su nulidad perjudique la validez de la institución del primer llamado. Ello debió llevar, en el caso de autos, a la conclusión práctica de que Francisco, hijo mejorado, afectado por un gravamen nulo de restitución o tránsito fideicomisario, quedaba convertido en heredero libre y definitivo, por lo que la adquisición por su esposa de todos los bienes de la herencia, incluido el caserío, era adecuada a Derecho y válida la inscripción causada a su favor en el Registro de la propiedad.

De otro lado, frente a ésta (a nuestro juicio) indiscutible consecuencia positivo-legal, se alza una representación ética: la de que choca con el sentido moral admitir que una persona a la que el testador designó como heredero sólo para el caso de que falleciera con prole, encargándole en caso contrario que designase el hijo o nieto del testador a quien había de pasar el caserío familiar, resulte y se convierta a sí mismo en heredero libre contra la voluntad del mismo testador, simplemente incumpliendo lo ordenado por éste.

La Sentencia que comentamos, ante esta bifurcación jurídico-moral elige el segundo camino, orientándose hacia el Norte moral, y se niega a consagrar un resultado abstractamente contrario a la ética.

Lo difícil es encontrar razones jurídicas para mantener esta postura, y buena prueba de ello son los propios considerandos de la Sentencia, concretamente el primero de la segunda Sentencia, arriba transcrita, en el que se afirma que, fracasada la designación del único sustituto, sólo se puede conseguir ahora la voluntad del testador de que dicho bien se mantuviese en su familia consanguínea hasta el segundo grado, haciéndole volver a su herencia. Y se afirma esto «sin vacilación» sobre la base de que «la voluntad del testador, expresada en términos permitidos por el ordenamiento jurídico constituye la norma suprema que gobierna la sucesión *mortis causa*», con lo cual se olvida que esa voluntad está contenida, precisamente, en la cláusula de sustitución fideicomisaria que la propia sentencia declara nula por contrariar a los artículos 783 y 670, entre otros, por lo cual dicha voluntad no está expresada en términos permitidos por el ordenamiento jurídico, ni puede ser norma suprema de la sucesión.

Pero es que aun desde el mismo punto de vista adoptado por la Sentencia (y prescindiendo de la ineficacia de la voluntad testamentaria expresa en la cláusula de sustitución) cabe objetar que, si bien fué voluntad del testador que el caserío no saliese de su familia consanguínea dentro del segundo grado de la línea recta descendente, también es clara en el sentido de que el caserío familiar no se divide, pues ésta es la intención que se revela al hablar de «otro hijo o nieto»; y esta intención y voluntad se contraría en el fallo que se hace revertir el bien a la herencia del testador, con lo que se impone su división entre los hijos.

En consecuencia, en aras de una consideración moral e incluso jurídica (repugnancia que produce el hecho de que la falta de designación del sustituto por el instituido, contrariando el deseo del testador de que el caserío

pasase a otro hijo o nieto, sea en definitiva beneficioso para quien incumplió la voluntad del testador, abstracción hecha de que ésta se expresase o no en forma legal, válida y eficaz), el Tribunal Supremo hace que el caserío familiar reverta a la herencia del testador, en la que, necesariamente, habrá de dividirse entre los hijos. Con ello se obtiene un resultado práctico que —aparte de ser también opuesto a la intención del testador, según se ha visto—, sólo puede obtenerse a través de dos medios jurídicos: uno, entender que para el caso de falta de designación de sustituto, el testador llamaba con este carácter a todos los hijos conjuntamente; y otro, que la nulidad de la institución implique la de la institución en favor del primer llamado.

Y ambos medios jurídicos son rechazables. El primero, porque contradice el tenor del testamento y pugna, además, con la misma declaración de nulidad de la cláusula de sustitución fideicomisaria que la propia sentencia proclama. Y el segundo, por ser abiertamente contrario al texto y a la *ratio* del artículo 786. (D. I.)

9. LEGADO DE CANTIDAD: ARTÍCULO 886: V. Sentencia 28 junio 1956 (I, 5).

10. APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA: V. Sentencia 28 septiembre 1956 (I, 4).

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: BONOS DE FUNDADOR: V. Sentencia 10 octubre 1956 (D. c., III, 9).

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: CESIÓN VERBAL DE ACCIONES: V. Sentencia 6 octubre 1956 (6).

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *Encaminada la demanda a rebatir el acuerdo tomado en la Junta extraordinaria por el que fué aprobado con exceso de votos el arrendamiento del Hotel, y desestimada la demanda por no haberse probado la lesión a la Sociedad ni el beneficio a los Consejeros arrendatarios, que fué la única causa de impugnación alegada y determinante de la pretensión deducida sobre nulidad del acuerdo, para el favorable éxito del recurso sería preciso demostrar en casación que la lesión y el beneficio, respectivamente, se habían probado.*

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN S. A.: *En el enjuiciamiento de las causas de impugnación de acuerdos sociales a que se refiere dicho procedimiento, los Tribunales han de proceder con toda ponderación y cautela, procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o por los Estatutos a los órganos de la Sociedad.*

CASACIÓN: PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *Por ser una sola la sentencia que en trámite de instancia se dicta en esta clase de procesos, debe ser devuelto el depósito constituido «ad cautelam» por la parte recurrente. [Sentencia 4 octubre 1956.]*

4. EMPRESA: ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN: V. Sentencia 4 mayo 1956 (D. c., III, 64).

5. REGISTRO MERCANTIL: CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: *Al verificarse la inscripción, por regla general, como estatuye el artículo 23 del Código de Comercio, en virtud de las copias notariales de los documentos que presente*

el interesado, en su consecuencia, y cualquiera que sea la fuerza presuntiva de la nota registral en que, al pie de la hoja de la Compañía demandada, se hace constar la absorción, no tiene eficacia bastante para desvirtuar la declaración, en sentido contrario, hecha por la Sala en vista no sólo de la escritura constitucional, base de la inscripción, sino de una abundante prueba aportada al pleito y en conjunto apreciada. [Sentencia 27 junio 1956.]

6. TÍTULOS VALORES: SU TRANSMISIÓN: *El legislador concedía tal importancia al requisito de la intervención de fedatarios, que la nulidad originada por su ausencia no admitía subsanación posterior. La intervención no se requería para que simplemente se autentificase el paso material de los títulos valores de unas manos a otras, sino para que, como salvaguardia de la legitimidad del convenio, se acreditase la propiedad de las acciones objeto del negocio y la libre actuación de los contratantes para obligarse solemnemente.*

CESIÓN VERBAL DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA: *Para que tuviera efectos jurídicos aquel contrato no bastaba el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 1.261 del Código civil, sino que era precisa de modo ineludible la intervención de los fedatarios que exigía el Decreto de 19 de septiembre de 1936 y Ley de 23 de febrero de 1940, vigentes en la fecha del otorgamiento. [Sentencia 6 octubre 1956.]*

7. LETRA DE CAMBIO: *El giro de letra de cambio implica un pacto sobre el lugar dónde debe hacerse el pago, cuando el libramiento y domiciliación de la letra se acordaron en el contrato. [Sentencia 15 junio 1956.]*

8. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *No constituyen principio de prueba por escrito a estos efectos, una copia de factura no acompañada de nota de pedido suscrita por el supuesto comprador, una letra de cambio no aceptada con el protesto en cuya diligencia se niega la deuda, y un extracto del estado de cuentas sin otra garantía que la firma del actor. [Sentencia 8 octubre 1956.]*

9. TRANSPORTE: CONTRATO MERCANTIL DE TRANSPORTE: RESPONSABILIDAD DE LA RENFE: NEGLIGENCIA: *Es irresponsable la Renfe por daños sufridos en el transporte de vino en vagones-cisternas de propiedad particular cuando se prueba que la avería sufrida por dicho vagón-cisterna era debida a las deficiencias del material empleado en su construcción, y el actor no acredita que los empleados de aquélla incurrieron en negligencia en la evitación de la mayor extensión del perjuicio.*

ARRENDAMIENTO DE VAGONES-CISTERNAS: SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: *La acción de saneamiento nace del contrato de alquiler, y no puede esgrimirse contra quién no fuere parte en el contrato de arrendamiento aunque a efectos oficiales apareciera como propietario de la cosa arrendada. [Sentencia 5 marzo 1956.]*

a) No se trata de un contrato normal de transporte de mercancías por ferrocarril, sino del que podemos denominar de tracción o de arrastre de vagones-cisternas de propiedad particular, en el cual la responsabilidad de

la Renfe no coincide con la de aquél, pues los vagones suelen entregarse para su transporte cerrados y sellados.

b) Por causa de prohibiciones administrativas de transferir la propiedad de estos vagones hasta transcurrir cierto plazo, desde su construcción, el que era objeto del este pleito figuraba oficialmente a nombre de una de las entidades demandadas, la cual no intervino en su arrendamiento.

10. SEGURO MERCANTIL DE INCENDIOS: OBLIGACIONES DEL ASEGURADO DESPUÉS DEL SINIESTRO: DOCUMENTACIÓN INCOMPLETA POR CULPA DE LA COMPAÑÍA: *Declarado por la Sala que el no poderse completar la documentación que el asegurado estaba obligado a remitir a la Compañía aseguradora en el plazo de quince días, fué debido a la obstrucción del perito de la última, tal apreciación de hecho no puede combatirse por el contenido de unas actas notariales que no son documentos públicos a efectos de casación.*

PRUEBA DE LA PREEEXISTENCIA DE LAS COSAS ASEGURADAS: *La preeexistencia de las cosas aseguradas y el valor de los daños aparece probado por el dictamen pericial de dos peritos en el sumario que se instruyó, el cual fué aportado de común acuerdo al proceso civil.*

EXAGERACIÓN EXCUSABLE DE LOS DAÑOS: *Es excusable la exageración de los daños hecha por el asegurado si fué debida a irregularidades de su contabilidad.*

CADUCIDAD PACTADA: SUSPENSIÓN MIENTRAS DURA EL SUMARIO: *La caducidad pactada en las condiciones generales no puede operar mientras pende el sumario instruido a consecuencia del incendio.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: *Siendo dos o más los motivos de casación que se aducen, el no expresarlos en párrafos separados y numerados es causa de inadmisión, y por tanto de desestimación. [Sentencia 7 julio 1956: No ha lugar.]*

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. JURISDICCIÓN: NULIDAD DE COMPROVANTA QUE DA FIN A UN EXPEDIENTE DE APREMIO POR DÉBITOS FISCALES: V. Sentencia 24 mayo 1956 (D. c., I, 9).

2. COMPETENCIA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *Ejercitándose una acción para pago de servicios, el lugar de su cumplimiento es el sitio en que estos se prestaron.*

CUMPLIMIENTO PARCIAL: *Allí donde empezaron a cumplirse las obligaciones derivadas de un contrato, deben hacerse efectivas las restantes. [Sentencias 29 septiembre y 16 noviembre 1956.]*

3. COMPETENCIA: DILIGENCIAS PRELIMINARES: *Las cuestiones de competencia requieren la existencia de un juicio, y no revisten tal carácter, ni las diligencias preliminares, ni la confesión interesada para preparar la ejecución, ni la exhibición de libros.*

ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL Y SUCURSALES: *En las reclamaciones de cantidad o liquidación de cuentas de un establecimiento mercantil con sucur-*

sales en varias jurisdicciones, puede conocer el Juez de cuálquiera de ellas a elección del demandante.

COMISIÓN MERCANTIL: ACTIO MANDATI CONTRARIA: *Ejercitándose la actio mandati contraria, que tiene carácter personal, a falta de sumisión expresa debe conocer de la misma el juez del lugar del cumplimiento de la obligación.* [Sentencia 29 septiembre 1956.]

4. COTITULARIDAD: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Si la autorización para traspasar se hizo general, sin determinación de persona, y el arrendador desconoció si se efectuó y a quien se efectuó el traspaso, no puede oponerse al desahucio por necesidad el arrendatario, a cuyo nombre se extendieron los recibos y con quién se desenvolvió únicamente el contrato, alegando que también debió ser demandado su hermano por haberse efectuado el traspaso a favor de ambos en documento privado.* [Sentencia 2 octubre 1956: No ha lugar.]

No se discute la necesidad sino únicamente la legitimación pasiva; la solución es justa, teniendo en cuenta que habiéndose efectuado el traspaso por medio de documento privado cuyo contenido no se notificó al arrendador, éste es un tercero (ver. art. 1.227 C. c.).

5. ALLANAMIENTO: SOLIDARIDAD ENTRE LOS DEMANDADOS: V. Sentencia 29 septiembre 1956 (D. c., V, 4).

6. PERSONAMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA: INSUFICIENCIA DEL BASTANTEO: *Si el poder no está bastanteado para la segunda instancia, carece de eficacia procesal porque el personamiento, para tenerla, ha de reunir los requisitos de tiempo y forma, y uno esencial de esta última es el bastanteo.* [Sentencia 26 septiembre 1956: No ha lugar.]

7. EXCEPCIÓN DE FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA: *Debe considerarse apurada la vía gubernativa y cumplidos los requisitos de las reglas 3.^a y 4.^a del Real Decreto de 23 de marzo de 1886, si los actores dirigieron previamente al Ministerio de Educación Nacional una instancia con dicho exclusivo fin, a la que acompañaron los principales documentos en que fundaron su derecho.* [Sentencia 11 febrero 1956. No ha lugar.]

8. PRUEBA: APRECIACIÓN DISCRECIONAL: *Donde la Ley deja a la discreción de los juzgadores la facultad de apreciación de las pruebas, sus decisiones deben prevalecer mientras no se demuestre que han incidido en algún error que haga recusable la convicción adquirida.*

PRUEBA: LEY DE LA USURA DE 1908: *Esta Ley ha innovado las reglas de la prueba tasada y aunque es cierto que en los recursos que versan sobre aplicación de la Ley de Usura puede entrarse a conocer de aquéllas que han sido practicadas en el juicio, ello no debe conducir a que se entienda que en estos procedimientos existe una nueva instancia.* [Sentencia 5 noviembre 1956.]

9. COSA JUZGADA FORMAL: *Las sentencias que absuelven por motivos procesales, absteniéndose de entrar en el fondo sólo producen cosa juzgada formal*

COSA JUZGADA MATERIAL: *Debe estimarse la excepción de cosa juzgada ma-*

terial cuando: a) en ambos pleitos actúan como partes los mismos litigantes; b) el objeto es idéntico solicitándose se condene al abono de la misma cantidad, y c) y, asimismo, lo es la «causa petendit» que consiste en lo convenido en acto de conciliación. [Sentencia 5 junio 1956: No ha lugar.]

II. Procesos en especial.

1. JUICIO EJECUTIVO: ÁMBITO DEL JUICIO ORDINARIO: Según reiterada jurisprudencia, el juicio ordinario a que se refiere el artículo 1.479 L. E. C, sirve para plantear y rebatir con mayor amplitud que en el ejecutivo la cuestión fundamental de la certeza y exigibilidad de la supuesta obligación de donde se hizo derivar la acción ejecutiva, alegando, en su caso, las excepciones que no admite el juicio ordinario.

EXCEPCIÓN DE PAGO ALEGADA EN EL JUICIO EJECUTIVO: La excepción de pago alegada por los deudores en el juicio ejecutivo para oponerse al mismo, al ser debatida y desestimada en dicho procedimiento no puede reproducirse en el juicio ordinario.

LEY DE DESBLOQUEO: No es lícito a los recurrentes formular reclamación por indebida aplicación de la ley de Desbloqueo cuando ellos mismos la pro-pugnaron en el juicio ejecutivo. [Sentencia 5 junio 1956: No ha lugar.]

2. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: V. Sentencia 4 octubre 1956 (D. m., 3).

III. Recursos.

1. APELACIÓN: REFORMA PARA PEOR: No es dable a los Tribunales de apelación agravar con sus resoluciones la situación del recurrente, salvo que la parte contraria apele, asimismo, o se adhiera a la apelación. Con tal agravación se extralimita incurriendo en vicio de incongruencia. [Sentencia 28 junio 1956.]

2. FORMULACIÓN DEL RECURSO: CUESTIONES NUEVAS: No cabe plantear cuestiones nuevas en casación.

FORMULACIÓN DEL RECURSO: ERROR DE DERECHO: No es posible estimar el error de derecho en la apreciación de la prueba si no se cita como infringida alguna de las normas relativas a la valoración probatoria.

RECURSO DE CASACIÓN POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: No tiene la consideración de documento auténtico a los efectos de valoración de la prueba la certificación de un veterinario. [Sentencia 8 mayo 1956: Desestimatoria.]

El recurso planteado, que fué rechazado por defecto de forma, hubiera dado al Tribunal ocasión de decidir acerca de si la disposición del artículo 1.494, apartado 1.^o provoca una verdadera nulidad o la simple anulabilidad del contrato; y en relación con esta cuestión, si lo dispuesto en el mismo es óbice o no para la aplicación del artículo 1.499, caso de que la enfermedad contagiosa del ganado tuviere la condición de vicio redhibitorio. (R. G. H.)

CASACIÓN: PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: V. Sentencia 4 octubre 1956 (D. m., 3).

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia y la vigente Ley de Arbitraje.*

DIFERNAN, Bonifacio: *La propiedad vista a través de los clásicos agustinos españoles del siglo XVI.*

ROCA JUAN, Juan: *La renuncia liberatoria del comunero. Notas al artículo 395 del Código Civil español.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Decreto de 30 de noviembre de 1956, por el que se utiliza la autorización concedida al Gobierno por la Disposición Adicional 6º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

3. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

TALLON, Denis: *Aspectos recientes del Derecho Civil francés.*

4. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Procedencia de acción reivindicatoria en caso de compra de finca objeto de arrendamiento complejo con “pactum de sinere colonum”.*

5. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

6. BIBLIOGRAFÍA

7. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

8. JURISPRUDENCIA

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932.*