

JURISPRUDENCIA

I. NOTAS

Para el estudio de los derechos irrenunciables

LEONARDO FRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad Central y Abogado
del I C de Madrid

El artículo 4.º del Código civil, como dice DE CASIRO y BRAVO¹, es de un gran alcance, no ya sólo por referirse a los contratos y a sus pactos, cláusulas, convenciones, negocios jurídicos en general y a toda clase de acto que pueda producir un efecto jurídico, sino porque implica la protección de la ordenación establecida por la ley contra el arbitrio individual. Excluye, en su primer párrafo, la posibilidad de renunciar a las Leyes, y en el segundo—según afirma el mismo autor—indica el radio de acción que se permite a la renuncia.

En el orden contractual se completa con el precepto del artículo 1.255 del mismo Código, donde, como es sabido, se pone una traba a la libertad negocial, excluyendo los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público.

La aplicación de estas normas supone, como necesaria, la distinción entre leyes dispositivas y leyes imperativas, puesto que la ley del artículo 4.º, "contra" la que no se puede ir, es la imperativa o absoluta, y el mismo carácter es el de las leyes del artículo 1.255, que tampoco se puede "contrariar"; aunque tal distinción no hemos de entenderla en el sentido de que a las leyes dispositivas no les acompañe un efecto sancionador, pues, evidentemente, se tiene razón al estimar que cuando el acto no reúne los requisitos constitutivos que prescribe la ley dispositiva, o, lo que es lo mismo, si no se da la circunstancia de la que depende su aplicación, dicha ley produce idénticos efectos que la imperativa².

En presencia tan sólo de ambas normas jurídicas (artículo 4.º y 1.255 del Código civil) puede surgir la duda acerca de las leyes que deben estimarse como estrictamente imperativas y aquellas otras a las que debe asignarse la consideración de meramente dispositivas, en el sentido que

1. *Derecho civil de España*, I. 1942, pág. 448 y sigs.

2. Véase autor y obra citados en la nota anterior, pág. 447.

resulta de lo que se acaba de exponer, o sea de aquéllas que, como hemos dicho en otra ocasión con referencia a las normas procesales, envuelven una facultad otorgada por el legislador a los destinatarios para que elijan la forma de vincularse por ellas, de cumplirlas².

Y sucedía así porque, salvo casos muy contados, el carácter absoluto o dispositivo había que deducirlo en las leyes tradicionales (Código civil, de Comercio, Ley de Enjuiciamiento civil; en cuanto contiene preceptos de carácter material y procesal) de su propio texto, lo que presentaba un problema de hermenéutica. Pero el caso parece haber cambiado, sobre todo desde que la nueva estructura de multitud de relaciones vitales ha aconsejado al legislador establecer expresamente que la ley que dicta es de naturaleza absoluta, imperativa o irrenunciable; pretendiendo que no haya duda. Piénsese, por ejemplo, en el Decreto de Arrendamientos Urbanos de 29 de diciembre de 1931 (artículo 12^o); Ley articulada, según las bases de 31 de diciembre de 1946, sobre la misma materia (artículo 11); Ley de 15 de marzo de 1935 de Arrendamientos Rústicos (artículo 1.º, I); Ley de 23 de julio de 1942 (artículo 1.º); Ley de Contrato de Trabajo, texto del Decreto de 26 de enero de 1944 (artículos 9.º, II, y 10), y todas las normas reguladoras de accidentes de trabajo, seguros sociales, incluso seguros comunes, etc. En todas estas disposiciones se determina que "no producirán efecto los pactos que se establezcan contra ellas"; la imposibilidad de modificarlas "por pacto en contrario de los contratantes"; la irrenunciabilidad de los beneficios otorgados, "considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que las contradiga"; la prohibición de "establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales".

No se trata en el presente estudio introductivo de estudiar las causas a que responde este aumento del ámbito del Derecho necesario, o modificación de extensos aspectos del Derecho privado, para convertirse en el que se ha dado en llamar, a falta de otra nomenclatura mejor, Derecho social, cuya bibliografía es asequible, sino de establecer, mediante el estudio de ciertos casos jurisprudenciales, algunas orientaciones interpretativas con cuyo auxilio pueda eliminarse lo irracional en la aplicación de aquellos preceptos absolutos, y cualesquiera otros análogos, que, a pesar de esa condición imperativa, no siempre captan los casos todos que ofrecen la vida real del Derecho, desigual y múltiple.

a) Tanto las Leyes arrendaticias rústicas como las urbanas establecen, en unos u otros términos, la posibilidad de prórroga obligatoria para el propietario, del colonato o del inquilinato. Interpretados estos preceptos en su sentido más literal y a ultranza, como puede observarse que ocurre cada día ante los Tribunales, se prestan a confundir a los Jueces hasta el punto de que una manifestación recepticia de voluntad por parte del colono o del inquilino, dirigida a la resolución del contrato arrendaticio, no sea suficiente para que el propietario, obligado a llevar el asunto ante

2. Véase mi *Derecho procesal civil*, I, 1946, pág. 12.

los Tribunales por la resistencia de aquéllos a cumplir el compromiso, conduzca a un resultado negativo o desestimatorio. El caso no es puramente imaginado, sino que ha sido propuesto, según lo que nos es conocido, en los Juzgados y Audiencia de Zaragoza y en los de Cáceres. Se halla el primero *sub iudice*—como nos comunican—y es correcto prescindir de su estudio aquí. Nos basta con el de Cáceres (sentencia de apelación de 7 de diciembre de 1945)

Surgió allí el problema de un colono que, en 10 de octubre de 1943, dirigió al propietario de la finca que cultivaba una carta, firmada, donde renunciaba con perfecta claridad y de manera concluyente a continuar en la explotación de la tierra en la fecha que anunciaba, teniendo como causa tal renuncia ciertas contraprestaciones establecidas en un convenio que la sentencia da por indudablemente celebrado, y que fué cumplido por la otra parte. Realizáronse los temores que, como decíamos, nos asaltaban en estos casos, y el Juez de primera instancia desestimó la demanda de desahucio interpuesta por el propietario. Pero el Tribunal superior, con una motivación en parte discutible y en parte aceptable, revoca el fallo, estimando consecuentemente la demanda.

Sostiene que el problema de la no renunciabilidad de los derechos afectados por el matiz que se dice social y tuitivo de las normas arrendaticias no ha de tenerse por existente, ya que en ellas, como en las de naturaleza análoga, se mantiene la irrenunciabilidad de los derechos que confieren en tanto "se estiman como una simple y mera expectativa, es decir, previamente a su real y efectiva adquisición; pero conseguida ésta—agrega—sería inexplicable, e incluso rayano en el absurdo, sostener un criterio acaso perjudicial en algún caso para el mismo a quien se trata de proteger, que no debe por ello encontrar una infundada limitación a sus facultades y a su libertad en momentos en que, ausentes los peligros que en otro caso pudieran desnaturalizar o incluso anular los propósitos y finalidad proteccionista de la legislación, sólo implicaría la creación de injustificadas excepciones a la lógica y normal regularización de las relaciones contractuales".

Admite después la licitud del pacto, por no constar que se estableciera en momentos de angustia o apremios de otra índole, susceptibles de anular la libertad para medir la trascendencia del acto, viciando el consentimiento; y, por último, acude al argumento que proporciona el artículo 8.º de la Ley de 23 de julio de 1942, donde no se obliga al arrendatario a avisar al propietario, en ciertos casos contractuales, si desea continuar la relación arrendaticia, y sí, en cambio, cuando intente cesar en su condición de arrendatario, precepto que en el fondo—dice—es expresivo de un reconocimiento de la renunciabilidad del derecho de prórroga.

Un pacto de esta clase, y, aún más, la manifestación unilateral de dar por resuelto un contrato de arrendamiento, sin tener por causa contraprestación alguna, no se opone a las normas imperativas arrendaticias ni a las normas primarias de fiscalización de las renunciaciones, representadas por los artículos 4.º y 1.255 del Código civil. Los preceptos absolutos de esta

clase no impiden ni han impedido nunca que un nexo obligacional del tipo que nos ocupa tenga su debida efectividad; prescriben únicamente que no cabe contrariar sus normas acerca de la relación arrendaticia *mientras la misma subsista*, o sea que, por ejemplo, es inadmisibles introducir una cláusula por la cual se prive al arrendatario o colono del derecho a las prórrogas forzosas, o a los efectos de casos fortuitos, o a subarrendar en las condiciones que establezcan, o al derecho de tanteo y al de retracto, y tantos otros derechos y facultades semejantes. Ahora bien, que un arrendatario pueda manifestar solemnemente a su arrendador que da por terminado el contrato, es un poder del que nadie puede privarle, ni en parte alguna está prohibido, pues equivaldría al absurdo práctico de crear nuevos siervos de gleba, sujetos eternamente al fundo, si estamos en materia rústica, o a la vivienda. Contrariamente, quedaría destruída la libertad contractual en los dos extremos donde no puede destruirse: en el comienzo de la relación arrendaticia, para ambas partes, y en el de su extinción, para el arrendatario.

Una conclusión contraria sería irracional; sería tachar de un plumazo principios básicos del Derecho de obligaciones moderno. Lo que se impone es someter al tratamiento adecuado el pacto bilateral—caso de la resolución puesta como ejemplo—o la manifestación de voluntad recepticia supuesta, esto es, determinar si son subsumibles en los artículos 1.255, 1.256, 1.258, 1.261 y siguientes del Código civil, principalmente en cuanto a la causa; precisando, además, si tal manifestación de voluntad está captada, entre otras, por las normas de los artículos 1.254 y 1.091 de ese cuerpo legal.

Por lo que atañe a la efectividad judicial de los pactos que nos ocupan, estimamos que provocan una novación (transmutación) jurídica, en el sentido de que los antiguos derechos y obligaciones arrendaticias se convierten en derechos y obligaciones de tipo civil común, concretamente para el arrendatario o colono aparece una obligación mixta de dar y hacer, exigible no con invocación de la causa 1.^a del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (expiración del lapso) o del artículo 70 de la Ley articulada de 31 de diciembre de 1946, sino citando, especialmente, los artículos 1.097 y 1.098 del Código civil (obligaciones de dar y hacer); y no en un juicio de desahucio, sino en el declarativo que corresponda. El Juez, por su parte, deberá prescindir de aplicar las normas que conceden plazos de humanidad o favor para desalojar, contenidas en las Leyes arrendaticias, limitándose a tratar el caso como uno de puro y simple incumplimiento de obligación común.

b) Otra hipótesis clara es la de las normas que han modificado o han dado nueva fisonomía a los elementos constitutivos del contrato, determinados en el artículo 1.261 del Código civil, supletorio para todas las figuras contractuales.

Podemos citar como ejemplo el párrafo 1.^o del artículo 3.^o de la Ley de Arrendamientos rústicos, de 23 de julio de 1942. Expresa que "para

los futuros contratos de arrendamiento la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará necesariamente en (una) determinada cantidad de trigo". Tampoco es de este lugar la explicación de la *ratio legis* a que la norma responde, pero la inteligencia de lo que sigue obliga a indicar que intenta la protección del propietario (sin duda, como compensación de las muchas restricciones que impone a sus derechos dominicales), colocándole a cubierto de las oscilaciones de la moneda, muy sensibles cuando los contratos son de larga duración (deseo de la Ley, por consideraciones económicas).

Con aquel precepto, la fijación de la merced en cantidad determinada de trigo pasa a ser un elemento necesario o constitutivo esencial del tipo contrato de arrendamiento rústico, con lo que cualifica o, aun más, modifica, como *lex specialis*, la *generalis* del artículo 1.543 del Código civil, cuando habla del "precio cierto" como requisito del contrato de arrendamiento de cosas, y, caso de no estar derogado, altera el número 6.º del artículo 5.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, que versa también sobre el precio; de suerte que, después del precepto que nos ocupa, no hay precio cierto, merced determinada, renta anual, si no se establece en la especie trigo, y de modo cuantitativo.

Es decir, que por aplicación del artículo 1.261, en lo general, y del 1.543 del Código civil (también del artículo 5.º, número 6.º, si rige, de la Ley de 1935), en lo particular, con la modificación de que tratamos, resultará que en el contrato donde la merced no venga fijada en una cantidad de trigo, falta un requisito absoluto o elemento constitutivo y habrá de conceptuarse como nulo de pleno derecho. Este razonamiento no podrá ser tachado de formalista; para rechazar ese reproche no es necesario invocar el carácter absoluto de todas las normas de las Leyes arrendaticias (porque podría ser una justificación legal, pero no jurídica), según lo expuesto antes, sino que basta con la consideración de las potísimas razones de fondo a que brevemente aludíamos al principio de este párrafo. En esto se funda la jurisprudencia para declarar la nulidad de los contratos concluidos con la omisión del requisito aludido¹.

c) Otro caso claro de no oposición a la finalidad tuteladora de las normas necesarias es el de la ejecución provisional de las sentencias de desahucios urbanos, dictadas en apelación y pendientes de ulterior recurso. El problema no surge en los supuestos de arrendamientos rústicos, por haberse concedido, según es notorio, la posibilidad de esa ejecución provisional.

En presencia del texto de la Ley articulada de 31 de diciembre de 1946, se ha sostenido ya que, sustituido en materia arrendaticia urbana el recurso de casación por el—desafortunadamente—llamado "de injusticia notoria", quedaba cancelada la facultad de lograr una ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia, pendiente de casación, porque,

1. T. S., Sala V, 3 mar. 1946, 2 dic. y 28 may. 1945, 7 mar. 1944 y 26 ab. 1943.

eliminado este recurso, desaparecían todas sus derivaciones, y entre ellas la repetida ejecución provisoria. Siendo demasiado endeble el apoyo en la 27.^a disposición transitoria de la Ley arrendaticia, porque su fórmula derogatoria afecta únicamente a “todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos” y no a las normas procesales comunes, las que, por el contrario, quedan vigentes, como supletorias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179, se acude a la invocación del contenido de protección social, “Leitmotiv” de la Ley, afirmándose que tal protección resultaría negada si se permite ejecutar la sentencia de desahucio pendiente de recurso de “injusticia notoria”.

Hay aquí un desenfoque manifiesto del problema. La ejecución provisional en este caso no atenta contra la finalidad protectora de la Ley, porque su admisión o no admisión excede del campo jurídico material, para pasar al estrictamente procesal. En la ejecución provisional hay que ver una medida contra la probable mala fe del arrendatario que, condenado en dos sentencias, puede perfectamente usar del último recurso que está a su disposición para prolongar el disfrute de la cosa, y que, además, no se concede *ope legis* y de plano, sino con la garantía de una fianza del propietario vencedor, para responder de las consecuencias en caso de revocación.

Una sentencia de la Audiencia de Zaragoza, de 24 de septiembre de 1947, ha sustentado este mismo criterio⁵.

d) Nuevo caso merecedor de estudio es el que puede resultar, y que tenemos noticia de haberse presentado en la realidad, a propósito del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto del Decreto de 26 de enero de 1944. Como es sabido, está prescrito en él que el contrato de trabajo no termina por la cesión, el traspaso o la venta de la industria, a no ser que en él se hubiera expresamente pactado lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior.

La interpretación racional de esta norma ha llevado a estimar que produce la “objetivación” de la empresa, de modo que la relación de trabajo se desprende y separa del elemento personal, para tener una vida independiente de todos los azares y vicisitudes por los que aquélla pase y de los cambios de la persona física o individual que primitivamente contratase. Es el medio para poner en práctica la idea de protección que las Leyes llamadas—antiestéticamente—laborales quieren dispensar al productor, y que justifica la sustitución del estrecho concepto del contrato por el más lato de relación de trabajo.

La irracionalidad puede darse en todos aquellos casos en que el pensamiento de la relación laboral como carga o gravamen del negocio (recuérdese la Orden del Ministerio de Trabajo, de 16 de julio de 1932) quiere emplearse aun para las hipótesis de negación por el trabajador de la per-

5. Véase el comentario de esta sentencia, en sus diversos aspectos, en la *Revista de Derecho Procesal* (española), último cuaderno de 1947.

sonalidad del cesionario o adquirente, porque entonces, lejos de redundar la aplicación en beneficio de aquél, sirve para cercenar un medio defensivo a disposición del mismo.

Imagínese el supuesto de un trabajador que es demandado por la empresa que se titule cesionaria o adquirente de la industria, para tomar una determinación adversa, por ejemplo, el despido (cuando el mismo exige un expediente previo y su aprobación por el órgano judicial de Trabajo), y que frente a la demanda él oponga la falta de legitimación, bien sea conforme al artículo 488 del Código de Trabajo, bien con arreglo al número 2.º del artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 498 del citado Código. El órgano judicial de Trabajo puede incurrir en el error de ver únicamente en el artículo que nos ocupa su aspecto positivo, y entonces emite un fallo desestimatorio de la excepción, aplicando precisamente el pensamiento "protector" de ese artículo e invocando, también precisamente, la doctrina de la objetivación de la empresa, de la carga real que constituyen las obligaciones laborales, con el resultado negativo del desamparo del trabajador, cuya protección consistiría, en esta hipótesis, en negar la legitimación de la empresa cesionaria que dejó de acreditar su carácter de continuadora del negocio o industria, con la consiguiente *absolutio ab instantia*.

La irracionalidad del pronunciamiento estribaría en desconocer que cuando el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo "objetiva" la empresa, está contemplando únicamente al productor como demandante o reclamante, y en su beneficio crea una legitimación pasiva (la de la empresa "objetivada"), para garantizarle su permanencia en el trabajo, el disfrute de la retribución y todos los demás derechos inherentes a la relación laboral. Pero en modo alguno instituye una legitimación activa, *ope legis*, a favor del empresario o empresa adquirente, que actuaría en perjuicio del productor demandado, el cual se defiende alegando esa falta de legitimación, la necesidad de cuya prueba es evidente dentro del sistema de la Ley de Contrato de Trabajo, y de acuerdo con el artículo 503, número 2.º, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 498 del Código de Trabajo.

e) Nuevo caso es el resuelto por la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, acerca de la facultad de subarrendar después de la prohibición del artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, y otorgada en contrato anterior a la vigencia de la misma ⁶.

En un contrato concluido en 1920 se autorizó al arrendatario para subarrendar, y al adquirir diecinueve años más tarde (1939) un pariente del arrendador, por derecho de retracto, dos terceras partes del conjunto de fincas subarrendadas, el nuevo propietario solicitó el desahucio, fundándose en la prohibición de subarrendar contenida en el artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuyo párrafo dice, como es notorio, que "quedan prohibidos los subarriendos de fincas rústicas", expresando en el

6. T. S. Sala V. 17 dic. 1941.

final que "será causa de desahucio del arrendatario el subarriendo otorgado por el mismo contrariando las prescripciones contenidas en el presente artículo, sin perjuicio de la nulidad del subarriendo". Los dos Tribunales de instancia, a nuestro juicio con muchas razones a su favor, desestiman la demanda; pero el Tribunal Supremo revoca la resolución de la Audiencia, accediendo al desahucio solicitado.

Los dos puntos fundamentales de la motivación expuesta en la sentencia casatoria (si cabe emplear este léxico) son los siguientes:

"Qué, sustituido en los subarriendos de fincas rústicas el derecho voluntario por el necesario, el propietario de ellas, cuyos derechos como tal se relacionan con los de quienes de la cosa toman causa, puede ante actos *in fraudem legis*, ejercitar los derechos que el legislador otorga, para que el Derecho necesario cumpla su misión (ideología del artículo 4.º del Código civil), en este caso, por conveniencias de orden social, la de poner fin a un contrato del cual abusó una de las partes, para lograr en su beneficio lo que el legislador prohibía en servicio del bien común."

Y más adelante: "Que tales preceptos (artículos 1.º, 4.º y 28 de la Ley citada) no se dictaron para que pudiera entenderse que llevaban en sí el germen de infecunda finalidad, si hubiera de prevalecer la idea de que, al amparo de contratos anteriores de indefinida duración o de prórrogas reales o simuladas (?), quedara entre tales distingos y ficciones burlado el propósito legislativo de acabar en la práctica del derecho de arrendamiento con la figura del intermediario entre propiedad y trabajo, y a ese fin obstaculizador conduciría la interpretación de los mencionados preceptos si se limitara su aplicación exclusivamente a los casos de subarriendos con base de contratos de locación formalizados en los términos dispuestos en la Ley de 1935."

Contra la autorización general del subarriendo militan, ciertamente, las consideraciones de tipo económico de que se hace eco en otros lugares la sentencia aludida, y para nosotros la fundamental es que en este contrato, como en la mayoría de los usuales, y si cabe con razones más poderosas en el tipo que nos ocupa, rige el principio de "vista la persona", de modo que el cambio de la misma por la determinación unilateral del arrendatario puede provocar el perjuicio de un deficiente cultivo de la tierra y, en definitiva, un mal no sólo para el propietario, sino también para la economía general. Así observamos que, a medida que las condiciones de ésta se empeoran por causas de guerras, aumento de población, deseo de elevar el propio nivel de vida en el medio agrario, etc., las restricciones en cuanto a esta especie jurídico-económica son más duras; por eso vemos que la fórmula del Código civil (artículo 1.557) es la permisión del subarriendo "cuando no se prohíba expresamente", y en el artículo 1.569 no se establece, consecuentemente, el subarriendo como causa de desahucio; más tarde, en el Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 (artículo 26) la fórmula de permisión general se convierte en la opuesta: "no podrán ser subarrendadas las fincas rústicas sino cuando en el contrato de arriendo se hubiere concedido expresamente al arrendatario tal facultad". Y veni-

mos al artículo 4.º de la Ley de 1.º de marzo de 1935, en el que existen los dos preceptos que antes fueron transcritos.

A la vista de estos precedentes (y de las normas ulteriores, a que más tarde aludiremos) importa examinar si la prohibición del subarriendo afecta incluso al propietario. Una simple interpretación sistemática y lógica del artículo 4.º, citado, lleva a la conclusión negativa: No ha querido privar de la facultad, al propietario, de permitir los subarriendos. Basta leer con sentido hermenéutico el párrafo primero y el último del tan repetido artículo para comprender que está contemplando el caso del arrendatario subarrendador; a él es a quien priva de esa posibilidad; está suponiendo constantemente que él es quien podría sentirse inclinado a subarrendar, y por ello es por lo que en el último párrafo del mismo, y más tarde en la causa 4.ª del artículo 28 concede al propietario acción para desahuciar por la que nos ocupa; el único legitimado, en la letra y en el espíritu, para desahuciar es el propietario, y no es imaginable que, por otra parte, se le concediera aquélla para ir contra sus propios actos, orientados a permitir el subarriendo.

Tampoco existe la razón económico-social que invoca la sentencia del Tribunal Supremo, porque si es cierto que una libertad absoluta para el arrendatario en orden al subarriendo puede llevar consigo el perjuicio de una entrega del fundo a persona distinta de la que primitivamente lo tomó a su cuidado (empobrecimiento de la tierra, deficiente cultivo, escasa cosecha, etc.), el pensar que una facultad otorgada por el propietario, incluso, por ejemplo, especificando cualidades que habría de reunir cualquier subarrendatario, no es admisible, llevaría al absurdo, porque esos mismos inconvenientes pudieran darse con los arrendatarios, y prácticamente vendríamos al resultado de que todo propietario, por bien de la economía particular y general, no podría dejar la tierra a nadie, quedando obligado a cultivarla directamente o a prescindir en absoluto de su cultivo.

Ni siquiera es necesaria la reducción del número o clases posibles de subarrendatarios a los que reuniesen ciertas condiciones de capacidad, preparación, etc., porque los arrendatarios se hallan en el mismo caso: No podría ningún propietario saber de antemano que cualquiera de esos posibles arrendatarios que asuma el cultivo de la tierra va a realizar su cometido dentro de las más estrictas reglas jurídicas y económicas. El mismo margen de azar, o muy semejante, hay en un caso que en otro. Y en definitiva, el incumplimiento de sus deberes de buen cultivador, por parte del subarrendatario permitido por el propietario, tiene la sanción de cualquiera de las causas quinta y siguientes del artículo 28 de la Ley aludida, a hacer efectiva contra el arrendatario, subarrendador.

El legislador de dicha Ley no estuvo afortunado en el pensamiento ni en la redacción, y a ello se debe el párrafo segundo de la norma cuarta del Decreto de 23 de marzo de 1935: Maneja los subarriendos existentes en la época de entrar en vigor la Ley arrendaticia tantas veces citada, para asociarles diversos resultados, descartando que en todo caso, a su amparo, el propietario común, es decir, el que no autorizase expresamente el

subarriendo) pudiera siempre, basándose en los preceptos citados, desahuciar.

Por su parte, la validez absoluta de las razones económicas al uso contra el subarriendo está negada por ese mismo Decreto de 1935 y por la disposición adicional tercera de la Ley de 23 de julio de 1942.

Pero con todo esto no se niega que en el caso de la sentencia objeto de estudio el nuevo adquirente no pudiera dar por terminada la relación arrendaticia. Lo que sucede es que cualquier otro camino le hubiera sido más difícil.

En último lugar, siendo claro que las normas estudiadas no prohíben al propietario dar permisión al arrendatario para subarrendar, el hecho de que la facultad se hiciera efectiva con posterioridad a la Ley de 1935 es irrelevante.

f) El último ejemplo de esta casuística que vamos a exponer es el del retracto arrendaticio rústico entre parientes. El Juzgado de primera instancia estima que no procede, con arreglo al párrafo tercero de la tan citada Ley, de 15 de marzo de 1935, según el cual "quedan exceptuados de la Ley, salvo pacto en contrario, los contratos de esta naturaleza (arrendamientos rústicos) cuando se concierten entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción, como igualmente los celebrados entre colaterales del segundo grado".

En cambio, el Tribunal de apelación (Audiencia) no comparte este criterio y revoca la sentencia del *iudex a quo*. Llevado el caso ante el Tribunal Supremo, su Sala 5.^a revoca, a su vez, el nuevo fallo y dicta otro, volviendo al del Juez, o sea, declara la inadmisibilidad del retracto entre parientes⁷.

Una de las sentencias del Tribunal Supremo alega, fundamentalmente, que no habiendo las partes (parientes) contratantes celebrado pacto de sometimiento a la Ley, no cabe una aplicación parcial, como sería la del artículo 16, que concede en retracto arrendaticio; y expone, además, que la admisión del mismo en ese supuesto sería a expensas de convertir—desnaturalizándolo—dicho retracto, nacido con fines de tipo social, en otro gentilicio, proscrito de nuestro Derecho civil.

La otra sentencia se apoya, principalmente, en el argumento de que la "guía de la legislación sobre arrendamientos rústicos es el interés social, y en éste ocupa primer lugar el social-familiar. A la sociedad importa, pues—agrega—robustecer ese su elemento primitivo y primordial, y ese se vigoriza respetando la posible libertad de acción entre sus miembros en orden a la administración y disfrute del patrimonio familiar". Expone más adelante que la intención de la Ley no es privar a los arrendadores o arrendatarios parientes de los derechos que concede a quienes no

7. T. S., Sala V, 16 oct. 1940. Asimismo, 22 nov. 1946. Pero el caso de ésta es aún más grave, pues Juzgado inferior y Audiencia estuvieron de acuerdo en cuanto a la procedencia del retracto.

lo son, pero a cambio de la decisión formal y voluntaria de aceptar también íntegramente el régimen de que aquéllos nacen y de cumplir los deberes que en él se imponen.

Sería plenamente admisible esta motivación, sobre todo la de la primera sentencia, para cualquier supuesto, incidencia o particularidad que no fuera precisamente el retracto. A diferencia de los otros, admitidos en el Código civil, a diferencia incluso del gentilicio de las legislaciones forales, el retracto arrendaticio tiene un fundamento que raya en lo afectivo: es justo que quien ha regado, mucho o poco tiempo, con el sudor de su frente (y aquí no existe tópicó) la tierra que cultiva, tenga la esperanza y alcance la realidad de convertirse en propietario de ella, cuando el arrendador haya decidido separarse de la misma. Este fundamento existe para cualquier extraño; cuánto más debe estimarse para los parientes.

Bastaría con esto. Una resolución que extiende el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley citada al caso del retracto, se excede manifiestamente en la interpretación de la norma imperativa, perjudicando a quienes el precepto en modo alguno quería hacer de peor condición. No se satisface el interés familiar con la negativa que resueltamente debe combatirse; no se escinde el ordenamiento arrendaticio estimando el derecho a retraer para el pariente arrendatario que no optó, con su familiar, por vincularse a dicho ordenamiento, porque el derecho de retracto se halla en la parte de afuera de la relación arrendaticia; es algo anexo, consecuencia o derivación, pero no es el arrendamiento mismo. Basta fijar la atención en algún posible efecto de la tesis negatoria: Para el comprador, sujeto pasivo del retracto, la adquisición de la tierra le permitiría, por ejemplo, fijar una cantidad menor que la efectivamente pagada, en el documento de compra, por estar libre del temor de retracto, facilitándosele la defraudación al Fisco; y, por la parte del vendedor, estaría en condiciones de exigir un precio mayor de la finca, por su patente de libertad de cualquier retracto arrendaticio, al estar arrendada a un familiar. En definitiva, el único perjudicado sería el arrendatario, por la adversa circunstancia de ser pariente del enajenante, la protección de la familia quedaría negada y se frustraría una de las finalidades sociales más importantes de la Ley, por la razón de no tratarse de un extraño, sino de un pariente. El retracto es un mal y una molestia que no se produce en el seno de la familia, motivo de la exención del artículo 1.º, que nos ocupa, sino para un extraño: por lo cual, su admisibilidad, incluso tratándose de parientes, es más, precisamente por ello, aparece como una exigencia de justicia. No hace falta acudir al artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1942, que en la letra sujeta a ella a "todos" los contratantes de arrendamientos rústicos.

* * *

Despréndese de los ejemplos puestos que las nuevas normas que expresan su carácter de derecho necesario no han innovado sensiblemente nada con relación al estado jurídico que creaba el artículo 4.º del Código

civil, y que el trabajo judicial es tan complicado y difícil como antes. Ante todo se impone un paciente y meditado trabajo de interpretación finalista de las normas, para evitar que el sumo derecho necesario pueda conducir a una suma injusticia, aunque sea producida por la sana intención de favorecer a los destinatarios de sus normas⁸.

8. Me viene a la memoria el relato de BENDIX en su curiosa obra *Die irrationellen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit*, 1924, acerca del campesino que, en su despacho jurídico y notarial de Berlín, le expresaba sus congratulaciones por haber salido vencedor en el asunto, pero agregándole—con referencia a la motivación de la sentencia—las dudas que le asaltaban: “¿Por qué—le decía—se disculpa tanto el Juez con la parte contraria?”, agregándole: “Gründe sind Entschuldigungen”, o sea, “los considerandos son disculpas”. Después BENDIX escribía en su libro que la frase del campesino había que completarla así:

Gründe sind Entschuldigungen.
 Gründe sind Verheimlichungen.
 Gründe sind Täuschungen.
 Gründe sind Selbstbetrug.
 Gründe für Fug.
 Gründe für Un-Fug.
 Gibt es genug.
 Und übergenug.
 Geltung hat, was ohne Grund und Gründe.
 Aufsteigt aus dem Grunde aller Gründe.

Lo que pudiéramos traducir del siguiente modo:

Los considerandos son disculpas.—Los considerandos son disimulos.—Los considerandos son embustes.—Los considerandos son engaños.—Considerandos para la justicia y para la injusticia los hay sobrados y resobrados.—Es derecho lo que sin razón ni fundamento surge del fondo de todos los fundamentos (considerandos).

No respondo de la fidelidad de aquella transcripción por no tener en este momento la obra de BENDIX al alcance de la mano, pero creo que mi memoria no me es infiel y coincide con el original, donde es interesante el juego de palabras.

BENDIX, desde luego, hablaba con mucho desenfado y pesimismo. Yo cito su curiosa composición con la única finalidad de probar el aserto de que, con las mejores intenciones, se puede incurrir en lo irracional, a pesar de que se ha de colocar aquí el axioma de que, por lo menos los Tribunales españoles, han perseguido siempre en la motivación de sus resoluciones, basar sentencias inspiradas en un indeclinable espíritu de justicia.