

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Javier CABAÑAS, Luis DIEZ-PICAZO, Domingo IRURZUN,
Sebastián MORO SERRANO y Jaime SANCHEZ-BLANCO

DERECHO CIVIL

I. Parte General.

1. VIGENCIA DE LAS LEYES ESPAÑOLAS EN GUINEA: INTERPRETACIÓN DE LA BASE SEXTA DEL DECRETO DE 22 JULIO 1931 Y DEL ARTÍCULO 11 DEL DECRETO DE 14 NOVIEMBRE 1935: *Al afirmar estas disposiciones que en los territorios españoles del Golfo de Guinea «Se administraría la justicia con arreglo a las disposiciones vigentes en España y a las especiales que para los mismos se dictasen en lo sucesivo», no establecen entre la metrópoli y colonia un sistema de vasos comunicantes de tal manera que las disposiciones promulgadas en la Península entren a regir simultáneamente en ésta y en Guinea, sino que se limitan a estatuir lo relativo a la organización de los servicios coloniales, y el artículo 11, antes citado, se refiere únicamente a las disposiciones orgánicas de la administración de justicia y a las normas de procedimiento, pero en ningún caso a las normas de carácter material que se han de aplicar para resolver los asuntos litigiosos.* [Sentencia 14 abril 1953.]

2. ABUSO DEL DERECHO: S. 6 octubre 1953 (v. III. 62).

3. DOMICILIO: DE MUJER CASADA: *Es constante jurisprudencia que no es el mismo del marido cuando la mujer reside en lugar distinto constntiéndolo expresa o tácitamente el marido.* [Sentencia 11 enero 1954.]

4. BIENES DE MENORES EN PATRIA POTESTAD: LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL: *Es ineficaz la venta realizada por el padre y en su caso la madre, sin cumplir los requisitos prevenidos en dicho artículo; y aunque no es convalidable por la posterior obtención de la autorización judicial, si puede ser ratificada por los hijos cuando lleguen a la mayor edad. Pero tal ineficacia no afecta a la obligatoriedad de las convenciones que la madre contrajo en nombre propio en el mismo contrato* [Sentencia 9 diciembre 1953.]

A. ANTECEDENTES.—Por contrato consignado en documento privado, una madre vende el dominio de la parte que en una casa corresponde a sus hijos en patria potestad, obligándose a desalojarla en plazo de diez días, entregando la llave al comprador y recibiendo de éste, como señal y a cuenta del precio, la cantidad de mil pesetas. Se compromete además la vendedora a obtener la autorización judicial precisa para la venta.

Dicha señora pretende obtener la nulidad del contrato. El comprador demandado se opone, defendiendo la validez del contrato y formula reconvencción pidiendo se condene a la vendedora a solicitar la autorización judicial para la venta, otorgando inmediatamente después la oportuna escritura pública.

El Juez de Primera Instancia, estimando la demanda y desestimando la reconvencción, declaró nulo el contrato. Apelada dicha sentencia por el demandado, la Audiencia revoca la sentencia apelada y, estimando en parte la demanda de reconvencción, declara: «Primero. Que el contrato es válido y eficaz, viniendo doña P. A. obligada a su cumplimiento. Segundo. Que doña P. A., como vendedora, en plazo no superior a veinte días, viene obligada a solicitar la autorización judicial prevenida en el art. 164 C. c., otorgando la oportuna escritura al comprador, si obtuviese referida autorización, y si le fuere denegada, declaramos ineficaz dicho contrato, viniendo las partes obligadas a devolverse... etc.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el T. S. declara *haber lugar* al recurso.

«... y como quiera que el artículo 164 del Código civil exige, como requisito indispensable para que el padre, o en su caso la madre, puedan enajenar los bienes inmuebles de sus hijos en que les corresponda el usufructo o la administración, la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de los hijos sujetos a su potestad. Y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1.259 del mismo Código, y sólo podría convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad; pero la posibilidad de esta futura ratificación no impide que mientras ésta no surja pueda decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1.302 del repetido Código.» (Considerando 2.º)

«... que esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada, sin que precediera ese requisito que indispensablemente se exige como previo.» (Considerando 3.º)

«... que, como consecuencia de lo expuesto, procede estimar el único motivo del presente recurso, en el que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC, se cita como infringido el art. 164 del C. c., el que, en efecto, aparece erróneamente interpretado en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en cuanto declaran la validez y eficacia del contrato consignado en el documento privado... por lo que se refiere a la venta, sin autorización judicial, de bienes inmuebles de menores, representados por su madre, siquiera se subordinase esa validez a que se obtenga tal autorización por la vendedora.» (Considerando 4.º)

«... que la declaración de nulidad de la compraventa... no impide la validez de la convención en el mismo contenida, por la que se obliga a doña P. A. a otorgar a favor de don L. G. escritura pública de bienes de sus hijos y obtener para ello la necesaria autorización judicial, pues aun cuando ese pacto se refiere a cumplir formalidades con la finalidad de dar validez a un contrato anteriormente otorgado, siempre cabe distinguir entre las obligaciones contraídas por doña P. A. en nombre de sus hijos, que carecen de eficacia y no pueden vincular a éstos, y las que contrajo personalmente comprometiéndose a hacer por su parte lo necesario para que resulte viable una compraventa que de momento no puede otorgarse, estipulación válida conforme al principio de libertad de contratación, sancionado en el ar-

ticulo 1.255 del C. c., y que constituye un precontrato o convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmuebles cuando la vendedora se ponga en condiciones de poder otorgarla, y cuyo precontrato se regula en el art. 1.451 del citado Código, que concede derecho a cada una de las partes para exigir de la otra el cumplimiento de lo que le incumba para la efectividad del otorgamiento, y si éste no puede lograrse regirán para ambos contratantes las normas generales sobre obligaciones y contratos contenida en el libro cuarto del expresado Código.» (Considerando 1.º de la segunda sentencia.)

«... que la aplicación de esta doctrina al caso de autos permite estimar parcialmente la reconvencción formulada por el demandado, en cuanto en ella se solicita la condena de la actora a solicitar autorización judicial para vender la participación correspondiente a sus hijos menores de edad..., y en caso de obtenerla otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa a favor del demandado, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno para el caso de que la demandante se resista a instar el expediente de autorización, pues tratándose de una obligación de hacer, es en periodo de ejecución de sentencia cuando ha de resolverse lo procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 924 de la LEC.» (Considerando 2.º de la segunda sentencia.)

B. OBSERVACIONES.—Es interesante analizar las diferentes posturas adoptadas por los sucesivos órganos decisorios que conocieron el presente litigio, en relación con el problema del requisito de la autorización judicial en los casos de venta de bienes inmuebles de menores, hechos por el padre o madre titular de la patria potestad.

El incumplimiento del requisito lleva al Juez de Primera Instancia a una tajante y clara declaración de ineficacia del contrato. Tal vez sea la posición más lógica y consecuente.

La Audiencia, contra el texto del art. 164, declara inicialmente la validez y eficacia de la enajenación verificada sin haber sido obtenida la autorización, condecorando a la vendedora a solicitarla. Y para el caso de que ésta le fuera denegada, declara, eventualmente, ineficaz el contrato.

El T. S. casa esta sentencia, dictada con infracción del citado artículo 164, y se pronuncia sobre el compromiso asumido en nombre propio por la madre de los menores, obligándose a solicitar la autorización judicial, en el que se ve un antecedente de un convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmuebles. Viene a encajar así este aspecto del problema en la discutida figura del precontrato.

Examinemos separadamente las dos cuestiones: a) Valor de la autorización judicial; y b) Alcance del compromiso de solicitar con posterioridad tal autorización.

a) *Valor de la autorización judicial o, correlativamente, efectos de su omisión respecto de la eficacia del acto.*—Es sabido que el Código, con su habitual vaguedad en materia de ineficacia de los negocios jurídicos, no dice en su artículo 164 más que «el padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar... sino... previa la autorización judicial...» Surge así la primera duda relativa al grado de ineficacia del negocio realizado sin cumplir aquel requisito; y después, a qué parcela de las que contribuyen a la formación del negocio afecta dicho vicio.

La venta verificada sin autorización judicial, ¿es nula o anulable? Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de octubre de 1892 y 1.º de abril de 1899 se orientan en el primer sentido, de nulidad radical, al calificar la falta como insubsanable. Y con análoga

orientación, la Resolución de 27 de enero de 1900 estima que la enajenación «carece de valor jurídico con arreglo al art. 4.º del mismo Código». Partidaria de la anulabilidad se muestra la sentencia de 21 de mayo de 1940. Y dejan sin decidir la cuestión la Resolución de 19 de julio de 1922, que habla de que la falta de autorización «vicia el contrato», sin más calificación, y la sentencia de 23 de junio de 1950, que, respecto de un caso de transacción verificada por el padre sin autorización judicial, dice que «carece de eficacia».

La sentencia que comentamos, después de afirmar que la venta que se celebre sin haber obtenido la autorización es *nula*, admite que *podría convalidarse* por los mismos menores al llegar a la mayor edad. A primera vista parece existir aquí una contradicción o, al menos, un empleo poco técnico de la palabra nulidad. La posibilidad de convalidación excluye la nulidad radical. Parece habría de tratarse de una nulidad relativa o anulabilidad, pues sólo esta clase de ineficacia es convalidable o confirmable, según se desprende del art. 1.310. Pero más adelante insistiremos sobre esta materia resolviendo la aparente contradicción.

Afirmada la posibilidad de convalidación del negocio, el T. S. la circunscribe a la que proceda de la voluntad de los menores al llegar a la mayor edad. Sólo esta voluntad puede tener efecto convalidante. No produce tal efecto la posterior obtención de la autorización judicial, «requisito que, imprescindiblemente, se exige como previo». Ya la Resolución de 10 de marzo de 1944 dice, con relación a este carácter previo, que esa formalidad fundamental ha de preceder a la inscripción de la venta, puesto que el Juez debe normalmente conocer con antelación las causas de necesidad y utilidad en que se funda».

Queda aparte el problema del encuadramiento del vicio. Separándose de la tendencia seguida por la sentencia de 5 de abril de 1892, que habla de una prohibición de enajenar; de la de la Resolución de 19 de julio de 1922, ya citada, que ve la fuente de la ineficacia en el art. 4.º del C. c., y de la sentencia de 9 de junio de 1913, que parece ver en la autorización un complemento de capacidad de la madre, la sentencia que nos ocupa dice «que para realizar válidamente actos jurídicos en representación legal de otra persona es preciso que al que actúa como representante le esté conferida por la ley la facultad de llevar a cabo el negocio jurídico en que intervenga». Se centra el problema así dentro del ámbito de la representación legal.

Es sabida (V. los luminosos estudios de Francisco F. Villavicencio «La facultad de disponer», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, III-IV, y Núñez Lagos, «Los esquemas conceptuales del instrumento público», *Revista de Derecho Notarial*, 1953) la distinción entre capacidad dispositiva, facultad de disposición y poder de disposición. Al menor en patria potestad, como titular del dominio, le corresponde la facultad dispositiva. Pero le falta la capacidad de disponer. Su representante legal —no titular del derecho subjetivo—, está legitimado para disponer, tiene un poder de hecho de ejecutar el acto dispositivo. Ostenta un poder de disposición.

«El representante, dice el autor primeramente citado, da al incapaz su capacidad dispositiva, supliendo con ella la que a éste faltaba. Al mismo tiempo, la aplica a algo completamente extraño a sí mismo, como es el derecho ajeno. De manera que entre las dos personalidades se crea una corriente común, como una derivación de la propia situación jurídica, merced a la cual, poniendo el representante el remedio subsidiario de su propia capacidad de disponer, y el representado, con su titularidad de signo estático, su derecho disponible, nace una facultad de disposición sobre el derecho del sometido. Esta facultad... se alimenta, no de la capacidad de disponer de que el representante carece, sino de una capacidad prestada, que la hace un tanto artificial y enfermiza. Esta debilidad lógica se refleja en la necesidad de fortalecerla en determinados casos por medio de instituciones diversas, como son la intervención judicial o del consejo de familia.»

El poder de disposición, que como representante legal corresponde al

padre o madre titular de la patria potestad, sobre los bienes de los hijos, necesita, tratándose de inmuebles, un complemento. O mejor, un requisito o presupuesto para su ejercicio, que es la autorización judicial.

Centrado así el problema, creemos más fácil la solución de la naturaleza y efectos del vicio, falta de autorización judicial. Y, a la vez, se nos difuminará la aparente contradicción contenida en la sentencia que comentamos cuando, después de calificar la venta como nula, dice que es convalidable por los hijos al llegar a la mayor edad. No hay en ella sino un simple defecto terminológico: denominar convalidación a lo que es ratificación. Basta mencionar esta palabra para que toda duda se desvanezca. Insistiremos, no obstante, sobre la cuestión, recogiendo la doctrina expuesta por Borrell («Nulidad de actos jurídicos según el Código civil español», página 24). El contrato es originariamente nulo, pero su nulidad subsanable. Acaso una forma de ineficacia intermedia entre la nulidad radical y la anulabilidad. Similar a aquélla en cuanto a la ineficacia inicial; a ésta, en cuanto a la posibilidad de subsanciación. Pero, como dice el mismo autor, entre la ratificación del art. 1.259 y la confirmación del 1.309 existen importantes diferencias. En primer lugar, la primera se aplica a casos cuya nulidad originaria es absoluta; y la segunda, a contratos meramente anulables; en segundo lugar, los contratos a que se refiere el art. 1.259 pueden ser impugnados por la parte que los consintió, y los regulados por el art. 1.301 sólo pueden serlo por el que incurrió en alguna de las causas de nulidad citadas por éste; y, finalmente, la acción derivada del art. 1.301 puede ejercitarse únicamente durante el plazo de cuatro años, transcurridos los cuales el contrato se hace invulnerable, al paso que los contratos a que se refiere el art. 1.259 permanecen nulos mientras el verdadero interesado no los valore mediante su ratificación. Son, pues, nulos por tiempo indefinido, y pueden dejar de serlo. A diferencia, añadimos nosotros, de los regidos por el artículo 1.301, que son inicialmente válidos, aunque pueden dejar de serlo si, dentro del plazo legal son impugnados por aquellas personas en cuyo favor está acordada la protección. Inicialmente producen los efectos jurídicos del negocio válido, pero si la impugnación triunfa, se produce la ineficacia retroactiva.

b) *Alcance del compromiso de solicitar con posterioridad la autorización judicial.*—En la cláusula quinta del mencionado privado de venta, se establecida a cargo del comprador la entrega de mil pesetas cada uno de los vendedores (textualmente) «en concepto de señal, por si este compromiso no se llevara a efecto en escritura pública en el plazo de dos meses a partir de esta fecha por alguna de estas partes vendrá obligada a una indemnización igual a la consignada. De esta obligación, o sea, la vendedora doña P. A., queda exenta hasta tanto haya adquirido la autorización judicial precisa en atención a que se trata de bienes propios de menores».

Una buena voluntad interpretativa, unida a un no pequeño esfuerzo, permite traducir la cláusula transcrita entendiéndola como expresiva de una obligación de elevar a escritura pública el documento privado de venta en plazo de dos meses, so pena de indemnizar con la cantidad estipulada. El plazo de dos meses se comenzará a contar, respecto de doña P. A., no desde la fecha del contrato, sino desde que consiga la autorización judicial.

Por parte de doña P. A. pueden distinguirse en el contrato dos expresiones de voluntad: una, en nombre de sus hijos, consintiendo la venta; y otra, en nombre propio, obligándose a solicitar la autorización judicial. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, considera independientes ambos consentimientos. La nulidad de la venta no es obstáculo para la eficacia del compromiso asumido en nombre propio por la vendedora, doctrina que parece acertada. Lo que ya no es seguramente tan lógico es que a esta obligación de solicitar autorización judicial se una—como secuela y con la misma independencia respecto del contrato—, la de otorgar escritura pública de venta a nombre de los menores.

Nótese que en el documento privado está clara la creencia de los contratantes de que celebran un negocio jurídico de compraventa válido, si bien sujeto a la necesidad de obtener la autorización judicial, creyendo erróneamente que la posterior consecución de la misma convalidaba el contrato. Bajo tal supuesto, las partes se obligan a elevar a escritura pública el contrato. Ciertamente que la frase «por si este compromiso no se llevara a efecto en escritura pública en el plazo de dos meses», podría sembrar la duda, pero ésta desaparece si se tiene en cuenta que en cláusulas anteriores los contratantes expresan inequívocamente que unos *ceden en venta* y otro *acepta la compra*, frases denotadoras de su voluntad de realizar una venta actual y de presente, como lo demuestran también las cláusulas relativas a la ejecución o consumación del contrato.

Contra lo que afirma el Tribunal Supremo, esto no constituye un precontrato o convenio de formalizar una escritura pública de compraventa de inmueble cuando la vendedora se ponga en condiciones de poder otorgarla, y cuyo precontrato se regula en el artículo 1.451. Esta no es la voluntad de las partes. Las partes no prometen vender y comprar; no se obligan a pactar en el futuro una compraventa; sino que compran y venden y se obligan a *formalizar* en escritura pública el contrato. No hay un «*pactum de vendendo*», sino una venta. Que luego esta venta resulte nula no afecta a la voluntad sentida y declarada por los contratantes.

El Tribunal Supremo al condenar a doña P. A. a que solicite la autorización judicial, y caso de obtenerla, otorgue a favor de don L. G. escritura pública de compraventa, llega a una doctrina sorprendente: deducir de una cláusula accesoria de un contrato nulo una promesa de contrato, de un convenio de ratificación pública de un contrato de compraventa privada una promesa de compraventa.

A nuestro modesto juicio, hay aquí una confusión, pues parecen cosas indiscutiblemente distintas, ratificar formalmente en escritura pública un consentimiento negocial anterior que ya produjo efectos jurídico-sustantivos en el orden civil y prestar un consentimiento para que aquellos efectos surjan «*ex novo*». No es lo mismo vender que elevar a escritura pública un contrato privado anterior de venta.

En el caso que analizamos, la declaración de nulidad del contrato de compraventa acarrea la imposibilidad de dar cumplimiento a la obligación accesoria, en él asumida, de formalizarlo públicamente; por ello, la subsistencia de la obligación de obtener la autorización judicial, no obstante la nulidad del contrato, es de puro lucimiento técnico, pero por completo infecunda, pues carece de consecuencias o resultados prácticos ulteriores. (D. I.)

5. VICIOS DE VOLUNTAD: COACCIÓN: TEMOR AMBIENTAL: S. 23 marzo 1954 (v. III. 29).

6. SIMULACIÓN: APROCIACIÓN DE LA PRUEBA: *Es equivocada la tesis de que la simulación sea un hecho de apreciación exclusiva por el Juez de Primera Instancia. [Sentencia 30 enero 1953.]*

7. SIMULACIÓN: SU PRUEBA CORRESPONDE A QUIEN LA ALEGA: *Impugnada una escritura de compraventa por falsedad en la confesión del precio recibido, la prueba convincente de que tal precio no había sido entregado incumbe a la demandada, que en tal excepción fundaba su oposición a la demanda, sin que sean suficientes meras deducciones o apreciaciones personales. [Sentencia 3 diciembre 1953.]*

8. SIMULACIÓN: PRESUNCIÓN: *Hay datos para presumir la simulación de un contrato de arrendamiento cuando el supuesto arrendatario no realizó*

actos reveladores de su condición de tal y omite el pago de las rentas; cuando la fecha del documento es anterior en muy poco tiempo a la adjudicación de la finca arrendada en procedimiento ejecutivo seguido contra el arrendador; cuando hay íntima relación entre arrendador y arrendatario, empleado éste de la confianza de aquél; y cuando resulta probado el hecho de que el supuesto arrendador continuó explotando la finca como verdadero cultivador, en unión de un hijo suyo.

SIMULACIÓN. NATURALEZA Y EFECTOS: *La simulación absoluta supone la inexistencia del contrato por faltar los requisitos esenciales del artículo 1.261, ya que la voluntad contractual manifestada no coincide con el consentimiento de los interesados, y carecen de realidad las prestaciones constitutivas de la causa. [Sentencia 26 diciembre 1953.]*

9. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO; REQUISITOS:** *La doctrina del enriquecimiento torticero no requiere para su aplicación que exista dolo, mala fe, negligencia, acción culpable de ningún género ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino solamente que éste haya obtenido o experimentado una ganancia sin causa o sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe. [Sentencia 16 junio 1952.]*

10. **ESCRITURA DE PODER:** **REQUISITOS:** S. 23 diciembre 1953 (v. III, 3).

11. **ESCRITURA DE PODER:** **INSUFICIENCIA:** *Es insuficiente cuando no se insertan o se incorporan a ella los documentos acreditativos de la representación del otorgante que actúa en nombre de una persona jurídica. [A. 15 diciembre 1953.]*

12. **NEGOCIOS EN NOMBRE AJENO SIN AUTORIZACIÓN:** **RATIFICACIÓN:** S. 16 marzo 1954 (v. IV, 2).

13. **PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA:** *No incumbe al demandado la prueba de los simples hechos negativos en que fundaba su oposición a la demanda. [Sentencia 28 noviembre 1953.]*

14. **CONFESIÓN: ALCANCE COMO MEDIO DE PRUEBA: INTERPRETACIÓN:** S. 1 marzo 1954 (v. II 1).

II. Derechos reales.

1. **REIVINDICACIÓN: TÍTULO: PERTENENCIA A UNA HERENCIA INDIVISA:** *Aunque por sí solo es insuficiente para reivindicar, puede acreditarse como tal cuando va acompañado de la posesión de los bienes por el causante y sus herederos.*

REIVINDICACIÓN: TÍTULO: *No es indispensable el título escrito cuando el*

derecho de propiedad resulta acreditado por los distintos medios de prueba que la Ley concede.

REIVINDICACIÓN: IDENTIDAD DEL OBJETO: *Ha de estarse a lo apreciado por el Tribunal de Instancia cuando entiende que las fincas objeto de la demanda son las poseídas por el demandado.*

INSCRIPCIÓN REGISTRAL: VALOR: *Las personas a cuyo favor aparecen entendidos los asientos del Registro de la Propiedad, tienen derecho a que se respete la situación que el asiento supone, mientras los Tribunales no decidan otra cosa; pero declarada la ineficacia de la inscripción y ordenada su cancelación y la nulidad de los títulos que causaron aquélla, no existe presunción legal a la que pueda darse valor probatorio.*

CONFESIÓN: ALCANCE COMO MEDIO DE PRUEBA: INTERPRETACIÓN: *No tiene valor decisivo y su graduación como elemento de juicio corresponde al juzgador de instancia en uso de su facultad soberana de apreciación libre del conjunto de la prueba. Puede, además, interpretar libremente la declaración del confesante, sobre todo cuando versa sobre conceptos jurídicos.* [Sentencia 1 marzo 1954.]

2. DESLINDE: FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN: CITACIÓN DE LOS COLINDANTES: *La base de la acción de deslinde radica en que las fincas no estén física y tangiblemente delimitadas en su lindero común, y su finalidad —no habiendo discusión de cabida— es la fijación de hecho del terreno donde ha de ejercitarse el derecho de propiedad. No constituye infracción del art. 384 C. c. el que no se haya citado a más propietario que el dueño de la finca contigua por el lindero que se va a determinar.* [Sentencia 8 julio 1953.]

El pleito versaba sobre delimitación del monte alto y derecho de apostar (vuelo) que en cuanto a 340 fanegas ostentaban los demandantes sobre una finca enclavada dentro del perímetro de otra también con arbolado, perteneciendo el suelo de ambas en participaciones indivisas desiguales a los demandantes y al demandado.

3. PROCEDIMIENTO DE DESLINDE: SU ÁMBITO: *No se disiente en él una cuestión de propiedad, característica de una acción reivindicatoria, sino la fijación de hecho del terreno donde tal derecho ha de ejercitarse. Tampoco implica contradicción de un derecho inscrito que hiciera preciso la declaración de nulidad o cancelación de él, según el artículo 38 L. 4.* [Sentencia 8 julio 1953.]

4. USUCAPIÓN EN CATALUÑA: «USATGE OMNES CAUSA»: *La concesión gratuita revocable y a título de precario, de una faja de terreno entre dos edificios para servir de paso o comunicación al arrendatario de dos locales de negocio separados por ella, no puede dar origen, aunque su uso haya sido continuado y por más de treinta años, a la usucapción que previene el «usatge omnes causa», por faltar el requisito de la posesión en concepto de dueño, indispensable aun en este supuesto de prescripción extraordinaria que no requiere justo título ni buena fe.*

SERVIDUMBRE DE PASO ENTRE EDIFICIOS: «ORDINACIONES DE SANCTACILIA»: *Tampoco puede entenderse ganada por prescripción dicha servidumbre por oponerse a ello no sólo la décima ordinación, sino los propios términos del contrato.*

COMODATO: *Al no haber transmisión de propiedad ni de posesión «strictu sensu» no puede nunca el comodatario usucapir. [Sentencia 30 junio 1953.]*

A. El propietario de una casa, núm. 187, concedió, junto con los de las casas contiguas, núms. 185 y 189, al arrendatario de sendos locales de negocio enclavados, respectivamente, en los bajos de estas dos últimas, la utilización de una faja de terreno para que el citado arrendatario pudiera, mediante la construcción de un pasadizo, comunicarlos interiormente; en la cláusula 5.ª del documento, firmado en el año 1919 a este efecto, se consigna que «las autorizaciones estipuladas no constituyen servidumbre, carga o gravamen de ningún género... y han de extenderse a título exclusivo de precario siempre revocables»; en 1948 se ratifica en nuevo documento la primitiva concesión.

En 1951, el nuevo dueño de la casa número 187, por cuyo patio se estableció la mencionada comunicación, presenta demanda de desahucio por precario después de haber requerido notarialmente al beneficiario del pasadizo para que lo desalojara.

El Juzgado y la Audiencia dan lugar a la demanda de desahucio. El demandado interpone recurso de casación al amparo del núm. 1 del artículo 1.692 LEC, alegando sustancialmente la prescripción adquisitiva de conformidad con el «Usatge Omnes Causas» de la faja de terreno en cuestión y, en su caso, la adquisición de servidumbre voluntaria de paso entre edificios, negando que el título de concesión fuere de precario y si el de comodato. El T. S. no da lugar al recurso por los razonamientos antes indicados de los que transcribimos los considerandos 2.º y 4.º

Que el «Usatge Omnes causas», norma general de prescripción en el derecho catalán, tiene, efectivamente, en su aplicación, una notoria extensión deducida de sus mismas palabras iniciales: «Todas las causas, ya sean buenas, ya sean malas o accidentes civiles o criminales, cuya determinación discutida, no muy uniformemente por los autores catalanes, ha venido siendo señalada por la jurisprudencia; pero en la referente a la prescripción adquisitiva del dominio, aun admitida, a tenor de dicha norma, la carencia de buena fe y de justo título, no ha habido duda de que la posesión alegada para producir la usucapción había de haberse ostentado en concepto de dueño, y como en el caso presente el demandado, no solamente vinculado a las estipulaciones consignadas en el documento de 7 de agosto de 1919, terminantes en su expresión, sino por sus propios actos al pretender convertir en arrendamiento la ocupación de la porción de terreno objeto del litigio, no ha ostentado en ningún momento, ni podido ostentar, la cualidad de dueño del local controvertido, es indudable que no puede alegar en su favor la protección del *usatge* mencionado, aparte de que con la ratificación en 1948 del documento de 1919 (antes de transcurrir los treinta años de posesión exigidos) se demostró que los reconocidos propietarios no habían abandonado ni hecho dejación de su derecho de dominio sobre la cosa, condición que se estima esencial en la doctrina y en la Ley para que pueda entrar en juego y producirse aquella singular transmisión del derecho que protege la institución jurídica de la prescripción, en méritos a todo lo cual y por no haber incurrido la sentencia recurrida en las infracciones de dicho

Usatge «omnes causa», ni del artículo 1.942 del Código civil que se denuncia en el motivo primero del recurso, es procedente su desestimación. (Considerando 2.º)

Que la tesis que el recurrente viene a sostener en el motivo tercero y último del recurso de la existencia de un comodato, deducida de las estipulaciones que se convinieron en los indubitados documentos de 7 de agosto de 1919 y 31 de octubre de 1948, es inadmisibles en este trámite, porque...; el concepto de tenencia en precario resulta expresamente declarado en el mismo documento y aun en una hipotética admisión de la tesis del comodato, construida por el recurrente, el demandado habría de devolver la cosa entregada gratuitamente para su uso y disfrute, cuando el dueño de ella la reclamase, por imperio del artículo 1.649 del Código civil, aunque no hubiese terminado el plazo establecido, si el dueño la necesitaba, o bien sí, como ocurre en el presente caso, se hubiese estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante, según doctrina jurisprudencial, siendo inaplicable el artículo 1.650 del mismo Cuerpo legal, que se estima infringido, porque el mismo recurrente reconoce que en el pacto hubo determinación de plazo y destino de la cosa cedida, además de la contradicción en que incurre el recurrente consigo mismo, al alegar, por un lado, la prescripción adquisitiva o usucapión, y defender la tesis, por otro, del comodato, en el que, como no se transmite la propiedad ni la posesión «strictu sensu» de la cosa entregada, no puede nunca el comodatario usucapir.

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NULIDAD DE PATENTE: *La falta de novedad de la patente del demandado es independiente de la del actor, la cual es inoponible a la hora de declarar la nulidad de la primera.* [Sentencia 31 octubre 1953.]

6. MARCAS DE FÁBRICA: DERECHO A Oponerse a LA CONCESIÓN: NATURALEZA: *Es de carácter notoriamente administrativo porque nace de la concesión anterior y se ejercita frente a los actos de la Administración.* [Sentencia 4 febrero 1954.]

La doctrina está contenida en los considerandos segundo, tercero y cuarto, transcribiendo este último por su mayor interés.

«Que al plantear la entidad actora, ahora recurrente, el litigio origen del presente recurso, alega como fundamento de su cesión los mismos argumentos que utilizó al formular su oposición a la petición de la demandada, esto es, los supuestos errores en que el Registro de la Propiedad Industrial ha incurrido, al no tener presentes, al otorgar la marca y nombre comercial, solicitados, las prohibiciones que establece el artículo 124 del Estatuto, singularmente en sus números primero, sexto y undécimo, en cuanto a la marca, y los apartados B, G e I del artículo 201, por lo que afecta al nombre comercial, y esta acción que ejercita es notoriamente administrativa, porque con ella se intenta defender un derecho administrativo preexistente, ya que, según la doctrina, los particulares a quienes la Ley atribuye el derecho de oponerse en el otorgamiento del registro de marcas solicitado tendrán por ello mismo un derecho administrativo cuya vulneración con la

concesión ilegal los habilitará para recurrir contra ella ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y así se deduce también en el caso presente en que la acción aparece dirigida contra la entidad que obtuvo el derecho administrativo de la concesión de marca y nombre comercial, pero no por actos realizados por ésta, que sólo ejercitó el de solicitar la concesión, sino por los errores supuestos del Registro al otorgarlas, por lo que el real, aunque indirectamente atacado, es el Registro, y tiene establecido la jurisprudencia (sentencia 9 marzo 1946) que para combatir los interesados las resoluciones del Registro en orden a la concesión de denegación de marcas, tienen dos recursos distintos: uno, el contencioso-administrativo (artículos 15 y 155 del Estatuto), y otro, el de revisión en vía administrativa (artículo 16 del mismo), sin que por otro cauce pueda abordarse la cuestión de la semejanza de marcas, pues para tratar de ello debió impugnarse en vía contenciosa la orden de concesión y este criterio es lógico, porque como la jurisdicción contencioso-administrativa es puramente revisora de la legalidad de la actividad administrativa, mediante ella han de atacarse las resoluciones del Registro en orden únicamente al cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que para las concesiones solicitadas han podido y debido ser examinadas por él, y cuando tales resoluciones hayan quedado firmes, por no haberse utilizado los pertinentes recursos o haber sido éstos desestimados, las dichas resoluciones quedarán inatacables ante la jurisdicción ordinaria si lo que se pretende denunciar es el incumplimiento de aquellos requisitos registrales, siendo, en cambio, adecuada esta última vía cuando la ilegalidad provenga de la falta de requisitos no examinables por el Registro o de actos de los interesados que sean impugnados mediante el ejercicio de una acción de nulidad del Registro indebido, resultando de todo lo expuesto que el Tribunal obró correctamente al acoger la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil alegada por la parte demandada y sostenida por el Abogado del Estado, sin incurrir en las infracciones de que se le acusa en los motivos primero y cuarto del recurso, que, por tanto, deben ser desestimados, así como los motivos segundo y tercero, que resultan inopercantes al ser confirmada la incompetencia de jurisdicción.» (Considerando 4.º)

7. COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN MATERIAL: *Es perfectamente legal la división de una casa entre los condueños según las normas de la propiedad horizontal, pero para ello es requisito indispensable, prevenido por el artículo 393 del Código civil, que las partes de propiedad exclusiva sean susceptibles de aprovechamiento independiente por cada condueño a quien se adjudique, sin perjuicio de los demás.* [Sentencia 5 diciembre 1953.]

8. POSESIÓN EN PRECARIO: CONDICIÓN DE PRECARISTA: *La tiene el que alega, sin demostrarlo, la existencia de una sociedad familiar con el conducente del disfrute del local.* [Sentencia 8 mayo 1953.]

El demandado y recurrente alegó, para enervar la condición de precarista, la existencia de múltiples relaciones complejas, pero sin demostrar que el disfrute del local por él ocupado formara parte integrante de ellas, así como la existencia entre partes de una sociedad familiar tácita tampoco probada.

9. SERVIDUMBRES DE PASO ENTRE EDIFICIOS EN CATALUÑA: S. 30 junio 1953 (v. 4).

10. INSCRIPCIÓN REGISTRAL: VALOR: S. 1 marzo 1954 (v. 1).

11. BIENES DE CAPELLANÍAS COLATIVO-FAMILIARES: NULIDAD DE INSCRIPCIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Conforme al artículo 11 R. H., en relación con los artículos 1.º y 10 del R. D. de 17 de abril de 1925, para inscribir en concepto de libres bienes dotales de Capellanías colativo-familiares es preciso acompañar junto al testimonio judicial declarando el mejor derecho a la conmutación, el acta de conmutación expedida por el Diocesano, sin que pueda sustituir a esta última el Decreto canónico dictado como trámite para comunicar al beneficiario la tasación efectuada de los bienes. El Obispo, en representación de la Iglesia, está activamente legitimado para ejercitar la acción de nulidad frente al que, sin cumplir los anteriores requisitos, ha obtenido a su favor la inscripción como libres de los bienes dotales [Sentencia 1 junio 1953.]*

A. El Capellán (demandado), después de obtener la declaración judicial del mejor derecho a la conmutación sobre los bienes que constituían la dotación de la Capellanía, instó expediente canónico de conmutación, dictándose por el Diocesano decreto en el que «accediendo a la conmutación», comunicaba al solicitante la tasación efectuada de los bienes a efectos de su desespiritualización, siendo posteriormente elevado el expediente a la Santa Sede, que denegó la conmutación.

Años más tarde, el solicitante, después de consignar en la Delegación de Hacienda el importe de la tasación, presentó en el Registro de la Propiedad el Auto declarativo de su derecho a la conmutación y el Decreto canónico antes citado, obteniendo a su favor la inscripción de los bienes dotales de la Capellanía en concepto de libres.

En el mismo año formula el Obispo demanda de nulidad de dicha inscripción por haberse practicado sin presentar la Resolución canónica declarativa de la conmutación.

Admitida la demanda en ambas instancias, el demandado interpone recurso de casación alegando en esencia: 1.º, que el Decreto canónico comunicando la tasación de los bienes reviste los caracteres de auto aprobatorio de la conmutación, y 2.º, que no asiste al Diocesano la acción de nulidad ejercitada por no ostentar la Iglesia sobre los bienes de Capellanías de esta clase dominio ni derecho real alguno.

El T. S. *no da lugar* al recurso, en virtud de las razones que se extractan en el encabezamiento, de las que transcribimos por su interés el considerando último:

«Que el segundo y último motivo acusa falta de acción del demandante para obtener la declaración de nulidad, por él solicitada, ya que, a juicio del recurrente no está atribuido a la Iglesia el dominio de los bienes en litigio ni tiene sobre ellos derecho real alguno, ni es tercero habilitado con tal fin el Diocesano; pero debe tenerse en cuenta para rechazar también dicho motivo, que si bien es confusa la legislación histórica en punto a la determinación del derecho de dominio de los bienes, no eclesiásticos, de las Capellanías colativo-familiares o de sangre... lo que resulta incuestionable es que los referidos bienes, una vez espiritualizados, por la erección y colación canónicas, quedan gravados en favor de la Iglesia con la carga del estipendio para misas ordenado por el fundador, y este gravamen, limitativo

dei dominio. reviste de la cualidad de tercero civil a la Iglesia como probablemente perjudicada por la inscripción de los bienes dotales en favor del capellán demandado en calidad de libres de toda carga por lo que no ofrece duda que el Obispado, en representación de la Iglesia, está activamente legitimado, tanto por lo expuesto como por las facultades jurisdiccionales que en la materia le corresponden para actuar judicialmente en defensa de un interés jurídicamente protegido.»

12. ANOTACIÓN DE DEMANDA: SUS EFECTOS: ART. 1.473 C. C.: *La anotación de demanda en la que el primer comprador solicita se condene al vendedor a otorgar la escritura correspondiente por ser de mera publicidad, no impide que el segundo comprador inscriba su título adquirido en el Registro. [Sentencia 22 abril 1952.]*

A. El propietario de unos terrenos encomendó a X, que gestionara su venta, *pero sin autorizarle, al parecer, para contratar en firme*: el 28 de marzo de 1946 X, formalizó con A. y B. un convenio por el que éstos adquirirían el citado inmueble, obligándose a pagar el precio en el momento de otorgar la correspondiente escritura pública.

El día 29 el propietario vendió a C. en documento privado el mismo terreno. A. y B. en 5 de abril presentan demanda contra el propietario pidiendo se le condene a otorgar a su favor escritura de venta solicitando, por otrosí, anotación preventiva de la demanda que se practicó dos días después.

Con posterioridad a estos hechos el propietario otorga escritura pública de venta a favor de C., que inscribe en el Registro.

La demanda es desestimada en ambas instancias. Los demandantes interponen recurso de casación al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 LEC, alegando sustancialmente error de hecho, violación de los artículos 1.709 y 1.710, e interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 1.473 C. c., en relación con los artículos 70 y 71 L. 4.

El T. S. *no da lugar* al recurso, en virtud de las siguientes consideraciones:

«Que la sentencia recurrida aceptando la del Juzgado resume los fundamentos de su fallo estableciendo que para que pudiese prosperar la demanda era necesario que se cumpliesen las condiciones siguientes: A) Que don X, tuviese la representación del demandado. B) Que el contrato que celebrase el representante fuese anterior a cualquier otro que pudiese celebrar directamente el dueño representado. C) Que el título que ostentan los actores (contrato de compraventa) fuese no sólo anterior, sino también preferente al que ostentase otro tercero en este caso don C. Y D) Que dicha preferencia se obtuviese y declarase por sentencia firme en juicio contradictorio en el que pudiera ser oído y defenderse don C. apreciándose por el Tribunal *a quo* que ninguna de estas condiciones se cumpla en el presente caso. (Considerando 1.º)

Que en analizar las alegaciones del recurso en relación con los requisitos expresados que en la sentencia recurrida se exigen conjuntamente, se observa, desde luego, que nada se dice en el recurso con respecto al señalado con la letra D) cuya falta impide hacer en estos autos pronunciamiento en perjuicio de don C., como lo sería el que los actores solicitan, pues figurando dicho señor como adquirente de la finca objeto del pleito en el contrato celebrado con el dueño en 29 de marzo de 1946 y ostentando un

título escriturario que fué inscrito en el Registro de la Propiedad, no puede negarse que tiene un interés primordial y directo en la cuestión litigiosa, y, sin embargo, no ha sido citado ni oído ni ha podido, por tanto, defenderse de las pretensiones de los actores negaderas de sus posibles derechos. (Considerando 2.º)

Que, aunque la razón expuesta es suficiente para que el recurso no pueda prosperar, no es inoportuno examinar a mayor abundamiento las alegaciones aducidas por los recurrentes, entre ellas la referente a la virtualidad de la anotación preventiva de la demanda que se hizo en 7 de abril de 1946, en la cual se apoya el motivo tercero del recurso para negar la validez y eficacia de la inscripción registral que se verificó en 16 de mayo de dicho año y para negar también, en consecuencia, la aplicabilidad al caso presente del párrafo segundo del artículo 1.473 del C. c., que en casos de doble venta de un inmueble otorga la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, que en este caso es don C. único que inscribió su título y único también que otorgó escritura, entendiéndose los recurrentes que la anotación preventiva tiene una virtualidad potencial que impide que por hechos posteriores nazcan derechos en contra del anotante, por lo cual denuncian en el motivo tercero del recurso interpretación errónea de dicho artículo 1.473 en relación con los 70 y 71 de la Ley Hipotecaria, pero tal doctrina no puede admitirse, porque la referida anotación no es de las constitutivas de derechos, sino de mera publicidad, sin más efecto que asegurar los resultados del juicio, dando al anotante una garantía de cumplimiento efectivo de la sentencia que se dicte, garantía que no desaparece por la inscripción registral, cuya eficacia en derecho sólo impide que la otra parte enajene la finca reclamada, lo que en este caso no ha sucedido. (Considerando 3.º)

B. OBSERVACIONES.—El T. S. resuelve la cuestión planteada alegando como razón fundamental que no puede accederse a un pedimento en perjuicio de un tercero que no ha sido citado ni oído en el proceso, pero, aparte de esta consideración procesal, el litigio presenta un aspecto civil y otro hipotecario.

En cuanto al primero, el supuesto mandatario X lo era para gestionar la venta, pero carecía de poder de disposición, por lo que la primera venta por él otorgada adolecía de falta de eficacia traslativa y en ningún caso podía prevalecer frente a la otorgada por el propietario; el artículo 1.473 C. c., en su párrafo 2.º, prevé y resuelve la colisión de dos títulos traslativos y de dos transmisiones efectivas en la que la primera pierde su normal eficacia frente a la segunda, inscrita en virtud del principio de publicidad negativa «lo no inscrito no perjudica a tercero»; en el caso de autos la primera venta no produjo el desplazamiento de propiedad a favor del comprador no sólo por haber faltado el complemento de la tradición, sino, sobre todo, por carecer el transmitente de poder de disposición.

En cuanto a las anotaciones de demanda, es conocida la distinción doctrinal, recogida por la jurisprudencia hipotecaria entre aquellos en las que se ejercita una acción real y respecto de las cuales el asiento *protesta* del contenido registral —asiento de contradicción—, de aquellas otras en las que se actúan acciones personales que en su desenvolvimiento pueden provocar una modificación jurídico real, la anotación, en este caso, *projetiva* una situación jurídica futura y ampara una vocación de derecho real: en este segundo grupo coloca la doctrina la anotación de demanda en la que

se solicita la consumación de una venta y el correspondiente otorgamiento público o la elevación a escritura pública.

El considerando 3.º de la presente sentencia, razonado sobre la naturaleza no constitutiva de esta clase de anotaciones, decide que ésta no es obstáculo para que el segundo comprador inscriba su título, pero sin pronunciarse sobre la preferencia entre las dos ventas; nosotros entendemos, en tesis general, que existiendo una anotación de demanda en la que se solicita el cumplimiento de la primera venta y el correspondiente otorgamiento de escritura pública, el problema de la doble venta no puede resolverse con la aplicación pura del artículo 1.473 C. c. en su párrafo 2.º puesto que si recae sentencia favorable al anotante, la inscripción de esta ejecutoria y de la subsiguiente escritura de venta provocará, ya directamente, ya en trámite de ejecución de sentencia, conforme a lo preceptuado por el nuevo artículo 198 R. H., la cancelación de la inscripción practicada a favor del segundo comprador; con ello no se contraría la doctrina del citado artículo 1.473 C. c., pues en definitiva el primer comprador goza de un asiento registral, la anotación, de rango preferente a la inscripción del segundo comprador. (J. C.)

13 HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES FUTURAS: LEGISLACIÓN DEROGADA Y VIGENTE: LA NOTA MARGINAL EXPRESIVA DE HABERSE CONTRAÍDO LA OBLIGACIÓN: DETERMINACIÓN EXTRARREGISTRAL DEL NACIMIENTO Y CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: *Firme en casación el hecho de haber nacido con cuantía determinada la obligación futura protegida con hipoteca de máximo, el que adquirió las fincas con este gravamen cuantitativamente indeterminado, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor, aunque no se haya practicado la nota marginal prevenida en el artículo 143 de la Ley Hipotecaria.*

LEY HIPOTECARIA: ARTÍCULO 143: NOTA MARGINAL ACREDITATIVA DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN FUTURA GARANTIZADA HIPOTECARIAMENTE: *Tiene carácter potestativo en la legislación vigente.* [Sentencia 28 noviembre 1953.]

«... la hipoteca de seguridad ha surgido por su inscripción en el Registro de la Propiedad a la vida del derecho y surge efecto frente a tercero en la cuantía que, dentro del tope máximo establecido, se acredite extrahipotecariamente o mediante la nota marginal, la que, además, producirá el efecto en cuanto a tercero de transformar la hipoteca de seguridad de un crédito posible o probable por cuantía indeterminada, en hipoteca definitiva, normal y corriente.» (Considerando 5.º)

«... que aplicando la precedente doctrina al caso de autos, resulta indudable que al quedar firme en casación el hecho de haber nacido con cuantía determinada la obligación futura protegida con hipoteca de máximo, el recurrente que adquirió las fincas con este gravamen cuantitativamente indeterminado, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor y, en consecuencia, no son viables tampoco los restantes motivos primero y segundo del recurso que propugnan la inmunidad del recurrente por no haberse extendido en el Registro la nota marginal expresiva de haberse contraído la obligación futura garantizada y considerarse por ello tercero hipotecario no afectado por el nacimiento extrarregistral del crédito reclamado.» (Considerando 6.º)

OBSERVACIONES.—En esencia, el punto neurálgico del litigio es el de saber si el tercer poseedor de la finca gravada con una hipoteca de máximo en garantía de una obligación futura resulta afectado por dicha hipoteca cuando, nacido el crédito, no se hace constar éste y su cuantía en el Registro por medio de nota marginal.

Puede decirse que el problema ha desaparecido en la legalidad vigente, al atribuir el artículo 143 carácter potestativo a dicha nota marginal. Pero en la ley derogada de 1909 bajo cuyo régimen se plantea el litigio que da lugar a esta sentencia, la duda era grave porque parecía imponerse obligatoriamente la práctica de dicha nota marginal, so pena de que la hipoteca no perjudicase ni beneficiase a tercero.

Entendía la doctrina que mientras no se practicase la nota marginal la hipoteca, vacía de contenido, sólo obtenía rango, sin producir más efecto que el de la mera publicidad, es decir, el de no poder ser desconocida o ignorada. Pero, como dice Roca Sastre («Instituciones», segunda edición, III, 424), la duda consistía en si podía hacerse efectiva la hipoteca mientras no estuviese extendida la nota marginal. Podía afirmarse que mientras no se acreditase la existencia de la obligación garantizada, no cabía ejecución hipotecaria, pero no podía decirse en absoluto que no procedía ésta mientras no se hubiera practicado la nota marginal.

Ante la posibilidad del nacimiento de la obligación, unido a la falta registral de este hecho, la doctrina y la misma Dirección General, en su conocida Resolución de 31 de enero de 1925, se inclinó a admitir la posibilidad de ejecución de la hipoteca de máximo cuando la obligación futura había nacido con cuantía determinada extrarregistralmente, aun cuando tal nacimiento no se hubiese hecho constar en el Registro por nota marginal. Roca Sastre sostenía que la única diferencia entre la práctica y la omisión de dicha nota marginal radicaba en que en este segundo caso no debía ser ejercitable el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, que descansa en los pronunciamientos del Registro, ya que éste, sin aquella nota, no publica la existencia ni la cuantía del crédito garantizado. Y esta diferencia desaparece también para dicho autor en la nueva ley, en la que «incluso» para hacer efectiva la hipoteca por medio del procedimiento judicial sumario, basta que la existencia de la obligación garantizada se demuestre en forma adecuada, a pesar de no figurar extendida aquella nota marginal» (lug. cit., III, 425).

La sentencia que comentamos, después de recoger en su considerando cuarto la certera y conocida doctrina del Centro directivo en la Resolución antes citada de 31 de enero de 1925 en la que se explican las fases de esta hipoteca y su transformación de hipoteca de seguridad en hipoteca normal y negociable al nacer y quedar determinado el crédito garantido, establece en el considerando quinto que esta doctrina está tácitamente recogida en el artículo 143 de la L. H. vigente que establece el carácter potestativo de la nota marginal.

Y en el considerando sexto contiene la doctrina acertada, con perfección tecnológica y de fondo.

A) Fondo.—No es imprescindible —ni aun en la legislación derogada— la determinación registral del nacimiento de la obligación garantizada para que la hipoteca pueda hacerse efectiva sobre los bienes a que afecta. La omisión de la nota marginal no obsta para que extrarregistralmente pueda acreditarse el nacimiento de la obligación, su cuantía y exigibilidad, dando lugar a la acción hipotecaria, que deberá ser soportada por el tercer poseedor.

B) Tecnología.—El que adquirió las fincas con este gravamen, viene obligado a soportarlo en concepto de tercer poseedor. Exacto. Debe soportar o tolerar. Como dice Roca Sastre («Instituciones», segunda edición, I, 304), «quien adquiere una finca gravada con una hipoteca... se encuentra en una situación «in patiendo», o sea de pasividad frente al titular de dicho derecho, debiendo tolerar o soportar la actuación de la carga real».

Esta exactitud en el concepto y en la forma contrasta con la imprecisión que se observa en los considerandos segundo y tercero. No resistimos la tentación de copiarlos:

«... toda la sustancia jurídica del pleito se reduce a discriminar si el recurrente que adquirió fincas gravadas con hipoteca de máximo, viene o no vinculado al pago de la deuda garantizada desde el momento en que se acredite la existencia y cuantía de la misma, aun cuando no se haya extendido en el Registro de la Propiedad la nota al margen de la inscripción hipotecaria expresiva del nacimiento de la obligación protegida.» (Considerando 2.º)

Claramente se observa que este considerando, pretendiendo centrar el problema, lo traslada y desenfoca. Tal como se plantea, genéricamente, la cuestión (y dejando aparte las hipótesis especiales de asunción convencional, legal o judicial de la deuda garantizada), no se trata de determinar si el adquirente de la finca está o no vinculado al pago, como erróneamente se afirma, sino de concretar si tal adquirente está o no afectado por la hipoteca. El considerando siguiente nos permitirá insistir en la distinción.

«... que en sanos principios hipotecarios no puede ofrecer duda que quien adquiere una finca gravada con hipoteca de obligación futura, no es propiamente un tercero protegido por la inmunidad frente a la deuda asegurada, sino que es un tercer poseedor constreñido al pago si tal deuda se produce, pues el propio Registro de la Propiedad publica y le advierte que no adquiere la finca libre de cargas o gravámenes...» (Considerando 3.º)

Pasando por alto la incorrección que se comete al hablar de «hipoteca de obligación futura», en lugar de «hipoteca en garantía de obligación futura», que puede ser debida a un simple error de copia, no es más acertada la frase «tercero protegido por la inmunidad frente a la deuda asegurada», pues la tercería registral ha de referirse siempre a un acto inscrito, la hipoteca y no el crédito. Realmente lo que quiere decir es que es un tercer poseedor a quien afecta la hipoteca, y así se ve con claridad cuando, prescindiendo del inciso siguiente, enlacemos lo anterior con la frase «pues el propio Registro...».

Mucho más grave es, a nuestro juicio, el error contenido en el mencionado inciso, cuando dice, «sino que es un tercer poseedor constreñido al pago si tal deuda se produce», expresión de una verdadera «contradicción terminis», ya que, por definición, el tercer poseedor no está personalmente obligado al pago del débito garantizado, pues es sólo responsable «ob rem» de la carga hipotecaria.

La finca adquirida por el tercer poseedor, gravada con la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura, responderá de la obligación cuando ésta resulte contraída, dentro del tope máximo de responsabilidad fijado.

Como hemos visto antes, el tercer poseedor tiene una actitud pasiva, de sufrir o soportar. El pagar el crédito no es para él una obligación, sino una facultad. No está obligado a pagar; puede pagar.

No creemos preciso extendernos más sobre estas conocidas materias, máxime cuando los verdaderamente «sanos principios hipotecarios» están perfectamente aplicados con toda claridad por el Tribunal Supremo en los considerandos quinto y sexto de esta misma sentencia de 28 de noviembre de 1953. (D. I.)

III. Derecho de obligaciones.

1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *No puede solicitarse cuando, pese a haber existido incumplimiento de las obligaciones, la voluntad de ambas partes ha sido coincidente en la continuidad de la vigencia de la convención y*

esta voluntad se ha manifestado por actos propios de la parte que pide ahora la resolución. [Sentencia 22 enero 1954.]

2. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: *Se está en el caso previsto en este artículo y asiste a la empresa compradora el derecho que ejercita para la resolución del contrato cuando, perfeccionado y en parte cumplido el contrato, no puede en definitiva llevarse a efecto por resultar de las pruebas que el motor vendido no reunía las condiciones pactadas, es decir, por incumplir el demandado como vendedor la obligación que había contraído.*

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: PERJUICIOS INDEMNIZABLES: *Para que existan no basta el incumplimiento, sino que debe justificarse la realidad de los perjuicios, y que se han producido como consecuencia de dicho incumplimiento. Tratándose de ganancias dejadas de obtener, que éstas no sean dudosas ni contingentes; por ello, al no justificarse el hecho fundamental de que la paralización sufrida en el trabajo por no disponer del motor le impidió aumentar su producción, la sentencia que concede la indemnización sólo por la mera posibilidad de un aumento de ventas y ganancias, incurre en la infracción de dicha doctrina legal y procede casarla respecto a este particular. [Sentencia 24 octubre 1953.]*

«... y examinados los hechos que se tienen por probados en este litigio, si bien resulta patente que deben indemnizarse los gastos realizados por el actor en la construcción de las fundaciones llevadas a cabo para la instalación del motor y los jornales satisfechos a los obreros por las horas en que no pudo funcionar la fábrica por motivos de las restricciones eléctricas, al estar probado la realidad de estos gastos y ser evidente que tuvieron los primeros su origen en la instalación del motor necesario para hacer las pruebas, y los últimos en que no pudo funcionar por no reunir las condiciones debidas; de estos hechos no se deduce, por el contrario, que concurran en la indemnización que se solicita por las ganancias dejadas de obtener, las circunstancias expresadas, pues en ninguno de ellos se tiene por cierto que efectivamente la parte demandante habría vendido más productos de los que ha fabricado si la paralización sufrida en su trabajo por no disponer del motor que había tratado de adquirir no le hubiera impedido aumentar su producción; y al no estar justificado hecho tan fundamental —sobre el que, además, no se ha practicado prueba alguna—, se va contra la jurisprudencia antes indicada, concediendo la indemnización sólo por la mera posibilidad de que hubiera aumentado sus ventas y ganancias; y al obrarse de este modo en la sentencia que se comenta, se incurre con dicho pronunciamiento en la infracción de doctrina legal que se invoca, procediendo casarla respecto a este particular.» (Considerando 5.º)

OBSERVACIONES: Dentro de la extensísima jurisprudencia creada en torno al art. 1.124 no faltan abundantes sentencias que confirman esta doctrina. Así, las de 18 diciembre 1901, 29 octubre 1907, 25 abril 1912, 2 marzo 1922, 21 abril 1925, 19 diciembre 1930, 6 mayo 1944, 13 julio 1945 y 3 mayo 1949. Son de destacar, en especial, las tres últimas, no sólo por su modernidad, sino por su mayor analogía con el caso de autos.

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL: *La tesis de que la declaración unilateral y extrajudicial de resolución de un contrato no necesita refrendo de los Tribunales para surtir efecto es cierta cuando no hay oposición del otro contratante, pero no en el caso contrario.*

OFRECIMIENTO DE PAGO: *El hecho de ofrecer el pago de una suma de dinero con la reserva de someter con posterioridad las discrepancias al juicio de árbitros o amigables componedores o a la autoridad judicial, al no impedir el pago de numerario de una a otra de las partes, en manera alguna puede considerarse como negativa al cumplimiento de la obligación.*

ESCRITURA DE PODER: REQUISITOS: *El art. 166 del Reglamento notarial ordena que el Notario inserte en el cuerpo de la escritura o incorpore a ella y, en su caso, a sus copias, los documentos fehacientes que acrediten la representación del otorgante, cuando éste actúa en nombre de una persona jurídica, y al no hacerlo así se priva a la copia de poder presentada de uno de sus requisitos esenciales. [Sentencia 23 diciembre 1953.]*

4. CONTRATOS: RESOLUCIÓN: *Sentencia 8 marzo 1954 (v. 17).*

5. CLÁUSULA PENAL: *Sentencia 21 enero 1954 (v. 34).*

7. OFRECIMIENTO DE PAGO: *Sentencia 24 diciembre 1953 (v. 3).*

8. NOVACIÓN: EXTENSIÓN DE UN SOLO RECIBO: *Sentencia 8 octubre 1953 (v. 36).*

9. NOVACIÓN: *No se produce la novación del artículo 1.204 C. c. por la situación de «facto» de que unas cambiabiles avaladas fueran objeto de sucesivas renovaciones de acuerdo con el movimiento de las respectivas cuentas (según se afirma en la sentencia recurrida sin impugnación adecuada en el presente recurso), pues en la práctica mercantil es corriente la renovación de obligaciones que no son cumplidas a su vencimiento. [Sentencia 18 abril 1953.]*

10. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: NECESIDAD DE CULPA O MOROSIDAD: *Sentencia 20 febrero 1954 (v. 13).*

11. CLÁUSULA CUYO CUMPLIMIENTO QUEDA AL ARBITRIO DE UN CONTRATANTE: *Cuando se pacta como medida de aseguramiento de las obligaciones contraídas, una garantía alternativa —en forma pignoratícia o mediante la sola firma del deudor—, es indudable que éste cumple su compromiso notificando fehacientemente al acreedor que elige la garantía de su propia firma sin que obste a esta clara interpretación el hecho de que la sola firma del deudor en nada refuerza la responsabilidad contractual originaria, pues sea cual fuere la motivación del pacto de opción, es lo cierto que el pacto existió y dejaría de surtir su efecto si se obligase al deudor a constituir fianza pignoratícia. [Sentencia 17 junio 1953.]*

12. OPCIÓN DE COMPRA CON DERECHO AL TRASPASO DE LA OPCIÓN: DIFERENCIA CON EL CORRETAJE: *El contrato mediante el cual una persona se obliga a vender a otra, durante un cierto tiempo y a un precio señalado, aunque se faculte al contrario para traspasar este derecho a la compra y hacer suya la diferencia de precio, es un verdadero contrato de opción de compra y no de corretaje, que consiste en la obligación de señalar la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o servir de intermediario recibiendo por el servicio una remuneración.* [Sentencia 4 diciembre 1953.]

El T. S. declaró *no haber lugar* al recurso por las siguientes razones:

CONSIDERANDO que el contrato plasmado en la carta de 7 de mayo de 1946 dirigida por el demandado al actor confirmando la conversación tenida por la tarde sobre la opción de compra del terreno especificado, contiene las siguientes características: primera, el derecho concedido tenía señalado un plazo que concluía el sábado, día 11 de dicho mes y año; segunda, el precio fijado fué el de setenta céntimos de peseta el pie cuadrado; tercera, este precio había de ser libre para el señor U., sin que fuera de su cuenta ninguna clase de gastos ni de comisión; cuarta, facultaba al optante para traspasar la compra dentro del plazo señalado y al precio que estimara oportuno, quedando en beneficio del señor M. la diferencia entre el precio obtenido y el señalado en la opción; y quinta, no aparece que el beneficiario de la opción pagara prima o cantidad alguna al que la concedía; y del examen del referido documento, aceptado por ambas partes contendientes, aparece de modo claro y preciso que la calificación jurídica del vínculo contraído no puede ser otra que la del contrato denominado opción de compra, sin regular específicamente en el Código civil vigente, pero con sustantividad propia a regirse por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos contenidas en el libro cuarto, títulos primero y segundo del referido Cuerpo legal, por ostentar una fisonomía *sui generis* de contrato preparatorio y consensual y en este caso especial unilateral al ser aceptado por el optante, quien no contraía obligación alguna ni abonó precio por el derecho adquirido, y, en cambio, el señor U. venía obligado a no enajenar a nadie la finca en el plazo señalado, a no ser al optante o persona que se subrogara en sus derechos y a realizar la venta al demandante si llegaba el caso previsto.

CONSIDERANDO que durante la sustanciación de la instancia, ambas partes litigantes admiten de modo explícito que el contrato mencionado consistía en una opción de compra y a base de ello se desarrollan los autos hasta que el recurrente al formalizar el recurso de casación lo funda en que el contrato no era sencillo, sino doble; por un lado, un contrato de opción, y por otro, un derecho del traspaso de la opción, que claramente establece el derecho de corretaje, y que el señor M. no hizo uso del derecho de opción y, en cambio, proporcionó un comprador para que contratase directamente con el dueño del terreno; pero esta tesis está en pugna manifiesta con lo debatido en la instancia, donde el actor de la demanda sostiene que, haciendo uso de las facultades otorgadas, traspasó el terreno al señor V., y realizada esta operación presentó el señor V. al demandado.

señor U., con el fin de que otorgase la correspondiente escritura, y en la réplica insiste en lo mismo, al decir: «queda bien patente que el demandado vendió al señor V. el terreno de referencia»; y no siendo lícito alterar en casación de manera tan sustancial los términos en que quedó planteada la litis alegando motivos distintos y aun contrarios a lo afirmado primeramente, ello bastaría para denegar el primer motivo de los alegados; y aun si se entrara en el examen del mismo siempre resultaría que no medió entre las partes más que un contrato de opción de compra, no el de corretaje, consistente este último en que una de las partes se compromete a indicar a la otra la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución; circunstancias que no concurren en el contrato de autos y sí las propias del contrato de opción de compra con pacto adicional de poder traspasarla a un tercero, sin que, en consecuencia, mediara la infracción de los artículos mencionados en el recurso sobre contratos en general o sobre indemnización por su incumplimiento, pues a ellos se atuvo la Sala sentenciadora, que los interpretó con rectitud, ni tampoco infringió la doctrina legal contenida en las sentencias que invoca, por contraerse éstas a situaciones que no guardan relación con lo debatido en autos y se limitan a distinguir y diferenciar el contrato de opción de compra con el de promesa de venta o de comisión mercantil, extremos distintos al debatido.

13. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: *No se deja al arbitrio del deudor cuando lo que se pacta es que el comprador debe abrir un crédito bancario al tener conocimiento de la facturación de la mercancía y el vendedor realizar la siguiente al serle comunicada la apertura.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: NECESIDAD DE NEGLIGENCIA O MOROSIDAD: *Cuando es debido a un error de cálculo de las partes que fijaron un tiempo insuficiente para la ejecución del contrato, sin que haya intervenido culpa o morosidad, no hay incumplimiento voluntario ni derecho a indemnización, sino imposibilidad de cumplimiento. [Sentencia 20 febrero 1954.]*

El T. S. da lugar al recurso por las siguientes razones:

Considerando: Que entre don E. V. y don F. A., éste con el nombre comercial de «Hijos de A. A.», se perfeccionó un contrato de compraventa mercantil, mediante el cual el primero vendió al segundo diez vagones de jabón de tocador, marca «C.», al precio de seis pesetas con treinta céntimos kilo, situada la mercancía sobre vagón L. o R., con el destino que se indicase a abrir los créditos para su pago, y cuya facturación había de tener lugar desde el 18 de mayo de 1945, al de junio del mismo año, verificándose el pago a medio de créditos que el comprador abriría en cualquier Banco de G., para cobrar contra entrega de talones de facturación, en la forma siguiente: se abriría el primer crédito por el importe de un vagón de 10.000 kilogramos, y tan pronto fuese éste facturado se abriría otro crédito por el importe de otro vagón, y así sucesivamente hasta completar la total facturación de los diez vagones contratados Y comenzada y continuada la

ejecución del contrato en la forma que se había pactado de entregas sucesivas y escalonadas. se facturó el segundo vagón el día 11 de junio de 1945, abriendo el comprador el día 16 del mismo mes un nuevo crédito, valédoro hasta el día 20, por el importe de los ocho vagones que faltaban, poniéndolo en conocimiento del vendedor el día 18, crédito que fué retirado al no verificar el mismo vendedor el envío de dichos ocho vagones dentro del plazo señalado para la total ejecución del contrato, que terminaba, como queda dicho el día 20:

Considerando: Que la sentencia recurrida reconociendo—al aceptar los considerandos de la primera instancia—que el estado de retraso, en que con relacion al plazo estipulado, se hallaban las operaciones del contrato, el día 16 de junio de 1945 no fué debido a negligencia de ninguno de los contratantes, estima que el comprador cumplió sus obligaciones dentro del plazo, al abrir en dicho día un crédito por los ocho vagones que aún faltaban entonces para completar la total entrega, y que al no proceder el vendedor a su facturación dentro de dicho plazo ni comunicar al otro contratante que mediara causa de fuerza mayor que se lo hubiera impedido o algún motivo para resolver el contrato, dejó incumplidas por su parte las obligaciones que le incumbían para la ejecución total del mismo, le condena a la indemnización de daños y perjuicios, derivados del incumplimiento parcial;

Considerando: Que dado el mecanismo que las partes estipularon en el relacionado contrato, ni el comprador había de abrir créditos por importe superior al precio de un vagón, ni el vendedor tenía que facturar más que un vagón después de la apertura de cada crédito; y, por lo tanto, si no era posible antes de finalizar el plazo fijado para el total cumplimiento, ultimar su ejecución en la forma pactada, no cabe sostener como se sostiene por el Tribunal «a quo», que no se opone a lo mutuamente convenido que el comprador, mediante la apertura de un crédito por el precio correspondiente a ocho vagones, pudiera exigir al vendedor que verificase en los dos días que faltaban para el vencimiento del plazo la facturación de una sola vez, de dichos vagones, ya que nada se estableció en tal sentido, para el supuesto de imposibilidad de total ejecución dentro de las fechas señaladas; y dada la claridad de los términos del contrato, lo establecido por las partes, tiene fuerza obligatoria y ha de cumplirse en la forma estipulada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.258 y 1.261 del Código civil, que resultan infringidos en la sentencia recurrida, y cuya violación se alega en el primer motivo del recurso, al desconocer la ineludible obligatoriedad de lo convenido en términos claros en cuanto a la forma de ejecución de las prestaciones, y establecer que pudo prescindirse de las condiciones fijadas al efecto si no podían realizarse dentro del plazo señalado, concediendo de este modo al factor tiempo una preponderancia que sólo podría tener en caso de que fuese el factor principal determinante de la operación, pero al no ser así, ha de subordinarse su importancia al de las condiciones estipuladas, máxime si resulta imposible cumplirlas en el plazo señalado;

Considerando: Que al apreciar la Sala sentenciadora que de no admitirse la facultad de apertura de crédito superior, al importe de un vagón, o la facturación plural de éstos para que el contrato pudiera cumplirse en el plazo estipulado, se dejaría el cumplimiento al arbitrio de los contratantes, infringe el artículo 1.256 del Código civil, cuya violación se denuncia también en el primer motivo del recurso, porque el cumplimiento escalonado de las recíprocas obligaciones no facultara simplemente, sino que imponía al comprador la de la apertura de créditos al tener conocimiento de una facturación, y al vendedor la de efectuar ésta al serle comunicada dicha apertura;

Considerando: Que son de apreciar asimismo las infracciones que se alegan en el segundo motivo del recurso, en cuanto a la aplicación indebida de los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, y 61, 63 y 329 del Código de Comercio, porque estableciendo el Tribunal de Instancia que de las pruebas practicadas no aparece que ninguna de las partes haya procedido con negligencia ni morosidad, el hecho de que el vendedor Sr. V. no hubiese podido entregar los ocho vagones en el plazo estipulado, sin que, por otra parte, pudiera exigirsele la entrega de una sola vez, no envuelve incumplimiento voluntario de lo pactado, que haga aplicable el artículo 1.124 del Código civil, ni puede servir de fundamento a una reclamación de perjuicios al amparo del artículo 1.101 del Código civil y los citados del Código de Comercio, por cuanto toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad de Agente de las causas que pudieran producirlos;

Considerando: Que por todo lo anteriormente expuesto, procede estimar los motivos de casación alegados en el presente recurso.

14. FORMA DE LOS CONTRATOS: *Tratándose de compras repetidas en almacén, que no constituyan un efectivo contrato de suministro con plazo marcado y precios fijos, no es necesaria la prescripción del art. 1.280, de haberse de formalizar por escrito la dicha convención contractual. [Sentencia 18 noviembre 1953.]*

15. CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: ACCESO A CASACIÓN: *Aunque estén normalmente atribuidas al juzgador de instancia las facultades de interpretación, ello no ha de entenderse en sentido tan estricto que impida el acceso a casación cuando la interpretación adolezca de equivocación o infrinja los preceptos legales.*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: *No es sólo la naturaleza de los contratos lo que determina los derechos y obligaciones de los contratantes, sino fundamentalmente los pactos en que cristaliza su voluntad. [Sentencia 8 febrero 1954.]*

16. CONTRATOS CONEXOS: RELACIÓN DE DEPENDENCIA: *Cuando se pacta la cesión de una extracción de tierras y la de un local para el almacenaje de*

lo extraído, hay un solo y único contrato con un pacto principal —la cesión de tierras— y un pacto accesorio —el arrendamiento del local—, el cual forma con el primero una unidad íntima y sigue su misma suerte, sin que quepa pedir, al extinguirse toda relación, la continuidad o prórroga del arriendo del local al amparo de la L. A. U. [Sentencia 9 febrero 1954.]

17. COMPRAVENTA: SUBASTA VOLUNTARIA: VALOR DE LOS ANUNCIOS: *Constituyen una verdadera «pollicitatio» y a ellos, sin posible modificación, ha de ajustarse rigurosamente la venta.*

COMPRAVENTA: SUBASTA VOLUNTARIA: SUJETOS DEL NEGOCIO: *Cuando en los anuncios la entidad encargada de la subasta hace constar que la venta se realiza por cuenta y orden del propietario, aunque omita su nombre, e indica que los títulos de propiedad se hallan en sus oficinas, y cuando en el acta notarial se consigna el nombre de dicho propietario, debe entenderse que el negocio jurídico se realiza entre éste como vendedor y el rematante como comprador.*

COMPRAVENTA: DERECHO DE SUSPENSIÓN DE LA ENTREGA DEL PRECIO POR EXISTENCIA DE GRAVÁMENES EN LA COSA: *Cesa y resurge la obligación de pagar, cuando es el comprador quien impide su cancelación por uno de los medios más sencillos, como es la aplicación a ello del precio de la compra.*

CONTRATOS: RESOLUCIÓN: *La facultad concedida por el artículo 1.124 del C. c. no puede ejercitarla el contratante que ha incumplido sus obligaciones.* [Sentencia 8 marzo 1954.]

18. RETRACTO DE COLINDANTES: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Siendo una acción real la del retracto, dirigida a obtener el otorgamiento de la escritura y la entrega de la cosa, debe formularse contra el poseedor de ella, pero ha sentado la jurisprudencia que, para preservar la acción cuando haya habido varias transmisiones, pueda formularse contra el primero y sucesivos adquirentes.*

RETRACTO DE COLINDANTES: LEGITIMACIÓN ACTIVA: VENTA Y PERMUTA SUCESIVA: *Aunque el comprador de la cosa objeto del retracto la transmita por permuta, al segundo adquirente, por traer causa del primero, le alcanzan por igual las consecuencias de la resolución del primer contrato, que estaba afecto al derecho de retracto cuando se celebró, derivadas de su naturaleza de derecho real.*

RETRACTO DE COLINDANTES: PLAZO: *Comienza a contarse desde la inscripción en el Registro, no desde el momento de la presentación del título.* [Sentencia 27 febrero 1954.]

19. RETRACTO DE COLINDANTES: NACIMIENTO DE LA ACCIÓN: TRADICCIÓN FICTA: *La acción de retracto no nace hasta que la venta o dación en pago se ha consumado por entrega real o ficta de lo enajenado. La entrega ficta se*

puede entender realizada por el otorgamiento de escritura pública y no del documento privado de venta. [Sentencia 14 noviembre 1953.]

20. **RETRACTO DE COLINDANTES: PRECIO ESTIPULADO:** *A él hay que atenerse exclusivamente, y no al mayor o menor que atribuyen los peritos al predio. Discutido el precio, pues mientras el retrayente sostiene que consistió en 23.000 pesetas, según figura al liquidar el impuesto de derechos reales, y el demandado afirma que conforme al contrato extendido en otro documento privado que acompañaba, fué el de 90.000 pesetas, no puede invocarse por el demandado que la sentencia estimatoria del retracto por precio de 23.000 pesetas infrinja los artículos 1.225 y 1.218, pues como el retrayente ni suscribió ni ha reconocido en ningún momento el segundo de dichos documentos privados, carecen de aplicación para él las normas expuestas. [Sentencia 1.º diciembre 1953.]*

OBSERVACIONES: En la enajenación que dió origen a la acción de retracto se otorgaron por las partes dos documentos privados: uno con precio de 23.000 pesetas y otro con el precio real de 90.000. Se pretendía por el demandado que sirviera aquél en cuanto al precio a efectos de liquidación del impuesto de Derechos reales; y este segundo en cuanto a la consignación del precio por el retrayente. Ocioso es advertir que dicho segundo documento no fué presentado a liquidar derechos reales.

Sorprende la osadía que supone hacer constar en el escrito de contestación a la demanda que el precio de la compraventa fué de 90.000 pesetas, «si bien, como es costumbre, y al objeto de evitar que el Impuesto de Derechos reales fuera excesivo, se declaró a la Oficina liquidadora de dicho impuesto la cantidad de 23 000 pesetas».

No deja de ser extraño también que el Juzgado ante quien se hizo tan paladina y desvergonzada confesión de fraude, y ante quien se presentó el segundo documento no rechazase éste y no se dedujera testimonio para remitir a la autoridad competente que sancionase aquella defraudación.

21. **RETRACTO GENTILICIO EN EL DERECHO ARAGONÉS: REQUISITOS:** *En el Derecho foral aragonés, como en el Derecho común, siendo real la acción de retroventa no puede ser puesta en ejercicio mientras la venta o dación no haya sido consumada por la tradición real o ficta de la finca enajenada.*

Del sentido literal del artículo 76 del apéndice foral y de su combinación con la regla cuarta del artículo 36 del mismo cuerpo legal se deduce que será de abolengo la finca heredada del ascendiente común al adquirente, que después vende, y al pariente del vendedor dentro del sexto grado de consanguinidad legítima que intente retraer, expresión a la que no cabe atribuir otro significado que el de relación inmediata y directa.

DERECHO DE PREFERENCIA ENTRE RETRACTOS: *No cabe un retracto sobre retracto, pero sí cabe que cuando se ataca con un retracto el contrato de compra de quien tiene derecho a retraer oponga éste su preferencia. [Sentencia 17 febrero 1954.]*

HECHOS: X. vende una finca que ha heredado de su tío, quien a su vez la heredó de su padre, a su hermano A; Y. retrae arrendaticialmente, dándose en primera y segunda instancia la razón al retrayente. Dentro del plazo de nueve días, a partir de la sentencia de la Audiencia, interpone A

retracto gentilicio contra Y. La Audiencia accedió a su demanda de retracto. Recurriendo Y. en casación, el T. S. admitió el recurso, declarando haber lugar al mismo. Declara:

Considerando II: Que el ejercicio de la acción de retracto legal requiere la concurrencia del elemento real de que exista una venta o una donación en pago, tanto en Derecho común como en Derecho foral de Aragón, se gún prescriben los artículos 1.521 del Código civil y 76 de su Apéndice de Derecho aragonés, y este requisito fundamental no concurre en el caso debatido, puesto que no se actúa de modo inmediato frente a una venta o dación en pago, sino frente al pronunciamiento de la sentencia que puso término a un retracto arrendaticio, pretendiéndose en este pleito la declaración, no precisamente del derecho a retraer, sino el derecho de preferencia a la subrogación en el puesto del retrayente arrendaticio; preferencia que pudo ser alegada y se alegó en el pleito que el ahora demandado y recurrente promovió al amparo del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que concede primacía al retracto gentilicio sobre el arrendaticio; y la alegación no prosperó en aquel procedimiento, aquietándose el entonces demandado y comprador ante el fallo adverso en segunda instancia, sin interponer el posible recurso extraordinario que le permitiera impugnar la argumentación jurídica determinante de aquel fallo, y así se creó la situación procesal anómala de un comprador vencido en juicio de retracto que entabla otro retracto sobre preferencia de su derecho a retraer, lo que en su caso podría ser discutido en procedimiento declarativo distinto, con la singularidad, además de que, siendo real la acción de retracto, no puede ser puesta en ejercicio mientras la venta o dación no haya sido consumada por la tradición real o ficta de la finca enajenada, y esta oportunidad en el ejercicio de la acción no se da en el presente pleito, puesto que, de modo prematuro se formuló la demanda dentro de los nueve días siguientes al de la firmeza del fallo recurrido en el primer juicio sin constancia ni alegación siquiera de que se hubiese otorgado la escritura pública de retroventa derivada de aquel fallo. (S. M.)

22. COMODATO: SU DIFERENCIA DEL PRECARIO: S. 30 junio 1953.

23. PRÉSTAMOS USURARIOS: FACULTADES JUDICIALES EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA *La amplia facultad que al juzgador otorga el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 determina que no se halle aquél sujeto al rigorismo de la prueba tasada y pueda para formar su convicción rebasar los límites que le señala la Ley procesal para apreciar los elementos probatorios aducidos al pleito.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

24. PRÉSTAMOS USURARIOS: SU NULIDAD: LEY DE 23 DE JULIO DE 1908: REQUISITOS: *La desorbitada desproporción de los intereses exigidos sigue siendo, por sí sola, para este Tribunal causa de nulidad de los préstamos, sin que sea necesario que concurren todas las circunstancias que enumera el artículo 1.º de dicha Ley.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

25. PRÉSTAMO: LEY DE LA USURA: *Ateniéndose a los hechos sentados por la Sala de que en modo alguno el prestatario convino el préstamo por motivos de angustiosa situación, inesperienza o limitación de sus facultades mentales, afirmaciones no desvirtuadas en lo más mínimo por el recurrente que pretende suplantar con su propio criterio el de la Audiencia, hay que desestimar el recurso. [Sentencia 5 diciembre 1953.]*

26. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PRECIO CIERTO. [Sentencia 9 diciembre 1953.]

27. CONTRATO DE OBRA: CLÁUSULA DE AUMENTO DE PRECIO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Celebrado un contrato de obra en que el contratista se obliga a ejecutarla por un precio alzado, tiene éste, no obstante, derecho a exigir aumento cuando el presupuesto formado por ambas partes —que, según la Sala de instancia, era parte integrante de aquel contrato— contenía una cláusula previsiva de tal aumento si lo experimentaban también la mano de obra y los materiales.*

El pago por el dueño de la mayor parte del precio presupuestado con arreglo a los citados aumentos, patentiza su conformidad, lo que no le permite ir contra sus propios actos.

CLÁUSULA PENAL MORATORIA: FUERZA MAYOR: *No procede exigir la pena cuando la misma cláusula que la establece excluye el supuesto de fuerza mayor, habiéndose probado en el pleito la concurrencia de esta circunstancia. [Sentencia 19 junio 1953.]*

El dueño de la obra que pagó puntualmente las certificaciones de obra que le fué presentando el contratista, alegó después en la demanda que las cantidades entregadas lo fueron a cuenta, sin que dichas entregas le priva sen del derecho de impugnar la liquidación final y de aprobar la obra. Las sentencias de instancia y el T. S. no lo entendieron así.

28. MANDATO: CARÁCTER GRATUITO: EL ARTÍCULO 1.711, PÁRRAFO SEGUNDO: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PRECIO CIERTO: *Reclamada por un administrador, con independencia de su sueldo una retribución especial por ciertos trabajos realizados, si no hubo pacto sobre su retribución ni tales actividades constituían la ocupación habitual del actor, no infringe el art. 1.711, párrafo 2.º, la sentencia desestimatoria de dicha demanda. Y la misma falta del pacto previo de retribución por dichos servicios unido a que su excepcional naturaleza no permite fijar su importe por costumbre o uso frecuente del lugar en que se prestaron, supone la ausencia del precio cierto, elemento que exige el art. 1.544 para que exista un contrato de arrendamiento de servicios. [Sentencia 9 diciembre 1953.]*

29. SOCIEDAD: FORMA: RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS: *El contrato de sociedad es consensual y surge a la vida del derecho, aunque restringida su eficacia a las relaciones entre socios, desde el momento en que concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa que señala el artículo 1.261 del C. c., no teniendo otro efecto los requisitos de forma y aprobación gubernativa que crear un ente con personalidad ante terceros.*

SOCIEDAD: FALTA DE APORTACIÓN DEBIDA: *Constituye un incumplimiento de la obligación y determina la posibilidad de ejercicio de las acciones de resolución o reclamación del cumplimiento, pero no afecta a la validez originaria del contrato.*

SOCIEDAD MUTUALISTA: CARÁCTER COMPLEJO: *Cuando los interesados, taxistas de profesión, aportan a la sociedad que forman sus vehículos con sus accesorios, para prevenirse, participando en las pérdidas, del peligro de requisas o incautación se crea una relación compleja de seguro mutuo y sociedad que puede llamarse sociedad mutualista.*

VICIOS DE VOLUNTAD: COACCIÓN: TEMOR AMBIENTAL: *La estimación de la prestación libre del consentimiento corresponde a la Sala sentenciadora y ha de ser impugnada en forma oportuna. [Sentencia 23 marzo 1954.]*

30. CLÁUSULA COMPROMISORIA CON DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS: UNIDAD DE TODO EL CONTRATO: NULIDAD: *Aunque nada impide que la cláusula compromisoria contenga estipulaciones propias del contrato de compromiso, como es la designación de los comunes amigos, la compleja cláusula ha de ser enjuiciada en su unidad, y si al fijar el número de árbitros se vulnera el art. 828 en relación con el 791 de la LEC, es nulo todo lo estipulado conforme al artículo 4.º del C. c.*

LEY DE ARBITRAJE: DERECHO TRANSITORIO: *No es aplicable a los problemas de derecho material y procesal planteados en juicio con anterioridad a su propia vigencia*

INCONGRUENCIA: *Incorre en ella el juzgador cuando se declara incompetente con base en una cláusula compromisoria que, aunque aludida por las partes en sus escritos, no ha sido objeto de las pretensiones de ninguna de ellas. [Sentencia 3 marzo 1954.]*

31. COMPROMISO: EXCESO Y OMISIÓN DEL LAUDO: *El plantamiento por los amigables compondores de una cuestión de competencia y su consiguiente abstención no significa exceso de su decisión ni resolución de cuestiones nuevas o de índole no susceptible de compromiso, sino, en todo caso, omisión de fallar alguna de las cuestiones sometidas a su conocimiento que, según reiterada jurisprudencia, no da lugar a recurso de casación. [Sentencia 9 noviembre 1953.]*

32. COMPROMISO: INTERPRETACIÓN: *La frase «hasta el presente» consignada en la escritura de compromiso, debe entenderse hasta el momento de dictarse el laudo no hasta el del otorgamiento de la escritura. [Sentencia 12 febrero 1954.]*

33. PRECONTRATO DE COMPROMISO: EFICACIA SEGÚN EL C. C.: *La negativa del obligado y su oposición al requerimiento para el nombramiento de los amigables compondores deja expedita la jurisdicción ordinaria. No puede opo-*

ner la excepción de incompetencia de jurisdicción quien se negó a hacer posible el juicio de amigables componedores.

COMPROMISO: MOMENTO DE DETERMINAR LA CUESTIÓN DEBATIDA: *Es el del otorgamiento de la escritura de compromiso y no al practicarse el requerimiento para otorgarla. [Sentencia 9 noviembre 1953.]*

34. CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y CULPA PENAL: SUS DIFERENCIAS: *Es reterrada la jurisprudencia que viene declarando que la responsabilidad penal derivada de la imprudencia temeraria se diferencia de la nacida de culpa o negligencia por concurrir en aquélla y faltar en ésta las notas de tipicidad y punibilidad, de lo que es consecuencia que se rigen por preceptos diferentes y están sometidos a jurisdicciones distintas e independientes en su actuación, por lo que la sentencia absolutoria de la jurisdicción criminal no prejuzga la responsabilidad civil que del mismo hecho puede derivarse.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: *La muerte de un hijo imputable a culpa o negligencia de otra persona ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esa causa el auxilio que les prestaba o podía prestarles más adelante en caso necesario, por lo que les asiste el indiscutible derecho de ejercitar la acción de daños. [Sentencia 27 abril 1953.]*

35. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL JUZGADOR: *La calificación jurídica de que un acto u omisión sea constitutivo de culpa o negligencia en el agente, es de la libre estimación del juzgador de instancia, que sólo puede ser impugnado en casación por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 LEC demostrando el error de hecho o de derecho que acrediten su evidente equivocación. [Sentencia 27 junio 1953.]*

36. ARRENDAMIENTO CON PARTICIPACIÓN EN PÉRDIDAS Y GANANCIAS: NATURALEZA JURÍDICA: *La cláusula de participación del arrendador en las pérdidas y ganancias que el arrendatario obtenga en la explotación del negocio arrendado no modifica ni altera la naturaleza del arrendamiento, sino que coexiste con él rigiéndose ambos pactos por sus reglas especiales, sin que pueda afirmarse que la relación de arrendamiento se ha transformado en aparcería y en sociedad, ni que esta cláusula produce la novación del arriendo anterior.*

CLÁUSULA PENAL: *No infringe el artículo 1.153 del C. c. la Sala, cuando, admitiendo el incumplimiento de la obligación, condena al deudor a perder lo que dió en garantía o se estipuló como pena, aunque sea superior a lo incumplido. [Sentencia 21 enero 1954.]*

ANTECEDENTES: Don J. R. y don A. F. celebraron un contrato por virtud del cual don A. F. cede a don J. R. la explotación de una industria hotelera por un tiempo determinado, cinco años y precio cierto, 115.000 pe-

setas anuales más el 10 por 100 de los beneficios que don J. R. obtuviera con la explotación del hotel. Días más tarde, para obviar unas diferencias, pactan lo que llaman contrato «adicional», en virtud del cual el tiempo de la cesión se reduce a un año, el precio es de 115.000 pesetas y don A. F. participa en el 50 por 100 de los beneficios y pérdidas que don J. R. obtenga con la explotación, teniendo derecho a opinar sobre la marcha del asunto y a situar un empleado cajero que intervenga los cobros y pagos.

Don J. R. reclama a don A. F. el cumplimiento de sus obligaciones, y el Juzgado de Primera instancia en el problema que aquí interesa—, la calificación de la relación que entre ambos existe—, entiende que el segundo pacto novó al primero y que el arrendamiento fué sustituido por una sociedad civil.

La Audiencia revoca el fallo del Juzgado en el sentido de declarar que el segundo pacto no es incompatible con el primero y que, en consecuencia, subsiste el arrendamiento modificado sólo en el tiempo de su duración.

Se interpone recurso de casación basado en los siguientes motivos: 1.º Inaplicación del artículo 1.579 del C. c. sobre negocios parciales. 2.º Infracción del artículo 1.203 sobre novación. 3.º Infracción del artículo 1.153 sobre cláusula penal que se adicionó al contrato

El T. S. declaró no haber lugar. He aquí las razones:

1.º Considerando: Que no hay discrepancia entre los litigantes en punto a la celebración del contrato suscrito de 29 de septiembre de 1944, mediante el cual fué dado en arrendamiento por el demandado A. F. al demandante J. R. un edificio y accesorios con destino a la industria hotelera, pactándose que el contrato duraría cinco años y el precio estaría representado por 115.000 pesetas anuales, más el 10 por 100 de participación en los beneficios líquidos, siendo adicionado este contrato el 9 de octubre siguiente con estipulaciones, como más importantes, sobre reducción del plazo a un año y participación del arrendador en el negocio hotelero, cifrado en el 50 por 100 de pérdidas y ganancias, y ante estos hechos fundamentales el tema básico del litigio tiende a dilucidar si el pacto del 9 de octubre extinguió totalmente por novación lo convenido sobre arrendamiento el 29 de septiembre, dando vida a un nuevo y único contrato de sociedad o aparcería—tesis del actor J. R., mantenida en el presente recurso—, o si, por el contrario, subsistió el arrendamiento, sólo modificado en cuanto al plazo de su duración, y adicionado con cláusula sobre participación de los contratantes en el resultado próspero o adverso de la explotación del hotel, compatible con el arrendamiento—tesis de la sentencia recurrida—.

2.º Considerando: Que en santos principios jurídicos sería razonable la apreciación de que, por virtud de lo convenido el 9 de octubre, el arrendamiento suscrito el 29 de septiembre quedó modificado no sólo en cuanto a su duración, sino también en lo referente al precio, puesto que la prestación complementaria y aleatoria en favor del arrendador del 10 por 100 de las ganancias que se obtuviesen en la explotación del negocio arrendado, fué sustituida por la participación del arrendador en la mitad de los beneficios o pérdidas, incompatible objetivamente con la primitiva participación única del 10 por 100 en las ganancias; pero si esta modificación del precio originario del arriendo pudiera conducir a la novación parcial de una de las condiciones esenciales del primer contrato, es lo cierto que ni afectaría

a ninguno de los pronunciamientos del fallo recurrido, ni sería determinante de la extinción completa, cual propugnan los motivos primero y segundo del recurso, de las restantes obligaciones fundamentales del arrendamiento: Primero, porque se mantuvo el precio cierto en dinero de las 115.000 pesetas al año, de las que fueron pagadas después del 9 de octubre, sin protestas ni reclamación alguna de los contratantes, la mayor parte de aquella suma, lo que claramente revela la intención de mantener vivo el precio cierto del arriendo; segundo, porque se mantuvo también la cesión del uso y disfrute del hotel por el arrendatario, según se infiere de la cláusula tercera del convenio adicional que alude a los beneficios o pérdidas que tenga el arrendatario J. R., en virtud del contrato de arrendamiento, sin que obste a esta apreciación la circunstancia de que se reconociese al arrendador la facultad de opinar y de situar un empleado cajero que interviniese los pagos y cobros, pues tal facultad tiende como finalidad única a controlar la explotación de la industria por el arrendatario, a efectos de la participación del arrendador en pérdidas y ganancias; y tercero, porque no puede entenderse sustituida la relación arrendaticia por un nuevo y único contrato de sociedad o aparcería, toda vez que, efectuada la entrega del hotel para su uso y disfrute a J. R., a cargo del cual habría de correr la explotación del negocio, el arrendador A. F. no hizo aportación alguna de dinero, bienes o industria, para que pudiera considerarse pactado un contrato de sociedad o aparcería a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.579 y 1.865 del Código civil, concurriendo sólo la circunstancia agregada por el convenio de 9 de octubre de llevar el arrendador una participación en el resultado próspero o adverso de la explotación del hotel por el arrendatario, y este pacto agregado o yuxtapuesto no desvirtúa el contrato típico de arrendamiento, ni es con él incompatible, sino que conviven y se gobiernan en tratamiento jurídico por sus normas contractuales respectivas, y, en consecuencia, no ha cometido el juzgador de instancia la infracción de los artículos 1.203 y 1.579 del Código civil en los términos que acusan los motivos primero y segundo del recurso.

3.º Considerando: Que son también desestimables los restantes motivos de casación; el tercero, porque no es exacto que la Sala sentenciadora haya impuesto al arrendatario el pago conjunto del tercer plazo del precio del arriendo y el de las 50.000 pesetas estipuladas como cláusula penal para el caso de incumplimiento del contrato por cualquiera de los contratantes, pues si bien es cierto que en la sentencia recurrida se acusa el incumplimiento del contrato por falta injustificada del pago de las 28.750 pesetas del tercer plazo, y esta falta determinó el pronunciamiento sobre pérdida por el arrendatario de las 50.000 pesetas entregadas al arrendador por razón de la penalidad pactada, también lo es que la sentencia impugnada se abstuvo de gravar a la vez al arrendatario con el pago del tercer plazo, seguramente porque con acierto estimó que este pago quedaba sustituido por el de las 50.000 pesetas previstas para el caso de incumplimiento, y, por lo mismo, no resulta infringido el artículo 1.153 del Código civil.

OBSERVACIONES: La admisión de un arrendamiento con participación del

arrendador en los beneficios y pérdidas del negocio arrendado es, a primera vista, sorprendente y un poco extraña. Si la participación, se considere yuxtapuesta o contenida en el arrendamiento, tiene alguna causa, es precisamente el arrendamiento. O es precio del arrendamiento o es una donación. Y si es precio del arrendamiento, es muy difícil pensar que éste ha cumplido el requisito de certidumbre del precio que le exige el artículo 1.543 del Código civil. El precio o parte de él no tiene este carácter de certidumbre. No puede haber arrendamiento.

La tesis del contrato de sociedad parece más lógica. Hay distribución de pérdidas y beneficios y gestión común. Luego hay sociedad. Y, sin embargo, choca también con algún inconveniente: porque si el propietario recibe un precio cierto—115.000 pesetas—por la cesión o entrega de la explotación, no verifica aportación alguna a este negocio común. Y si aporta la empresa funcionando ya, es muy difícil determinar en qué concepto recibe la cantidad indicada.

No es ésta la hora de estudiar la naturaleza jurídica del contrato, sino simplemente la de hacer notar la disonancia de la solución del T. S. y la extrañeza que produce la existencia de un arrendamiento en el que el arrendador participa en las pérdidas y ganancias del arrendatario.

37. ARRENDAMIENTO: CONSERVACIÓN DEL CARÁCTER DE ARRENDATARIO: *Convenida la cesión de uso y disfrute de fincas, por tiempo de seis meses, mediante el pago de mil pesetas en concepto de renta, el simple transcurso del tiempo sin devolver los bienes disfrutados no supone que el arrendatario pase a la condición de precarista, sino que continúa ostentando el mismo carácter hasta que sea lanzado y desposeído, subsistiendo hasta entonces la obligación de pagar la renta y las demás inherentes a la relación arrendaticia.*

PREARIO: CONCEPTO: *El concepto de precario es extensivo tan sólo a la posesión material de bienes ajenos, sin título y sin pagar merced. [Sentencia 7 octubre 1953.]*

CONCORDANCIAS.—V. de 10, 22 y 27 de noviembre de 1952.

38. ARRENDAMIENTO: PLURALIDAD DE CONTRATOS: *Cuando no sólo las fechas, sino también los objetos—dos locales totalmente independientes—y las rentas son absolutamente distintos, existen dos contratos distintos de arrendamiento sin que signifique nada que los recibos para justificar el pago de ambas rentas se extiendan por la cantidad total.*

NOVACIÓN: EXTENSIÓN DE UN SOLO RECIBO: *La extensión de un solo recibo justificativo del pago de una cantidad, que es la suma de las debidas por el mismo deudor al mismo acreedor, aunque por títulos distintos, no es suficiente en derecho para suponer novadas las obligaciones precedentes por una sola cuyo importe sea la suma de aquéllas. [Sentencia 8 octubre 1953.]*

39. ARRENDAMIENTO: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL COMUNERO ARRENDADOR: *El comunero arrendador, que ha venido administrando sin oposición de los demás condueños, está legitimado para ejercitar la acción de desahucio, que no puede ser enervada por la circunstancia de que los demás*

condueños no han intervenido en el contrato ni en la acción, toda vez que el arrendamiento no es un acto de disposición, sino de administración.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUSPENSIÓN DE LOS JUICIOS DE DESAHUCIO: EFECTOS: La suspensión de los juicios de desahucio, ordenada en los Decretos Leyes de 24 de enero y 7 de julio de 1944 y la Orden de 8 de noviembre de 1944, tuvo como consecuencia que, durante los plazos en ellos establecidos, no surtieran efecto ni las demandas en tramitación, ni las que pudieran presentarse, ni los actos preparatorios de dichas demandas. Tales actos y demandas no deben por ello considerarse nulos, sino simplemente ineficaces hasta el momento de alzarse la suspensión, desde el cual producen todos sus efectos jurídicos normales.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBLIGACIÓN DE REPRODUCIR LOS REQUERIMIENTOS DENEGATORIOS DE LA PRÓRROGA ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LAU: Esta obligación, establecida en la disposición transitoria 15 de la Ley, tiene por objeto ajustar a sus normas los requerimientos anteriores y se refiere solamente a los que no hubieran dado lugar a contienda judicial porque, en otro caso, supondría la anulación de todos los procedimientos incoados al amparo de la legislación anterior, consecuencia que choca con la disposición transitoria 16, según la cual dichos procedimientos deben acomodarse a las nuevas normas procesales, pero en ningún caso quedar anulados. [Sentencia 2 mayo 1953.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: CONCURRENCIA EN UN SOLO ARRENDAMIENTO DE UN NEGOCIO INDUSTRIAL Y UN LOCAL PARA NEGOCIOS: Ante la concurrencia en un solo arrendamiento de un negocio industrial preexistente y locales para negocio o vivienda, o sea, en supuestos en pugna de normas, se han de aplicar, para mantener la integridad del contrato, las que correspondan al elemento objetivo predominante, que será el que por su naturaleza o por razón de la finalidad perseguida por los interesados llevase a éstos a la conclusión del pacto.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: Es intrascendente a los fines de la calificación del arrendamiento, que el negocio viniera explotado en régimen de empresa, por personas distintas de la arrendadora, puesto que lo esencial, a estos efectos, es su preexistencia y la posibilidad de continuar el arrendatario la explotación de igual forma.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: Para calificar un contrato como arrendamiento de negocio o industria no es obstáculo la estipulación relativa a ser de cuenta del arrendatario el personal para el servicio de la misma industria. [Sentencia 21 noviembre 1952.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OFICINA Y LOCAL DE NEGOCIO: El local en que los empleados de una Compañía verifican los trabajos de extensión de re-

cíbos a los abonados y por el que éstos pasan a recogerlos cuando no han sido abonados en el domicilio, y para lo cual dichas dependencias tienen la correspondiente ventanilla, es una oficina y no un local de negocio. [Sentencia 20 octubre 1953.]

42. ARRENDAMIENTO URBANO: NATURALEZA DE LOS ALMACENES: Los almacenes que conforme al artículo 10 de la LAU tienen consideración legal de vivienda se asimilan al local de negocios cuando son medio indispensable para el ejercicio de una industria o comercio. [Sentencia 18 mayo 1953.]

43. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: Cuando se cede un edificio y la maquinaria adecuada de un molino harinero ya en funcionamiento, ejerciendo además el arrendador la industria de la molturación, hay arrendamiento de industria y no de local de negocio.

PROCEDIMIENTO: ALTERACIONES: El hecho de iniciarse con arreglo a la ley común y de proseguirse en apelación por los trámites y normas de la LAU es una infracción de orden procesal, que ni puede dar lugar a recurso de injusticia notoria ni infringe el art. 4.º del C. c. [Sentencia 2 marzo 1954.]

44. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO INDEBIDO DE LA RENTA: No se admitirá la demanda cuando el arrendador solicita en ella un aumento de la renta inferior al que notificó al inquilino y causó su negativa. [Sentencia 24 abril 1953.]

El T. S. declara haber lugar al recurso, señalando que «no es dable al arrendador proponer una elevación excesiva y, ante la oposición al pago del arrendatario, ejercitar cualquiera de las acciones que otorga el artículo 131 de la LAU, rectificando la propuesta a base de pedir una cantidad inferior a la pretendida, al amparo del 129, porque si eso fuera lícito se habría arbitrado un medio expedito para resolver los contratos, o sancionar con una forzosa imposición de costas, al arrendatario que no se negó nunca al abono de la cantidad que en la demanda se le reclama; razón por la cual el artículo 131 estatuye que se desestimará la demanda, tanto por no proceder aumento alguno, como cuando éste procediera en cantidad inferior a la pretendida». (Considerando 2.º)

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: MOMENTO EN QUE NACE EL DERECHO DE REVISIÓN: El derecho del arrendatario a novar la renta nace desde el momento en que el arrendador no hace la declaración fiscal dentro del trimestre natural siguiente a la fecha del contrato. El supuesto de existencia del derecho de revisión es esta omisión de la declaración fiscal en el plazo señalado y el derecho existe aunque el arrendador la haya realizado, antes de la reclamación del arrendatario, pero fuera ya del plazo fiscal.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE ESTE DERECHO: Cuando en la demanda se solicita solamente la reducción de la merced arrendaticia, son documentos suficientes el contrato de arren-

damiento y el certificado de la Administración de Propiedades en que consta la inexistencia de la declaración relativa al nuevo alquiler. No puede alegarse que siendo el local arrendado resultado de la unión de otros dos, deben presentarse las certificaciones referentes a ambos, que sólo tendrán valor para fijar la cuantía de la reducción, pero no para fundamentar la existencia del derecho que se basa simplemente en la omisión de declaración. [Sentencia 21 mayo 1953.]

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: La comisión de acreedores autorizada por el deudor suspenso para traspasar por el precio ofrecido el local comercial con sus instalaciones, carece de facultades para incluir en dicho traspaso las habitaciones en que el deudor tiene su vivienda, sitas en el mismo piso bajo que el local de negocio. No se puede transmitir más que el local de negocio y sus instalaciones, único punto sobre el que recayó el consentimiento del deudor demandado. [Sentencia 12 diciembre 1953.]

47. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO PREMATURO: La infracción del artículo 47 de la LAU motiva la resolución del contrato de arrendamiento, de la misma manera que la infracción del 45 y, en general, la del capítulo cuarto, como lo expresa sin dar lugar a dudas la causa tercera del artículo 149. [Sentencia 26 marzo 1953.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO GRATUITO: No puede estimarse ineficaz el traspaso por no señalarse precio, porque si bien toda la regulación legal del traspaso de locales de negocio se refiere a los traspasos onerosos, no puede negarse la posibilidad de un traspaso gratuito.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: CONSENTIMIENTO TÁCITO: La doctrina legal según la cual el propietario debe autorizar el traspaso por escrito o con mandatario con poder especial, no tiene aplicación cuando se considera probado que el propietario consintió tácitamente el traspaso al extender el recibo a nombre del nuevo ocupante. [Sentencia 12 diciembre 1953.]

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: INCONSENTIDO: El traspaso de un local de negocio sin consentimiento del propietario es, según el Decreto de 21 de enero de 1936, causa de resolución del contrato.

COSA JUZGADA: LÍMITES JURISPRUDENCIALES: La excepción de cosa juzgada, de gran amplitud en un principio en cuanto a su admisión, ha experimentado notables restricciones dibujadas por la jurisprudencia. No puede oponerse cuando al sentencia anterior desestimó la demanda por falta de presupuestos procesales o cuando dejó de resolver cuestiones de fondo por estimarias no planteadas.

COSA JUZGADA: REQUISITOS: No existe cuando aunque coincidan los sujetos y las pretensiones, es distinta la causa o razón de pedir. [Sentencia 13 octubre 1953.]

50. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO DISIMULADO: DIFERENCIAS CON EL MANDATO: *El contrato por el que una persona encarga a otra la dirección del comercio a que se dedicaba, consignando la obligación de pagar la renta y cediéndole el producto de la explotación mediante el pago de una renta, no puede considerarse como un mandato, siendo un contrato de subarriendo disimulado.* [Sentencia 21 mayo 1953.]

El T. S. declara no haber lugar al recurso, «no siendo posible encuadrar el contrato de batido en la figura jurídica del mandato, como lo hace la Sala, puesto que a ello se oponen los artículos 1.709 y 1.711 del C. c., ya que la supuesta mandataria no actúa por cuenta ajena, sino por cuenta propia como usuaria del local y propietaria de las mercancías que pasan a su dominio por virtud del contrato y, aun en el caso de que se supusiera la existencia de un mandato retribuido al que se alude como excepción en el artículo 1.711 citado, esa retribución es para el mandante en el supuesto legal, y aquí el presunto mandatario es el que tiene que abonar los gastos del mandato como la renta del local y, además, viene a satisfacer una renta diaria al arrendatario, sin que tampoco actúe en modo alguno a nombre del mandante». (Considerando 3.º)

51. SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN: *La cesión o subarriendo de un negocio establecido en determinado local, para continuarse en el mismo la explotación del negocio, implica necesariamente la cesión del goce de dicho local al nuevo titular del negocio.* [Sentencia 6 octubre 1952.]

52. SUBARRIENDO O TRASPASO NO CONSENTIDOS: *La adjudicación mediante precio de un local arrendado por una Sociedad limitada, previa disolución de la misma, a uno de los socios de la misma, facultándose en la escritura de adjudicación para continuar la industria establecida en dicho local, constituye subarriendo o traspaso no consentido, que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.*

CONTINUACIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR EL SOCIO DEL ARRENDATARIO MUERTO: *A los efectos de la aplicación del artículo 73 de la LAU, no cabe asimilar la extinción de una persona jurídica, de la que formaba parte el que pretende continuar el arrendamiento de local de negocio concertado por aquélla, al caso de muerte del arrendatario, del que es socio el continuador.*

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR CESIÓN NO CONSENTIDA: REQUISITOS PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: *El requisito de demandar al cesionario para ejercitar la acción de resolución del arrendamiento por cesión no consentida, sólo es aplicable a los contratos de inquilinato y no a los de arrendamiento de locales de negocio.* [Sentencia 23 diciembre 1952.]

53. SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN CONDICIONAL: *Cuando la autorización para subarrendar mencionada en el contrato de arrendamiento, no ha sido concedida para y simplemente, sino que ha sido subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones —entre otras, la de comunicar y some-*

ter a la aprobación del propietario el hecho del subarriendo mediante carta firmada por el arrendatario y subarrendatario—, y dichas condiciones no han sido cumplidas, resulta evidente que la autorización no puede entenderse otorgada.

SUBARRIENDO: RECLAMACIÓN DE SOBREPREGIOS: Si bien es cierto que la disposición transitoria tercera de la LAU niega al arrendador que, por escrito y con anterioridad a la vigencia de la Ley, hubiera autorizado el subarriendo, el derecho a participar en el precio del mismo o a reclamar los sobrepregios establecidos en la condición transitoria segunda, no es menos cierto que cuando aquella autorización anterior a la Ley y escrita fué subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones y éstas no se han cumplido, la autorización realmente no ha existido, y por ello el propietario tiene derecho a reclamar el sobrepregio. [Sentencia 2 octubre 1953.]

54. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: CAUSA PRIMERA DEL ART. 76 LAU:** A pesar del tenor literal del párrafo c) del art. 77, no es necesario que el matrimonio haya de haberse celebrado antes del requerimiento para el desaloje, pues la necesidad surge desde el momento en que el matrimonio vaya a contraerse, aunque no se haya verificado todavía [Sentencia 20 octubre 1953.]

OBSERVACIONES: Condena aquí el T. S. como absurda la interpretación literal del caso c) de art. 77 LAU, entendiendo que la necesidad existe desde que se proyecta contraer matrimonio. La palabra contraiga del citado párrafo tampoco es, por emplearse en subjuntivo, un apoyo excesivo para la interpretación literal. Otra cosa sería si la ley hubiera dicho: «en el caso en que haya o hubiese contraído matrimonio...»

Se sanciona así la buena doctrina, olvidada en la práctica por algunos Juzgados, sin temor a los posibles fraudes, que ya resultan previstos y condenados por el art. 85 de la misma ley.

Hay que advertir, de todas formas, que en el caso de autos, el matrimonio se había celebrado antes de presentarse la demanda. (D. I.)

55. **ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: POR NECESIDAD DE LA ARRENDADORA:** La apreciación por el juzgador de instancia de la necesidad en que se hallaba la arrendadora de ocupar la vivienda arrendada, no puede combatirse en el recurso de injusticia notoria, basándose en el resultado de la prueba testifical. [Sentencia 28 mayo 1953.]

56. **ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: POR DERRIBO PARA EDIFICAR OTRA FINCA:** La facultad de negar la prórroga legal de un arrendamiento por proyectar el arrendador el derribo de la finca para edificar otra, con las circunstancias expresadas en el artículo 76 LAU, no puede ejercitarse durante el plazo pactado para el arrendamiento, pero sí dentro del transcurso de cualquier de las prórrogas sucesivas. [Sentencia 16 enero 1953.]

57. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIONES A LA PRÓRROGA: REQUISITOS:** Los plazos especiales de preaviso, establecidos en la disposición transito-

fig 10 de la LAU, para ejercer la excepción primera a la prórroga, sólo son aplicables en los supuestos en que el arrendador haya adquirido o adquiriera la vivienda arrendada por título de compraventa. [Sentencia 21 octubre 1953.]

58. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: TRANSFORMACIÓN NO CONSENTIDA: *La transformación de un local arrendado para el ejercicio de una industria, en almacén de primeras materias empleadas en la misma industria, alguna de las cuales —la madera— se almacenaba allí para su desecación, sin que el local arrendado tenga comunicación interior con el edificio a que fué trasladada la industria, es suficiente para la aplicación de la causa cuarta de resolución del art. 149 de la LAU, si dicha transformación fué realizada por el arrendatario sin consentimiento del arrendador.* [Sentencia 22 diciembre 1952.]

59. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN EN LA LAU: TRANSFORMACIÓN: *Convertir un almacén en taller de cerrajería abierto al público, es decir, en local de negocio, hay una transformación que faculta al arrendador para resolver el contrato.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN DE ALMACÉN A UN HIJO: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Aun teniendo los almacenes consideración legal de vivienda, su cesión a un hijo debe ser notificada fehacientemente al arrendador, como requisito ineludible para efectuar con éxito la subrogación, y omitirlo es incurrir en causa de resolución.* [Sentencia 25 enero 1954.]

60. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: TRANSFORMACIÓN: CUÁNDO QUEDA ENERVADA: *El aumento y percepción por el arrendatario durante diez meses del 40 por 100 sobre la renta de local arrendado por considerarlo dedicado a negocio, implica la conformidad de aquél con la transformación del destino de dicho local, y enerva su acción de resolución de arrendamiento por la causa cuarta del artículo 149 LAU.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: TRASPASO ILEGAL: *Siempre que el arrendatario transmite el uso y disfrute del local arrendado por cualquier título—oneroso, lucrativo o a cambio de cualesquiera ventajas—que no sea el traspaso o cesión mediante precio con los requisitos exigidos en el capítulo IV de la LAU, incurre en causa de resolución del contrato.* [Sentencia 8 febrero 1954.]

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA DE RESOLUCIÓN: ART. 149, 6.ª LAU: *Se da el peligro que la Ley trata de evitar cuando en un local arrendado para el almacenamiento de granos y harinas se acumula paja o alfalfa, y esto, aunque tal almacenamiento no fuese constante, sino ocasional, si se tiene en cuenta de un lado la combustibilidad de las materias almacenadas y de otro la de los materiales de construcción del edificio.* [Sentencia 5 febrero 1954.]

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: NEGATIVA DEL IN-

QUILINO AL PAGO DE UN AUMENTO LEGÍTIMO DE RENTA: ART. 131 LAU: *No puede estimarse que el inquilino rechazase el aumento del 40 por 100 exigido por el arrendador cuando pagó el primero de los recibos, exigiendo después justificación de la cantidad adicionada, por no ajustarse al resultado de la certificación catastral. Y tampoco supone tal negativa la no concurrencia al acto de conciliación, máxime si al contestar a la demanda consignó el 40 por 100 adeudado. [Sentencia 23 noviembre 1953.]*

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: MUERTE DEL ARRENDATARIO Y CONTINUACIÓN POR PERSONA EXTRAÑA: *Reconocida la muerte del arrendatario y el uso del local por persona que no es ni heredero ni socio de éste, debe resolverse el contrato al amparo del núm. 10 del art. 149 de la LAU.*

INCONGRUENCIA: *No existe cuando la sentencia recurrida acoge la pretensión de la demanda—resolución del contrato—, aunque se funda en una causa distinta de la alegada, puesto que coincide la parte dispositiva de la sentencia, que es el objeto del recurso con la pretensión formulada. [Sentencia 10 febrero 1954.]*

64. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: FALTA DE USO: *La falta de uso de la cosa arrendada no es, según la LAU, causa de resolución del contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALCANCE DEL ART. 149 LAU: *El artículo 149 LAU establece categóricamente cuáles son las causas de resolución del contrato de arrendamiento urbano, sin que puedan admitirse otras distintas o no contenidas en él.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CARÁCTER SUPLETORIO DEL C. C.: *No es admisible que la legislación común, de carácter supletorio, se anteponga a la especial cuando ésta sea de aplicación, dado el carácter de la relación arrendaticia y estando previsto en ella el extremo discutido.*

ABUSO DE DERECHO: *La falta de uso de la cosa arrendada no lo constituye desde el momento en que la disposición transitoria 23 de la Ley la admite, y no puede considerarse que se lesione es principio de utilidad social hasta que se estime oportuno acordar el ejercicio de las acciones que en esta disposición se establecen. [Sentencia 6 octubre 1950.]*

ANTECEDENTES: Don J. Z., propietario de una casa, arrienda a don U. L. el piso primero y la planta baja de la mencionada casa, debiendo destinarse el piso a vivienda y el bajo a instalaciones industriales. El arrendatario se ausenta de la ciudad, y lo mismo el piso que el local industrial quedan en estado de no uso. Don J. Z. reclama la resolución del contrato por falta de uso de la cosa arrendada.

El Juzgado de 1.ª Instancia declaró haber lugar a la demanda de desahucio y, en consecuencia, declaró resuelto el contrato.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda de desahucio.

Se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 16 del C. c. (aplicación subsidiaria del C. c. a las relaciones de arrendamiento). 2.º Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 149 LAU carácter no exhaustivo. 3.º Violación del artículo 1.555, número 2, del C. c. (obligación de uso diligente), en relación con el 1.556 y el 1.569, número 4. 4.º Violación de la doctrina sobre abuso del derecho.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso por las siguientes razones:

1.ª Considerando: Que el contrato de arrendamiento celebrado por los litigantes no contiene pacto alguno especial, y dado su objeto y extremada simplicidad, es indudable que queda sometido a la regulación de la legislación común y la invocación de preceptos del Código civil pueda alterar este la elección por el demandante del procedimiento ordenado por la legislación común y la invocación de preceptos del Código civil pueda atarar este principio, y si bien es cierto que es doctrina jurisprudencial, que será de aplicación la legislación común en aquellos casos en que la complejidad de las relaciones contractuales excedan del contenido propio de la especial y haga preciso aplicar los principios que rigen la contratación dentro del Código civil, o por afectar a la limitada facultad de disposición del arrendador usufructuario que no puede exceder de la duración del usufructo como en los supuestos de las sentencias de 14 de mayo y 24 de junio de 1952, también lo es que previene en alguna sentencia invocada por el recurrente—la de 29 de mayo de 1950, «que ha de precaverse que la ampliación de este criterio deberá efectuarse con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad para evitar el peligro de que por viciosas y poco meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la Ley especial persigue», lo que indica que dicha doctrina no admite que el carácter supletorio de la legislación común llegue o anteponerse a la especial, cuando ésta sea de aplicación.

2.ª Considerando: Que la sentencia recurrida ha interpretado correctamente el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al atribuirle un carácter limitativo, que ya declara la sentencia de este Tribunal de 8 de abril de 1952, en aquélla citada, pues tal artículo establece categóricamente cuáles son las causas de resolución del contrato de arrendamiento urbano, ya sea de vivienda o de local de negocio, y de sus propios términos no puede deducirse que admita otras distintas cuando el contrato tenga las características que el celebrado por los litigantes, y con relación a la causa alegada, de no ocupación de los locales arrendados, no puede suponerse que su omisión en dicho precepto haga aplicable la legislación común como no comprendida en la especial, pues el legislador la tuvo en cuenta en la disposición transitoria número 23, apartado b), en la que admite la no ocupación de la vivienda por el arrendatario y respeta este estado de hecho, en tanto las necesidades sociales no hagan preciso instar el desahucio en la forma que establece, sin perjuicio de la facultad del arrendador de ejercitar las acciones que le asisten en el caso de que la falta de ocupación origine daños—que en este caso ni se han demostrado ni son motivo del recurso—.

supuesto sometido a las reacciones contractuales y al imperio de la legislación común, que autoriza se reclame su indemnización.

3.ª Considerando: Que en el cuarto motivo del recurso y también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa que la sentencia recurrida ha violado la doctrina legal sobre el abuso del derecho, pues el inquilino, sin usar la cosa, pretende tener los derechos que la Ley otorga precisamente en consideración a tal uso, y en este sentido tampoco puede prosperar el recurso, toda vez que la teoría del abuso del derecho, introducida en la técnica jurídica en atención a la presión de principios sociales—cualquiera que sea la preferencia que se muestre por una dirección subjetiva o por la objetiva—se caracteriza principalmente por la consideración de que el titular de un derecho subjetivo, derivado de relaciones jurídicas, lo es sólo cuando se funda en un principio de utilidad, no sólo particular, sino social; pero no cuando se utiliza para dañar a otro y no en legítimo provecho propio, no conteniendo nuestro Código civil ningún precepto de carácter general que le condene y si sólo existen manifestaciones concretas de su admisión, con relación a algunas regulaciones dictadas con posterioridad a la vigencia de aquel Cuerpo legal, tal como la que se refiere a los arrendamientos urbanos en que a partir del Real Decreto de 13 de diciembre de 1923, se concede facultades a los Jueces para desestimar las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho; pero esta directriz no ha sido constante, pues fué suprimida en otras disposiciones y restablecida en otras, y en el estado legal actual, admitido por la citada disposición transitoria número 23 de la vigente Ley que los locales arrendados no estén ocupados por los arrendatarios, es claro que el indicado principio de utilidad social que se invoca como fundamento del abuso de derecho no puede estar vulnerado en este caso hasta que se estime oportuno acordar el ejercicio de las acciones que en aquella disposición se establece, por todo lo que procede desestimar este motivo del recurso, como lo han sido los anteriores.

OBSERVACIONES: La sentencia de 6 de octubre de 1953, a que nos referimos, posee un especial interés por marcar un cambio de rumbo de la doctrina jurisprudencial respecto al problema de la posibilidad del desahucio por falta de uso de la cosa arrendada. La sentencia de 27 de febrero del mismo año, aun desestimando un recurso similar por otras razones y sin necesidad de penetrar en la cuestión fundamental, admitió la posibilidad del desahucio por falta de uso basándose en que la norma del artículo 1.555 del Código civil impone al arrendatario la obligación de uso diligente y, por tanto, debe de usar que, de ser incumplido, crea una causa de resolución del contrato conforme a las reglas generales de las obligaciones.

La sentencia de 6 de octubre cambia por completo el sentido de esta jurisprudencia. La falta de uso no puede considerarse causa de desahucio. Si la nueva orientación parece en general más razonable, los argumentos utilizados para obtener esta conclusión no son quizá los más indicados.

La cuestión del desahucio por falta de uso parece bien resuelta. El uso de la cosa arrendada no puede ser causa de desahucio. Mediante el contrato de arrendamiento una persona el arrendatario, adquiere el derecho a usar o a usar y disfrutar durante tiempo determinado y cambio de precio cierto. El uso de la cosa arrendada es un derecho del arrendatario. La falta de uso

supondrá el inejercicio de este derecho, pero en ningún caso incumplimiento de un deber. La obligación de uso diligente del artículo 1.555 del C. c., más que obligación en sentido estricto es un límite del derecho de uso, como lo es el respeto de destino económico. El arrendatario tiene derecho a usar guardando diligencia y respetando el destino de la cosa. Más allá de este límite no ejercita un derecho, sino que comete un acto abusivo. La falta de diligencia y la modificación del destino económico pueden ser causa de resolución, pero el no uso en sí mismo, desligado de estas circunstancias, no es más que inejercicio de un derecho que al propietario no perjudica porque recibe su contraprestación y la cosa se mantiene y conserva.

El inejercicio de este derecho, en épocas como la nuestra en que se siente hondamente la necesidad de viviendas, puede ocasionarse un perjuicio social, ser contrario al interés público, en cuyo caso habrá de ser el tutor del interés público quien ponga remedio a esta situación socialmente abusiva. La disposición transitoria 23, b) de la LAU autoriza al Gobierno para poner en vigor el régimen de desahucio por necesidad social de pisos desocupados, en el caso de que las necesidades del país lo requieran. No existiendo esta necesidad y no estando en vigor el régimen de desahucio social, debe concluirse que no uso no es causa de resolución.

Si es acertada la sentencia que comentamos en lo que se refiere a la resolución del problema, no lo es tanto en los argumentos en que se apoya su conclusión, especialmente en lo relativo a la supletoriedad del C. c. en la regulación de los arrendamientos urbanos y a la exhaustividad de las causas de resolución del artículo 149 de la LAU. La doctrina del considerando segundo es cierta al afirmar que hay arrendamientos sometidos a la Ley especial y arrendamientos regidos por la legislación común, lo cual no depende, como en algún momento parece decir de la simplicidad o complejidad de la relación. Sino del ámbito de aplicación que la propia Ley especial le señala y atina también al reconocer carácter supletorio al C. c., siquiera no pueda por esta virtud anteponerse a la Ley especial en los extremos por ésta regulados. Lo que ya no parece tan exacto es cerrar en absoluto el paso a la Ley común en todo caso que no suponga una laguna de la Ley especial. El C. c. debe tenerse en todo caso presente, aun en la regulación de las especialidades, porque él es quien suministra los conceptos básicos y los principios y reglas generales.

El problema de la exhaustividad de las causas de resolución del artículo 149 de la LAU está categóricamente resuelto en el tercer considerando. El artículo 149 «tiene carácter limitativo», sin que «pueda deducirse que admite otras—causas de resolución—distintas», ni que la omisión de alguna haga aplicable la legislación común. La solución es sobremanera discutible. Aun pensando que el artículo 149 contiene las causas de resolución del contrato de arrendamiento, alegables por el arrendador, más racionalmente previsibles, cabe siempre la posibilidad de que omita alguna, como reconoce la propia sentencia. Es causa de resolución de los contratos y del de arrendamiento en particular, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que de él se derivan (arts. 1.124 y 1.569, 3.º, del C. c.). Dar carácter exhaustivo a las causas de resolución significa dejar sin efecto, ni sanción, el incumplimiento de un deber bajo el pretexto de una manida protección al económicamente débil, cuando el incumplidor de un deber jurídico no merece la protección del derecho. Como consecuencia, que sólo tienen el carácter de auténticas obligaciones, dentro de un contrato de arrendamiento urbano aquellas que dan lugar, de ser incumplidas, a la resolución. Las demás carecen realmente de virtualidad y valor.

65. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS: No es aplicable la disposición transitoria 14 bis de la LAU, y, por consiguiente, el arrendatario no tendrá que desalojar el local de negocio arrendado, cuando el documento público y fehaciente en el que aquél se obligaba a, con-

cluir el arriendo para determinada fecha fué otorgado estando vigentes los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1936, sobre arrendamientos de locales para el comercio y la industria, los cuales establecen la prórroga obligatoria para el arrendador. [Sentencia 6 julio 1953.]

66. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS: *En un contrato de arrendamiento que al otorgarse no estaba sujeto a prórroga legalmente forzosa para el arrendador, se pactó que el arrendamiento terminaría el 30 de julio de 1924, si bien se concedía a la entidad arrendataria la facultad de prorrogarlo a su voluntad por quinquenios sucesivos hasta veinticinco años más. Tal pacto revela claramente el designio de los contratantes de que el plazo máximo de duración del vínculo contractual no podía exceder del 30 de junio de 1949, por lo que es procedente aplicar al caso de autos la disposición transitoria 14 bis de la LAU.*

APLICABILIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 14 BIS DE LA LAU: *El hecho de haberse acogido el arrendador antes de dictada la disposición transitoria 14 bis de la LAU, a lo dispuesto en el artículo 118 de la misma para incrementar la renta pactada en un contrato de arrendamiento, que al ser otorgado no estaba sujeto a prórroga legal forzosa, y de haberse cobrado el referido incremento hasta la promulgación de la antes citada disposición transitoria 14 bis, no tiene la significación jurídica de acto propio que de modo definitivo e inalterable suponga la aceptación por el arrendador de la prórroga forzosa de la relación arrendataria y le impida el ejercicio del derecho nuevo, no previsible, que le otorgó la referida disposición transitoria, devolviendo a la esfera de la legislación común, con posible ejercicio de la acción de desahucio por expiración del plazo, el arrendamiento concertado con anterioridad a la vigencia de las normas especiales que decretaron la prórroga forzosa en materia de arrendamientos de fincas urbanas.*

CUESTIONES COMPLEJAS: *El hecho de que en un mismo contrato el demandado adquiriese, por una parte, el uso y disfrute de los locales entonces vacantes en la casa que es objeto del litigio, y se subrogara, por otro lado, en los derechos y obligaciones del arrendador respecto de los restantes locales o viviendas de la misma casa, ocupados a la sazón por otros arrendatarios, no implica complejidad alguna en fuicios de desahucio, como el de autos, en los que todo el problema litigioso se reduce a precisar si el contrato de arrendamiento discutido ha de regirse por la legislación común o por la especial, es decir, si puede o no encajarse en la disposición transitoria 14 bis de la LAU. [Sentencia 16 diciembre 1952.]*

67. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTO ESPECIALES: *No son de aplicación cuando no se discuten relaciones jurídicas de carácter arrendatario, sino que se trata de impedir que la simulación de las mismas perjudique a un tercero, y en este caso son de aplicación las normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 26 diciembre 1953.]*

IV. Derecho de familia,

1. **LITIS EXPENSAS: TERRITORIOS DE DERECHO FORAL:** *La obligación del marido de sufragar los gastos y costas judiciales de los pleitos que entable contra él su mujer, cuando ésta carece de bienes propios, debe ser reconocida aun en los territorios donde los gananciales no existan y, en este caso, ha de ser atendida con los productos con que se atiende a las necesidades matrimoniales.*

LITIS EXPENSAS Y ALIMENTOS: DISTINCIÓN: *Son cosas distintas los alimentos, destinados a satisfacer las necesidades de la vida, y las litis expensas con las que se han de sufragar los gastos judiciales, por lo que en un procedimiento incidental de litis expensas no puede discutirse ni projuzarse la cuestión de alimentos que es tema del pleito principal.*

LITIS EXPENSAS: RECLAMACIÓN ABUSIVA O CON EL FIN DE PRODUCIR MOLESTIAS INÚTILES: *No puede afirmarse que lo sea, a efectos de litis expensas, la petición de alimentos definitivos de la actora, cuando existe una separación de hecho consentida y otorgada por el marido.*

LITIS EXPENSAS: IMPUGNACIÓN DE SU NECESIDAD: *Según reiterada jurisprudencia, la existencia de la necesidad de litis expensas y la medida de su satisfacción se entregan a la apreciación del juzgador de instancia, por lo cual sólo pueden combatirse en casación por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC.*

INCONGRUENCIA: *No puede prosperar la alegación de incongruencia cuando el actor ha solicitado una concreta cantidad de dinero o, en términos generales, aquella otra que el criterio del juzgador estime conveniente, porque en este segundo extremo debe entenderse comprendido el fallo que se recurre a, si bien no determina de momento la cantidad a pagar, señala los elementos por los que puede determinarse. [Sentencia 8 octubre 1953.]*

2. **BIENES PARAFERNALES: VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL MARIDO SIN PODER PARA ADMINISTRAR: RATIFICACIÓN:** *Además de las dos situaciones que, en orden a la administración de los bienes parafernales, previene el art. 1.384 del C. c., existe de hecho otra tercera, en la cual el marido administra los bienes sin haber mediado la entrega solemne ante Notario de la administración, en cuyo caso es preciso entender que actúa como mandatario de su mujer, siendo nulos los contratos que celebre en su nombre, cuando lo hace sin su consentimiento, pero cabiendo siempre la posibilidad de que la ratificación que autoriza el art. 1.259 del C. c., produzca el efecto retroactivo de dotar de validez a dichos actos.*

NEGOCIOS EN NOMBRE AJENO SIN AUTORIZACIÓN: RATIFICACIÓN TÁCITA: *La ratificación prevista en el art. 1.259 del C. c. puede ser tácita, esto es, inferida de actos del ratificante que signifiquen de manera inequívoca que*

la parte que aparece obligada en el contrato consiente y acepta lo concertado por otro en su nombre. [Sentencia 16 marzo 1954.]

V. Derecho de sucesiones.

1. IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN HECHA POR COMISARIO: CORRESPONDE TAMBIÉN A LOS HEREDEROS VOLUNTARIOS: *Siendo impugnabile la partición hecha por el testador en los supuestos prevenidos en el art. 1.076, con más motivo puede ser combatida la hecha por el comisario, el cual queda estrechamente ligado al cumplimiento de la voluntad del causante expresada en forma legal, de tal suerte que no sólo los herederos legítimos, sino también los voluntarios, podrán reaccionar contra la partición realizada por el comisario si se contrarian las disposiciones expresadas o presuntas del testador.* [Sentencia 9 junio 1952.]

OBSERVACIONES.—El T. S. confirma la sentencia de la Sala, estimatoria de la acción de rescisión de unas operaciones particionales en las que el comisario, por error en la valoración de los bienes, minoraba en más una cuarta parte el valor real de los mismos, lo cual originaba la adjudicación de todo el caudal hereditario a la viuda, privando de toda participación a un asilo, instituto heredero. Coincide la doctrina expuesta con la ya consagrada en otras sentencias.

2. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: PREFERENCIA DE TÍTULOS: PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN: PLAZO: *La acción de petición de herencia compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno, para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asiste al reclamante, es decir, que exige una determinación de preferencia.*

No se da este problema cuando la calidad de heredero, de quien actúa como instante del juicio de testamentaria, está plenamente reconocida por una decisión judicial y aun por los mismos recurrentes que adquirieron por contrato de compraventa alguno de los bienes de quien los había a su vez comprado a la demandada y que vendió como heredera de uno de los causantes a cuya sucesión afecta el juicio de testamentaria.

La acción de petición de herencia es prescriptible, conforme reconocen los artículos 192 y 1.016 del C. c., y su plazo es el de treinta años, según doctrina, entre otras, de las sentencias de 30 de marzo de 1889 y 18 de mayo de 1932. [Sentencia 12 noviembre 1953.]

3. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA «ESTÉ EN SU COMPAÑÍA»: *Hay que atenderse a los hechos coetáneos y posteriores al testamento para ver si la obligación impuesta al heredero funciona como condición o como causa modal.* [Sentencia 18 diciembre 1953.]

HECHOS: X. nombra heredera en la nuda propiedad de sus bienes a su sobrina Y. con la obligación de acompañar y vivir con su viuda hasta la

muerte de la misma. Esta contrajo matrimonio y la sobrina dejó de vivir con ella, sin que por lo mismo sus relaciones perdieran cordialidad, hasta el punto de no modificar la tía el testamento en el que la institua heredera. El segundo marido, al enviudar, interpuso demanda alegando que la obligación de la cláusula «vivir en su compañía» funcionaba como condición. El T. S. desestimó el recurso presentado por éste.

4. DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: *El impropriamente llamado derecho de representación no tiene cabida respecto de la porción libre de la herencia testada, entendiéndose incluida a estos efectos en dicha porción libre el tercio de mejora*

DERECHO DE REPRESENTACIÓN: ARTÍCULO 766 C. C.: *Este artículo no se refiere al «ius transmissionis», sino al «ius representationis», en el sentido de excluirlo respecto de la porción libre de la herencia testada.*

INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNECOS: *No puede entenderse incorporado al testamento por medios de prueba extrínseca el llamamiento de los nietos de vía de sustitución vulgar cuando la Sala sentenciadora da por probado el hecho de la manifestación privada de tal deseo por la testadora, respecto de uno solo de los demandados, que lo confesó, pero no en cuanto a sus coligantes. [Sentencia 6 diciembre 1952.]*

A. ANTECEDENTES: Una testadora favorece en los tercios de mejora y libre disposición a dos de sus hijos, uno de los cuales le premuere. El contador partidor —a quien la testadora había comunicado privadamente su deseo de que el premuerto fuera sustituido por sus hijos— verifica en su día la partición, en la que, por derecho de acrecer, atribuye aquellos dos tercios a la hija supérstite. Los nietos demandan a los herederos y al contador partidor, alegando su derecho a la participación que su padre premuerto tenía en aquellos dos tercios, por el *ius representationis*. La demanda es desestimada en las dos instancias, y el Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso.

B. OBSERVACIONES: Los nuevo considerandos en que se apoya el fallo son merecedores de cuidadosa atención. Recomendando a nuestros lectores su estudio sobre el texto completo de la sentencia, vamos a hacer un resumen de los mismos, unido a un breve comentario de la doctrina que en ellos se contiene, aunque hacerlo así suponga una alteración de las acostumbradas normas que rigen esta sección.

Esta importante sentencia de 6 de diciembre de 1952 contiene tres problemas: los dos primeros, que se enlazan y conjugan, son aquilatar el sentido del art. 766 y decidir sobre la procedencia del derecho de representación en la sucesión testada; y el tercero se refiere a la eficacia de los medios de prueba extrínseca en la interpretación testamentaria. En cuanto a aquéllos, la doctrina jurisprudencial es clara y correcta. No puede decirse otro tanto, a nuestro modesto juicio, de la última.

1. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA.—El *Considerando 1.º* está dedicado al planteamiento del problema. No es fácil hacerlo con mayor brevedad y precisión: «... el tema fundamental del litigio sobre procedencia del derecho de representación que han invocado los actores para heredar a su abuela en el tercio de mejora y en el de libre disposición, en los que, juntamente y por iguales partes con otra heredera, había sido instituido el padre de aquéllos, premuerto a la testadora».

Los *Considerandos 2.º y 3.º* se refieren a la tendencia expansionista que trata de aplicar el derecho de representación a la sucesión testada, haciendo a la vez un breve examen histórico, para terminar centrando el problema de la actuación de los Tribunales en la averiguación de la «*mens legis*» del Código civil.

Buena prueba de esta tesis expansionista —manifestación a la vez de la atención que nuestros mejores juristas han consagrado a la materia—, son los trabajos y conferencias de Castán, Giménez Arnau, Burgos Bosch, Novoa Seoane, Albi Agero, Fuenmayor, etc.

En el *Considerando 4.º* se contiene el cuerpo básico de doctrina, en sentido contrario a la tesis expansionista, cuando dice: «Que en trance de decidir este problema se ha de estimar que, si bien la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermeneútica... el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia del abuelo de aquéllos, porque *el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de las disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada.*»

A la razón aludida, de orden sistemático, el *Considerando 5.º* añade una razón lógica: *el carácter excepcional del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, «pues si en atención a especiales circunstancias... se extendió el derecho de representación a los hijos y nietos de todo heredero testamentario premuerto, voluntario o legitimario, esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa, si las disposiciones del Código civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a éste correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador.»*

En el *Considerando 6.º*, incidentalmente, define el derecho de representación diciendo que «se da por vocación legal sucesoria en favor de la estirpe del instituido que premuere al testador». Contra la tesis de Sánchez Román de ver en el derecho de representación una subrogación o sustitución por la que se atribuye a los descendientes el derecho de ocupar el lugar que su ascendiente hubiera ocupado en una sucesión, dice Roca Sastre que tal idea puede arrastrar a la falsa idea de que el derecho de representación implica una subrogación traslativa de derechos o una subentrada en un puesto sucesorio vacante, cuando nada de ésto se produce. Los nietos son llamados directamente por la ley a la sucesión intestada de su abuelo causante, cuando el padre de aquéllos ha muerto. Por eso, sigue diciendo el mismo autor con la misma orientación que la sentencia que comentamos, sería mejor ver tan sólo una delación o llamamiento directo a la estirpe.

El mismo *Considerando 6.º* estudia también el artículo 766 del C. c., tratando de descubrir su sentido y aplicación. La cuestión es importante, porque en dicho artículo y en sus referencias a los artículos 761 y 857, es, precisamente, donde se apoya con mayor fuerza la doctrina expansionista.

Podemos resumir la doctrina del Tribunal Supremo con relación a este artículo en los tres puntos y afirmaciones siguientes:

a) EL ART. 766 NO SE REFIERE AL DERECHO DE TRANSMISIÓN.—Comienza el T. S. por rechazar la tesis de que el art. 766 pueda referirse al «*dus transmissionis*», y su razonamiento es bien simple: «pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión, sería estéril o innecesario decir no transmite derechos quien no los ha adquiridos. (Considerando 6.º)»

En efecto: el art. 1.006 exige una delación hereditaria y el fallecimiento

del instituido, titular del «ius delationis», sin aceptar ni repudiar la herencia. Y, a su vez, el art. 766 recoge tres hipótesis:

1.^a La del que premuere al testador.—Este sujeto está fuera del ámbito del 1.006, que exige la sobrevivencia del instituido, consiguiente nacimiento del «ius delationis» y falta de ejercicio por su titular de la opción que se le atribuye para aceptar o repudiar la herencia. Si premuere no puede nacer en su favor el «ius delationis». (Basta leer el art. 991 para reafirmar la tesis.)

2.^a La del que es incapaz de heredar.—La incapacidad impide al sujeto convertirse en heredero, esto es, subingresar en la titularidad de las relaciones jurídicas del causante. Si no le es posible ni la aceptación ni la repudiación (aquella por hipótesis y ésta por inutilidad), es precisamente porque carece de «ius delationis», por lo que mal podrá transmitirlo.

3.^a La del que renuncia a la herencia.—Hay aquí un instituido que ha tenido en su favor el «ius delationis» y que ha ejercitado en sentido negativo o de repudiación, la opción en que aquél consiste. Está claramente fuera del texto y del espíritu del art. 1.006.

El art. 766 no puede referirse al «ius transmissionis» (no obstante la frase «no transmiten ningún derecho a sus herederos»), porque quien no ha adquirido el «ius delationis» y quien lo adquiere y ejercita en sentido negativo o de renuncia, no puede transmitirlo. En el primer caso, porque no llegó a ingresar en su patrimonio; en el segundo, porque agotó su contenido al ejercitarlo.

V. sobre estas materias de «ius delationis» y «ius transmissionis» el interesante trabajo de Albaladejo «La sucesión iure transmissionis», en A. D. C V-3. 913 y siguientes.

Siempre que se barajan los conceptos de «ius transmissionis» y «ius representationis» hay que referirse al Centro Directivo, en su Resolución de 22 de diciembre de 1949, que se publicó en el B. O. de 18 de marzo de 1950 y fué comentada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de abril de 1950. En ella se marcan las diferencias entre ambas instituciones. En el derecho de transmisión el transmitente sobrevive al causante. En el de representación, el representado premuere al causante. La contraposición se hace en términos tajantes para señalar con mayor claridad la diferencia, pero sin que deba entenderse que sólo en caso de premoriencia se da el derecho de representación, pues ya en el propio concepto que sobre el mismo vierte el art. 924 se habla de «si viviera o hubiera podido heredar»; y el 929 concreta los dos supuestos de representación de personas vivas, los de desheredación e incapacidad, que son, por cierto, las dos alusiones o referencias que hace, «in fine», el art. 766.

b) EL ARTÍCULO 766 SE REFIERE AL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.—Si el mencionado art. 766 no es ni puede ser aplicable al derecho de transmisión, tiene que referirse al de representación. Así, dice el tantas veces citado Considerando 6.º: «... bien puede entenderse que se ha querido aludir al «ius representationis».

c) EL ARTÍCULO 766 EXCLUYE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: Como consecuencia de todo lo anterior hay que deducir que con la frase «no transmiten» el art. 766 excluye el derecho de representación en la sucesión testada; y de las excepciones finales, que se paraliza esta exclusión tratándose de la legítima estricta, parte de la herencia ésta de atribución no voluntaria, sino legal.

Aclarando este concepto, diremos que conviene distinguir las tres porciones hereditarias:

a) Legítima estricta.—Los nietos heredan la porción que hubiera correspondido a su padre en la herencia del abuelo, de no haber premuerto éste o de no haber sido desheredado o incapaz de heredar; pero en este caso, mejor que hablar de derecho de representación es entender que se

trata de una atribución directa que, «ministerio legis», se hace de la legítima a favor de los nietos legitimarios. Sabido es que la doctrina nunca se ha planteado problema sobre este particular, aplicando por analogía la misma regla expresada por el art. 934, en materia de sucesión intestada (Vide Castán, quinta edición, IV, 470.)

b) Porción de libre disposición.—El derecho de representación no se da en la porción libre de la herencia testada, por las razones antedichas.

c) Porción de mejora.—Sabido es que la mejora participa de la naturaleza de las otras dos porciones hereditarias. Es similar a la legítima estricta porque está reservada a los legitimarios. Y se diferencia de ella porque no es preceptiva su distribución aritmética entre ellos; ha de atribuirse a alguno o algunos de los legitimarios, pero en esta atribución juega la voluntad del testador, similarmente a lo que ocurre en la parte de libre disposición. La mejora es, pues, aquella parte de la herencia sobre la que el testador tiene facultad de disposición relativamente libre.

Apoyándose en este origen que en la voluntad del testador tiene la atribución del tercio de mejora, se concluye por la doctrina que el derecho de representación debe estar excluido de la herencia testada en cuanto a dicho tercio. O como dice la sentencia que nos ocupa: «Nuestro derecho constituido no da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia, entendiéndose incluido en dicha porción libre el tercio de mejora, que surge de la voluntad del testador.

Hay que entender que si el testador no hubiese dispuesto del tercio de mejora y en consecuencia se distribuyese aritméticamente entre los legitimarios, la estirpe del fallecido tendría derecho a su participación en dicho tercio por haber quedado subsumido con el del legítima estricta, sin posible separación entre ellos.

Es interesante observar, por último, que en dos ocasiones emplea el Tribunal Supremo en esta sentencia las palabras «sustituir» (en el considerando cuarto) y «sustitución» (en el quinto), para referirse a la mecánica de la colocación de los nietos en el lugar del padre.

Y decimos que es destacable porque una de las razones—aparte las que la misma sentencia expone—que emplea la doctrina para excluir de la sucesión testada el derecho de representación, es precisamente la existencia de la sustitución.

Ante el supuesto de premoriencia de uno de los hijos del causante, la sustitución vulgar cumple en la sucesión testada el mismo papel o cometido del derecho de representación en la intestada. Esta función análoga, aunque referida a diferentes supuestos, se comprueba fácilmente en el Código. Tratándose de sucesión intestada, el Código se preocupa de tener siempre presente el derecho de representación (confr., por ejemplo, el artículo 922), que, por el contrario, nunca tiene en cuenta cuando—en supuestos similares—se trata de la sucesión testada. En esto habla el legislador de la sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la apertura de la sucesión intestada, sin que nunca—con criterio legislativo perfecto en frase de Roca Sastre—trate de aplicar el derecho de representación, institución ésta que, justificadamente, entiende de exclusiva aplicación a la sucesión intestada.

Para una completa visión y estudio de la materia, véase, además de las obras de los autores antes citados, a Roca Sastre, en sus *Estudios de Derecho Privado*, donde estudia el problema con extensión y sentido contrario a la tesis expansionista.

2. INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNECOS.—Recordamos que los antecedentes del presente litigio son: una testadora instituye por partes iguales a dos de sus hijos en los tercios de mejora y libre disposición, sin establecer cláusula alguna de sustitución. Premuerto uno de los mejorados, fallece también la testadora, sin modificar el testamento.

Se pretende que la parte del premuerto pase a sus hijos, apoyándose en un deseo expresado en conversación particular por la testadora, y se trata de llegar a tal resultado por vía interpretativa, en base de la teoría de la prueba extrínseca. El Tribunal Supremo dedica tres extensos considerandos (siete al nueve), de la sentencia de 6 de diciembre de 1952, que comentamos, a rechazar la pretensión del recurrente, empleando como principales argumentos la falta de prueba de aquel deseo y la doctrina del silencio.

Creemos que no se trata de un problema de interpretación. Ya es sabido que aun «*quamvis sit manifestissimum edictum pretoris non est negligenda interpretatio ejus*», y que no es absolutamente cierto el brocardo de que «*tu claris non fit interpretatio*». Pero es que aquí no se trata de interpretar una voluntad real, formada ya con toda claridad en el sentido de instituir por partes iguales a dos hijos, sino de investigar si tal voluntad—indiscutible e indiscutida en su formación—persiste o continúa después de sobrevenidas especiales circunstancias, o, por el contrario, se ha modificado.

El problema es el de si la testadora quería o no modificar aquella primitiva voluntad, cuestión irrelevante que se esfuma y desaparece ante el hecho paladino y definitivo de que no la modificó, por lo cual aquella voluntad es firme y debe respetarse, sin pretender otorgar eficacia jurídica a deseos o intenciones que, por no haber sido manifestados o expresados en forma legal no pueden tener eficacia revocatoria o modificativa de un testamento.

Del considerando 7.º parece desprenderse que si el deseo de la testadora de que los nietos sustituyesen a su padre hubiese sido confesado en el juicio por todos los demandados y no sólo por uno de ellos, «*podiera ofrecer base, con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la investigación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado el testamento por medios de prueba extrínsecos, el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por imprevisión del posible fallecimiento del hijo viviendo la madre*».

Parece olvidar el Tribunal Supremo que la sustitución vulgar es, ni más ni menos que una institución de heredero hecha en forma condicional con fines de previsión; y que como tal institución de heredero debe ser hecha formalmente en testamento (salvo los casos excepcionales de institución contractual), y que generalizando tal doctrina, siempre que se omitiese la cláusula de sustitución, habría que remediar la «*imprevisión*», dando entrada a los hijos del premuerto, con lo que vendríamos a admitir lo que los seis primeros considerandos de esta misma sentencia rechazan con toda justicia: la aplicación del «*ius representationis*» a la sucesión testada. (D. I.).

DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE COMPROBACIÓN DEL BALANCE EN LA S. A.: NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES: RÉGIMEN ANTERIOR A LA VIGENTE LEY DE S. A.: *Con arreglo al artículo 173 del C. de C., el derecho de comprobación del balance en la Junta general a cuya aprobación se somete, comprende el de examinar la contabilidad y, en consecuencia, los documentos acreditativos de la realidad de los cargos y abonos de la misma, sin que a ello se oponga lo prevenido en el artículo 45 del mismo cuerpo legal, por lo que la privación de este derecho a uno de los socios vicia de nulidad, conforme al artículo 4.º del Código civil, los acuerdos adoptados sobre aprobación del balance, aprobación de la gestión de los Administradores y confirmación de los nombrados. [Sentencia 2 julio 1953.]*

2. LIBROS DE COMERCIO: VALOR PROBATORIO ENTRE NO COMERCIANTES: *El*

precepto primero del artículo 48 del C. de C. se refiere a la conformidad de cada litigante con los asientos de los libros de su adversario, pero no limita la facultad del juzgador de contrastarlos con las demás pruebas en el caso de que no sean comerciantes los que litigan.

LIBROS DE COMERCIO: CARENCIA DE REQUISITOS: *No puede probarse mediante ellos el saldo de una cuenta cuando no han sido abiertos con los requisitos legales hasta una determinada fecha y arrancan de un saldo sin justificación que arrojan unos libros llevados antes sin ninguna formalidad.*

3 LETRA DE CAMBIO: FALTA DE PROVISIÓN Y LETRA DE FAVOR: *La falta de provisión de fondos no significa necesariamente que se trate de una letra de favor. [Sentencia 20 enero 1954.]*

4. CESTIÓN DE NEGOCIO: *La certificación del Ayuntamiento referente al pago de la contribución, no justifica por sí sola en derecho la persona a la cual pertenezca la industria sometida a tributación, al efecto de desvirtuar la afirmación hecha por la Sentencia recurrida de haberse cedido dicho negocio. [Sentencia 3 octubre 1953.]*

5. AVAL CAMBIARIO: RESPONSABILIDAD DE LOS AVALISTAS POR EL REMANENTE NO SATISFECHO: *Cumplida la condición del abono pactado, que no llegó a producir la total extinción del crédito concedido, los avalistas responden del remanente de la cuenta no pagada. [Sentencia 18 abril 1953.]*

«...si bien es cierto que el Banco venía obligado a ir amortizando la cuenta de reserva con las certificaciones de obras que le fueron entregadas, no lo es menos que la amortización habría de efectuarse con el 25 por 100, no por el total importe de lo cobrado, según lo convenido y declarado cierto en la sentencia de instancia sin contradicción en el recurso, y como el Banco abonó en la cuenta de reserva el referido 25 por 100, es indudable que cumplida la condición de tal abono, que no llegó a producir la total extinción del crédito concedido, los avalistas responden del remanente de la cuenta no pagado.» (Considerando 1.º)

6. COMPRAVENTA CONTRA DOCUMENTOS: CONDICIÓN: *Estipulado categóricamente en un contrato que la mercancía había de entregarse mediante recibir del Banco los documentos oportunos justificativos de la apertura del crédito irrevocable, se establece una condición fundamental, por la cual la no constitución de la apertura del crédito impide la consumación del contrato, ya dependa esta apertura del actor o de un tercero.*

COMPRAVENTA CONTRA DOCUMENTOS: RESOLUCIÓN: *El incumplimiento por el comprador de la obligación de pagar el precio mediante la apertura del crédito irrevocable en un Banco —y del cual hacía uso el vendedor mediante la entrega a dicha entidad bancaria de los documentos pertinentes— es causa para la resolución del contrato, aunque el vendedor no haya puesto la mercancía a disposición del comprador. [Sentencia 7 noviembre 1953.]*

7. PRÉSTAMO DE TÍTULOS: VALORES: ARTÍCULO 1.753 C. c.: *Conforme a este artículo, el prestatario está obligado a devolver otros tantos de la misma especie y calidad, y salvo pacto, no puede obligar al acreedor a recibir su importe en metálico con arreglo a la cotización del día del préstamo.* [Sentencia 15 junio de 1953.]

8. QUIEBRA: ACCIÓN DE REINTEGRO: NATURALEZA: *Tiene carácter real y subsidiariamente personal por el valor de las cosas.* [Sentencia 5 marzo 1954.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *La competencia determinada por el ejercicio de una acción personal no se modifica por el hecho de que en el suplico de la demanda, después de solicitar una condena de pago de cantidad como importe de gastos realizados, se exprese condicionalmente «previa declaración, si se estimara preciso, de haber quedado sin valor ni efecto alguno la oferta de compra... etc.», pues ello no implica que el demandante pida la rescisión de un contrato, sino que parte del supuesto de que no ha tenido efecto, para reclamar la cantidad que cree le es debida.* [Sentencia 30 diciembre 1953.]

2. COMPETENCIA: LETRAS DE CAMBIO: *De no pactarse en el contrato el libramiento de una letra de cambio, éste no determinará el lugar del pago y será tenido únicamente como mera formalidad para el pago.* [Sentencia 15 enero 1954.]

3. COMPETENCIA: JUICIO DE TESTAMENTARIA: *Ante la duda que ofrece la determinación del último domicilio del causante de la herencia, es procedente decidir la cuestión en favor del Juez ante el cual se tramitó la declaración de herederos.* [Sentencia 11 enero 1954.]

4. CONCEPTO DE PARTE O LITIGANTE: TERCERÍA PROCESAL: *Frente al proceso, son terceros quienes originaria o posteriormente no ocupen cualquiera de las dos posiciones de parte: actora, que adquiere esta cualidad por la admisión de la demanda presentada o demandada, a quien el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento civil expresa se la tendrá por parte.*

PARTES Y TERCEROS: *Presentada demanda por uno de los coparticipes de una comunidad hereditaria constituida en escritura pública, y actuando como representante de dicha entidad, los demás coparticipes no son litigantes en ningún sentido.*

PRUEBA DE CONFESIÓN Y TESTIFICAL: *Denegada la prueba propuesta de confesión por no tener cualidad de partes las personas de quien se pretendía obtener, no puede alegarse se haya producido indefensión, cuando pudo*

solicitarse oportunamente que se recibiera declaración a las aludidas personas como testigos. [Sentencia 20 enero 1954.]

5. PROCEDIMIENTO: ALTERACIONES: Sentencia 2 marzo 1954 (v. D. C. III, 41).

6. PRESENTACIÓN Y ADMISIÓN DE DOCUMENTOS: ARTÍCULO 506 LEC: *Pueden admitirse al actor y al demandado, después de la demanda y contestación, documentos de fecha posterior a tales escritos, siempre que los hechos que con ellos se trate de acreditar sean también posteriores. [Sentencia 30 octubre 1952.]*

7. RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN: *El trámite de reclamación previa en vía gubernativa es realmente un expediente previo, equiparable al acto de conciliación, y su efecto es impedir que se entre a conocer de las demandas dirigidas contra el Estado sin haberlo realizado. Su omisión más que una excepción propiamente dicha, origina una simple infracción procesal, apreciable por los tribunales, pero susceptible de susanación en cualquier momento, convalidándose de este modo los actos procesales viciosamente constituidos.*

RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: CARÁCTER NO DEFINITIVO DE LA SENTENCIA QUE ADMITE LA EXCEPCIÓN: *La sentencia que admite esta excepción no tiene en puridad el carácter definitivo necesario para su acceso a la casación, toda vez que, subsanado el defecto, puede continuarse el pleito promovido o formularse otro sobre el mismo objeto.*

PERSONALIDAD DEL DEMANDADO: *Careciendo en el momento de interponerse la demanda de individual personalidad jurídica la entidad demandada por haber sido absorbida por el Estado, que asumió todos sus derechos y obligaciones, y habiendo comparecido éste en los autos, la relación procesal quedó perfectamente trabada entre el actor y el Estado. [Sentencia 17 febrero 1954.]*

8. EXCEPCIONES DILATORIAS: ART. 533, 7.º LEC: RECLAMACION PREVIA EN LA VIA GUBERNATIVA: ARTS. 2.º Y 3.º DEL R. D. 23 MARZO 1886: CASACIÓN: *Los artículos 2.º y 3.º del R. D. de 23 de marzo de 1886 son de carácter administrativo, y su repercusión en la esfera jurídica civil, acogida como excepción dilatoria séptima del artículo 533 LEC, afecta por su carácter adjetivo al modo de proceder en demandas contra la Hacienda Pública, sin que la alegada infracción de normas administrativas, ni la de las meramente procesales, sea eficaz en casación por infracción de Ley, sólo utilizable con base en el quebrantamiento de reglas materiales o sustantivas de Derecho civil. [Sentencia 30 diciembre 1953.]*

OBSERVACIONES: Coincide, en cuanto a la doctrina sobre normas procesales, con el Auto de 28 junio 1953, ampliándolo respecto a las administrativas.

9. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: S. 3 marzo 1954 (v. D. C. III, 30).

10. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: S. 10 febrero 1954 (v. D. C. III, 61).

11. COSA JUZGADA: LÍMITES JURISPRUDENCIALES: S. 13 octubre 1953 (v. D. C. III, 47).

12. COSA JUZGADA: REQUISITOS: S. 13 octubre 1953 (v. D. C. III, 47).

13. COSA JUZGADA PENAL: SU INFLUENCIA EN EL PROCESO CIVIL: S. 27 abril 1953 (v. D. C. III, 34).

14. COSTAS: TEMERIDAD: APRECIACIÓN: *Si bien la apreciación de la temeridad de los litigante, a efectos de la imposición de costas, es en principio inatacable en casación, puesto que pertenece a la discreción del juzgador de instancia, esta regla no es de carácter absoluto, existiendo casos excepcionales en los que se puede enjuiciar y enmendar la apreciación errónea de la instancia.*

COSTAS: TEMERIDAD DEL APELADO: *No puede considerarse temerario en apelación o alzada al que viene a dicho recurso como apelado, no impulsado por su propio estímulo, sino arrastrado por el proceder de la otra parte y en defensa de una resolución que, aunque sólo sea de momento, reconoce el derecho que ha alegado en el pleito.*

15. CASACIÓN: RESOLUCIÓN NO DEFINITIVA: *Sólo tienen expedito el camino hacia la casación y pueden ser examinadas en ella las resoluciones que ponen término al pleito principal y las que impiden su continuación. La sentencia que otorga el beneficio de pobreza, no sólo no impide la continuación del pleito, sino que, por el contrario, la facilita y, en consecuencia, no puede ser impugnada en casación. [Sentencia 27 julio 1953.]*

16. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS: JORNAL DE UN BRACERO: CONCEPTO DE BRACERO: *El calificativo de bracero sólo corresponde a los que trabajan en cosas materiales para las que no necesitan arte o habilidad de ninguna clase. Por ello su remuneración es inferior a la de otros jornaleros cuya labor requiere conocimientos o especialización. [Sentencia 26 noviembre 1953.]*

II. Procesos en especial.

1. DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *El juicio de desahucio sólo puede utilizarse cuando entre las partes no existan más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, pero*

no cuando existan otras relaciones, o sean de tal naturaleza, o tan especiales o tan complejas que no es racionalmente posible apreciar su finalidad y trascendencia en este procedimiento. [Sentencia 18 diciembre 1953.]

2. DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: COMUNIDAD HEREDITARIA: Conforme al artículo 1.564 L.E.C y reiterada jurisprudencia pueden ejercitar la acción de desahucio poseedores, como los arrendatarios, que no lo son a título de dueños, frente a los que tienen en precario la casa arrendada.

Los herederos del arrendatario pueden continuar el pleito iniciado por su causante representando a la comunidad, aunque alguno de ellos no participe en esa actuación judicial. [Sentencia 8 mayo 1953.]

III. Recursos.

1. SEGUNDA INSTANCIA: PRUEBA: Para pedir el recibimiento es preciso que la propuesta no haya podido practicarse en la primera instancia por causa no imputable al solicitante. Y es imputable al litigante la no práctica de la prueba si no la ha propuesto con antelación bastante, según su naturaleza y las prescripciones legales que la regulan o no ha gestionado con diligencia su práctica. [Sentencia 30 octubre 1952.]

2. FALTA DE LA FIRMA DE LETRADO EN EL ESCRITO DE APELACIÓN: CARÁCTER SUBSANABLE: PLAZO PARA LA SUBSANACIÓN: La falta de la firma de letrado en el escrito de apelación ha de subsanarse dentro del plazo legal fijado para utilizar el recurso en forma. [Sentencia 28 diciembre 1953.]

«... porque entender como en el presente recurso de casación se pretende, que la falta de firma de Letrado en el escrito por el que se quiso apelar de una sentencia, produjo la suspensión del término judicial cuyo transcurso sin ser utilizado bastaba para dotar a la resolución de autoridad de cosa juzgada, tanto valdría como conceder a los recurrentes un medio de conseguir la prórroga de un término improrrogable.» (Considerando 2.º)

3. CASACIÓN: INFRACCIONES FISCALES: Las infracciones en materia de impuestos de Timbre y Derechos reales corresponde sancionarias a la Administración, pero no dan lugar a recurso de casación. [Sentencia 12 marzo 1952.]

4. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: Se entiende por maquinación fraudulenta, con la cual ha sido ganada injustamente la sentencia recurrida, a efectos de la revisión, todos aquellos hechos por medio de los cuales una de las partes impide que la otra conozca que ha sido convocada a juicio y se defienda en él adecuadamente. Constituye maquinación fraudulenta, por tanto, el hecho de que el demandante que conoce el lugar de residencia del demandado y percibe de él, incluso durante la tramitación del procedimiento una merced arrendaticia mensual, alegue que por hallarse en igno-

rado paradero los emplazamientos y notificaciones deben hacerse mediante inserción de edictos, con el objeto, que consiguió, de que el demandado no se enterase que había sido llamado a juicio.

RECURSO DE REVISIÓN: REQUISITOS DE FORMA: Deben acompañarse al escrito el testimonio de la sentencia y el documento acreditativo de haber efectuado la consignación del correspondiente depósito. El escrito ha de interponerse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo señalado por la ley, que media entre el conocimiento del hecho que da motivo a la revisión y la interposición del recurso [Sentencia 9 junio 1953.]