

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VI
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLIII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Gráfica Administrativa.—Rodríguez San Pedro, 32. Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria

RAFAEL GIMENO GAMARRA
Magistrado

SUMARIO: *Primera parte.*—Concepto, naturaleza y contenido de la jurisdicción voluntaria.—I. Concepto.—1. Impropiedad de la denominación.—2. Dificultad de formular el concepto.—3. Teorías que atienden a los caracteres externos: la ausencia de contienda.—4. Teorías que se fijan en los efectos: la falta de cosa juzgada.—5. Teorías que tienen en cuenta el fin: la prevención de litigios o la constitución de estados o relaciones.—6. El fin de la jurisdicción voluntaria.—7. La falta de partes contrapuestas como nota característica de la misma.—II. Naturaleza jurídica.—8. La jurisdicción voluntaria y la función jurisdiccional.—9. La jurisdicción voluntaria como actividad administrativa.—10. Doctrinas que la consideran como función reguladora o legitimadora.—11. Órganos a quienes debe encomendarse.—III. Contenido.—12. Amplitud del contenido que suele atribuirse a la jurisdicción voluntaria.—13. Teorías que estiman debe limitarse a los actos de documentación.—14. Conveniencia de limitarla a los negocios que hayan de ser encomendados a los órganos judiciales.—IV. Clasificación de los negocios de jurisdicción voluntaria.—15. Criterio que atiende a la naturaleza de los negocios.—16. Criterio que atiende a la rama de derecho o relación jurídica a que se refieren.—17. Criterio a seguir.—V. Fuentes.—18. Fuentes legales de la jurisdicción voluntaria.—19. Crítica de la regulación legal.—20. Legislación extranjera.—*Segunda parte.*—Régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria.—I. Sujetos.—21. El órgano judicial: A), Jurisdicción: intervención de los Cónsules; B), Competencia jerárquica; C), Competencia territorial; D), Cuestiones de competencia; E), Recusación y abstención.—22. El Ministerio fiscal.—23. Los interesados: A) Capacidad; B), Legitimación; C), Postulación.—24. La intervención de terceros.—25. Presencia o ausencia de los interesados: A), Inactividad del actor o solicitante; B), Inactividad de los demás interesados.—II. Objeto.—26. Solicitudes que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria.—27. La oposición a las mismas.—28. Pluralidad de objetos.—III. Requisitos de la actividad.—29. Lugar de los actos.—30. Tiempo.—31. Forma.—IV. Procedimiento.—32. Nacimiento de los negocios: la solicitud.—33. Desarrollo: A), Desarrollo normal; B) Desarrollo anormal: crisis del procedimiento.—34. Terminación.—35. Principios que dominan el procedimiento.—36. Tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general.—V. Efectos de las resoluciones.—37. Efectos jurídicos materiales.—38. Efectos jurídicos procesales: A), La cosa juzgada formal; B), La cosa juzgada material.—39. Efectos económicos: A), Los gastos o costas; B), El beneficio de pobreza.—40. Las resoluciones de jurisdicción vo

luntaria extranjeras.—VI. Medios de impugnación de las mismas.—41. El recurso de apelación.—42. El recurso de casación.—43. Otros recursos: A), El recurso de reposición; B), El de súplica; C), El recurso de queja; D), La petición de aclaración del art. 363 de la Ley de E. C.—44. Medios de impugnación que no caben en la jurisdicción voluntaria: A), Los recursos de revisión y de audiencia del rebelde; B), Las tercerías; C), El incidente de nulidad; D), La oposición de tercero a la cosa juzgada.

PRIMERA PARTE

Concepto, naturaleza y contenido de la jurisdicción voluntaria

I. CONCEPTO

1. *Impropiedad de la denominación.*

El nombre de jurisdicción voluntaria ha llegado a las legislaciones modernas desde el Derecho romano (1), en el cual, como dice Gómez Orbaneja, únicamente cubría aquellos casos en que las partes, puestas de acuerdo, entablaban y seguían un proceso ante el Magistrado con finalidad negocial, utilizando el proceso con un fin no procesal al objeto de conseguir para las estipulaciones—transmisiones de propiedad, emancipación, adopción, etc.—la declaración definitiva, inatacabilidad y ejecutoriedad de la sentencia. En el proceso apparente o ficticio había jurisdicción, y porque la había se explica la denominación romana, ya que el Magistrado presidía una litis, que se desarrollaba según el procedimiento de la *legis actio*. La expresión romana se mantuvo en el Derecho medieval, aunque en éste ya no tenía idéntico contenido. A los Tribunales medievales, tanto laicos como eclesiásticos, estaban adscritos notarios—*judices chartularii*—, que llegaron por costumbre a autorizar los contratos de las partes, incluso cuando éstas se ponían de acuerdo fuera de la presencia del Juez y sin que existiera entre ellas contienda alguna; pero continuaba expidiéndose el documento en forma de sentencia, y esta ficción explica que se siguiese usando la denominación de jurisdicción voluntaria para actos que no implicaban ya ejercicio de una actividad jurisdiccional (2).

En el Derecho moderno se sigue empleando tal denominación, pero la misma resulta impropia para expresar el amplio contenido que actualmente se la atribuye, pues se emplea para designar un número considerable de negocios de la naturaleza más diversa y fines diferentes, de los cuales hay algunos que están atribuidos a

(1) Dig., I, 16, 2—pr.—

(2) GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal*, 2.^a ed., volumen I, 1949, pág. 718.

los órganos judiciales, pero otros muchos no constituyen una actividad jurisdiccional ni están atribuídos a los jueces, como son los referentes a la documentación y registro, por lo que no hay razón, con respecto a éstos, para hablar de actos de jurisdicción; y de los que están atribuídos a los órganos jurisdiccionales, aunque hay algunos que tienen por objeto la declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, a los cuales podría aplicársele el calificativo de voluntarios, existen otros encaminados a la protección o tutela de personas incapaces o ausentes, en los cuales se ejerce la coacción igual que en la jurisdicción contenciosa, por lo cual, aunque pudieran denominarse actos de jurisdicción, no podrían calificarse propiamente como actos de jurisdicción voluntaria. Por tanto, la expresión jurisdicción voluntaria no sirve para dar idea de la diversidad de negocios que en el Derecho moderno se incluyen dentro de ella (3).

2. Dificultad de formular el concepto.

A causa de ese amplio y heterogéneo contenido que actualmente se atribuye a la jurisdicción voluntaria, es muy difícil precisar su concepto y establecer una rigurosa diferenciación entre la misma y la jurisdicción contenciosa, existiendo autores que estiman no ser ello posible. Así, Kisch dice que sólo cabe indicar algunos criterios generales para delimitar la jurisdicción voluntaria del proceso civil, cuales son el que el proceso civil se propone preferentemente declarar los derechos dudosos, ejecutar los incumplidos y reponer los lesionados, siendo el camino natural para resolver cuestiones litigiosas por medio de la aplicación a ellas de reglas y principios jurídicos, mientras que el fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma e intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derechos y relaciones jurídicas, cuyos rasgos permiten ver con claridad una cierta diferencia; pero ir más lejos y pretender una rigurosa distinción conceptual es completamente inútil (4).

Otros autores alemanes, como Weismann, Schlegelberger, Oert-

(3) Más inapropiadas resultan aún las expresiones «jurisdicción honoraria» y «jurisdicción graciosa», con las cuales se la suele también designar, pues, como dice ALCALÁ ZAMORA, el nombre de jurisdicción honoraria sólo se justifica teniendo en cuenta su derivación histórica, pero no se acomoda con su alcance actual ni con las acepciones hoy dominantes del calificativo; y en cuanto al de jurisdicción graciosa, que es el predominante en el Derecho francés y belga, resulta tan poco apto para apelar a la jurisdicción voluntaria que, por ejemplo, en la larga lista de procedimientos de esa clase contenidos en nuestra Ley de E. C., sólo uno—las informaciones para dispensa de la ley—podría colocharse bajo tal signo, y en otras legislaciones ni siquiera uno (Cfr. *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, separata de *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milán, 1950, págs. 6-7).

(4) *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., pág. 39.

mann y Rosemberg, mantienen la opinión de que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria sólo puede hacerse caso por caso (5).

Entre nuestros procesalistas, De Pina sostiene que es un error excindir la jurisdicción civil en contenciosa y voluntaria, porque no existe, verdaderamente, una jurisdicción civil voluntaria, diferenciable de la jurisdicción civil contenciosa, sino que existe, simplemente, una jurisdicción civil, que no puede ser objeto de división tomando como base la naturaleza de los actos en que consiste, ya que la distinción que hasta ahora se ha establecido entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria se funda más en la regulación legal que se ha dado a las cuestiones que se consideran de jurisdicción voluntaria que en la esencia de las actividades que el Juez desarrolla con motivo de su ejercicio (6).

La mayor parte de los autores, sin embargo, tratan de formular el concepto de la jurisdicción voluntaria y de precisar la delimitación entre la misma y la contenciosa, aunque no se pongan de acuerdo acerca del criterio diferencial.

3. Teorías que atienden a los caracteres externos: la ausencia de contienda.

Las doctrinas clásicas se han venido fijando en la «contenciosidad» de la relación jurídica, considerando como actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que no hay empeñada ni se promueve cuestión o contienda entre partes (7).

En este sentido decía, entre nosotros, Vicente y Caravantes, que «la jurisdicción contenciosa se ejerce *inter nolentes*, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la jurisdicción voluntaria se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero» (8). Y Manresa dice, de modo análogo, que la diferencia entre una y otra jurisdicción consiste en que la contenciosa se ejerce por el juez *inter invitos*, es decir, entre personas que, no habiéndose podido poner de acuerdo entre sí, se ven precisadas a

(5) Citados por ALLORIO: *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1948, pág. 521.

(6) *Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Derecho Procesal (temas)», México, 1951, págs. 207 y ss.

(7) Así, DONELLO, *De jure civile*, lib. XXVII, cap. VIII, págs. 965-966; CUCACCIO, ad. lib. II, Dig. tit. I; *De jurisdict. HEINECIO, Padect*, lib. II, título I; *De juris. Voer*, ed. lib. tit. POTHIER, *Padect*, lib. II, tit. I, núm. 8 MERLIN, *Repetitore*, v. *Jurisd Gracieuse*, núm. I. Citados por MATTIROLI, *Tra-*

Tatado de Derecho Judicial civil, trad. esp. T. I, 1930, pág. 5.

(8) *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materias civil*, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, T. I, Madrid, 1856, pág. 132.

deducir sus pretensiones ante los Tribunales para que, interponiendo su pública autoridad, administren justicia con arreglo a las leyes; al paso que la voluntaria se ejerce, no *inter invitos*, sino *inter volentes*, es decir, a solicitud de una sola parte a quien interesa la práctica de una diligencia judicial, o entre varias personas que, hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el ministerio del juez para imprimirlas un sello de autoridad (9).

Este criterio es el que se sigue también en nuestra ley de Enjuiciamiento civil, al definir la jurisdicción voluntaria en su artículo 1.811 diciendo que «se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promovarse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas».

La anterior doctrina ha sido combatida por los autores modernos, como Wach (10) y Chiovenda (11), diciendo que la inclusión de un negocio en la jurisdicción contenciosa o en la voluntaria no puede hacerse partiendo del carácter contencioso o no contencioso de la relación jurídica a que el mismo se refiera, pues la actividad procesal no supone necesariamente una relación jurídica controvertida, cual se observa en los casos de rebeldía, allanamiento del demandado y renuncia del actor, y la jurisdicción voluntaria adopta en ocasiones la forma de un procedimiento sobre relaciones jurídicas litigiosas, como sucede, p. ej., con las cuestiones que pueden surgir entre el tutor y el Consejo de familia, los recursos gubernativos en materia registral y, en general, los recursos que se conceden contra las resoluciones de la jurisdicción voluntaria.

.4 Teorías que se fijan en los efectos: la falta de cosa juzgada.

Entre los autores modernos, algunos estiman que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria ha de hacerse atendiendo al efecto. Así, para Allorio, la nota característica que diferencia a la jurisdicción verdadera y propia de la jurisdicción voluntaria y de la actividad administrativa es la cosa juzgada, que se produce en la primera y de la que están privadas la actividad administrativa y la jurisdicción voluntaria, estimando que ésta, igual que la actividad administrativa, está desprovista de cosa juzgada por ser el resultado de un procedimiento inidóneo a justificar tal efecto, aunque esté asignada a órganos que normalmente desempeñen una actividad jurisdiccional en sentido propio productora de la cosa juzgada (12.)

(9) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 6.^a edic., T. I, pág. 48.

(10) *Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts*, I, 1885, págs. 47 y ss. Citado por PRIETO CASTRO, en voz «Derecho Procesal» de la *Nueva Encyclopédia Jurídica*, Seix, I, pág. 954.

(11) *Instituciones de Derecho Procesal civil*, trad. esp., vol. II, 1940, páginas 18 y ss.

(12) Vid. artículo y lugar cit., págs. 511-516. En contra, puede verse, Mi-

La mayor parte de la doctrina admite, en efecto, que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, lo mismo que los actos administrativos, no producen la cosa juzgada, a diferencia de lo que suele suceder en la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, ello, por sí solo, no basta para caracterizar a la jurisdicción voluntaria, pues, aparte de que en la jurisdicción contenciosa hay también casos en que no se produce la cosa juzgada o están limitados los efectos de la misma, como sucede en los juicios sumarios y en las medidas cautelares, las cuales tienen su eficacia funcionalmente limitada en el tiempo, la falta de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, a diferencia de lo que normalmente sucede en la contenciosa, es debida, según el propio Allorio reconoce, a que no se emplea en aquélla un procedimiento idóneo para producir dicho efecto, debiendo estimarse que tal procedimiento no se emplea y el referido efecto no se produce, por ser conveniente para la mejor consecución de los fines que en la jurisdicción voluntaria se persiguen que las resoluciones o mandatos que en la misma se acuerden no estén dotados de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada. Como luego veremos, en la jurisdicción voluntaria no hay partes contrapuestas, y el fin que en ella se persigue es la tutela o protección de los derechos de los particulares, en ciertos casos en que existe un peligro de que sean lesionados y no estén los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos, y esa falta de partes contrapuestas y la mejor consecución de tales fines, aconsejan no dotar de los efectos de la cosa juzgada a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, por lo que esta falta no es más que una consecuencia del procedimiento empleado y de la finalidad que en ella se persigue.

5. Teorías que tienen en cuenta el fin: la prevención de litigios o la constitución de estados o relaciones.

La mayoría de los autores modernos estiman que el concepto de la jurisdicción voluntaria ha de formarse atendiendo al fin de los actos.

Así, para Goldschmidt (13) la jurisdicción voluntaria se caracteriza por el fin que en ella se persigue, que es la prevención de infracciones jurídicas, a diferencia de la contenciosa, cuyo fin es reprimirlas (14). Y según Carnelutti, la institución procesal, y en particular la actividad del juez, puede servir tanto para compo-

CHELI, *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, en *Scritti Giuridici in onore de Francesco Carnelutti*. Padova.—Cedan, 1950, Vol. II, págs. 379 y ss. Publicado también en la revista «Jus», Milán, 1950, págs. 356 y ss.

(13) *Derecho Procesal civil*, trad. esp., Labor, 1926, pág. 126.

(14) Entre los autores alemanes la doctrina de la prevención fué también mantenida por GLUCK y lo es por RICHARD SCHMIDT. Cit. por ALLORIO, en el trabajo y lugar indicados, pág. 118.

ner o reprimir los litigios como para prevenirlos, y la prevención de los mismos es el fin específico del proceso voluntario (15).

Otros autores, como Chiovenda (16), y, entre nosotros, Prieto-Castro (17) y Gómez Orbaneja (18), siguiendo a Wach, reconocen que es acertada la opinión anterior en cuanto toma en consideración el fin, pero no en cuanto atribuye a la jurisdicción voluntaria un fin preventivo, por estimar que la misma realiza importantes tareas que no tienen finalidad preventiva, como la concesión de personalidad jurídica a determinados entes y el nombramiento de tutor, que son actos constitutivos y no preventivos; y además, porque en la jurisdicción contenciosa los procesos todos tienen carácter preventivo, en cuanto protegen contra futuras violaciones, independientemente de que por las acciones declarativas y por el embargo preventivo, entre otras instituciones, se logra específicamente tal finalidad.

Para estos autores últimamente dichos, el fin inmanente que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la creación de nuevos estados o relaciones jurídicas y el desenvolvimiento y modificación de las existentes, a diferencia de la contenciosa, que tiende a la actuación o restablecimiento de las lesionadas.

En contra de esta opinión se puede emplear y se ha empleado el mismo argumento que sus defensores han esgrimido contra la opinión de los que creen que el fin de la jurisdicción voluntaria es el preventivo, puesto que también en la jurisdicción contenciosa hay procesos que tienen por finalidad la constitución de nuevos estados jurídicos, cual sucede en los supuestos de las sentencias constitutivas (19). Chiovenda dice que ello no supone ninguna dificultad, porque las sentencias constitutivas contienen la actuación de un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, derecho que corresponde a un sujeto jurídico frente a otro, mien-

(15) *Instituciones del nuevo Proceso Civil Italiano*, trad. esp. Bosch, páginas 42-43.

(16) *Instituciones*, cit. Vol. II, págs. 15 y ss.

(17) *Cuestiones de Derecho Procesal*, Edit. Reus, 1948, págs. 275 y ss.

(18) Ob. cit. Vol. I, págs. 718-722.

(19) Así, ALCALÁ ZAMORA, dice que a la doctrina que atribuye a la jurisdicción voluntaria una finalidad constitutiva se la pueden oponer cuatro fundamentales objeciones: a), que la finalidad constitutiva se manifiesta tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, y los distingos que con tal motivo se han intentado implantar entre ellas son demasiado sencillos como para constituir una buena línea demarcatoria; b), que por lo menos en el campo del proceso contencioso, el concepto de acción constitutiva no es unánimemente aceptado ni entendido de igual modo; c), que no todas las peticiones deducidas en vía de jurisdicción voluntaria son constitutivas, sino que hay en ella no pocas declarativas y aún algunas, si no de condena, por lo menos ejecutivas; y, d), que la constitución de estados jurídicos desborda los límites de ambas jurisdicciones, sobre todo en el ámbito de la actividad contractual, y no puede, por tanto, erigirse en característica privativa y diferencial de una de ellas (cfr. *Primeras para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, separata de *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milán, 1950, pág. 44. Publicado también en «Jus»—Méjico, octubre 1948—y en la «Revista de Derecho Procesal», Argentina, 1949, I, págs. 267 y ss.

tras que la constitución o desenvolvimiento de estados jurídicos que se da en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que corresponda a una parte frente a otra. Pero ello supone caracterizar a la jurisdicción voluntaria y diferenciarla de la contenciosa, no sólo por razón del fin, sino también por la existencia o inexistencia de partes contrapuestas, o sea por una nota o característica semejante a la de la «contenciosidad» en que se fijaban las doctrinas clásicas.

6. El fin de la jurisdicción voluntaria.

A nuestro juicio, para formar el concepto de la jurisdicción voluntaria ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el fin que en ella se persigue. Este fin no es, como creen Wach y Chiovenda, la constitución de nuevos estados jurídicos o el desenvolvimiento o modificación de relaciones o estados existentes, porque la constitución o modificación de estados o relaciones más bien que fines de los actos de jurisdicción voluntaria, parecen medios para la consecución de otros fines distintos a la propia constitución o modificación de estados o relaciones, ya que ésta se realiza como medio para lograr la protección o tutela de los derechos de los particulares, que es el verdadero fin de tales actos.

Tampoco se puede estimar que el fin de los actos de jurisdicción voluntaria sea la prevención de litigios o infracciones jurídicas, como creen Gluck, Goldschmidt, Richard Schmidt o Carnelutti, porque si bien es cierto que la finalidad de prevenir las infracciones jurídicas puede considerarse como fin de los actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto todos ellos al asegurar la certeza, legalidad y publicidad de los hechos o relaciones jurídicas, contribuyen, en definitiva, a la prevención de los litigios, dicho fin no es el fin específico e inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria, sino un fin ulterior o remoto, que no sirve para caracterizar a tales actos.

El fin próximo o inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria que permite caracterizar a los mismos es, a nuestro juicio, la tutela o protección de los derechos de los particulares, en ciertos casos en que se considera necesaria por no estar los interesados en condiciones de defenderse por sí mismos y existir el peligro de que sus derechos sean lesionados. Si observamos los actos que suelen comprenderse en la jurisdicción voluntaria, vemos que hay unos en que se trata claramente de proteger los derechos de menores, incapacitados, ausentes u otras personas que no están en condiciones de defenderlos por sí mismas. Esto es lo que sucede en los supuestos de enajenación de bienes de menores, habilitaciones para comparecer en juicio, tutela, nombramiento de defensores judiciales, declaraciones de incapacidad, ausencia, etc. En otros casos esta finalidad no se ve tan clara, como ocurre en la apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notorie-

dad, declaraciones de herederos y gran parte de los relativos a la materia mercantil; pero también en estos casos, con el acto de jurisdicción voluntaria, se trata de proteger a los terceros ausentes o ignorados contra los perjuicios que pudieran causarles ciertos actos de atribución o aseguramiento de derechos o liberación de obligaciones realizadas por otras personas, exigiéndose a éstas el cumplimiento de determinados requisitos para evitar la lesión de derechos de terceros. La finalidad de proteger los derechos de los particulares también se aprecia en los actos de documentación y de registro.

Por tanto, el fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos privados de los particulares, ejerciendo, como dicen Kisch (20) y Calamandrei (21), una especie de administración de Derecho privado. Esta finalidad de proteger los derechos privados es, como veremos (núms. 9 y 10), lo que diferencia a la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general, y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea ésa su finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria.

En contra, Urrutia Salas ha sostenido recientemente que la jurisdicción voluntaria no sólo integra actividad dirigida a la satisfacción de intereses privados de los particulares, sino también actividades dirigidas a la satisfacción de intereses públicos de los particulares o de órganos públicos que, en ciertos casos, no pueden actuar ni originar relaciones jurídicas válidas sin la autorización o aprobación de otra autoridad, por lo que la jurisdicción voluntaria no es sólo administración pública del Derecho privado, sino también administración privada del Derecho público y administración pública del Derecho público, citando como ejemplos de actos de jurisdicción voluntaria que importan administración privada del Derecho público la inscripción en los Registros electorales y el mismo acto del sufragio, y como ejemplos de actos que suponen administración pública del Derecho público la ratificación del poder legislativo de los tratados internacionales firmados por el Jefe del Estado, la autorización concedida a éste para la venta de bienes del Estado y la dimisión del cargo hecha por el mismo, que no es ni más ni menos que la que hace el tutor (22).

Es, desde luego, cierto que algunos de los actos indicados presentan ciertas analogías con las autorizaciones y complementos de capacidad que integran uno de los grupos o categorías de los

(20) Ob. ct., pág. 39.

(21) *Instituciones de Derecho Procesal civil*, según el nuevo Código, ed. Argentina, 1943, pág. 114.

(22) *La jurisdicción voluntaria*, en *Estudios en memoria de James Goldschmidt*. «Revista de Derecho Procesal» (Argentina), 1951. Vol. II, págs. 303 y siguientes.

actos de jurisdicción voluntaria; pero ello no es bastante para que hayan de ser considerados como negocios de esta clase, de la misma manera que, p. ej., el hecho de que los contratos o convenios administrativos sean análogos, en esencia, a los contratos o negocios jurídicos privados no es motivo para incluirlos entre éstos y estudiarlos conjuntamente con ellos en el Derecho privado. Los actos que Urrutia Salas menciona como actividades dirigidas a la satisfacción de intereses públicos de los particulares o de órganos públicos, han de considerarse como actividades políticas o administrativas, en cuanto se ejercen para el cumplimiento de fines públicos o de interés general, y no como actividades de jurisdicción voluntaria, la cual, como dice Satta, se ejerce en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas individuales también, aunque se tomen por la norma como intereses generales (23).

7. La falta de partes contrapuestas como nota característica de la misma.

La indicada finalidad de proteger los derechos privados de los particulares no basta, sin embargo, para caracterizar a la jurisdicción voluntaria y diferenciarla de la contenciosa, porque el citado fin, al igual que los otros indicados que se atribuyen a la misma, se cumple también a veces por la jurisdicción contenciosa.

Además de que cumpla tal fin, es necesario, para que un negocio pueda considerarse de jurisdicción voluntaria, que en él no exista una dualidad de partes contrapuestas, sino que han de ser diversos interesados que procedan de acuerdo o uno solo que pida la actuación de que se trate, pero sin formular ninguna pretensión contra o frente a otra persona, porque en este caso, aunque se persiga la finalidad de proteger o asegurar un derecho, el negocio será de jurisdicción contenciosa. O sea, que, en último término, el criterio diferencial entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria hay que buscarle en la existencia o inexistencia de partes contrapuestas. Así lo vienen a reconocer la mayor parte de los autores modernos (24), incluso aquellos que estiman que el carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin constitutivo, como Chiovenda, el cual termina por decir que característica de la jurisdicción voluntaria no es la falta de controversia, sino la falta de dos partes, pues también la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contienda, pero no sin dos partes: una resolución

(23) Así, por ejemplo, la ley regula la tutela en interés general, pero el Juez que nombra un tutor, no lo hace como la Administración pública para servir los intereses de carácter general, sino para constituir, en interés del menor, la situación jurídica prevista por la norma: SATTA, *Diritto processuale civile*, Padua, 1948, pág. 491.

(24) Vid. por ejemplo, PRIETO CASTRO, *Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal civil*, «Revista de Derecho Procesal», 1947, pág. 562. ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1941, T. I, pág. 555. CASARINO VITERBO, *La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, «Revista de Derecho Procesal», Argentina, 1948, I.ª parte, págs. 334 y ss.

jurisdiccional puede ser dictada inaudita parte, pero siempre contra o frente a una parte, y en la jurisdicción voluntaria existen uno o más solicitantes, pero no partes; el padre, p. ej., que pide al Juez una autorización en interés del hijo menor no pide precisamente que se declare frente al hijo su derecho de patria potestad y la utilidad del acto, y si el Juez examina una y otra cosa, lo hace sólo para determinarse él mismo a cumplir oportunamente la misión estatal de tutelar a los incapaces (25).

Por lo demás, esta característica había sido ya observada por algunos partidarios de la doctrina clásica. Así, Caravantes, citando en su apoyo a Merlin, decía que aun cuando las partes estuvieran de acuerdo en cuanto a sus pretensiones, no por eso dejaba el asunto de pertenecer a la jurisdicción contenciosa, porque ésta existe allí donde se puede mandar a una de las partes lo que de ella exija la otra (26). Y Reus, al comentar el artículo 1.211 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, que definía los actos judiciales no contenciosos, hacía constar que la definición no era muy exacta al dar importancia preponderante al aspecto no contencioso de la relación procesal, porque bien puede ser que falte la contienda y no por eso deja el asunto de pertenecer a la jurisdicción contenciosa, por cuanto ésta existe siempre que hay poder o facultad para obligar a una parte a que haga o deje de hacer lo que la otra demande (27).

II. NATURALEZA JURIDICA

8. *La jurisdicción voluntaria y la función jurisdiccional.*

La denominación que se da a la misma parece indicar que la jurisdicción voluntaria es una función de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, como ya hemos visto, en el derecho moderno la denominación resulta imprópria y no sirve para expresar el contenido que se atribuye a la jurisdicción voluntaria.

Si a la función jurisdiccional, de acuerdo con el significado etimológico de la palabra jurisdicción, se la considera como la función mediante la cual se declara o aplica el derecho al caso concreto, habrá de reconocerse que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional, puesto que en ella se declara el derecho y se aplica la norma al caso concreto (28). Pero, la función jurisdiccional no puede ser equiparada a la actividad mediante la cual se declara el derecho o se aplican las normas en los casos concretos,

(25) Ob. cit., pág. 20.

(26) *Tratado cit.*, T. IV, pág. 322.

(27) *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*. T. IV, pág. 122. En términos casi idénticos se expresa MANRESA, Ob. cit., 6.^a edic. T. I, pág. 48.

(28) RUIZ DEL CASTILLO dice que la función jurisdiccional no consiste sólo en resolver litigios, sino en deslindar zonas jurídicas mediante la declaración concreta del derecho o en prever, en interés de la seguridad de las relaciones jurídicas y de las garantías que las tutelan: *Manual de Derecho Político*. 1939, páginas 144 y ss.

porque, como dice Merkl, la finalidad de realización o aplicación del orden jurídico es, en cierto modo y con unos u otros matices, común a todas las funciones jurídicas estatales, no siendo ni siquiera extraña a la actividad administrativa (29).

Entre los procesalistas modernos no faltan quienes consideran a la jurisdicción voluntaria como una función jurisdiccional. Así, Carnelutti estima que la jurisdicción voluntaria es una función jurisdiccional, porque la función del Juez y el proceso sirven tanto para reprimir los litigios como para prevenirlos, y esta misión preventiva es la finalidad de la jurisdicción voluntaria (30). Satta también opina que la función que el Juez ejerce en la jurisdicción voluntaria y en la contenciosa es substancialmente idéntica y merece en uno y otro caso la calificación de jurisdiccional (31). Micheli cree igualmente que los procesos que suelen comprenderse en la jurisdicción voluntaria pueden incluirse en la actividad jurisdiccional (32). Y, entre nuestros autores, De Pina, sostiene que la jurisdicción voluntaria es verdadera y propia jurisdicción (33), y Alvarez Castellanos, opina igualmente que, a excepción del grupo de negocios correspondiente a registro y constatación de personas, cosas y actos, que son puramente materia administrativa, todos los demás negocios que se comprenden en el amplio ámbito de la jurisdicción voluntaria son de naturaleza jurisdiccional y en ellos se dan las notas o características diferenciales del proceso, pues existe una pretensión y se declaran derechos igual que en la jurisdicción contenciosa (34).

9. La jurisdicción voluntaria como actividad administrativa.

La opinión dominante, sin embargo, considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa. Así, Glasson y Tissier dicen, que los Jueces, fuera de su labor propia, o sea, la de resolver litigios, tienen también intervención en la constatación de ciertos actos o en la concesión de determinadas medidas, actuaciones todas que tienen un fin de tutela, de protección, de vigilancia, en las cuales no se trata de verdadera jurisdicción, sino propiamente de administración (35). Para Chiovenda la jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del Estado, que pertenece a la función administrativa, y que, no obstante, se

(29) *Teoría general del Derecho administrativo*, trad. esp. 1935, pág. 34.

(30) *Instituciones*, cit. págs. 42-43.

(31) Ob. cit., pág. 491.

(32) *Per una revisione della nozione di Giurisdizione volontaria*, en «Rivista di Diritto processuale», 1947, págs. 18 y ss. Y *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di Giurisdizione volontaria*, en la misma revista y año, páginas 190 y ss.

(33) Ob. y lugar cit.

(34) *El Proceso de Jurisdicción voluntaria*, en «Revista de Derecho Procesal», 1945, págs. 332 y ss.

(35) *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3.^a edic., París, 1925, T. I, pág. 32.

atribuye una gran parte de ella al Juez, porque tratándose de actos que requieren una especial aptitud y especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria (36). En igual sentido, Grispigni, dice que la jurisdicción voluntaria es una actividad objetivamente administrativa sustraída a los órganos de la Administración por razones de garantía (37). Calamandrei (38), Guasp (39), Plaza (40), Alsina (41), Allorio (42) y Ballbe (43), consideran también a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa ejercida por órganos judiciales (44).

Si se analiza el concepto de la función jurisdiccional y su diferenciación de la función administrativa, se observará que, en efecto, la jurisdicción voluntaria no puede ser propiamente incluida en aquella. De las varias teorías que se han formulado para diferenciar la función jurisdiccional y la administrativa, la que cuenta con más partidarios es la que atiende al fin de una y otra. Según ella, la función jurisdiccional tiene por misión específica la realización del derecho o aplicación de la ley a los casos concretos, mientras que la función administrativa tiene por misión la realización o cumplimiento de fines de interés general, y si al hacerlo aplica también la ley al caso concreto, no lo hace como fin de su actuación, sino como medio de que tiene que servirse para la realización de los intereses que tiene a su cuidado, o sea, que para la jurisdicción la aplicación del derecho es el fin, mientras que para la administración no es más que un medio para la consecución de sus fines de carácter social (45).

Con este criterio diferencial viene a coincidir en el fondo el que fórmula Guasp, al decir que la jurisdicción es una función pública de actuación de pretensiones, que requiere la existencia de una pretensión cuya actuación constituye el objeto de su actividad, mientras que la administración es una función pública de cumplimiento de fines de interés general, que no requiere la existencia de una

(36) *Instituciones*, II, pág. 16.

(37) *Diritto processuale penale*, 1.^a edic., pág. 80.

(38) ¹ *Instituciones*, cit., pág. 115.

(39) *Comentarios*, T. I, págs. 277-278.

(40) *Derecho procesal civil*, 2.^a edic., Vol. I, pág. 154 y Vol. II, pág. 687.

(41) *Tratado*, cit., pág. 554.

(42) Lugar cit.

(43) Vid. voz «Derecho administrativo», en *Nueva Encyclopédia jurídica*. Seix, I, pág. 67.

(44) Una relación de autores que comparten la tesis administrativista puede verse en ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica de dir. privato*, en «Rivista dir. pubbl.», 1919, pág. 178. Y en ALCALÁ ZAMORA, *Premisas*, cit., pág. 48.

(45) Cfr. SANTI ROMANO: *Principii di Diritto amministrativo*, Napoli, 1912, páginas 266-267 y 274. ZANOBINI: *CORSO di Diritto amministrativo*, Milano, 1938. II, pág. 80. GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, págs. 4-5. FLEINER: *Instituciones de Derecho administrativo*. Ed. esp., Labor, 1933, página 6. CALAMANDREI: *Instituciones*, cit., pág. 109. También STEIN y ROSENBERG, citado por GÓMEZ ORBANEJA, en ob. cit., pág. 78.

pretensión, y que si ésta existe es examinada y actuada con un fin distinto al de proceder a dicha actuación por sí misma, es decir, con el fin de cumplir otra función de interés general (46).

Teniendo en cuenta lo expuesto, no parece que la jurisdicción voluntaria pueda ser considerada como una actividad jurisdiccional, porque en ella no se declara el derecho, se aplica la ley al caso concreto o se actúa una pretensión, por el derecho mismo, o sea, con el fin de hacer esa declaración, aplicación o actuación, sino como medio para conseguir los fines de protección y tutela que en ella se persiguen. La jurisdicción voluntaria, dice Calamandrei, entra en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; también para ella, lo mismo que para la administración, el derecho no es fin, sino medio que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia (47).

Se señala también por varios autores como nota o característica diferencial entre la función administrativa y la jurisdiccional, que quien ejerce aquélla es sujeto de la relación sobre que incide, al contrario de lo que sucede en la función jurisdiccional, en que el sujeto que la ejerce es ajeno a la relación. Así, para Micheli, la diferencia específica entre la Jurisdicción y la Administración, consiste en que en ésta el órgano estatal obra para la tutela de un interés público referible a aquella particular rama de la Administración a la que el citado órgano pertenece, mientras que en la Jurisdicción el órgano estatal persigue la satisfacción de un interés público que no es el de ninguna de las partes, sino que es independiente y consiste en la actuación del derecho objetivo, dando la razón a quien la tenga (48). Y Fernández de Velasco, en análogo sentido, dice que entre el acto administrativo y el jurisdiccional no hay más que una diferencia, y es que, en éste, el órgano queda al margen y como extraño de la relación impuesta; en aquél la Administración es sujeto de la relación misma que ella impone (49).

De ser esto cierto no sería posible asimilar la jurisdicción voluntaria a la actividad administrativa, porque el órgano que ejerce la jurisdicción voluntaria no puede ser considerado como sujeto de la relación sobre la que recae su actividad, sino que es ajeno a ella. Pero no puede considerarse como nota aplicable a toda la actividad administrativa la consistente en que el órgano que la ejerce sea sujeto de la relación sobre que recae, pues, aunque ello sea cierto con respecto a una gran parte de dicha actividad, existen actividades administrativas en las cuales el órgano es ajeno a los

(46) *Comentarios*, cit., T. I, págs. 269-270.

(47) Ob. cit., pág. 113.

(48) Vid. los trabajos citados en «Rivista di Diritto processuale», marzo 1947, págs. 18 y ss. Y en la revista «Jus», Milán, 1950, págs. 356 y ss.

(49) *El Acto administrativo*, págs. 150 y 151.

hechos o a la materia sobre la que recae su actuación. Así, el Alcalde que, en cumplimiento de su misión de tutelar la seguridad de los habitantes, adopta medidas con respecto a las casas que amenazan ruina, ejerce una actividad que recae sobre una materia o relación ajena al órgano que la ejerce.

Lo que sí parece nota que diferencia a la función administrativa de la jurisdiccional es que en aquélla el órgano no actúa como en ésta por encima de los intereses de las partes, sino que ha de situarse en la misma línea de intereses que se traten de proteger en cada caso. Y ello corrobora la opinión de que la jurisdicción voluntaria es más bien una actividad administrativa que jurisdiccional, pues el órgano judicial, en los negocios de jurisdicción voluntaria en que interviene, como actúa con el fin de proteger los derechos de los particulares en ciertos casos en que no están los interesados en condiciones de hacerlo por sí mismos, no ha de actuar por encima de los intereses de las partes, sino que ha de procurar la defensa de los intereses cuya protección se le encomienda.

10. *Doctrinas que la consideran como una función reguladora o legitimadora.*

Aunque la jurisdicción voluntaria haya de ser considerada como una función administrativa, presenta ciertas notas o caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad jurisdiccional, pues en la mayor parte de la actividad administrativa, como se ha visto, el órgano que la ejerce es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en la cual, de modo análogo a lo que sucede en la actividad jurisdiccional, el órgano es ajeno a los hechos o a la materia sobre la que recae su actuación. Esto es lo que ocurre también en las medidas de policía, que constituyen la actividad jurídica de la Administración más próxima a la función jurisdiccional. Y entre éstas y la jurisdicción voluntaria se pueden apreciar ciertos rasgos diferenciales, que aproximan todavía más la jurisdicción voluntaria a la función jurisdiccional, cuales son, que los actos o negocios de jurisdicción voluntaria se encaminan de modo inmediato a la tutela o protección de los derechos privados, aunque de una manera mediata contribuyan a la conservación del orden público y, por tanto, a la consecución de fines de interés general, mientras que los proveídos o medida de policía se encaminan directamente al mantenimiento del orden público, aunque de una manera indirecta protejan o tutelen los derechos de los particulares.

Por ello, podría pensarse que la jurisdicción voluntaria constituye una actividad intermedia entre la Administración y la Jurisdicción, y existen, en efecto, autores, como Ahrens (50) y Mo-

(50) *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, trad. esp., 1873, página 106.

nasterio (51), que han pretendido encuadrar la jurisdicción voluntaria dentro de una función del Estado distinta a la jurisdiccional y a la administrativa, denominándola función reguladora o legitimadora. Castán, recogiendo la opinión de los mismos y explicando lo que constituiría el contenido de esta función, dice, que «la misión del Estado en orden a la realización del derecho, no sólo supone formular en abstracto la norma jurídica (función legislativa) y declarar el derecho en concreto en los casos de violación o desconocimiento, o, en general, cuando por iniciativa de una de las partes se pide esa declaración (función jurisdiccional), sino que exige, además, coadyuvar a la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen. Puede, pues, concebirse una nueva función del Estado, la función legitimadora, y una nueva rama del Derecho, el Derecho legitimador, que comprende aquellas normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia. En la actualidad, estas instituciones aparecen diversificadas en una porción de órganos y procedimientos dispersos y fragmentarios: la llamada jurisdicción voluntaria, el Notariado, los Registros públicos en sus diversas especies» (52).

Sin embargo, la doctrina sobre esa función de justicia reguladora o legitimadora, defendida principalmente en el campo del Derecho notarial, no está todavía lo suficientemente elaborada como para que pueda admitirse su existencia. El propio Castán lo viene a reconocer así, al decir que la función notarial, en su actual concreción y grado de desenvolvimiento histórico, actúa como una de las ruedas del mecanismo—todavía un poco borroso—de la legitimación (53). Y los más modernos tratadistas de Derecho notarial, como González Palomino (54) y Azurza (55), aun estimando que los Registros, la función notarial y alguna parte de la jurisdicción extraprocesal del Juez reflejan funciones análogas, que deberían estudiarse en un sistema general de las formas jurídicas, reconocen que por ahora constituyen funciones de carácter administrativo.

Aunque la jurisdicción voluntaria presente, pues, ciertos rasgos o características que la diferencian del resto de la actividad

(51) *Bilogía de los derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de actos de la vida civil*, en «Revista Jurídica», 1910, páginas 605 y ss.

(52) CASTÁN: *Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho*. Editorial Reus, 1946, pág. 36.

(53) Ob. cit., pág. 38.

(54) *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, T. I, págs. 81-82.

(55) *Esquema de la misión Notarial*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1949, págs. 535-536.

administrativa, en el estado actual de la ciencia jurídica no hay posibilidad de considerarla como una función especial del Estado distinta de la Jurisdicción y la Administración, sino que ha de ser considerada como una función administrativa.

II. *Organos a quienes debe encomendarse.*

Intimamente relacionada con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria está la cuestión referente a los órganos a quienes debe atribuirse la misma, pues si no es una actividad jurisdiccional parece lógico pensar que no deba recomendarse a los órganos judiciales. No obstante, la división de funciones y de poderes del Estado no se entiende hoy en un sentido rígido, de modo que cada órgano no deba tener encomendada más que la correspondiente función sin ingerirse en la actividad de otros, sino que, por el contrario, se estima que la separación no es absoluta y que la actividad de los distintos órganos del Estado se entrecruza constantemente en persecución del fin jurídico integral del mismo (56). Por ello, aunque no se considere que los negocios de jurisdicción voluntaria sean de naturaleza jurisdiccional, ello no es obstáculo para que se atribuyan a los órganos judiciales, si se cree conveniente para el mejor cumplimiento del fin que con ellos se persigue que sean tales órganos los que conozcan de los mismos.

La discusión acerca de los órganos a quienes deben encomendarse los negocios de jurisdicción voluntaria, no suele plantearse más que en relación con los que actualmente están atribuidos a los órganos judiciales. Con respecto a éstos, hay autores, como Vázquez Campo (57), que opina debe atribuirse todos a los Notarios (58), y, otros, como Ossorio Gallardo (59) y Celorio (60), que, sin decirlo expresamente, hacen una enumeración de los que deben encomendarse a los Notarios que comprende casi todos los actualmente atribuidos a los órganos judiciales. En cambio, otros, como García González (61), Bellón (62) y Alvarez Castellanos (63),

(56) Cfr. CASTÁN: *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Editorial Reus, 1946, págs. 16-17, con la bibliografía que cita.

(57) *Ideario notarial: Naturaleza y desenvolvimiento del Poder legitimador del Estado*, Burgos, 1928, págs. 103 y ss.

(58) La Unión Notarial también propuso que se encomendaran a los Notarios los actos de jurisdicción voluntaria. Y el primer Congreso Internacional del Notariado Latino aprobó una declaración haciendo constar que era su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial.

(59) *La justicia Poder*. Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, edit. Pueyo, págs. 18-20.

(60) *La reforma notarial*, Habana, 1917, págs. 102 y ss.

(61) *Ensayos de unas bases para la reorganización completa del Poder judicial y radical organización de la Justicia municipal, reforma del Notariado y variaciones en los Registros*. San Sebastián, 1927, pág. 23.

(62) *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*. Edit. Nacional, 1941, págs. 281 y ss.

(63) *El proceso de jurisdicción voluntaria*, cit. pág. 333.

mantienen la opinión de que los actos de jurisdicción voluntaria atribuidos en nuestras leyes a los Tribunales deben seguir atribuidos a los mismos. Sin embargo, la mayor parte de los autores (64) adoptan una postura intermedia, distinguiendo aquellos negocios que suponen una actividad constatadora o legitimadora, que deben encomendarse a los Notarios, y aquellos otros de protección de personas con capacidad nula o disminuida, que deben seguir atribuidos a los Jueces. Esta posición intermedia es la que nos parece más acertada.

Hay, en efecto, actos de jurisdicción voluntaria atribuidos por la ley a los órganos judiciales, que son de naturaleza documental o autenticadora, y que no se ve la razón para que sean atribuidos a tales órganos, ya que no son actos jurisdiccionales y existen otros órganos más adecuados para conocer de los mismos, como son los Notarios, que tienen como función típica esa función autenticadora o documental (65). En tal caso se encuentran las informaciones para perpetua memoria, deslindes y amojonamientos, toma de posesión de bienes, petición de consejo para contraer matrimonio y algunos análogos en materia mercantil, como el contemplado en el artículo 2.161 rga. 10.* de la L. E. c., todos los cuales son en realidad actos de documentación y constatación, aunque pueda parecer lo contrario con respecto a alguno de ellos por la forma de estar regulados en la ley, como sucede, por ejemplo, con la posesión judicial en los casos en que no procede el interdicto de adquirir, en que se dice en la L. E. c., que se mandará dar posesión y requerir a los inquilinos, colonos o administradores para que reconozcan como poseedor al que la obtiene (arts. 2.058 y 2.059); pero, como basta que haya oposición para que se deje sin efecto la posesión dada, en realidad, el acto de jurisdicción voluntaria, viene a reducirse a una toma solemne de posesión por el interesado.

En cambio, existen otros actos de protección o tutela de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida, que deben seguir atribuidos a los órganos judiciales, porque para la justa defensa de los intereses de estas personas, que es lo que con dichos actos se persigue, se requieren unas garantías de independencia e imparcialidad que, funcionalmente, concurren en dichos órganos mejor que en ningún otro. Ello es lo que sucede con las habilita-

(64) Cfr. OTERO VALENTÍN: *Sistema de la función notarial*, 1933, pág. 550. NAVARRO AZPEITIA: *Actas notariales de notoriedad*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», T. I, págs. 84 y ss. JIMÉNEZ ARNAÚ: *Introducción al Derecho Notarial*, Ed. «Revista de Derecho Privado», 1944, pág. 307. CASTÁN, obra cit. pág. 195. PRIETO CASTRO: *Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal civil*, en «Revista de Derecho Procesal», 1947, pág. 565. Y GONZÁLEZ PALOMINO: Ob. cit., págs. 81-82.

(65) Vid. en el sentido de que la autenticación es lo que constituye la esencia de la función notarial, NAVARRO AZPEITIA: *La autenticación notarial*, «Revista de Derecho Privado», 1942, pág. 677. Y RIERA AISA, en voz «Derecho Notarial», de la *Nueva Encyclopédia Jurídica*, SEIX, I, págs. 820 y 824.

ciones para comparecer en juicio, enajenación de bienes de menores, integración de la capacidad en los supuestos de los artículos 225, 1.361 y 1.387 del C. c., ausencia, adopción, nombramiento de defensores judiciales, tutela, declaración de incapacidad y depósito de personas.

Existen, por último, otros actos que implican declaraciones de derechos o situaciones jurídicas, cuya atribución a uno u otro órgano es más dudosa, en cuyo caso se encuentran las declaraciones de herederos, apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notoriedad y la mayor parte de los negocios en materia mercantil, en los cuales se trata de salvaguardar intereses o derechos de personas ausentes o ignoradas. En principio, estos actos deben atribuirse también a los órganos judiciales, por la misma razón antes indicada, ya que en ellos se trata, en realidad, de proteger a personas ausentes o ignoradas contra los perjuicios que podrían ocasionarles ciertos actos de atribución de derechos o liberación de obligaciones realizados por quienes promueven tales actos, y los órganos judiciales son los que, funcionalmente, están, por regla general, en mejores condiciones de realizar dicha labor protectora, aunque con respecto a alguno de los actos referidos pueda también realizarse dicha labor adecuadamente por otros órganos, como los Notarios y Registradores de la Propiedad en los expedientes de dominio y actas de notoriedad, que podrían ser tramitados por los Notarios y si no había oposición ser remitidos a los Registradores, los que acordarían practicar las inscripción o cancelación oportunas, en el caso de apreciar que se habían cumplido los requisitos legales en la tramitación de los expedientes.

III. CONTENIDO

12. *Amplitud del contenido que suele atribuirse a la jurisdicción voluntaria.*

El contenido doctrinal que en el derecho moderno se atribuye a la jurisdicción voluntaria es amplísimo. Para darse cuenta de ello nada mejor que repetir las conocidas palabras de Kisch: «Por la jurisdicción voluntaria el Estado cuida de que una multitud de derechos y relaciones jurídicas alcancen el estado de publicidad y autoridad general que necesitan, y para ello lleva una serie de Registros: de la propiedad, del estado civil de las personas, de Asociaciones mercantiles, de Bolsas, de Cooperativas, de naves, de patentes, etc., y expide certificados y testimonios sacados de los mismos. Puede también, por acto suyo, crear derechos y anularlos, por ejemplo, nombrando y deponiendo tutores y administradores, limitando o privando de la patria potestad, inscribiendo en sus registros públicos con el efecto de dar nacimiento, modifi-

car o extinguir derechos, que es lo que ocurre en el tráfico de los Registros de la propiedad inmobiliaria. Puede incluso, por medio de un acto, hacer que surja un sujeto de derechos o que se extinga: por ejemplo, una Asociación o una Fundación. Presta su conformidad en numerosos negocios (por ejemplo, para la adopción), y por medio de ella los hace válidos, como pasa, principalmente, en los contratos de los tutores, de los esposos y de los que tienen la patria potestad. Función análoga realiza cuando aparta los obstáculos que pueden oponerse a un negocio (por ejemplo, el matrimonio de dos personas). En otros casos la intervención del Estado no es necesaria como requisito intrínseco de validez, pero sí de forma externa del negocio. Esto es lo que sucede con el amplio campo de la documentación (fe pública) por los Tribunales, Notarios y demás órganos. Puede también el Estado actuar de mediador en negocios de los particulares: al efectuar particiones de herencia, de bienes comunes en el matrimonio, etc., al intervenir en inventarios, al aceptar depósitos públicos de cosas. Fuera de esto, tiene frecuentemente que asegurar los derechos de los particulares y protegerlos contra cualquier daño: llena tal fin cuando vigila el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los padres, tutores, curadores y administradores y cuando cuida de la custodia de los testamentos y en caso necesario asegura los caudales relictos. Es decir, que la jurisdicción voluntaria comprende una cantidad inmensa de negocios» (66).

Se incluyen, pues, en la jurisdicción voluntaria por la doctrina moderna, fundamentalmente, los grupos de actos siguientes: los relativos a los Registros públicos, encomendados a los Registradores de la propiedad y encargados de otros registros; los de documentación o autenticación, encomendados principalmente a los Notarios; los actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, atribuidos a los Jueces; y los diferentes actos, atribuidos también a los órganos judiciales, encaminados a la protección y tutela de los derechos de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida. Fácilmente se advierte, sin embargo, que unos y otros de esos grupos de actos son bien diferentes, y que no pueden ser estudiados conjuntamente con la pretensión de equipararlos y someterlos al mismo régimen jurídico, por lo que cabría pensar en la conveniencia de limitar la denominación de actos de jurisdicción voluntaria a alguno o algunos de los grupos de actos indicados.

13. Teorías que estiman debe limitarse a los actos de documentación.

De acuerdo con los orígenes de la denominación, podría parecer que, de los actos expresados, son los de documentación los que deberían constituir el contenido de la jurisdicción voluntaria, y no

(66) *Elementos de Derecho Procesal civil*, trad. esp., págs. 38-39.

los otros, pues, como dice Gaetano Doná, si se acepta el propio concepto romano de la jurisdicción voluntaria, cuyo fin era el de imprimir forma y fuerza jurídica a actos y manifestaciones consensuales de voluntad privada, o incluso a actos y manifestaciones unilaterales, a los cuales convenía atribuir sanción jurídica mediante la intervención de la potestad pública, es indudable que la jurisdicción notarial es típicamente jurisdicción voluntaria; más todavía, constituye la única forma superviviente de jurisdicción verdaderamente voluntaria, según el patrón antiguo, porque la establecida por los Códigos y por las modernas Leyes para la tutela de los menores, de los incapacitados, de los ausentes, de los obreros desvalidos, de las Sociedades por acciones y de los quebrados, o es jurisdicción contenciosa o es control de legalidad y de policía civil, considerada en un sentido lato (67).

En este sentido sostiene, entre nosotros, Lavandera, que el Notariado es la Magistratura de la jurisdicción voluntaria, que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esta esfera, con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada una; lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento en el proceso documental (68). Y Bellver Cano sostiene igualmente que de las tres clásicas jurisdicciones que ejerce el Estado: la penal, la litigiosa y la voluntaria, la función notarial es la propia jurisdicción voluntaria (69).

Pero, es preciso observar, que en el Derecho romano, aunque la expresión jurisdicción voluntaria se empleó para designar a actos consensuales de voluntad privada y manifestaciones unilaterales de voluntad, a los que se quería imprimir forma y fuerza jurídica, tales actos y manifestaciones se desarrollaban en un proceso, en presencia del Magistrado, ante el cual se entablaban y seguía el proceso por los interesados al objeto de conseguir para sus estipulaciones o manifestaciones de voluntad la fuerza de la sentencia. Y, en el Derecho moderno, si se sigue empleando tal denominación, es, sin duda, debido al nombre de la función que habitualmente desempeñan los órganos judiciales, a los cuales en gran parte se atribuye la jurisdicción voluntaria, de forma, que se la denomina jurisdicción por el hecho de que esté en gran parte atribuida a los órganos que desempeñan la función jurisdiccional, y se agrega el calificativo de voluntaria para distinguirla de los actos de verdadera jurisdicción encomendados a dichos órganos.

(67) *Elementi di Diritto notariale*, 2.^a edic., Milano, 1933, págs. 19 a 21.

(68) *Acto público: Ministerio Notarial*, en la «Revista de Derecho Privado», 1915, págs. 228 y ss.; *Magistratura Notarial*, en la misma revista, 1917, página 205, y *Proceso notarial*, en igual revista, 1919, pág. 1.

(69) *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, Suárez, págs. 16 y siguientes.

14. Conveniencia de limitarla a los negocios que hayan de ser encomendados a los órganos judiciales.

Por tanto, si la denominación de actos de jurisdicción voluntaria ha de limitarse a alguno de los grupos indicados, es a los que hayan de encomendarse a los órganos judiciales a los que habrá de aplicarse. En este caso se encuentran los actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción y los de protección o tutela de personas incapaces o con capacidad disminuida, que, según anteriormente hemos visto (número 11), son los únicos que, por regla general, deben estar atribuidos a los órganos judiciales, ya que los actos de documentación y registro no tienen por qué encomendarse a los mismos, puesto que existen otros órganos más adecuados para realizarlos. Por ello, en un sentido estricto, sólo deberán comprenderse en la jurisdicción voluntaria los citados actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción y los de protección o tutela de personas incapaces o ausentes, pero no los referentes a los distintos registros públicos ni los de documentación o constatación.

Estos actos, aunque en definitiva persigan la misma finalidad que los anteriores de asegurar y proteger los derechos de los particulares (70), son de características muy diferentes, por lo que deben ser estudiados separadamente, y, en consecuencia, o se restringe el concepto de la jurisdicción voluntaria sin incluirse en ella los actos de documentación y registro, o si se la da un sentido amplio que comprenda a tales actos, habrán de establecerse las debidas distinciones y examinarse como categorías distintas, dentro de ese amplio concepto de la jurisdicción voluntaria, los expresados actos y los otros que en un sentido estricto deben comprenderse sólo en la misma.

IV. CLASIFICACION DE LOS NEGOCIOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

15. Criterio que atiende a la naturaleza de los negocios.

Los negocios de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse atendiendo a distintos criterios o puntos de vista, siendo los que más frecuentemente se suelen seguir, el que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los actos, y el que se fija en la rama del derecho o relación jurídica a que se refieren.

Con arreglo al primer criterio, y teniendo en cuenta el contenido amplio que en la doctrina moderna se atribuye a la jurisdic-

(70) Como ya dijimos (níms. 6 y 7), esta finalidad se cumple también, a veces, por la jurisdicción contenciosa y por la actividad administrativa.

ción voluntaria (vid. núm. 12), Chiovenda (71), Prieto Castro (72) y Gómez Orbaneja (73), siguiendo la conocida clasificación de Wach, los agrupan en actos de:

a) *Creación de sujetos jurídicos*.—La única manifestación de esta actividad es la constitución de personas jurídicas, mediante el reconocimiento o autorización que es necesaria para las Asociaciones.

b) *Complemento o integración de la capacidad*.—Se comprenden en este apartado todos los actos y funcionamiento de los organismos tutelares, como asimismo la intervención en los actos de las entidades jurídicas.

c) *Formación, documentación y publicidad del estado de las personas*.—Se incluyen aquí, entre otros, los actos de aprobación de la adopción, legitimación por concesión del Jefe del Estado, declaración de ausencia y de muerte, toma de razón de matrimonios y la llevanza del Registro de estado civil.

d) *Seguridad del comercio jurídico*.—Constituye la más importante manifestación de la jurisdicción voluntaria, comprendiendo la materia registral inmobiliaria y mercantil, la intervención en determinados negocios jurídicos, como la adopción, celebración del matrimonio, consignación judicial, formación de inventarios, etcétera.

Chiovenda agrega a continuación la conciliación (74); pero la mayoría de los autores consideran a ésta como un equivalente o sustitutivo del proceso (75), o como un proceso especial (76). Para la L. de E. c. la conciliación es una manifestación de la jurisdicción contenciosa, como se deduce del hecho de que la regule en su libro II. Sin embargo, no la denomina «juicio» o «proceso», sino «acto», que es como llama a los negocios de jurisdicción voluntaria.

Otros autores, aun fijándose también en la esencia o naturaleza de los actos, los clasifican con un criterio más restringido, que contempla sólo los encomendados a los órganos judiciales. Así, González Palomino, que los divide en tres grupos: 1.º Autorizaciones y complementos de capacidad; 2.º Declaración de situaciones jurídicas, y 3.º Fijación provisional de hechos (77). Y Casarino Viterbo, que los clasifica diciendo que los Magistrados en

(71) *Instituciones*, Vol. II, págs. 21-25.

(72) *Cuestiones*, cit., págs. 283-284.

(73) *Derecho procesal*, Vol. I, págs. 222-225.

(74) Ob. cit., pág. 25.

(75) CARNELUTTI: *Instituciones*, pág. 79. PLAZA: Ob. cit., T. II, pág. 110. Y PRIETO CASTRO: *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, 1.^a edición, T. II, pág. 249.

(76) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Volumen I, primera parte, pág. II.

(77) *Instituciones de Derecho Notarial*, cit., págs. 79-80.

materia no contenciosa intervienen principalmente: *a)* Para dictar medidas de protección en favor de los incapaces; *b)* Para declarar solemnemente ciertos derechos; *c)* Para autentificar ciertos actos y darles garantía, y *d)* Para evitar ciertos fraudes legales (78).

A nuestro juicio, según este criterio que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los actos y que contempla sólo los encomendados a los órganos judiciales, los negocios de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse en los tres grupos siguientes:

1.^o Actos de protección o tutela de incapaces, ausentes o personas que por su edad, sexo o condición jurídica no están en condiciones de defenderse por sí mismas, en cuyo grupo se incluirán: Las habilitaciones para comparecer en juicio, enajenación de bienes de menores, integración de la capacidad negocial en los casos de los artículos 225, 1.361 y 1.387 del C. c., ausencia, adopción, nombramiento de defensores judiciales, tutela, declaraciones de incapacidad y depósitos de personas.

2.^o Actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, como son: la apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notoriedad, apeos y prorratores de foros, y la mayor parte de los negocios en materia mercantil, en que se trata de salvaguardar intereses o derechos de personas ausentes del lugar en que se realizan.

3.^o Actos de documentación o constatación, como: las informaciones para perpetua memoria, las subastas voluntarias, los deslindes y amojonamientos, toma de posesión de bienes, petición de consejo para contraer matrimonio y otros análogos en materia mercantil, como los regulados en los artículos 2.161, v. 10.^a, y 2.167 de la L. de E. c., en todos los cuales se trata solamente de hacer constar y documentar ciertos hechos o situaciones jurídicas (79).

16. Criterio que atiende a la rama de derecho o relación jurídica a que se refieren.

Como ya hemos dicho, también suelen clasificarse los negocios de jurisdicción voluntaria atendiendo a la rama del Derecho o relación jurídica a que se refieren.

Con arreglo a este criterio, Prieto Castro los clasifica distinguiendo los que afectan al Derecho público, al procesal, al civil y al mercantil: Negocios que afectan al Derecho público son las informaciones para dispensa de ley, aunque de ellas, las que persiguen la legitimación por gracia del Jefe del Estado, interesan al Derecho civil; al Derecho procesal se refieren las informaciones para perpetua memoria, si bien muchos negocios de orden civil y

(78) *La Jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, en lug. cit., págs. 352-353

(79) Este último grupo de actos, que en la ley se atribuyen a los órganos judiciales, no deberían estar atribuidos a los mismos, sino a los Notarios, según anteriormente vimos (núm. 11).

mercantil, como el depósito de efectos mercantiles, justificación de averías, y semejantes, en cuanto persiguen asegurar el acreditamiento o prueba de hechos, por si en lo futuro surge litigio, tienen una finalidad procesal; al Derecho civil y al mercantil se refieren la mayoría de los negocios.

Los negocios civiles los clasifica, a su vez, en negocios que afectan:

a) Al derecho de las personas, al cual se refieren la concepción de capacidad procesal (habilitaciones para comparecer en juicio), la integración de capacidad negocial de los menores, la sustitución de dicha capacidad, a lo que atiende la institución de la ausencia, la protección de intereses de menores o incapacitados, mediante las garantías legales para la enajenación de sus bienes y transacción acerca de sus derechos, y la legitimación por concepción del Jefe del Estado.

b) Al derecho de cosas: deslinde y amojonamiento, apeos y prorratoeos de foros, investidura de la posesión judicialmente, subastas voluntarias judiciales y expedientes de dominio.

c) Al derecho de obligaciones, en cuyo tratado figuran destacadamente una serie de negocios mercantiles, quedando en el orden civil tan sólo los expedientes de consignación.

d) Al derecho de familia, en el que figuran la adopción, constitución y funcionamiento del organismo tutelar y el depósito de personas, que no en todos los casos tiene el carácter de negocio de jurisdicción voluntaria.

e) Al derecho de sucesiones, al que se refieren la elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra o sin intervención notarial, la protocolización del testamento sacramental en Cataluña, la adveración y protocolización del testamento otorgado ante el Párroco en Aragón y Navarra, la apertura de testamentos cerrados y la protocolización de testamentos ológrafos.

Los negocios de jurisdicción voluntaria mercantil los clasifica, siguiendo igual criterio, en:

a) Negocios sobre el derecho de cosas mercantiles: Embargo y depósito provisionales del valor de letras de cambio.

b) Negocios del derecho de obligaciones mercantiles: Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles, mal uso de las facultades administrativas y de firma conferidas a un socio, inspección de la administración y contabilidad por los socios, nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro; y

c) Negocios del derecho marítimo: Clasificación de averías; liquidación de la gruesa y contribución a la misma; acreditamiento de las causas de las averías, arribadas y naufragios; descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles y fianza de cargamento; enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y recomposición de naves; incidencias que pueden

producirse en el contrato de fletamiento por razón de la carga y cabida del buque, y apertura de escotillas (80).

Plaza, al estudiar los actos de jurisdicción voluntaria, expone separadamente los actos en materia civil y en materia mercantil. Los primeros los examina distinguiendo los referentes: *a)* a la dispensa de ley; *b)* a la prueba; *c)* al derecho de las personas; *d)* al derecho de las cosas; *e)* al derecho de obligaciones; *f)* al derecho de familia, y *g)* al de sucesiones. Los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil los expone siguiendo el mismo orden en que aparecen regulados en la L. de E. c. (81).

17. Criterio a seguir.

No puede menos de reconocerse que de los dos criterios de clasificación expuestos, el más científico y perfecto es el que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los negocios. No obstante, desde un punto de vista práctico, tal vez sea preferible, en nuestro derecho, agrupar los negocios atendiendo a la rama del derecho y a la relación jurídica a que se refieren. Con arreglo a este criterio pueden clasificarse, en primer lugar, en actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y actos en materia mercantil.

A) Los actos en materia civil se pueden, a su vez, agrupar según se refieran al derecho de las:

a) Personas: Enajenación de bienes de menores; habilitaciones para comparecer en juicio; integración de la capacidad negocial de la mujer (arts. 225, 1.361, 1.387, 995 y 1.053 del C. c.); ausencia; aprobación judicial para la repudiación de la herencia por ciertas entidades (art. 993 C. c.); y diversos expedientes relativos a materias del Registro civil, como rectificación de errores, inscripciones fuera de plazo y modificación de apellidos.

b) Cosas: Posesión judicial; deslindes y amojonamientos; apeos y prorratoeos de foros; expedientes de dominio (82); actas de notoriedad para reanudar el trámite sucesivo; expedientes para la inscripción de bienes de capellanías colativo-familiares (R. D. de 17 de abril de 1925); inscripción de hipotecas legales por bienes reservables (arts. 186 y 187 de la L. H. y 260 y sgs. del R. H.); cancelación de inscripciones de hipotecas en garantía de títulos al portador (art. 156, p. 3.^a de la L. H.); declaración judicial de si son o no inscribibles las certificaciones de dominio (art. 306 del R. H.); y la rectificación de ciertos errores en el Registro de la propiedad (art. 323 del R. H.).

(80) *Cuestiones*, cit. págs. 285-287.

(81) Ob. cit., pág. 696 y ss. GÓMEZ ORBANEJA, al estudiar los actos de jurisdicción voluntaria, hace también una ordenación de los mismos muy semejante a la indicada (cfr. ob. cit., vol. I, pág. 722 y ss.).

(82) La mayor parte de los autores consideran a los expedientes de dominio como negocios de jurisdicción voluntaria, aunque su naturaleza no deja de ser discutida, como puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo II, págs. 487-488.

c) Obligaciones: Consignación judicial; subastas judiciales voluntarias, e informaciones para perpetua memoria.

d) Familia: Constitución de organismos tutelares; nombramiento de defensores judiciales; adopción; depósitos de personas; declaraciones de incapacidad (83); informaciones para dispensa de la ley (84); aprobación del reconocimiento de hijos naturales (art. 133 C. c.), y determinación de la dote obligatoria, que el artículo 1.341 del C. c. dice expresamente que se hará en acto de jurisdicción voluntaria, aunque esta naturaleza sea muy dudosa.

e) Sucesiones: Elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra; apertura y protocolización de testamentos; nombramiento de albaceas dativos, a falta de los testamentarios v cuando no puedan los herederos ejecutar la voluntad del testador (85); renuncia al cargo, prórroga y rendición de cuentas por los albaceas (arts. 899, 905 y 907 del C. c.); aceptación de la herencia por acreedores en ciertos casos (art. 1.001 del C. c.); y, tal vez, las medidas que pueden adoptarse cuando la viuda queda encinta (arts. 959 y sgs. C. C.) (86).

B) Los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil se pueden agrupar distinguiendo los referentes al:

a) Derecho mercantil terrestre: Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles; embargo y depósitos provisionales del valor de letras de cambio; nombramiento de coadministrador en las Sociedades; examen de la administración y contabilidad por los socios; nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro y al

b) Derecho marítimo: Clasificación y liquidación de averías; descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles; fianza de cargamento; enajenación y apoderamiento de efectos mercantiles; recomposición de naves; reclamaciones relativas a la carga

(83) La cuestión referente a la naturaleza del procedimiento para las declaraciones de incapacidad es, sin embargo, muy discutida, como puede verse en GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Procedimiento para la reintegración a la capacidad de los enfermos mentales*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, págs. 1146 y ss. La sentencia del T. S. de 5 de mayo de 1949 le considera como contencioso.

(84) Se incluyen aquí las informaciones para dispensa de ley o gracias al sacar, porque actualmente la única que subsiste es la legitimación de los hijos naturales por concesión del Jefe del Estado.

(85) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de agosto de 1906.

(86) También podrían incluirse aquí los llamados juicios universales sucesorios (abintestato, testamentaría y adjudicación de bienes a personas innombradas, e, incluso, el beneficio de inventario y el derecho de deliberar, que tienen una tramitación análoga a los anteriores), pues muchos autores los consideran como procedimientos de jurisdicción voluntaria. Si embargo, su naturaleza jurídica es discutida y suelen estudiarse separadamente, si bien algunas de las partes de que se componen, como la declaración de herederos abintestato y la aprobación judicial de particiones, pueden y suelen en la práctica tramitarse separadamente como negocios de jurisdicción voluntaria.

y cabida del buque en el contrato de fletamento ; justificación de averías, y apertura de escotillas.

Como puede observarse, en las anteriores agrupaciones se incluyen negocios que son considerados en la L. de E. c. como actos de jurisdicción voluntaria, a pesar de que algunos de ellos, como el nombramiento de coadministrador en las sociedades mercantiles (art. 2.162 y sgs.), el examen de la administración y contabilidad social (art. 2.166 y sgs.) y la recomposición de naves (art. 2.161, 8.*), son verdaderos procesos contenciosos ; de que otros, como los depósitos de personas (art. 1.880 y sgs.), el embargo y depósitos provisionales del valor de una letra de cambio (arts. 2.128-2.130 y la venta y depósito de parte de la carga para pago de fletes (art. 2.161, 11.*), constituyen más bien medidas cautelares ; y de que otros, como las informaciones para perpetua memoria, subastas voluntarias, posesión judicial, deslindes y otros análogos en materia mercantil, como el regulado en el artículo 2.167, constituyen actos de documentación y constatación que en un sentido estricto no deben considerarse como negocios de jurisdicción voluntaria encomendados a los órganos judiciales.

Por otra parte, en las referidas agrupaciones se comprenden la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria judiciales, y, entre ellos, los más importantes y típicos ; pero sin pretenderse agotar la enumeración de los mismos, pues al no fijarse en la ley un «*numerus clausus*» de negocios de esta índole, podrán promoverse otros al amparo de la norma definidora del artículo 1.811 de la L. de E. c. Así, por ejemplo, Rodríguez Valcárcel, considera como un negocio de jurisdicción voluntaria que ha de regularse por las disposiciones generales relativas a los negocios de esta clase en materia mercantil, la revisión judicial de la valoración de las aportaciones *no dinerarias* a la Sociedad Anónima, establecida en el artículo 32 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (87).

V. FUENTES

18. Fuentes legales de la jurisdicción voluntaria

La doctrina de las fuentes legales o positivas de la jurisdicción voluntaria apenas ofrece particularidades con respecto a la jurisdicción contenciosa.

La fuente principal de la jurisdicción voluntaria, en nuestro derecho, es el libro III de la L. de E. c. Esta, como es sabido, se divide en tres libros : El I contiene las disposiciones comunes a la

(87) Cfr. *Revisión judicial de aportaciones no dinerarias a la Sociedad Anónima*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, pág. 565 y ss. La naturaleza del procedimiento a seguir para dicha revisión no deja, sin embargo, de ser dudosa, y fué muy discutida en el coloquio celebrado en el Instituto de Derecho procesal los días 29 de febrero y 7 y 14 de marzo de 1952, sin que se consiguiera llegar a un acuerdo, según se expone en el Boletín de dicho Instituto, número 13, correspondiente al 1.º de abril de 1952, págs. 5-6.

jurisdicción contenciosa y a la voluntaria; el II se ocupa de la jurisdicción contenciosa, y el III de la voluntaria. De ello parece deducirse que los preceptos del libro I son aplicables a una y otra jurisdicción; los del II sólo a la contenciosa, y los del III sólo a la voluntaria. Sin embargo, no es así, pues si bien es cierto que los preceptos del libro III sólo son aplicables a la jurisdicción voluntaria, no lo es que todos los del I sean también aplicables a la misma, ni que dejen de serlo algunos del libro II, ya que en este se contienen algunas normas de carácter general aplicables a una y otra jurisdicción, como, por ejemplo, las relativas a la apelación y la casación, y en el primeró se contienen muchas disposiciones que no son aplicables a la jurisdicción voluntaria, como después veremos.

A más de los preceptos de la L. de E. c. han de tenerse en cuenta otros muchos contenidos en otras leyes, y de modo principal en el C. c., C. de C., y L. H., pues la L. de E. c. está ajustada a las disposiciones de derecho sustantivo que regían en 1881 en que se publicó la misma, habiéndose publicado después los citados cuerpos legales, en los cuales se regulan diversos negocios de jurisdicción voluntaria no contemplados en aquélla, como los expedientes de dominio, actas de notoriedad, consignaciones, etcétera, y se contienen numerosas disposiciones que derogan o modifican gran cantidad de artículos de la Ley, como las relativas a la tutela, adopción, licencia o consejo para que los hijos contraigan matrimonio, depósitos de personas, apertura y protocolización de testamentos, ausencia (88), y muchos de los actos en materia mercantil.

La fuente principal de la jurisdicción voluntaria la constituyen, no obstante, los preceptos del libro III de la L. de E. c. (artículos 1.811 al 2.181). Este se encuentra dividido en dos partes: La 1.^a dedicada a los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, y la 2.^a a los actos en materia mercantil. La primera parte empieza por un título en el que se contienen las disposiciones generales aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria, y en los títulos siguientes se van regulando los negocios de jurisdicción voluntaria en particular. También la segunda parte empieza por otro título dedicado a las disposiciones generales aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, y en los títulos sucesivos se contienen las normas referentes a los actos o negocios mercantiles en particular. Las disposiciones generales del título primero de la primera parte son aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria en materia civil, en cuanto no se opongan a lo que se dispone con respecto a cada uno de ellos en particular (art. 1.824). Son también aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, en

(88) En esta materia de la ausencia, tanto el C. c. como la L. de E. c. han sido profundamente modificados por las leyes de 8 de septiembre y 30 de diciembre de 1939.

cuanto no se opongan a las disposiciones generales relativas a éstos ni a las reglas especiales establecidas para cada uno de ellos (art. 2.111). Por tanto, el orden de prelación de las citadas fuentes es el siguiente:

1.º Las disposiciones relativas a cada acto de jurisdicción voluntaria en particular, contenidas en el libro III de la L. de E. c., o, en su caso, en otras leyes.

2.º Para los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, las disposiciones contenidas en el título I de la 2.ª parte del expresado libro III, en cuanto no se opongan a las normas especiales relativas a cada uno de ellos.

3.º Las disposiciones generales de la primera parte del propio libro III, aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria si están especialmente regulados como si no lo están, y tanto

Derecho civil como del mercantil, en cuanto no se opongan a las reglas establecidas para cada negocio en particular ni a las disposiciones generales relativas a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil ; y

4.º Los preceptos del libro I que no se opongan a los del III, o, en su caso, a los de los otros cuerpos legales indicados, ni sean contrarios a la naturaleza de los negocios de jurisdicción voluntaria.

19. Crítica de la regulación legal.

La crítica de la regulación que de la jurisdicción voluntaria se hace en nuestro derecho no puede ser favorable. Sin entrar ahora en el análisis de los preceptos particulares, y limitándonos a una crítica de carácter general, se pueden señalar como defectos más importantes de la regulación legal los siguientes :

1.º Se equipara la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, al agruparse las disposiciones de la L. de E. c. en tres libros: uno, dedicado a las normas comunes a una y otra jurisdicción; otro, a las de la contenciosa, y otro, a las de la voluntaria, sin tenerse en cuenta al hacerse esta agrupación, en primer lugar, que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no puede servir como criterio primario de clasificación de las normas procesales, porque, según la opinión dominante (vid. núm. 9), la jurisdicción voluntaria no constituye materia procesal (89), y, en segundo término, que en una ley procesal la importancia de las normas relativas a la jurisdicción voluntaria es muy inferior a las de la contenciosa, tanto por su volumen como por su carácter, ya que las normas referentes a ésta contienen la regulación de la actividad típica y más frecuente de lo que constituye la función normal del órgano jurisdiccional. Por ello, si por el hecho de que muchos negocios de jurisdicción voluntaria estén atribuidos a los

(89) Cfr. GUASP, *Comentarios*, t. II, vcl. I, pág. 3.

órganos judiciales se creyó conveniente incluir en la ley procesal las normas necesarias para su tramitación, podían haberse agrupado en una sección especial o en un apéndice, pero sin formar con ellas un libro o parte igual a la que contiene las normas referentes a la jurisdicción contenciosa. Además, esa división que se hace en la Ley no se sigue después rigurosamente, puesto que, como acabamos de ver (núm. 18), en el libro I hay preceptos no aplicables a la jurisdicción voluntaria, y en el II los hay que sí lo son.

2.^º No existe un conjunto de normas que constituyan una parte general de la jurisdicción voluntaria, pues las disposiciones generales del título I de la primera parte del libro III de la Ley, aunque otra cosa pudiera parecer, no constituyen esa parte general, ya que en ellas sólo se contienen algunas normas aplicables por regla general a todos los negocios de jurisdicción voluntaria, pero que se refieren a cuestiones o puntos concretos, sin regularse en las mismas todas las materias referentes al régimen jurídico general de la jurisdicción voluntaria. En cambio, en los títulos siguientes, al tratarse de los negocios de jurisdicción voluntaria en particular, se regulan muchos de ellos con excesiva minuciosidad, cuando lo procedente hubiera sido lo contrario, esto es, formular una parte general más completa, en la que se regulase el régimen jurídico general aplicable a todos los negocios de jurisdicción voluntaria y, después, consignar sólo las modificaciones o reglas especiales que fueran necesarias para cada acto o negocio en particular. Con ello, además, se evitaría lo que ahora sucede, que existiendo, como luego veremos (núm. 36), la posibilidad de promover los que pudieran llamarse actos de jurisdicción voluntaria innominados, no existen reglas para su tramitación.

3.^º Además de las disposiciones generales citadas de la primera parte del libro III, en la segunda parte se formula otro grupo de reglas generales para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, las cuales han de reputarse innecesarias, pues de ellas hay unas, como son las de los artículos 2.111, r. 1.^º y 2.^º, y 2.112, que son, en esencia, iguales a las que sobre las mismas materias se formulaban en la primera parte, por lo que no había necesidad de repetirlas; otras, como las de los artículos 2.111, r. 4.^º y 5.^º; 2.113, 2.114 y 2.115, que, aunque contienen modificaciones de las normas generales de la primera parte, son también innecesarias, porque tales modificaciones eran improcedentes, como se verá después (níms. 22, 24 y 41); y otras, que son normas nuevas referentes a materias no contempladas en la primera parte, como son las de los artículos 2.109, 2.110, 2.111, reglas 3.^º, 6.^º y 7.^º; 2.117 y 2.118; pero estas normas debían haberse incluido en la primera parte si se estimaban procedentes, pues no hay motivo para considerarlas aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil y no a los negocios en materia civil. La consabida especialidad de la materia mercan-

til, que es el expediente a que suele acudirse para explicar tales diferencias (90), no basta para explicarlas ni para justificar la existencia de este grupo de disposiciones generales relativas a los negocios en materia mercantil. En lugar de ello, lo que debía haberse hecho era establecer un grupo de normas que constituyeran una verdadera parte general para todos los negocios de jurisdicción voluntaria y, después, formular las modificaciones o reglas especiales que aconsejara la índole de cada negocio o grupo de ellos.

4.^o Se regulan en la jurisdicción voluntaria algunos negocios, cual los depósitos de personas, embargo y depósitos provisionales del valor de letras de cambio y venta y depósito de parte de la carga para pago de fletes, que son más bien medidas cautelares, y otros, como el nombramiento de coadministradores en las sociedades, examen de la administración y contabilidad social y recomposición de naves, que son verdaderos procesos contenciosos, por lo que todos ellos deberían estar regulados en el libro II y no en el III. También hay en éste algunos otros negocios que no han debido de regularse en uno ni en otro, cual las informaciones para perpetua memoria, las subastas voluntarias, los deslindes y amojonamientos, toma de posesión de bienes y algunos en materia mercantil, como los regulados en los artículos 2.161, r. 10, y 2.167, que son en realidad actos de documentación o constatación, por lo que no deben regularse en la L. de E. c., ya que ésta sólo se ocupa de los negocios de jurisdicción voluntaria encomendados a los órganos judiciales, y los expresados actos de documentación no deben estar encomendados a tales órganos, según vimos (núm. 11), y alguno no lo está, cual sucede con el contemplado en el artículo 2.167, que se atribuye a los Notarios, por lo que no se comprende por qué se regula en la Ley.

En cambio, existen negocios, como los llamados juicios universales sucesorios, que no se regulan en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa, a pesar de que la mayoría de los autores los consideran como voluntarios; y existen otros que no están regulados en ninguna, sino en otros cuerpos legales, como son, principalmente, las consignaciones, declaraciones de incapacidad, expedientes de dominio y actas de notoriedad, que son considerados por la mayor parte de los autores como negocios de jurisdicción voluntaria—aunque la naturaleza de algunos no deja de ser discutida—, por lo que debían estar regulados en la Ley entre los negocios de esta clase. Cierto es que el hecho de no estar regulados en la misma es, sin duda, debido a que los cuerpos legales de derecho sustutivo en que se regulan son de fecha posterior a la ley; pero ello lo que hace es poner de relieve otro grave defecto de la misma: su falta de adaptación a los referidos cuerpos legales, pues desde el instante en que éstos se publicaron debió

(90) Vid., por ejemplo, REUS: ob. cit., t. IV, págs. 657, 658 y 673.

modificarse la Ley para adaptarla a ellos, siendo incomprendible que hasta la fecha no se haya hecho.

20. *Legislación extranjera.*

En las legislaciones extranjeras, por regla general, se sigue un sistema análogo al de la legislación española, regulándose en las Leyes o Códigos procesales la jurisdicción voluntaria con separación de la contenciosa. Constituyen importantes excepciones las legislaciones alemana e italiana, aunque cada una de ellas en distinto sentido.

En la legislación alemana, la jurisdicción voluntaria no se regula en el Código procesal civil (Z. P. O.), sino en una Ley especial de 17 de mayo de 1898, lo cual no parece totalmente acertado, porque, sean o no los negocios de jurisdicción voluntaria de naturaleza jurisdiccional, lo cierto es que están encomendados a los órganos judiciales y en muchos puntos se rigen por las mismas normas de la jurisdicción contenciosa, por lo que, tal vez, sea conveniente regularlos en los Códigos procesales, aunque con la adecuada separación. Por otra parte, en la citada Ley especial no se contiene toda la jurisdicción voluntaria, ni el Código procesal civil se ve en absoluto libre de ella (91).

En el Código del proceso civil italiano de 1940 se ha suprimido la expresión jurisdicción voluntaria (92), si bien las principales clases de negocios de la misma se han agrupado en él en los títulos segundo al sexto del libro cuarto, y constituyen la mayoría de los procedimientos especiales, bajo cuya rúbrica anodina, según Carnelutti (93), se reúnen figuras heterogéneas del proceso voluntario, del proceso monitorio, del proceso cautelar y del proceso preventivo (94). Tampoco creemos acertado este sistema, en primer lugar, porque prejuzga la naturaleza jurisdiccional de los negocios de jurisdicción voluntaria, lo que en el terreno doctrinal es negado por la mayor parte de los autores, según hemos visto (núm. 9), y, sobre todo, porque la agrupación de los negocios de jurisdicción voluntaria con otros de naturaleza contenciosa sometidos a distinto régimen jurídico no puede reportar ninguna utilidad.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga de la jurisdicción voluntaria y la opinión acerca de su naturaleza jurídica, la realidad es que existe una serie de negocios encomendados a los órga-

(91) Cfr. LENT: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1928. P. I. Y GOLSCHEIDER: Ob. cit., págs. 126, 485 y 492. Así como ALCALÁ ZAMORA: *Premisas...*, citada, pág. 9.

(92) En el proyecto argentino de Código procesal civil para la nación, de 1949, debido al parecer al procesalista PODERI, tampoco se admite el concepto de jurisdicción voluntaria.

(93) *Instituciones*, cit., pág. 43.

(94) El Código de la Ciudad del Vaticano también incluye los negocios de jurisdicción voluntaria como procedimientos especiales, en su libro III, título VI.

nos judiciales, a los cuales se les viene agrupando bajo la rúbrica de jurisdicción voluntaria, y en los que concurren ciertas notas o características especiales que los diferencian de la generalidad de los negocios constitutivos de la función jurisdiccional encomendada a tales órganos. Por ello, sean o no de naturaleza jurisdiccional tales negocios, teniendo en cuenta esas características especiales de los mismos, parece natural agruparlos y regularlos con la debida separación de los restantes negocios atribuídos a los referidos órganos; y teniendo en cuenta que, no obstante esas especiales características, están encomendados a los órganos judiciales y en muchos aspectos se rigen por las mismas normas de la jurisdicción contenciosa, parece conveniente regularlos en los propios Códigos procesales, si bien con la debida separación, en un apéndice o sección especial, en donde se reúnan las reglas peculiares relativas a tales negocios, sin prejuzgar la cuestión, tan discutida y aún no resuelta en el terreno doctrinal, de su naturaleza jurídica.

SEGUNDA PARTE

Régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria

Aun en el supuesto de que los negocios de jurisdicción voluntaria no sean de naturaleza jurisdiccional ni, por tanto, procesal (95), como están encomendados a los órganos judiciales y se estudian en el Derecho procesal, para la exposición de su régimen jurídico creemos conveniente utilizar los conceptos y seguir el sistema que suele seguirse en el Derecho procesal. De acuerdo con dicho sistema, expondremos el régimen jurídico de los negocios de jurisdicción voluntaria en general, examinando las cuestiones referentes: a los sujetos, al objeto y a la actividad misma que en dicha jurisdicción se desarrolla; el procedimiento; los efectos de las resoluciones que en ella se dictan; y los medios de impugnación de las mismas,

I. SUJETOS

Los sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria son: los órganos del Estado a quienes se encomienda la resolución de los mismos; el Ministerio fiscal, y los interesados que pueden promover tales negocios o intervenir en ellos.

(95) Hay, sin embargo, autores que estiman no puede identificarse lo procesal con lo jurisdiccional, como BALLBÉ, según el cual el proceso no es instrumento propio, exclusivo de la jurisdicción, ya que también puede ser utilizado para el mejor ejercicio de la función administrativa. (Cfr. *La esencia del proceso*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947, II, páginas 5 y ss.)

21. *El órgano judicial.*

Los órganos del Estado a quienes se atribuyen los negocios de jurisdicción voluntaria, en el sentido restringido en que venimos considerando a éstos, son los órganos judiciales. Este es también el sentido legal, puesto que para la Ley de Enjuiciamiento civil sólo son actos de jurisdicción voluntaria los encomendados a los Jueces, ya que en su artículo 1.811 dice que se consideran actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de los Jueces.

A. *Jurisdicción: intervención de los Cónsules.* — Entre los órganos jurisdiccionales, los negocios de jurisdicción voluntaria se atribuyen, por regla general, a los órganos de la jurisdicción civil ordinaria. Esta regla tiene algunas excepciones, pues a veces pueden practicarse tales negocios ante los órganos de una jurisdicción especial, cual es la jurisdicción consular. Dice, en efecto, el artículo 2.110 de la L. de Enjuiciamiento civil, que las actuaciones de la jurisdicción voluntaria en materia mercantil podrán practicarse ante los Cónsules españoles en las naciones extranjeras, cuando lo requiera la urgencia del negocio, o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores, o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de los Consulados respectivos. En términos más amplios y sin referirse sólo a los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, el Reglamento de la Carrera Consular de 27 de abril de 1900, en su artículo 27, entre las atribuciones judiciales de los Cónsules enumera: las de instruir los expedientes en los casos de adopción, nombramiento de tutores y discernimiento del cargo; suplir en forma el consentimiento de los padres, abuelos o tutores para contraer matrimonio; abrir y protocolizar testamentos y memorias testamentarias, y seguir todos aquellos actos de jurisdicción voluntaria que promuevan los españoles residentes en su distrito, y a cuya actuación no puedan oponerse los tratados, la costumbre o las leyes del país en que dichos Cónsules estén acreditados. En el Convenio entre España y Francia de 7 de enero de 1862 también se reconoce a los Cónsules de los dos países la facultad de autorizar todos los actos propios de la jurisdicción voluntaria (art. 19). Lo mismo sucede en los demás convenios celebrados con otros países (96), y los Cónsules de las naciones no convenidas suelen obtener las mismas facultades que se conceden en los convenios consulares.

En principio, parece que la regla de que los negocios de jurisdicción voluntaria corresponden a la jurisdicción civil ordinaria, tiene otra excepción a favor de la jurisdicción militar, pues los artículos 51 de la L. de E. c. y 38 del C. de J. m. atribuyen a la

(96) Puede verse un resumen de los mismos en el Apéndice de la *Leyes Civiles*, de MEDINA Y MARAÑÓN, en nota al citado Convenio con Francia.

misma la prevención de los abintestatos de militares; y los juicios de abintestato, aunque están regulados en la Ley entre los contenciosos, son considerados por la mayor parte de los autores como voluntarios. Sin embargo, no hay tal excepción, porque lo que se atribuye a la jurisdicción militar no es el conocimiento total de dichos juicios, sino sólo la práctica de ciertas diligencias o medidas de carácter cautelar.

Algunos autores estiman que existen manifestaciones de la jurisdicción voluntaria dentro del campo de la justicia penal. Así, Manzini alude al concepto de la jurisdicción voluntaria penal (97), Redenti opina que pueden darse proveídos de jurisdicción voluntaria en la justicia penal, tales como los relativos al internamiento en un manicomio del demente y las medidas administrativas de seguridad (98), y Grispigni admite que en la actividad de los Tribunales para menores se encuentran manifestaciones de la jurisdicción voluntaria penal (99). Creemos, sin embargo, que estas actividades, más que manifestaciones de la jurisdicción voluntaria parecen actividades propiamente administrativas, o, algunas de ellas, medidas cautelares, como las que se encomiendan a los Tribunales tutelares de menores para la protección de los menores de diecisésis años contra el ejercicio indigno del derecho a su guarda y educación (arts. 9.^o, núm. 3.^o, y 13 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de julio de 1948), que, entre las actividades indicadas, son, a nuestro juicio, las que más se asemejan a las funciones que se realizan en la jurisdicción voluntaria.

Menéndez Pidal habla también de la jurisdicción voluntaria en el Derecho procesal social, y estudia como actos de jurisdicción voluntaria en el Derecho social, las peticiones de anticipos reintegrables que pueden hacer al Ministerio de Trabajo los obreros que hubieren obtenido sentencia favorable en la Magistratura del Trabajo, mientras se tramitan los recursos interpuestos por los patrones, y diversas reclamaciones administrativas que pueden formularse en materia de accidentes ante distintos organismos dependientes del Ministerio de Trabajo (100). Pero, creemos también, que estas y otras actuaciones análogas de las que se realizan para la protección de los trabajadores son actividades administrativas que no reúnen las características de los negocios de jurisdicción voluntaria.

B. *Competencia jerárquica*.—Entre los órganos judiciales, la competencia para el conocimiento de los negocios de jurisdicción voluntaria, en el orden jerárquico, corresponde, por regla general, a los Jueces de primera instancia. Con relación a los actos en materia mercantil, el artículo 2.109 de la L. de E. c. dispone expresamente que los mismos se seguirán ante los Juzgados de Primera

(97) *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, 1931, Vol. II, pág. 222.

(98) *Diritto processuale civile*, 1947, I, pag. 17.

(99) *Diritto processuale penale*, 1.^a ed., pág. 82.

(100) *Derecho procesal social*, 2.^a ed., págs. 432 y ss.

Instancia. Con respecto a los negocios en materia civil, la Ley no contiene un precepto análogo que, en general, atribuya los mismos a dichos Juzgados; pero, al tratar de los actos en particular, expresa o implícitamente reconoce con respecto a varios de ellos la competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Por otra parte, en el apartado segundo del artículo 273 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se dice que «corresponde a los Tribunales de Partido (hoy Juzgados de Primera Instancia) en materia civil... ejercer la jurisdicción voluntaria con arreglo a las leyes», sin que se haga ninguna referencia a la cuantía, de lo que se deduce que, salvo en los casos en que expresamente se asigne algún negocio de jurisdicción voluntaria a otro órgano jurisdiccional, la realización de los mismos corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (101).

Por excepción, corresponden a los Jueces municipales (102) algunos negocios de jurisdicción voluntaria, como sucede con la constitución de los organismos tutelares, que expresamente se atribuye por la Ley a los mismos, o con los depósitos de personas (regla 20, art. 63 L. de E. c.) y los actos referentes a negocios de comercio (art. 2.110), que, a prevención, se permite que se practiquen ante los Juzgados municipales de los pueblos que no sean cabeza de partido, cuando lo requiera la urgencia del negocio, o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores, o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de tales Juzgados. Además, la Ley autoriza, a veces, a los Jueces de primera instancia para que deleguen en los municipales la práctica de determinadas actuaciones relativas a negocios de jurisdicción voluntaria, como ocurre, por ejemplo, en los deslindes, según el artículo 2.263 de la L. de E. c.

C. *Competencia territorial*.—En el orden territorial, la regulación de la competencia para los negocios de jurisdicción voluntaria se encuentra, principalmente, en el artículo 63 de la L. de Enjuiciamiento civil, que, entre sus reglas de competencia, contiene varias relativas a diferentes negocios de dicha jurisdicción. Pero, a más de las normas de ese artículo, han de tenerse en cuenta otros varios preceptos de la propia ley y de otros cuerpos legales, como el C. c., el C. de c. y la L. H., principalmente, que establecen también reglas de competencia para determinados negocios. De todas estas disposiciones, cuyo examen detallado no puede hacerse aquí, se deduce que, en términos generales, los criterios que se tienen en cuenta para determinar la competencia en la ju-

(101) Véase en este sentido, RODRÍGUEZ SOLANO, *Justicia Municipal (competencia civil)*, Oviedo, 1948, págs. 152 y ss. y ARAGONESES: *La competencia de los órganos de la Justicia Municipal en las consignaciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1950, págs. 105 y ss.

(102) Hoy a los Municipales o a los Comarcales, pero no a los de Paz, según el Decreto de 24 de enero de 1947, sobre competencia de los órganos de la Justicia Municipal.

risidicción voluntaria son análogos a los que se siguen en la contenciosa. Así:

a) En los negocios referentes a la capacidad de las personas y al derecho de familia se fija como competente, por regla general, al Juez del domicilio de las personas en cuyo interés se promueven (rgs. 18, 19, 20, 24 y 25 del art. 63 de la L. de E. c. y artículos 164 y 249 del C. c.).

b) En los referentes al derecho de cosas, como la posesión judicial, deslindes, apeos y prorratoeos de foros, expedientes de dominio y actas de notoriedad, se aplica el fuero de situación de los bienes (rgs. 15 y 29 del art. 63 citado y arts. 201 y 203 de la Ley Hipotecaria).

c) En los referentes al derecho de obligaciones, como la consignación judicial, la competencia corresponderá al Juez del lugar del pago, por aplicación de la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

d) En los relativos al derecho sucesorio, como la elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra y la apertura y protocolización de testamentos, rige el fuero del lugar del otorgamiento (r. 22, art. 63).

e) En los negocios sobre constatación de hechos será competente, por regla general, el Juez del lugar en que hayan ocurrido los mismos (r. 26, art. 63).

Como es sabido, en la jurisdicción contenciosa, las reglas de competencia territorial establecidas por la ley, pueden ser modificadas por voluntad de las partes, mediante la sumisión expresa o tácita de éstas. El artículo 56 y siguientes de la L. de E. c., que así lo reconocen, se encuentran en el libro I, que contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, por lo que parece que en ésta las reglas de competencia territorial fijadas por la ley podrán también ser modificadas por la sumisión de los interesados, salvo en aquellos negocios en que haya de intervenir el Ministerio fiscal, al cual no pueden obligar los acuerdos de los interesados. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado, en términos generales, que la sumisión no cabe en los negocios de jurisdicción voluntaria (S. de 5 de enero de 1935 (103).

D. *Cuestiones de competencia.*—De la misma manera que en la jurisdicción contenciosa, se podrán promover en la voluntaria cuestiones de competencia por declinatoria o por inhibitoria, pues la regulación de las mismas se contiene en el libro I de la L. de Enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones son aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria en cuanto no se opongan a las del libro III, y en éste no se contiene ningún precepto que impida promover cuestiones de competencia en la jurisdicción voluntaria.

(103) En la Circular de la Fiscalía del T. S., de 10 de junio de 1912, también se dice que la sumisión no puede invocarse en los negocios de jurisdicción voluntaria, debiendo los Fiscales oponerse a la misma y mantener la competencia establecida en la Ley.

Podrán ser propuestas por el Ministerio fiscal, en los negocios en que haya de tener intervención, o por las personas legitimadas para intervenir en el acto o negocio de que se trate.

No obstante lo dispuesto en el artículo 79 de la L. de E. c., no creemos que la declinatoria deba sustanciarse como incidente, sino que deberá seguir la tramitación marcada para cada acto o negocio y ser resuelta con la resolución que ponga término al mismo, declarando el Juez no haber lugar a lo pedido por quien haya promovido el acto o negocio, por ser incompetente, en el caso de estimar que lo es.

Lo dispuesto en el artículo 74 de la L. de E. c., relativo a la prohibición de promover de oficio cuestiones de competencia, ha de entenderse que no es aplicable a la jurisdicción voluntaria, puesto que en ésta, a diferencia de lo que sucede en la contenciosa, no cabe la sumisión, como acabamos de ver. Por tanto, el Juez ante quien se promueva un acto de jurisdicción voluntaria que se considera incompetente territorialmente, podrá abstenerse de intervenir en el mismo, oído el Ministerio fiscal, y prevenir a los interesados que usen de su derecho ante quien corresponda.

E. *Recusación y abstención*.—La posibilidad de recusación y abstención de los componentes del órgano judicial ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria igual que en la contenciosa.

Se ha dicho, sin embargo, que, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, en que el Juez puede ser recusado por alguna de las causas legales, no puede serlo en la voluntaria (104). Pero no puede aceptarse esta opinión, porque los negocios de jurisdicción voluntaria se encomiendan a los órganos judiciales, aunque para la mayoría de los autores no sean de naturaleza jurisdiccional, precisamente, por las garantías de independencia e imparcialidad que ofrecen los mismos, y como la recusación y abstención tiende a asegurar esa imparcialidad, deben permitirse en la jurisdicción voluntaria por las mismas razones que en la contenciosa.

En nuestro Derecho, la posibilidad de la recusación y abstención de los componentes del órgano judicial, ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria, puesto que las mismas están reguladas en el libro I de la L. de E. c., que, como es sabido, contienen las disposiciones aplicables a una y otra jurisdicción, sin que en las normas del libro III relativas a la jurisdicción voluntaria se contenga ninguna contraria a la posibilidad de la recusación y abstención.

(104) Cfr. TURGEON: *Essai sur la jurisdiction volontaire*, en «Revue du Notariat», Quebec (Canadá), 1950, noviembre y diciembre, págs. 179 y ss.

22. El Ministerio Fiscal.

Debido a la finalidad protectora de los derechos de los menores, incapaces, ausentes o personas ignoradas que en la jurisdicción voluntaria se persigue, suele intervenir en la mayor parte de los negocios, además del órgano judicial, otro órgano del Estado que tiene como misión específica la defensa de los intereses de esas personas. Este órgano es el Ministerio Fiscal. El artículo 1.815 de la L. de E. c. dice, en efecto, que se oirá precisamente al Ministerio Fiscal en los negocios que afecten a los intereses públicos o a personas o cosas cuya protección o defensa competía a la autoridad. El artículo 2.111 de la propia Ley también dispone, con respecto a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, que en los casos en que las diligencias puedan afectar a los intereses públicos o a personas que, presentes o ausentes, gocen de una especial protección de las leyes o sean ignoradas, se citará al Fiscal. Además, al regularse cada acto o negocio en particular, se prescribe la intervención del Ministerio Fiscal en muchos de ellos. Y el artículo 2.^º del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, entre las atribuciones de dicho Ministerio, enumera las de representar al Estado, a la Administración y a los establecimientos públicos de Instrucción o de Beneficencia en las cuestiones en que tales entidades sean parte o tengan algún interés, siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los Abogados del Estado o a otros funcionarios (núm. 3.^º); intervenir, ejerciendo las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas y en cuantos, por afectar a intereses sociales, ordenen las leyes o el Gobierno estime procedente su intervención (núm. 4.^º); y representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes en cada caso para la defensa de sus propiedades y derechos (núm. 5.^º).

De todas estas disposiciones se deduce que la intervención del Ministerio Fiscal en los negocios de jurisdicción voluntaria puede tener lugar en los supuestos siguientes:

1.^º Cuando se trate de negocios que afecten a los intereses del Estado o de otras entidades públicas (Provincias, Municipios, Establecimientos de Beneficencia, etc.). Este supuesto se producirá muy raramente, porque la representación de tales entidades suele estar atribuida a otros funcionarios y el Ministerio Fiscal sólo tiene que intervenir en los casos en que no lo esté.

2.^º Cuando se trate de negocios que puedan afectar al interés público, en un sentido amplio, o sea, al interés social o colectivo como serán los negocios que se refieran al estado civil y condición de las personas o los que puedan perjudicar a personas ignoradas; y

3.^º Cuando se refieran a menores, incapaces, ausentes u otras personas impedidas para administrar sus bienes.

Los órganos del Ministerio Fiscal que intervienen en los negocios de jurisdicción voluntaria, al igual que en los demás asuntos civiles, son, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926 y en el 95 de su Reglamento de 17 de febrero de 1927: en los Juzgados de Primera Instancia de la capital de las Audiencias Territoriales, los Fiscales de las mismas por sí o delegando en los demás funcionarios fiscales de ellas, o en los Fiscales Municipales; en los Juzgados de las demás capitales, los Fiscales de las Audiencias provinciales correspondientes, que a tal efecto se considerarán delegados del Fiscal de la Territorial, pudiendo actuar ellos mismos o delegar, a su vez, en los demás funcionarios fiscales de la Audiencia o en los Fiscales Municipales; y en los demás Juzgados de Primera Instancia, los Fiscales Municipales si son Letrados, y cuando no lo sean, los Delegados Fiscales que puede nombrar el Fiscal de la Audiencia Territorial, si bien éste, tanto en uno como en otro caso, puede disponer lo contrario y reservarse para sí la intervención en todos o en determinados negocios. En los negocios que se ventilen ante el Tribunal Supremo o en las Audiencias Territoriales, actuará el Fiscal de aquél o los de éstas, por sí o por medio de los funcionarios fiscales del respectivo Tribunal. Y en los que se ventilen ante los Juzgados Municipales o Comarcales, los Fiscales Municipales.

El Ministerio Fiscal podrá y deberá formular cuantas peticiones considere necesarias para la defensa de los intereses cuya protección se le confía, pudiendo pedir la práctica de las diligencias y pruebas que considere necesarias a tal objeto. Con referencia a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dispone, no obstante, en el artículo 2.111 de la L. de E. c., que la intervención del Ministerio Fiscal—y la de los terceros interesados, según veremos (núm. 24)—se limitará a adquirir el conocimiento de quiénes sean las personas que intervengan en las diligencias y a su capacidad legal respecto al carácter con que la hacen, sin que pueda formular más reclamaciones que las relacionadas con la identidad y la capacidad legal de las personas concurrentes (105). El precepto no puede ser más desafortunado, tanto en su redacción como en la limitación que establece, pues no tiene sentido limitar la intervención del Ministerio Fiscal a la posibilidad de formular reclamaciones relacionadas con la identidad o la capacidad legal de las personas que intervengan en los expedientes, ya que si dicho Ministerio interviene para la defensa de los inte-

(105) En la Regla 5.^a del propio art. 2.111 se dice que si las reclamaciones versaren sobre faltas subsanables, el Juez decretará lo que corresponda para completar en lo posible las diligencias. Aunque nada se diga sobre las faltas no subsanables habrá de estimarse que el Ministerio Fiscal podrá también formular reclamaciones sobre ellas.

reses públicos o de las personas impedidas para administrar sus bienes, debe poder formular cuantas peticiones considere necesarias para la defensa de esos mismos intereses cuya protección se le confía.

El Juez accederá a las diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal si las estima procedentes, pudiendo denegarlas en caso contrario, igual que cuando las pidan los que promuevan los expedientes o los demás participantes.

En materia de recursos, podrán interponer los Fiscales los mismos que los demás interesados. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 1.819, 1.820 y 2.112 de la L. de E. c., según los cuales las apelaciones que interpongan los que hayan promovido el expediente se admitirán en ambos efectos y en uno solo los que interpongan los demás interesados, Reus opina que el Ministerio Fiscal ha de ser equiparado a éstos y si *apela* deberá admitirse la apelación en un solo efecto (106).

En cuanto a la forma de intervenir el Ministerio Fiscal, la Ley, en las disposiciones generales sobre la jurisdicción voluntaria, se limita a decir que emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente (art. 1.815), y en las disposiciones generales para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, dice que se le entregarán las diligencias ultimadas que sean (art. 2.111, r. 4.^a). De lo dispuesto al regular algunos negocios en particular se deduce que debe citársele también para la práctica de informaciones testificales o de las demás pruebas que se celebren, y así suele hacerse en la práctica.

23. Los interesados.

Los otros elementos subjetivos de los negocios de jurisdicción voluntaria, además del órgano judicial y del Ministerio Fiscal, son los interesados que promueven o pueden intervenir en los mismos. Por analogía cabría hablar de partes para aludir a estos interesados; pero como la jurisdicción voluntaria se caracteriza según anteriormente vimos (núm. 7) por la inexistencia de partes contrapuestas, no puede propiamente designarse a los mismos con la denominación de partes, debiendo llamárseles interesados, participantes o simplemente sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria, puesto que los otros elementos subjetivos de ésta—órgano judicial y Ministerio Fiscal—tienen una denominación específica que los distingue. O sea, que se puede emplear el término sujeto de la jurisdicción voluntaria en un sentido amplio, para aludir a todos los elementos subjetivos de la misma (órgano judicial, interesados y Ministerio Fiscal), o en un sentido más restringido,

(106) *Ley de Enjuiciamiento Civil concordada y anotada*, 2.^a ed. T. IV, página 309.

para referirse sólo al segundo de los expresados elementos subjetivos (107).

A. *Capacidad.*—Tienen capacidad para ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria todas las personas, de la misma manera que la tienen para ser parte en la contenciosa, pues no supone más que la posibilidad de ser titular de los derechos o de las obligaciones que se derivan de tales negocios, por lo que la tendrá todo el que en la vida civil tenga la capacidad jurídica o de goce. En cambio, la capacidad para comparecer y actuar en la jurisdicción voluntaria, igual que la capacidad procesal o capacidad para actuar en la contenciosa, sólo la tienen quienes, además de tener la capacidad jurídica o de goce, tengan la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Las personas que no tengan ésta (menores, mujeres casadas, locos, sordomudos, pródigos o sujetos a interdicción civil), aunque puedan ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria, no podrán, por regla general, actuar o comparecer en los mismos, sino que habrán de comparecer por ellos sus representantes legítimos o suplirse su incapacidad con arreglo a derecho.

La L. de E. c., al tratar de la jurisdicción voluntaria, no lo dispone así expresamente, pero ello es innecesario, puesto que en su artículo 2.^º dice que «sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», agregando que «por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho», y este artículo se encuentra en el libro I, cuyas disposiciones, según vimos (núm. 18), son aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria, en cuanto no se opongan a las del libro III ni sean contrarias a la naturaleza de tales negocios, por lo que ha de estimarse que el mismo es aplicable a los negocios de jurisdicción voluntaria (108).

Ahora bien: la incapacidad para comparecer en juicio de las referidas personas que no están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles es la regla general, pero esta regla tiene determinadas excepciones, pues hay casos en que pueden hacerlo, y entre ellos se encuentran varios referentes a la jurisdicción voluntaria. Así, los menores pueden comparecer para pedir que se les nombre defensor judicial (art. 165 C. c.), para solicitar su depósito judicial (art. 1.910 L. de E. c.) y cuando sean mayores de doce o catorce años han de comparecer en unión del padre o la madre para solicitar la autorización para la enajenación de sus bienes (artícu-

(107) Se puede emplear también en un sentido todavía más restringido, como lo hace CARNELUTTI, para el cual el sujeto del negocio que constituye la materia de la jurisdicción voluntaria es el sujeto del interés a cuya tutela se refiere aquél, esto es, aquella persona a la que pertenece el interés que se trata de tutelar (Cfr. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. española, págs. 44-45).

(108) Vid., en este sentido, REUS, ob. cit., págs. 303 y ss.

lo 2.012 de la L. de E. c.); las mujeres casadas puede comparecer también para solicitar su depósito (art. 1.910 de la L. de E. c.) y su habilitación para comparecer en juicio (art. 1.994 L. de E. c.); y los locos y sordomudos pueden comparecer en el expediente sobre declaración de su incapacidad (art. 215 C. c.).

B. *Legitimación.*—A más de la capacidad para ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria o capacidad jurídica, y de la capacidad para comparecer en los mismos o capacidad de obrar, es necesaria para poder promover en concreto un determinado negocio de dicha clase la concurrencia de la legitimación, de modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, pues no todos los que tengan capacidad para ser sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria y para comparecer o actuar en ella, pueden promover un determinado negocio, sino que, además, han de encontrarse en una relación o vínculo con el objeto del mismo que les faculte o legitime para promoverle. Así lo viene a reconocer la ley, cuando dice en distintos artículos quiénes son parte legítima para promover cada acto o negocio (véanse, por ejemplo, los artículos 1.825, 1.944, 2.061 y 2.071 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Por regla general, la legitimación viene determinada por la titularidad de los derechos o intereses que en cada negocio se tratan de proteger. Los titulares de estos derechos son los que normalmente están legitimados para promover el acto o negocio de que se trate. Pero, al igual que en la jurisdicción contenciosa, a veces están legitimados para promover los actos otras personas que no son los titulares de los derechos o relaciones jurídicas objeto de los mismos, como sucede, por ejemplo, en los casos de ausencia (artículo 182 C. c.), declaración de incapacidad (art. 214 C. c.) o constitución del organismo tutelar (art. 193 C. c.), en que se faculta y, a veces, se obliga a pronover la declaración de ausencia, la de incapacidad o la constitución del organismo tutelar a ciertos parientes o personas relacionadas con los ausentes, incapaces o menores cuyos derechos se tratan de proteger. En tales supuestos ha de estimarse que se trata de casos análogos a los de *sustitución procesal* en la jurisdicción contenciosa, ya que las citadas personas actúan en el expediente de jurisdicción voluntaria en su propio nombre y no en nombre de los menores, incapaces o ausentes.

De lo que no puede hablarse propiamente en la jurisdicción voluntaria es de la legitimación pasiva, ya que ésta supone la necesidad de que se interponga la demanda frente a determinada persona que está obligada a soportar la carga de ser demandada por encontrarse en relación o nexo con el objeto del proceso, y la jurisdicción voluntaria se caracteriza precisamente por la falta de parte demandada, según anteriormente vimos (núm. 7).

C. *Postulación.*—Por lo que se refiere a la postulación, en la

jurisdicción voluntaria, según los artículos 4.^º y 10 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no es necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador, pudiendo los interesados comparecer por sí mismos o por medio de factor mercantil, cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil, pero no valiéndose de otras personas que no sean procuradores en los pueblos en que los haya. Si los interesados se valen de Procurador o Letrado, los derechos u honorarios de éstos habrán de ser abonados por el interesado que los utilice, sin que en el caso de que se condene en costas a otro participante puedan incluirse en la tasación los honorarios o derechos del Abogado o el Procurador, según ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 1912.

24. *La intervención de terceros.*

Como en la jurisdicción voluntaria no se formula una pretensión contra o frente a otra u otras personas, sino que se trata de varios interesados que proceden de acuerdo, o de uno solo que pide la actuación de que se trate, pero sin formular una pretensión contra o frente a otra persona, es lógico que en los expedientes de dicha jurisdicción puedan intervenir y ser oídas cuantas personas tengan interés en lo que sea objeto de los mismos, tanto si han sido citadas como si comparecen espontáneamente.

Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.813, 1.817 y 2.111, r. 1.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil. En el primero de ellos se dispone que si el que promoviere el acto pidiese que se oiga a alguna otra persona, o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el Juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia poniendo de manifiesto los autos en la Escrivandería por un breve término, que fijará el Juez según las circunstancias del caso. En el 1.817 se permite a los que tengan interés en el asunto que se opongan al expediente y, por tanto, que comparezcan en el mismo. Y en la r. 1.^º del artículo 2.111, con respecto a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dice que cuando hubiera terceras personas a quienes las actuaciones puedan perjudicar deberán ser citadas para que si quieren concurren a su práctica, sin perjuicio de que también pueda acudir a las mismas todo aquél que entienda el asunto que se ventile.

Si se comparan estos preceptos se observará que en el artículo 2.111 se permite intervenir a las personas que tengan interés en el asunto, aunque no hayan sido citadas, lo que no se dice en el artículo 1.813, por lo que podría parecer que en los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, a que éste se aplica, sólo pueden comparecer y ser oídos los terceros interesados a quienes se haya mandado oír. Sin embargo, creemos que también en estos negocios podrán comparecer los terceros que tengan interés en el asunto, aunque no hayan sido citados, y el propio artículo 1.813 lo da por supuesto, al decir que si quien tenga interés legítimo en

el expediente solicitaré que se oiga a alguna persona, se otorgará la audiencia, lo que revela que quien tenga interés, aunque no haya sido citado, puede comparecer, ya que puede pedir que se oiga a otras personas.

Es requisito necesario para poder intervenir en los negocios de jurisdicción voluntaria, tanto si se interviene espontáneamente como si se hace en virtud de citación judicial, que se tenga interés en el asunto, debiendo rechazarse la intervención en caso contrario. Este interés puede consistir en que el tercero tenga alguna relación con lo que sea objeto del expediente y pueda causarle perjuicio la resolución que en éste recaiga, o en que tenga determinados vínculos con los menores, incapaces o ausentes, cuyos derechos se tratan de proteger, pues han de reconocerse que las personas a quienes la ley legitima en estos casos para promover el expediente, podrán intervenir también en el mismo si no le han promovido.

La intervención de las personas que tengan interés en el asunto puede tener por objeto: *a)* coadyuvar con el que haya promovido el expediente; *b)* formular alguna petición independiente, aunque sin oponerse a lo pedido por el promotor del expediente, como será, por ejemplo, que se oiga a alguna otra persona que crean interesada en el asunto, que se practique alguna prueba o que se subsane algún defecto de capacidad o de otra índole; y *c)* oponerse a lo solicitado en el expediente.

La L. de E. c., al tratar de los negocios de jurisdicción voluntaria en materia civil, sólo se ocupa de este último supuesto, sin que indique la posibilidad de que las personas que intervengan puedan formular las otras peticiones. No obstante, tampoco lo prohíbe, y el artículo 1.813 viene a reconocer que pueden formular alguna de ellas, como es la de que se oiga a otras personas; y habla de oír o de otorgar audiencia a los que tengan interés en el asunto, por lo que creemos que éstos podrán formular todas esas peticiones indicadas, debiendo el Juez tener en cuenta las mismas y acceder o no a ellas, según sea procedente en cada caso.

En cambio, al tratar de los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, la r. 1.^a del artículo 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento civil no habla de oír a los terceros interesados, sino de citarlos para que puedan concurrir a la práctica de las actuaciones, y en las reglas 4.^a y 5.^a del propio artículo se dispone que la intervención de las terceras personas a quienes se cite—y también la del Ministerio Fiscal, según antes vimos (núm. 23)—, se limitarán a adquirir el conocimiento de quienes sean las personas que intervengan en las diligencias, y a su capacidad legal respecto al carácter con que lo hacen, agregando que cualquiera otra reclamación que hicieren, fuera de los casos relativos a la identidad y a la capacidad legal de las personas concurrentes, sólo dará lugar a que se les reserve su derecho para que puedan ejercitarlo donde y como lo estimen conveniente, y que si las reclamaciones que hicieren versaren sobre faltas subsanables, el Juez decretará lo que

corresponda para completar en lo posible las diligencias. De estos preceptos se deduce que los terceros que intervengan en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia comercial, lo pueden hacer al objeto de formular peticiones sobre la capacidad legal o el carácter de las personas que intervengan en las diligencias, y sobre las faltas subsanables que se hayan cometido en las mismas, sin poder formular otras peticiones ni oponerse al expediente. Sin embargo, no puede negárseles la facultad de oponerse al expediente si se fundan en que lo pretendido en el mismo no es materia propia de la jurisdicción voluntaria. Tampoco hay razón para que se niegue a los terceros que intervengan la posibilidad de formular otras peticiones, como, por ejemplo, que se oiga a otras personas que puedan tener interés en el asunto, o que se practique alguna prueba o justificación que se estime procedente para el mejor esclarecimiento de los hechos (109).

25. Presencia o ausencia de los interesados.

De modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, es posible en la voluntaria, que el actor, después de iniciar el expediente, permanezca inactivo, o que los interesados a quienes se cite para ser oídos o para la práctica de las diligencias que puedan perjudicarles no comparezcan, y es necesario examinar las consecuencias que de la inactividad de unos y de otros se derivan.

A) *Inactividad del actor o solicitante.*—En la jurisdicción contenciosa la inactividad del actor después de presentada la demanda, por regla general, no constituye un obstáculo para la marcha del proceso, el cual seguirá su curso hasta la sentencia, a no ser que permanezca también inactivo el demandado y pueda producirse la caducidad de la instancia. Por excepción, en los juicios verbales, la no comparecencia del demandante en el día y hora señalados para el juicio, produce el efecto de que se le tenga por desistido de la celebración del mismo, condenándosele al pago de las costas y a que indemnice los perjuicios causados al demandado compareciente (art. 728, L. E. c.).

En la jurisdicción voluntaria ha de estimarse que regirá la regla general anteriormente indicada, o sea, que la inactividad del actor después de iniciado el expediente o negocio, no constituye un obstáculo que impida su continuación hasta dictarse la resolución definitiva que proceda, pues aunque no haya parte demandada que inste el curso del procedimiento, ello no es necesaria-

(109) RODRÍGUEZ VALCÁRCEL, entiende que a pesar de lo dispuesto en la regla 4.^a del art. 2.III indicado, no se puede negar a los terceros interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal, la facultad de ser oídos sobre el fondo del asunto (cfr. *Revisión judicial de oportaciones no dinerarias a la Sociedad Anónima*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, págs. 576-577).

rio para que el Juez deba continuar su tramitación, según lo dispuesto en el R. D. de 2 de abril de 1924, que estableció en nuestro derecho el principio del impulso oficial. Lo que podrá suceder, en algún caso, es que para la continuación del procedimiento sea necesaria alguna actuación que haya de realizar el promotor del expediente, y, en tal caso, la inactividad del mismo puede dar lugar a que se produzca la caducidad de la instancia.

B) *Inactividad de los demás interesados.*—La inactividad total o rebeldía del demandado en la jurisdicción contenciosa tampoco constituye un obstáculo para la continuación del juicio, el cual, por regla general, seguirá su curso sin el mismo. En algunos procesos, como los de desahucio que se siguen ante los Juzgados Municipales, la rebeldía se considera como conformidad con lo pedido en la demanda, produciendo el efecto de que se dicte, sin más, sentencia, declarando haber lugar al desahucio (art. 1.578 de la L. de E. c.). Y en otros, como las tercerías y los juicios de desahucio que se siguen ante los Juzgados de Primera Instancia, la rebeldía produce el efecto de que se tengan por admitidos los hechos de la demanda (arts. 1.541 y 1.593 L. E. c.). Pero, por regla general, la rebeldía del demandado, ni impide la continuación del juicio, ni exime al actor de probar su demanda si quiere que la misma sea estimada, pues, como la comparecencia del demandado no constituye para éste una obligación, sino una carga, su incomparcencia sólo produce las consecuencias inherentes al incumplimiento de tal carga, o sea la pérdida de la ocasión de defender en el juicio sus posibles derechos. Aparte de ello, la incomparcencia del demandado desperta la sospecha de que proceda con malicia, por lo que, para evitar que elude los efectos del juicio y asegurar el cumplimiento de su posible condena, se permite al actor solicitar la retención de los bienes muebles y el embargo de los inmuebles del rebelde (art. 762 L. E. c.).

En la jurisdicción voluntaria, como no existe parte demandada, no puede propiamente hablarse de rebeldía de la misma. Las personas a quienes se cite para ser oídas o para que concurran a la práctica de las diligencias que les interesen, no pueden ser equiparadas a los demandados en la jurisdicción contenciosa, ni su falta de comparecencia da derecho al actor para pedir la retención o embargo de sus bienes. Tampoco su incomparcencia puede ser considerada, sin más, como conformidad con lo pedido en el expediente o con los hechos en él alegados, no eximiéndo de la necesidad de justificar tales hechos. La inactividad de tales personas sólo supone para ellas la pérdida de la ocasión que se les presentaba para defender en el expediente sus posibles derechos o evitar los perjuicios que se puedan causar a sus intereses; y esta pérdida de la ocasión de defender sus derechos o intereses, aunque sea análoga a la que para el demandado rebelde se produce en la jurisdicción contenciosa, no es totalmente equiparable a ella, porque en la jurisdicción contenciosa las sentencias que se dicten,

aun en rebeldía, producen, por regla general, la cosa juzgada material, por lo que no podrá el rebelde defender en otro proceso los derechos que tuvo ocasión de defender en el anterior en que no compareció, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en la que, como luego veremos (núm. 38) no se produce la cosa juzgada material, por lo que los interesados a quienes se cite en los expedientes podrán defender en otro proceso los derechos o intereses que hubieran podido defender en el expediente de jurisdicción voluntaria de haber comparecido.

Lo expuesto no quiere decir que de la incomparecencia no pueda derivarse para los interesados ningún perjuicio, pues, aunque las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no produzcan la cosa juzgada material, los derechos que al amparo de las mismas adquiera algún tercero de buena fe han de ser respetados, como también veremos después (núm. 38), y esa adquisición de derechos por los terceros puede producirse en perjuicio de los intereses o derechos de las personas interesadas a quienes se citó y que no comparecieron en el expediente.

II. OBJETO

26. Solicitudes que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria.

Al hablar del objeto de la jurisdicción voluntaria nos referimos a la materia sobre la cual ha de recaer la misma, lo que supone determinar qué peticiones o solicitudes pueden formularse en dicha jurisdicción y pueden, por tanto, ser objeto de la misma.

De lo dispuesto en el artículo 1.811 de la L. de E. c., se deduce que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria las peticiones de cualquier actuación que se dirijan a los órganos judiciales sin que en ellas se promueva cuestión o contienda entre partes, pues, según dicho artículo, «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Al considerarse en este precepto como actos de jurisdicción voluntaria, no sólo aquellos en que sea necesaria la intervención del juez, sino también aquellos en que simplemente se solicite tal intervención, sin establecerse más limitación que la relativa a que no se promueva cuestión entre partes, se da a entender que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria todas las peticiones o solicitudes de cualquier actuación que quieran dirigirse a los órganos judiciales, con tal de que no contengan una pretensión contra o frente a otra persona, es decir, con tal de que no sean materia propia de la jurisdicción contenciosa. Así, Reus, al comentar el referido artículo, pone como ejemplo de los actos de jurisdicción volunta-

ria que pueden promoverse al amparo del mismo, el que se promueve por una persona, que tenga una rúbrica larga y difícil, y desee cambiarla, para que quede tal cambio solemnemente acreditado (110).

No creemos, sin embargo, que puedan ser objeto o materia de la jurisdicción voluntaria todas las peticiones o actuaciones que se soliciten de los órganos judiciales y que no impliquen una pretensión contra o frente a otra persona. Además de esto, será necesaria la concurrencia de una causa o motivo que justifique las mismas, pues, de la misma manera que para la prestación de la tutela jurídica en la jurisdicción contenciosa se estima necesaria la existencia de una causa o interés jurídico (111), ha de estimarse que en la jurisdicción voluntaria es también necesaria la existencia de un interés jurídico de que se realice la actuación que se pretenda. Por ello, no podrán constituir objeto o materia propia de la jurisdicción voluntaria las peticiones de cualquier actuación que se dirijan a los órganos judiciales, aunque en ellas no se formule una pretensión contra o frente a persona determinada, sino sólo aquellas en que exista una necesidad o un interés jurídico de que se realicen las actuaciones que se pretendan, y de que éstas sean realizadas por los órganos judiciales, ya que si existen otros órganos adecuados para realizar las mismas, no podrá alegarse un interés jurídico de que sean realizadas por los órganos judiciales, ni, por tanto, deberán poder ser objeto de la jurisdicción voluntaria, entendida ésta en el sentido restringido en que la venimos considerando, o sea, como actividad encomendada a los órganos judiciales. Así, en el ejemplo propuesto por Reus, anteriormente indicado, creemos que no se trata de una actuación que pueda ser objeto de la jurisdicción voluntaria, porque, aunque quien pretenda cambiar la rúbrica tenga un interés legítimo en que el cambio conste de forma solemne, lo que no puede tener es un interés objeto y directo de que se realice en acto de jurisdicción voluntaria ante el órgano judicial, puesto que existen otros órganos más adecuados para solemnizar o autentizar tales actos.

Lo anteriormente expuesto es aplicable a los que podríamos llamar negocios de jurisdicción voluntaria innominados, que pueden promoverse al amparo de lo dispuesto en la norma general del artículo 1.811 de la L. de E. c. En principio, también lo es a los especialmente regulados o considerados como tales negocios de jurisdicción voluntaria en la ley, puesto que ha de estimarse que en ellos es también necesaria la concurrencia de un interés jurídico en que se realicen por el órgano judicial las actuaciones que se pretendan. Sin embargo, en la ley se regulan algunos negocios de jurisdicción voluntaria en que no existe necesidad o interés le-

(110) *Ley de Enjuiciamiento Civil concordada y anotada*, T. IV, 2.^a edición, páginas 283-284.

(111) Vid. GUASP: *Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales*, en «Revista de Derecho Procesal», 1948, págs. 403 y ss.

gítimo de que sean realizados por los órganos judiciales, como son ciertos actos de documentación o constatación (informaciones «ad perpetuam», subastas voluntarias, etc.), que no hay causa o motivo para que puedan realizarse ante los órganos judiciales, puesto que existen otros órganos más adecuados para realizar los mismos, según hemos visto (núms. 11 y 16).

27. *La oposición a las mismas.*

Dispone el artículo 1.317 de la L. de E. c. que “si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fueren objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según su cuantía». De lo dispuesto en este artículo parece deducirse que siempre que en algún negocio de jurisdicción voluntaria se formule oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará el mismo contencioso. Sin embargo, al regular después la ley algunos negocios, da a entender que la oposición que se haga a los mismos no los convierte en contenciosos, sino que, no obstante ella, debe seguir su tramitación hasta que recaiga la resolución procedente. Así lo ha reconocido el T. S., al declarar que en los actos de jurisdicción voluntaria especialmente regulados en la ley, debe seguirse el procedimiento señalado para ellos en cada caso, sin que la oposición de las partes haga contencioso el expediente que debe tramitarse hasta que recaiga la oportuna resolución (Ss. de 27 de enero de 1912 y 18 de octubre de 1918), y que lo dispuesto en el artículo 1.817 no es aplicable a todos los actos de jurisdicción voluntaria del libro III, no sólo por lo prevenido en el artículo 1.824, sino también porque la jurisprudencia ha establecido casos de excepción, como son todos aquellos en que el acto de esa naturaleza tiene carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor (S. de 3 de junio de 1950). Ello es lo que sucede, según el propio T. S., en los depósitos de personas (Ss. de 14 de noviembre de 1914, 18 de octubre de 1928 y 3 de junio de 1950), en el nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro (Ss. de 25 de abril de 1896, 10 de febrero de 1899, 10 de diciembre de 1906 y 18 de octubre de 1918) y en el caso de oposición del marido a que se conceda a su mujer licencia para aceptar una herencia (S. de 18 de enero de 1909).

Por tanto, la oposición formulada en los negocios de jurisdicción voluntaria por quien tenga interés legítimo, los hace contenciosos por regla general, pero esta regla no es aplicable a los negocios especialmente regulados en la ley, en que de las disposiciones relativas a los mismos se desprenda que, aunque se formule oposición, debe continuar la tramitación sin hacerse contencioso el expediente hasta dictarse la resolución que en cada caso proceda.

En lugar de seguirse este criterio que tiene en cuenta la clase

del acto o negocio para determinar los efectos de la oposición, tal vez hubiera sido preferible tener en cuenta la clase de oposición. La jurisdicción voluntaria no se caracteriza; a pesar de su nombre, por la voluntariedad, esto es, por la falta de coacción, pues también en ella, en muchos casos, se cumplen deberes y se ejerce la coacción, por lo cual, la oposición a los actos de jurisdicción voluntaria no debe, sin más, producir el efecto de que hayan de sobreseerse los mismos y declararse contenciosos. Lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria, según anteriormente vimos (núm. 7), es la falta de partes contrapuestas: el hecho de que en ella no se formule una pretensión por una persona contra o frente a otra u otras. Por ello, la oposición a los negocios de jurisdicción voluntaria, sólo debe producir el efecto de que hayan de sobreseerse los mismos y declararse contenciosos, cuando se funde en que en el negocio de que se trate se formula, expresa o implícitamente, una pretensión contra o frente a otra persona. En este caso se tratará de una cuestión impropia de la jurisdicción voluntaria y que debe ser objeto de un proceso contencioso, por lo cual, al formularse la oposición fundándose en ello, si en el expediente de jurisdicción voluntaria se justifica que, en efecto, se formula en el mismo una pretensión contra o frente a otra persona, debe ser sobreseído y acordarse que se sustancie por los trámites del correspondiente proceso contencioso. En los casos en que la oposición se funde en otra causa no hay motivo para declarar contencioso el expediente, sino que debe continuar su tramitación y dictarse en el mismo la resolución correspondiente, accediendo a lo solicitado por quien le haya promovido, o denegándolo, según proceda en cada caso. En suma, que la oposición que se haga a los expedientes de jurisdicción voluntaria sólo debe producir el efecto de que se declaren contenciosos, cuando se funde en que en ellos se formula, expresa o implícitamente, una pretensión contra o frente a otra persona, o sea, en que el objeto de los mismos es materia propia de la jurisdicción contenciosa y no de la voluntaria.

Según el artículo 1.817 de la L. de E. c., en los casos en que se formule oposición y se declare contencioso el expediente, queda sin alterar la situación que al tiempo de promoverlo tuvieren los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. El Tribunal Supremo ha declarado que en éste pueden formularse nuevas pretensiones (S. de 20 de mayo de 1899), y que no es un juicio independiente el que ha de seguirse, sino la continuación del expediente en la forma contenciosa que corresponda (S. de 7 de octubre de 1896, A. de 27 de abril de 1948 y S. de 3 de febrero de 1951). Esta continuación sólo tendrá lugar cuando la inste alguno de los interesados formulando la oportuna demanda del juicio que proceda, porque si no se insta por ninguno, el expediente quedará en suspenso. Por ello, no creemos que, como dice Reus (112), en

(112) Ob. y T. cit., pág. 304.

el juicio, el que promovió el expediente de jurisdicción voluntaria haga las veces de demandante y el que se opuso las de demandado, sino que hará de demandante el que inste la continuación del expediente en forma contenciosa, puesto que para ello habrá de formular la oportuna demanda, y aunque por regla general será el que promovió el expediente quien lo haga, si no lo hace, y el que se opuso al mismo le interesa la continuación en forma contenciosa, él será quien tenga que formular la demanda y, por tanto, hacer las veces de demandante.

28. *Pluralidad de objetos.*

En la jurisdicción voluntaria, de la misma manera que en la contenciosa, es posible que cada acto o negocio no tenga un solo objeto, sino varios, lo cual tendrá lugar cuando al promoverse un negocio de esta clase se acumulen varias peticiones que puedan constituir objeto de otros tantos negocios, o cuando se reúnan o acumulen dos o más negocios o expedientes.

Estas posibilidades han de admitirse, porque las normas referentes a la acumulación de acciones y autos se encuentran en el libro I de la L. de E. c. (arts. 153 al 165), que, como es sabido, contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre las disposiciones relativas a ésta exista ninguna que se oponga a la acumulación de acciones o pedimentos, por lo que ésta será, por regla general, posible en la jurisdicción voluntaria. Con respecto a la acumulación de autos, no sólo no existe tampoco ningún precepto que la prohíba, sino que incluso hay uno, cual es el artículo 1.823, del que se deduce, a «*sensu contrario*», que la acumulación de negocios de jurisdicción voluntaria entre sí es posible, puesto que dice que los expedientes sobre actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa, sin decir que aquéllos no sean acumulables entre sí.

En todo caso, para que una y otra acumulación procedan, será necesario que concurran los requisitos que para las acumulaciones en general se exigen en los artículos 153 y siguientes de la L. de Enjuiciamiento civil, lo cual no será fácil, por lo que la acumulación en los negocios de jurisdicción voluntaria será poco frecuente.

La prohibición que se contiene en el artículo 1.823 de acumular los expedientes de jurisdicción voluntaria a los de la contenciosa era innecesaria, puesto que unos y otros son de distinta clase, y ya la Ley, al tratar de las acumulaciones, exige que sean de la misma clase los procesos que se traten de acumular (art. 164), por lo cual, aunque nada se hubiera dispuesto expresamente, habría de estimarse que los negocios de jurisdicción voluntaria no son acumulables a los contenciosos.

A pesar de que el expresado artículo 1.823 se encuentra entre las disposiciones aplicables a todos los negocios de jurisdicción

voluntaria, el Tribunal Supremo ha estimado que la prohibición que se contiene en el mismo no es aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria referentes a negocios de comercio, los cuales son acumulables al juicio universal de quiebra (S. de 2 de febrero de 1926) (113).

III. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD

Los requisitos de la actividad que se realiza en los negocios de jurisdicción voluntaria, por regla general, son los mismos que en la contenciosa. Sin embargo, existen algunas diferencias que afectan fundamentalmente al tiempo y a la forma de los actos.

29. *Lugar de los actos.*

El lugar de los actos no ofrece particularidades en la jurisdicción voluntaria, pues en ella, igual que en la contenciosa—y aunque no exista ningún precepto que así lo diga expresamente para una ni para otra—, ha de estimarse que los actos, por regla general, se han de realizar en el local del órgano jurisdiccional, si bien, a veces, tienen que realizarse fuera del mismo. En estos casos puede suceder que se tengan que realizar fuera del local, pero dentro del lugar en que tiene su sede el órgano, en cuyo caso, éste, habrá de desplazarse al sitio en que hayan de realizarse, como, por ejemplo, sucede en el supuesto del artículo 1.882 de la L. de E. c. Puede también ocurrir que se tengan que realizar los actos fuera de la sede del órgano, pero dentro de su circunscripción, en cuyo caso el propio órgano podrá constituirse en el lugar de que se trate para realizar el acto, o encargar la práctica del mismo al órgano de él dependiente que tenga su sede en tal lugar, como acontece en el supuesto contemplado en el artículo 2.063 de la Ley de E. c. Y puede asimismo suceder que el acto haya de realizarse fuera de la circunscripción del órgano judicial, y aun fuera del territorio nacional, y entonces habrá de impetrarse el auxilio jurisdiccional interno o el internacional, igual que en la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 255, 284 y siguientes y 300 de la L. de E. c., los cuales han de estimarse aplicables tanto en una como en otra jurisdicción.

30. *Tiempo.*

En lo referente al tiempo, en la jurisdicción contenciosa se distinguen los días y horas hábiles y los inhábiles, determinándose que las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles bajo pena de nulidad, si bien se faculta a los órga-

(113) En todo caso, para que tales expedientes de jurisdicción voluntaria puedan acumularse al juicio de quiebra será necesario que se refieran a bienes que formen parte de la masa de la quiebra, como en términos generales se exige por los arts. 161 y 1.379 en relación con el 1.187 y el 1.003 de la L. de E. C.

nos judiciales, en los casos de urgencia, para que habiliten los días y horas inhábiles (arts. 256-259 de la L. de E. c.). En cambio, en la jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y todas las horas, sin excepción (art. 1.812). Según Reus, la razón de ello es la perentoriedad y el carácter urgente que de ordinario revisten los negocios de jurisdicción voluntaria (114). Sin embargo, como el propio Reus reconoce, existen muchos negocios de jurisdicción voluntaria que no son de carácter urgente, por lo cual, teniendo en cuenta la facilidad que se concede a los órganos judiciales para habilitar los días y horas inhábiles en los casos de urgencia, creemos que no había necesidad de haber modificado en esta materia el régimen general.

31. *Forma.*

La forma de realizarse las actuaciones de la jurisdicción voluntaria será, por regla general, la forma escrita, pues aunque no existe en la Ley ningún precepto que así lo diga con carácter general, se deduce de lo dispuesto en algunos preceptos particulares. Así, el artículo 1.815 dispone que el Fiscal, en los casos en que haya de ser oído, emitirá su dictamen por escrito; y al regularse los distintos negocios de jurisdicción voluntaria, se dice expresamente con respecto a muchos de ellos y se da por supuesto con respecto a otros, que las solicitudes en que se promuevan los mismos se formularán por escrito, por lo que ha de estimarse, en términos generales, que las solicitudes en que se promuevan los negocios deberán formularse por escrito, aunque, por excepción, puedan formularse oralmente en algún caso, como los contemplados en los artículos 1.910 y 2.147 de la L. de E. c. Creemos que, por regla general, también deben formularse por escrito las oposiciones y las demás peticiones o alegaciones que hagan los que hayan promovido los expedientes o los demás participantes, aunque pueda admitirse que algunas peticiones o alegaciones, como las que se refieran a la presentación de documentos o justificantes, u otras análogas, se hagan verbalmente, mediante comparecencia ante el órgano judicial. De modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, hay también actos que han de realizarse verbalmente, como, por ejemplo, las declaraciones de testigos y, eventualmente, los informes ~~particulares~~. O sea, que rige en la jurisdicción voluntaria el principio de escritura, aunque con importantes excepciones a favor de la oralidad.

De los otros principios de forma, los denominados *principios de inmediación* y de *publicidad* regirán en la jurisdicción voluntaria del mismo modo que en la contenciosa, pues lo dispuesto en el artículo 254 de la L. de E. c., según el cual los Jueces recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba, y

(114) Ob. y T. cit., págs. 295-296.

en el 313, que dispone que las diligencias de prueba, vistas y demás negocios judiciales se practiquen en audiencia pública, será aplicable también a la jurisdicción voluntaria, puesto que tales preceptos se encuentran en el libro I de la Ley, en el que se contienen las normas generales aplicables a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que estén modificados por las normas del libro III, que contiene las disposiciones relativas a ésta.

En cambio, no sucede lo mismo en lo que se refiere al orden de los actos, pues en la jurisdicción contenciosa, los procesos, por regla general, si son escritos, se rigen por el principio de orden legal, estableciéndose fases o períodos para la realización de los distintos actos, y si son orales, por el de concentración, consistente en que se realicen los actos en una sesión o espacio de tiempo continuo a ser posible, o, si no, en pocas sesiones y muy próximas, mientras que en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria no se exige ni lo uno ni lo otro, sino que se establece un procedimiento más flexible, dejándose cierto margen de libertad para la realización de los actos, lo que significa que rige el principio denominado de *orden libre* o, tal vez mejor, de *elasticidad*, que, sin duda, es más adecuado para la consecución de los fines que en esta jurisdicción se persiguen.

IV. PROCEDIMIENTO

Los distintos actos que se realizan en los negocios de la jurisdicción voluntaria pueden clasificarse, igual que los actos procesales en la contenciosa, en tres grandes grupos o categorías: actos de iniciación o nacimiento, actos de desarrollo y actos de conclusión.

32. *Nacimiento de los negocios: La solicitud.*

Aunque existen algunos negocios de jurisdicción voluntaria que pueden ser iniciados de oficio por el órgano judicial o a instancia del Ministerio Fiscal, como sucede en los supuestos contemplados en los artículos 215 y 293 del C. c. y 1.911 y 1.915 de la L. de E. c., lo normal en la jurisdicción voluntaria, igual que en la contenciosa, es que los negocios sean iniciados a instancia de los particulares.

El acto mediante el cual se inician los negocios por éstos no tiene un nombre específico, como lo tiene en la jurisdicción contenciosa el acto mediante el que se pide la iniciación del proceso, al cual se denomina demanda. En la jurisdicción voluntaria se suele hablar de peticiones o solicitudes, aunque por regla general se emplea esta denominación para aludir a las peticiones iniciales de los expedientes, y la de petición para referirse a las demás que

se formulen en el curso de los mismos. La Ley de Enjuiciamiento civil llama solicitudes a las peticiones de iniciación de los negocios (115), aunque alguna vez las denomina demandas, como en los deslindes (art. 2.061) o peticiones, como en la venta de bienes de menores (art. 2.012) (116).

Las solicitudes iniciales de los negocios tienen el doble carácter de ser actos en los que se pide la iniciación de los mismos, y en los que se formulan las peticiones de las actuaciones que se deseen, pues aunque conceptualmente puedan distinguirse en ellas ambas peticiones, igual que en la demanda se puede distinguir la petición de iniciación del proceso, de la pretensión que se formula, ambas peticiones normalmente se integran en un mismo acto, de modo que la solicitud es a la vez el medio de pedir la iniciación de los negocios y el de formular las peticiones que constituyen el objeto de los mismos.

No se determinan en la ley los requisitos o presupuestos que, en general, han de reunir las solicitudes. No obstante, creemos que normalmente habrán de reunir los siguientes:

a) En cuanto a los sujetos, habrán de interponerse ante el órgano judicial que sea competente y formularse por quien tenga capacidad para actuar en los negocios de jurisdicción voluntaria y esté legitimado para promover el acto o negocio de que se trate, todo ello de acuerdo con lo anteriormente expuesto (núms. 21 y 23). Si hubiere otras personas a quienes las actuaciones puedan interesar, deberán señalarse y pedirse que se las oiga, así como al Ministerio Fiscal, cuando la solicitud afecte al interés público o a personas o cosas cuya protección o defensa competá al mismo.

b) En lo referente al objeto, habrá de expresarse en las solicitudes el objeto o materia de las mismas, o sea la actuación que se pretende del órgano judicial, así como los hechos y las normas jurídicas que constituyan el fundamento de ella, si bien la invocación de éstas, aunque conveniente, no es necesaria, ya que por aplicación del principio del conocimiento oficial—«iura novit curia»—el Juez ha de aplicar las normas legales procedentes aunque no hayan sido alegadas. Como el procedimiento de la jurisdicción voluntaria no está normalmente dividido en fases o períodos dentro de los cuales hayan de realizarse los distintos actos (vid. núm. 31), no existe, por regla general, una fase para la proposición y práctica de pruebas, por lo cual a las solicitudes deben acompañarse los documentos o justificantes oportunos y, en su caso, ofrecerse las informaciones testificales o pedirse la prá-

(115) Así, en los arts. 1.817, 1.826, 1.881, 1.945, 2.032, 2.072, 2.092, 2.119, 2.129, 2.161, etc.

(116) De PINA, sostiene que no hay motivo para no llamar demandas a las solicitudes iniciales de los expedientes de jurisdicción voluntaria (cfr. *Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Derecho Procesal» (temas). Edic. Botas, México, 1951, pág. 217).

tica de otras pruebas, sin perjuicio de que puedan también presentarse los documentos u ofrecerse las pruebas en otro momento posterior.

c) En lo referente al lugar, tiempo y forma, los requisitos de las solicitudes no ofrecen particularidades con respecto a lo indicado al tratar de los requisitos de los actos en general (núms. 29 al 31). Así, el lugar en que han de presentarse las mismas será aquél en que tenga su sede el órgano judicial a quien se dirijan. El tiempo de presentación no está normalmente sujeto a limitaciones. Y la forma será la escrita, sin que por regla general sea necesaria la presentación de copias, puesto que la ley no la exige más que en algún supuesto concreto, como, por ejemplo, el previsto en el artículo 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los efectos de las solicitudes no pueden ser totalmente equiparados a los que produce la demanda. De ésta, como es sabido, se derivan distintas clases de efectos o consecuencias: unos, de orden substantivo o material, como son los consistentes en poner al deudor en mora, impedir la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe e interrumpir la prescripción (117); y otros, de orden procesal, los cuales se comprenden bajo la denominación de «litis pendencia», y consisten en perpetuar la competencia del órgano judicial que lo sea en el momento de formularse la demanda, aunque después cambien los hechos que sirvieron para determinar la competencia; perpetuar también la legitimación de las partes, aunque luego se modifiquen las causas determinantes de la misma, como, por ejemplo, si se transmite la cosa litigiosa; establecer lo que va a ser objeto del proceso, sin que después pueda modificarse substancialmente la pretensión que en la demanda se formule; y excluir la posibilidad de que se promueva otro proceso sobre el mismo asunto, para impedir lo cual existe en nuestro derecho una excepción denominada de «litis pendencia».

Pues bien, las solicitudes de la jurisdicción voluntaria sólo producen algunos de los aludidos efectos, pero otros no. Los efectos de orden substantivo o material que produce la demanda no podrán normalmente producirlos las solicitudes de la jurisdicción voluntaria, porque como en ellas no se formula una reclamación contra o frente a otras personas, no pueden producir el efecto de interrumpir la prescripción, impedir la adquisición de frutos por el poseedor o poner al deudor en mora, ya que estos efectos se producen como consecuencia de las correspondientes reclamaciones formuladas a las personas frente a las cuales tienen lugar tales efectos.

De los efectos de orden procesal hay algunos que tampoco pueden producirlos las solicitudes iniciales de la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que la demanda. Tal sucede con

(117) Se reconocen esos efectos en los arts. 1.100, 1.108, 1.109, 451, 1.945 y 1.973 del C. c. y 944 del C. de c.

el referente a la imposibilidad de modificar las peticiones que se formulen, pues el motivo principal que en la jurisdicción contenciosa impide el cambio de la demanda, cual es la necesidad de que el demandado sepa a qué atenerse para preparar su defensa, no existe en la jurisdicción voluntaria, por lo que debe admitirse con más amplitud la posibilidad de modificar las peticiones formuladas en las solicitudes iniciales, sin perjuicio de poderse acordar nuevas audiencias a los terceros interesados o al Ministerio Fiscal cuando las modificaciones lo aconsejen. De los restantes efectos jurídico procesales, el que excluye la posibilidad de promover un nuevo negocio sobre el mismo objeto de otro ya iniciado, sí que deben producirle las solicitudes de la jurisdicción voluntaria, pues así lo aconsejan las propias razones de economía procesal y de evitación de resoluciones contradictorias, por las que se excluye en la jurisdicción contenciosa la posibilidad de promover un nuevo proceso sobre el mismo objeto de otro ya iniciado. Por ello, si en la jurisdicción voluntaria se promueve un negocio sobre el mismo asunto de otro ya iniciado, cualquiera de los participantes o el Ministerio Fiscal, en su caso, podrán oponerse alegando la existencia del otro negocio pendiente. En cambio, si creemos admisible la posibilidad de promover un proceso contencioso sobre lo mismo que sea objeto de un negocio pendiente de jurisdicción voluntaria. El efecto de la «perpetuatio jurisdictionis» se debe producir también en la jurisdicción voluntaria, por iguales razones que en la contenciosa, por lo cual, iniciado un negocio de aquélla ante el Juez que sea competente en el momento de iniciarse, dicho Juez deberá continuar conociendo del mismo, aunque cambien los hechos que sirvieron para determinar la competencia; por ejemplo, el domicilio del solicitante en las habilitaciones para comparecer en juicio o el del adoptante en los expedientes de adopción.

Con respecto a la «perpetuatio legitimationis» la cuestión se presenta más dudosa, pues aunque hay algunos negocios, como la enajenación de bienes de menores, habilitaciones para comparecer en juicio, apertura y protocolización de testamentos y otros análogos, en los que no se producirán los supuestos necesarios para su aplicación, existen otros como la posesión judicial, expedientes de dominio, actas de notoriedad, deslindes, consignación judicial, etc., en los que cabe la posibilidad de aplicar el principio y estimar que, una vez iniciados, aunque se transmitan las cosas a que se refieren, sigue estando legitimado y debe proseguir el expediente el que lo promovió. Sin embargo, es también posible estimar que el transmitente pierde la legitimación, pasando ésta al adquirente y debiendo éste proseguir el expediente, pues los inconvenientes que esta solución origina en la jurisdicción contenciosa—consistentes en la facilidad con que cabría desembarazarse de un proceso en que se temiera un resultado adverso y el perjuicio para la parte contraria que tendría que ir repitiendo el proce-

so contra los sucesivos adquirentes—, no existen en la jurisdicción voluntaria. En nuestro derecho los preceptos que aluden a los efectos de la transmisión de bienes litigiosos, que son los artículos 9.º, número 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y 1.291, número 4.º del Código civil no son muy claros y están escritos objeto de procurar el desenvolvimiento de los mismos y la reunión de los datos necesarios para su decisión.

33. *Desarrollo.*

A. *Desarrollo normal.*—Una vez iniciados los negocios de jurisdicción voluntaria, es necesario realizar una serie de actos al objeto de procurar el desenvolvimiento de los mismos y la reunión de los datos necesarios para su decisión.

Estos actos de desarrollo son en la jurisdicción voluntaria, igual que en la contenciosa, de dos clases: actos de instrucción, cuales son las alegaciones y las pruebas, cuyo objeto es aportar a los expedientes los hechos y las normas jurídicas que constituyen el fundamento de las peticiones que se formulen, y tratar de convencer al órgano judicial de la existencia o inexistencia de los hechos y, a veces, de las normas jurídicas alegadas; y actos de ordenación, que tienen por objeto procurar el desenvolvimiento de los negocios hasta llegar al momento de su terminación, pudiéndose, a su vez, distinguir dentro de éstos distintas clases, como en la jurisdicción contenciosa.

El régimen jurídico de unos y otros actos de desarrollo, en términos generales, es análogo en la jurisdicción voluntaria al de la contenciosa. Mas no dejan de ofrecer algunas diferencias, principalmente en lo que se refiere a los requisitos de tiempo y forma de los actos y al orden legal de los mismos, según antes se indicó (núms. 30 y 31). Los actos de instrucción presentan, además, otras diferencias importantes en lo referente al sujeto activo de los mismos y a los requisitos de la prueba y medios de prueba. En relación con el sujeto activo, en la jurisdicción contenciosa, la aportación de los actos de instrucción—hechos y pruebas—corresponde casi exclusivamente a las partes, mientras que en la voluntaria ha de estimarse, por regla general, que el Juez tiene poderes más amplios para su aportación, como luego veremos (núm. 35). Y en relación con los requisitos de la prueba y con los medios de prueba, el artículo 1.816 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dice: que «se admitirán, sin necesidad de solicitud ni de otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren», de lo cual se deduce, en primer lugar, que en la jurisdicción voluntaria la prueba no está sujeta a las formalidades y requisitos que se exigen en la contenciosa, y en segundo término, que en aquella jurisdicción, junto a las pruebas propiamente dichas, se admiten normalmente las simples justificaciones

o pruebas semiplenas, puesto que se habla de los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren. Eso mismo se deduce también del hecho de que en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria no se habla de prueba testifical, sino de informaciones testificales, las cuales, según Guasp, acaso puedan ser consideradas como meras justificaciones o acreditamientos (118). Certo es que también en la jurisdicción contenciosa se habla, a veces, de justificaciones o acreditamientos, como sucede en los artículos 24, 503 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil (119), y se admiten informaciones testificales, como, por ejemplo, en los artículos 979 y 1.652; pero ello es excepcional y no normal como en la jurisdicción voluntaria (120).

B. *Desarrollo anormal: crisis del procedimiento.*—El desarrollo de los negocios en la jurisdicción voluntaria, lo mismo que en la contenciosa, no siempre es el normal, pues pueden producirse acontecimientos o fenómenos que determinan una crisis o desarrollo anormal del procedimiento (121).

Estas crisis pueden referirse a los sujetos de los negocios, al objeto o a la actividad, igual que en la jurisdicción contenciosa, por ser posible en la voluntaria, que los sujetos de los negocios —el Juez o los interesados— cambien o se transformen, y que como consecuencia de tal cambio se produzca una alteración o una interrupción en el desarrollo normal de los negocios. Ello es lo que sucederá, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del solicitante o de algún otro interesado que haya comparecido. Es, asimismo, posible que se operen transformaciones en el objeto de los negocios, bien porque se modifiquen las peticiones de la solicitud o, en su caso, de la oposición, o porque se transmitan los bienes a que se refieran, y estas transformaciones pueden originar también una desviación o una detención en el desenvolvimiento normal de los negocios. Y es igualmente posible que al margen de las anormalidades subjetivas y objetivas se produzcan crisis en la actividad que en los negocios se realiza, lo que ocurrirá en los supuestos

(118) *Comentarios*, cit., T. II, Vol. I, pág. 387.

(119) Véanse otros casos en PRIETO CASTRO: *Exposición del Derecho procesal civil de España*, 1.^a ed., T. I, pág. 239.

(120) Según MANRESA (*Comentarios*, cit., T. VIII, 1948, pág. 341), si por mediar oposición se hace contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria, las justificaciones no tienen valor alguno, si las mismas no se ratifican con citación contraria durante el periodo de prueba. Creemos, sin embargo, que aunque no tengan el valor de verdaderas pruebas, sí que lo tendrán como principios de prueba, que habrán de tenerse en cuenta y valorarse, en cada caso, en unión de las demás pruebas que se practiquen.

(121) Sobre las anormalidades o crisis del proceso, puede verse el interesante trabajo de GUASP: *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, pág. 379. Y la 3.^a edic del *Derecho Procesal Civil*, de PLAZA, Vol. I, págs. 386 y ss.

de suspensión del procedimiento por fuerza mayor o por voluntad de los interesados.

El tratamiento de las crisis debidas a los sujetos, por regla general será análogo en la jurisdicción voluntaria al de la contenciosa. Así, lo dispuesto, por ejemplo, en el número 7.^º del artículo 9.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre fallecimiento de algunas de las partes, creemos que ha de aplicarse en la jurisdicción voluntaria, si bien con las debidas adaptaciones a la índole de los negocios de ésta. Lo propio sucede con respecto a las crisis de la actividad, pues lo que se dispone en los artículos 311 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.^º del Real Decreto de 2 de abril de 1924, sobre suspensión del procedimiento por fuerza mayor o por voluntad de los interesados, ha de estimarse también aplicable en la jurisdicción voluntaria. En cambio, no ocurre lo mismo con las crisis debidas al objeto, pues, de ellas, las más graves, que son las que se producen cuando se promueven cuestiones incidentales, no pueden, por regla general, ser tratadas ni producir los mismos efectos en la jurisdicción voluntaria que en la contenciosa, ya que lo preceptuado en los artículos 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre promoción de incidentes no parece que sea aplicable a la jurisdicción voluntaria, en la cual, por regla general, no deben permitirse tales incidentes, sino que todas las cuestiones que se susciten deben decidirse en las resoluciones definitivas de los expedientes, sin posibilidad de plantear incidentes previos o laterales. Al tratamiento de las anormalidades a que pueden dar lugar los cambios en las solicitudes y la transmisión de los bienes objeto de los expedientes, ya se aludió anteriormente (núm. 32).

34. *Terminación.*

La terminación de los negocios de jurisdicción voluntaria puede ser igual que en la jurisdicción contenciosa, normal o anormal.

El modo normal de terminarse los negocios o expedientes es el que tiene lugar cuando por el órgano judicial se dicta la resolución final y definitiva de los mismos. Esta resolución no adopta en la jurisdicción voluntaria la forma de sentencia, como en la contenciosa, sino la forma de auto. No parece, sin embargo, que exista ninguna razón de peso para que así sea, pues tales autos o resoluciones definitivas de los expedientes de jurisdicción voluntaria, por su función, son equivalentes a las sentencias de la contenciosa y, como luego veremos (núm. 38), producen los mismos efectos que éstas, salvo la cosa juzgada material, sin que el hecho de que no produzcan ésta sea motivo para que hayan de adoptar la forma de auto y no la de sentencia, puesto que entre las sentencias las hay también que no producen la cosa juzgada material.

La terminación anormal de los negocios de jurisdicción voluntaria, en principio, puede tener lugar por las mismas causas

que en la jurisdicción contenciosa, o sea, por la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, el convenio y la caducidad de la instancia. Sin embargo, de estas causas de extinción, el allanamiento, la transacción y el convenio sólo podrán producirse en aquellos negocios en que es posible la contradicción, y dentro de ellos sólo podrán producir el efecto extintivo en los que no intervenga el Ministerio Fiscal, pues en los que éste deba tener intervención, por afectar al interés público o a personas incapaces, ausentes o ignoradas, no bastará el allanamiento, la trasacción o el convenio de los interesados para que el órgano judicial deba darlos por terminados. La renuncia y el desistimiento tampoco serán motivos para la terminación de los negocios que pueden ser iniciados por el Juez de oficio o a petición del Ministerio Fiscal. En cambio, la caducidad de la instancia sí que constituirá en la jurisdicción voluntaria un modo de terminación de los negocios como en la contenciosa, pues ha de estimarse de lo dispuesto en los artículos 411 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre la misma es también aplicable a la jurisdicción que nos ocupa.

35. Principios que denominan el procedimiento.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que los principios en que se inspira el procedimiento de la jurisdicción voluntaria no coinciden con los que dominan en la contenciosa. En ésta se señalan como principios fundamentales que rigen el procedimiento: el dispositivo, el de contradicción y el de impulso oficial, de cuyos principios, como vamos a ver, sólo el último rige en la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que en la contenciosa, pero no los otros dos.

a) El principio dispositivo no rige en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, pues en ésta predomina el interés individual sobre el colectivo, por lo que se conceden a las partes amplios poderes de disposición sobre el proceso, mientras que en la jurisdicción voluntaria, en que se persigue fundamentalmente la tutela de intereses de incapaces, ausentes o personas ignoradas, predomina el interés colectivo sobre el individual, por lo cual es lógico que las facultades de disposición de los interesados sobre el procedimiento estén más restringidas.

Así, una de las más importantes aplicaciones del principio dispositivo en la jurisdicción contenciosa es la referente a la iniciación del proceso, el cual ha de ser iniciado a instancia de parte y no de oficio, siendo posible, una vez iniciado, que el actor desista del procedimiento o renuncie a su pretensión, que el demandado se allane a ésta o que ambos concluyan una transacción o compromiso. En la jurisdicción voluntaria los negocios, por regla general, han de ser iniciados también a petición de los interesados, según anteriormente vimos (núm. 32), pero los poderes de

éstos para la terminación del procedimiento por alguno de los medios indicados están más restringidos que en la jurisdicción contenciosa, según también acabamos de ver (núm. 34).

Otra de las aplicaciones fundamentales del principio dispositivo es la que tiene lugar en orden a la aportación de hechos y pruebas, que en la jurisdicción contenciosa corresponde, casi exclusivamente, a las partes, sin que el Juez pueda tener en cuenta hechos no alegados por las mismas ni acordar la práctica de pruebas no pedidas (salvo las posibilidades que le concede el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil), ni pueda dejar de aceptar aquellos hechos que en las partes estén de acuerdo. Por el contrario, en la jurisdicción voluntaria, dada la finalidad protectora de los derechos de incapaces, ausentes, o personas ignoradas que en ellas se persigue, ha de estimarse, aunque no exista en la ley ningún precepto de carácter general que así lo diga, que el Juez tiene amplios poderes para la aportación de hechos y para acordar de oficio la práctica de las pruebas o justificaciones que considere convenientes para el mejor cumplimiento del fin que en cada negocio se persiga, sin que esté obligado a la aceptación de los hechos en que los interesados estén de acuerdo. Además, la intervención del Ministerio Fiscal en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria revela que en ésta no predominan las facultades dispositivas de los interesados, ya que a dicho Ministerio no le obligan los acuerdos de éstos, y él mismo puede y debe formular cuantas peticiones considere convenientes para la mejor defensa de los intereses que se le confían.

También constituye una manifestación del predominio del principio dispositivo en la jurisdicción contenciosa el hecho de que se deje a merced de las partes el examen de los presupuestos procesales, salvo los de competencia objetiva y funcional que pueden examinarse de oficio, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en donde ha de estimarse, por las mismas razones anteriormente indicadas, que el Juez puede examinar de oficio si concurren o no todos los presupuestos o requisitos necesarios para entrar en el examen del fondo de los negocios. Así, en lo que se refiere a la competencia, el Juez, como ya vimos (núm. 21), podrá apreciar de oficio no sólo la competencia objetiva y la funcional, sino también la territorial. Y lo mismo debe poder hacer en el supuesto de falta de capacidad para comparecer en la jurisdicción voluntaria, defecto en el modo de formular las solicitudes en que se promuevan los negocios y, en general, en el supuesto de que falte cualquiera otro de los requisitos o presupuestos que se exijan para la admisibilidad del negocio de que se trate.

Por tanto, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, en que predomina el principio dispositivo, en la voluntaria es el principio contrario, denominado principio oficial o inquisitivo, el que impera, aunque ello, como es lógico, sea sólo en términos generales, pues en la jurisdicción contenciosa hay pro-

cesos en que por la naturaleza pública de su objeto no predomina el principio dispositivo, como son los referentes al estado y condición de las personas, y aún en los que predomina no dejan de concederse importantes poderes al Juez para que proceda de oficio en muchos casos (122). De la misma manera, en la jurisdicción voluntaria, aunque deba regir el principio oficial, existen negocios en los que no predomina el interés colectivo sobre el individual, como sucede, por ejemplo, en los deslindes, apeos y prorratoeos de foros y otros análogos, por lo que en ellos no regirá el citado principio.

b) Del principio de contradicción o audiencia bilateral no puede propiamente hablarse en la jurisdicción voluntaria, porque él mismo supone la necesidad de que se preste audiencia y se dé posibilidad de intervenir en el proceso a las personas contra o frente a quienes se promueve, y la jurisdicción voluntaria se caracteriza precisamente porque en ella no se formulan pretensiones contra o frente a nadie (vid. núm. 7). Sin embargo, para evitar que de hecho pueda resultar declarado algún derecho frente a otra persona, se admite con gran amplitud, como hemos visto (número 24), la audiencia de terceros, y se permite intervenir en los expedientes y oponerse a ellos a los terceros que tengan interés en el asunto.

c) El principio de impulso oficial sí que rige en el procedimiento de la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, pues lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de abril de 1924, en que se estableció dicho principio y se modificó el sistema contrario de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de estimarse aplicable en una y otra jurisdicción.

36. Tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general.

El procedimiento a que ha de acomodarse la tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria no se regula en la ley con carácter general, sino que al regularse cada negocio en particular se establece el procedimiento para la tramitación del mismo, sin que en el título I del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que se formulán las disposiciones generales para la jurisdicción voluntaria, se regule un procedimiento para la tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general, a pesar de que en tales disposiciones se admite la posibilidad de que se promuevan otros actos o negocios a más de los especialmente regulados, por lo que se hace necesario determinar el procedimiento a que han de acomodarse estos actos o negocios que pudiéramos llamar in-nominados.

La cuestión no presenta gran dificultad, pues si se tienen en

(122) Sobre la tendencia a limitar el principio dispositivo, véase FAIRÉN: *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, págs. 1.345 y ss.

cuenta los principios de forma y de procedimiento anteriormente indicados, las normas de las cuales se deduzca la posibilidad de promover el acto o negocio de que se trate, y el procedimiento que se marca en la ley para los negocios análogos, será fácil determinar en cada caso el procedimiento a seguir.

A grandes rasgos y en términos generales puede indicarse que el procedimiento será el siguiente: Presentación por escrito de la solicitud en que se promueva el expediente, en la cual se harán constar los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la petición que se formule, debiendo acompañarse a la solicitud los documentos o justificantes oportunos, y, en su caso, ofrecerse información testifical o pedirse la práctica de otras pruebas que procedan. Si hubiere otras personas que puedan tener interés en el asunto, deberán señalarse y pedirse que se las oiga, así como al Ministerio Fiscal cuando la solicitud afecte al interés público o a personas cuya protección o defensa competa al mismo. El Juez mandará citar a las personas que puedan tener interés en el asunto, concediéndolas el plazo que estime oportuno, atendidas las circunstancias del caso, para que puedan comparecer en el expediente y alegar lo que a su derecho convenga, y acordará practicar la información testifical o las otras pruebas que, en su caso, se hubieren pedido, pudiendo, asimismo, acordar la práctica de otras pruebas o diligencias que estime procedentes, aunque no se hayan pedido. Si de las disposiciones en las que se establece la posibilidad de promover el acto o negocio de que se trate se dedujera la necesidad de practicar otras diligencias, se acordará también su práctica. Cuando se trate de negocios en los que deba intervenir el Ministerio Fiscal, las informaciones testificales o las pruebas que se acuerden deberán practicarse con citación del mismo, y después se le pasará el expediente para que emita por escrito su dictamen. Efectuado todo ello, el Juez dictará por medio de auto la resolución que proceda.

V. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria, como actos normales de conclusión de los mismos, producen distintos efectos, que pueden ser considerados también como efectos de tales negocios. Estos efectos se pueden clasificar, del mismo modo que se clasifican los que se producen en la jurisdicción contenciosa (123), en efectos jurídicomateriales, efectos jurídico procesales y efectos económicos.

37. *Efectos jurídicomateriales.*

Los efectos jurídicomateriales son las consecuencias que se producen en el ámbito del derecho sustantivo o material y que se de-

(123) Cfr. GUASP: *Límites temporales de la cosa juzgada*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pág. 436.

terminan, de forma más o menos explícita, en las disposiciones que exigen la realización de los actos o negocios, los cuales han de realizarse precisamente para alcanzar tales consecuencias o efectos. Así, p. ej., los expedientes de incapacidad se han de realizar para obtener la constitución del estado de incapacidad; los expedientes de dominio, para conseguir la declaración de éste al objeto de inscribir la finca o el derecho real a que se refieran en el Registro de la Propiedad; las habilitaciones para comparecer en juicio, para completar la capacidad procesal; las informaciones *ad perpetuam*, para documentar o constatar las declaraciones de los testigos. Y estos resultados o consecuencias de orden jurídico-comaterial que de una manera directa produce cada acto o negocio de jurisdicción voluntaria, constituyen los efectos jurídico-materiales de los mismos o de las resoluciones que los ponen fin.

Aparte de estos efectos directos, pueden también producir otros efectos indirectos, por vía secundaria o refleja, como serán, por ejemplo, los efectos que pueda producir la declaración de dominio en un contrato de compraventa que se someta a la condición de que se obtenga tal declaración.

38. Efectos jurídico-procesales.

Los efectos jurídico-procesales son la cosa juzgada formal y la material.

A. La cosa juzgada formal.—La cosa juzgada formal se produce en la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que en la contenciosa, pues el artículo 1.818 de la L. de E. c., que autoriza al Juez para variar o modificar las providencias que dictare sin sujetarse a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa, exceptúa los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los cuales no se hubiera interpuesto recurso alguno, lo cual quiere decir que las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria contra las cuales no se interpongan los oportunos recursos, o una vez agotados éstos, adquieren el carácter de firmes y no pueden ser modificadas dentro del mismo expediente en que se dictaron, que es en lo que consiste la cosa juzgada formal.

B. La cosa juzgada material.—Más dudosa es la cuestión referente a si producen o no la cosa juzgada material, consistente, como es sabido, en la imposibilidad de que en otro proceso se resuelvan de modo contrario las cuestiones que fueron ya decididas en un proceso anterior.

En el terreno doctrinal, como vimos anteriormente (núm. 4), se estima que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, porque el procedimiento en que se pronuncian no es adecuado para que produzcan tal efecto, y porque

para el mejor cumplimiento de los fines que en dicha jurisdicción se persiguen no es conveniente que las resoluciones estén dotadas de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada, ya que la finalidad de protección de intereses de incapaces, ausentes o personas ignoradas, exige que lo decidido en las resoluciones definitivas de los expedientes pueda ser modificado o decidido de distinto modo, si ello es conveniente para la mejor protección o defensa de los intereses que se traten de tutelar. Por tanto, las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria no podrán ser modificadas en el mismo expediente en que se dictaron, pero sí deben poder serlo en un nuevo expediente, en el que se aporten nuevos datos o justificaciones, o simplemente se convenza el órgano judicial de que ello es procedente (124); y también en un proceso contencioso, en el que se podrán resolver de modo contrario las cuestiones que antes fueron objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Habrán de respetarse, sin embargo, los derechos adquiridos por terceros al amparo de tales resoluciones, pues aunque éstas no produzcan la cosa juzgada y sean modificadas después, los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, amparándose en las mismas, deberán ser respetados, por ser ello necesario para la seguridad del tráfico jurídico, de la misma manera que se respetan en otros casos análogos: p. ej., en los supuestos de las adquisiciones *a non domino* de los artículos 464 del C. c., 68, 85 y 545 del C. de c. y 34 de la L. H. (125).

En nuestro Derecho positivo, aunque no está del todo claro, creemos que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material. Ciento es que la L. de E. c. en algunos casos concede contra las mismas el recurso de casación y en otros no, y como para la admisibilidad de este recurso es necesario que el negocio fallado no pueda ser discutido ulteriormente en forma alguna, podría concluirse, como dice Prieto Castro, que en los negocios en que se concede la casación se produce la cosa juzgada material y que no se produce en los restantes (126). Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 1.694 de la L. de E. c. se deduce, a *sensu contrario*, que para la ley las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, puesto que dice que no se dará el recurso de casación por infracción de ley en los juicios en que después de terminados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, excepto en los actos de jurisdicción voluntaria, lo cual implica el reconocimiento de que en éstos después de terminados pueden promoverse otros juicios sobre el mismo objeto. Con respecto a los negocios de jurisdicción

(124) Víd. en este sentido, REUS: Ob. cit., pág. 307.

(125) Cfr. CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. española, Vol. II, 1940, pág. 17.

(126) *Cuestiones de Derecho Procesal*, ed. Reus, pág. 282.

voluntaria en materia mercantil, el artículo 2.116 de la Ley así lo dice expresamente.

El Tribunal Supremo parece estimar que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, pues si bien es cierto que en las sentencias de 26 de abril de 1892 y 2 de diciembre de 1909 declaró que los autos definitivos una vez dictados no pueden variarse ni modificarse y quedan consentidos y pasados en autoridad de cosa juzgada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 363 y 408 de la L. de E. c., si contra ellos no se dedujeron en tiempo oportuno los recursos adecuados, en la de 11 de enero de 1887 reconoció que el hecho de que tales autos definitivos no puedan variarse o modificarse como las providencias según el artículo 1.818, no quiere decir que tengan fuerza permanente de cosa juzgada, toda vez que recaen en asuntos sobre los cuales no ha mediado discusión forense en juicio verdadero, y en los que pueden sobrevenir circunstancias que varíen el estado transitorio de cosas creado por el auto definitivo y exijan su modificación de común acuerdo o previo el juicio contencioso correspondiente; y en la de 5 de diciembre de 1902 y el auto de 23 de septiembre de 1949 declaró que cualquiera que sea el efecto que dentro del expediente de jurisdicción voluntaria produzcan las resoluciones en el mismo dictadas, esto no obsta para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a aquéllas, lo que significa que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, pues se habla de los efectos que las resoluciones produzcan en el mismo expediente, con lo que se alude a la cosa juzgada formal, y se dice que esto no obsta para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a aquéllas, lo cual no sería posible si produjesen la cosa juzgada material.

39. *Efectos económicos.*

Los efectos económicos de los negocios de jurisdicción voluntaria hacen referencia a los gastos que los mismos llevan consigo, y con respecto a ellos hay que examinar sobre quién recae la obligación de pagar tales gastos y la posibilidad de utilizar el beneficio de justicia gratuita.

A. *Los gastos o costas.*—El pago de los gastos o costas que se causen en los negocios de jurisdicción voluntaria, cuando no se formule oposición, corresponderá a los que promuevan los mismos. En los casos en que se formule oposición habrán de aplicarse las mismas normas que en la jurisdicción contenciosa, ya que no existen sobre este punto reglas especiales. Con arreglo a ellas, será posible que se condene al pago de las costas al que haya promovido el expediente o al que se oponga; o que no se haga expresa condena de costas. Lo primero se hará cuando así lo dispon-

ga la ley en algún caso concreto o cuando se estime que alguno de los interesados ha procedido con temeridad o mala fe; y lo segundo cuando nada disponga la ley para el caso ni se aprecie temeridad o mala en ninguno de los participantes (127).

Si no se hace expresa condena de costas, cada interesado pagará las que haya ocasionado. Y si se condena al pago a alguno de ellos, éste deberá pagar todos los gastos, o sea, tanto los propios como los originados por los otros. Ahora bien: en el supuesto de que el condenado en costas sea el que haya promovido el expediente, es lógico que pague todas las costas o gastos causados al que se haya opuesto, mientras que si el condenado al pago de las cosas es el que se ha opuesto al expediente, no parece que deba pagar todos los gastos del que lo promoviera, sino sólo los causados a éste por la oposición, pero no los demás que no se hayan producido como consecuencia de ésta, puesto que los gastos que necesariamente se hubieran producido, aunque no se hubiera formulado oposición, no tiene por qué pagarlos, ya que ni tiene culpa ni ha dado lugar a los mismos. Por ello, al resolver sobre las costas, si se hace expresa condena de ellas al opositor, se debe precisar que la condena se refiere al pago de las costas causadas por la oposición.

La determinación de los gastos que hay que pagar y el procedimiento para la tasación y exacción de las costas serán los mismos que en la jurisdicción contenciosa.

B. *El beneficio de pobreza.*—La posibilidad de utilizar el beneficio de pobreza o beneficio de justicia gratuita ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria, como en la contenciosa, puesto que las disposiciones en que se concede y se regula tal beneficio se encuentran en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, que contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre los preceptos relativos a ésta exista ninguno que se oponga a la utilización de tal beneficio. El artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al hablar de pleito o negocio, da a entender que es también aplicable la jurisdicción voluntaria, ya que a los actos de ésta se les suele llamar negocios.

El procedimiento para la concesión del beneficio será el mismo que en la jurisdicción contenciosa, o sea, el regulado en los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con algunas modificaciones que se deducen de las características de esta jurisdicción. Así, cuando la pobreza se pida por quien vaya a promover el expediente no habrá que emplazar a parte contraria, porque no la hay; pero si se pide por quien se oponga al mismo sí que deberá emplazarse al que lo haya promovido. También se deberá emplazar en todos los expedientes al Abogado del Estado y no al Ministerio Fiscal, puesto que, como es sabido, la interven-

(127) Sabido es, que en nuestro Derecho la regla general sobre la imposición de costas, es la de que se imponen al litigante que procede con temeridad o mala fe, aunque existen casos particulares en que basta el vencimiento.

ción de dicho Ministerio en representación del Estado que se establecía en el artículo 30 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha sido sustituida por la del Abogado del Estado. No obstante, cuando se solicite la pobreza para actuar en negocios en los que haya de intervenir el Ministerio Fiscal, parece que debería emplazarse al mismo. Sin embargo, en supuestos análogos, el Tribunal Supremo no lo ha estimado así, pues ha declarado que no necesita intervenir el Ministerio Fiscal en los incidentes de pobreza que puedan preceder a los pleitos de filiación (S. de 21 de enero de 1903).

40. *Las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras.*

En el orden internacional, la autoridad de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, se suele admitir por los autores con más facilidad que la de las sentencias de la contenciosa.

En nuestro derecho no se regulan expresamente los efectos de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras, si bien se estima que son aplicables a ellas las disposiciones relativas al cumplimiento de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, tomándose la palabra sentencia en un sentido amplio que comprende a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria (128).

Este mismo criterio se sigue en otros países. Así, el nuevo Código Procesal Civil italiano de 1942, dice que la eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria extranjeras se regulará por las disposiciones de los artículos 796 y siguientes, relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en cuanto sean aplicables. Y en el Derecho procesal italiano anterior muchos autores aplicaban analógicamente los preceptos sobre ejecución de sentencias (129).

En el I Congreso Hispanolusoamericano de Derecho Internacional, celebrado en Madrid, en octubre de 1951, de las once conclusiones que se formularon sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la última se refiere a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, y dice que «la ejecución o reconocimiento de las resoluciones judiciales firmes definitivas y finales de jurisdicción voluntaria se ajustarán a las mismas reglas anteriormente enunciadas para las contenciosas en todo cuanto les sea aplicable».

Opina Manresa, sin embargo, que las disposiciones sobre cumplimiento de sentencias extranjeras sólo habrán de cumplirse cuando se pretenda la ejecución o cumplimiento en España de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria extranjeras, porque si se

(128) Cfr. MANRESA: *Comentarios*, cit., T. VIII, 8.^a ed., pág. 324. Y GUASP: En las notas a la traducción española de las *Instituciones*, de CARNELUTTI, citado, pág. 90.

(129) Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la República Argentina*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, págs. 215 y ss., especialmente págs. 240-241.

presenta el acto de jurisdicción voluntaria, no para que se acuerde su ejecución y cumplimiento, sino para acreditar la personalidad del litigante o la acción deducida ante nuestros Tribunales, en tal caso habrá de reputarse como un documento o acto público otorgado en país extranjero, que tendrá fuerza en España si reúne las circunstancias expresadas en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento civil (130).

VI. MEDIOS DE IMPUGNACION DE LAS MISMAS

Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria podrán impugnarse, por regla general, mediante los mismos recursos que las de la contenciosa, puesto que las normas relativas a los recursos se encuentran fundamentalmente en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones son aplicables a una y otra jurisdicción. La citada Ley, al tratar de la jurisdicción voluntaria, sólo menciona expresamente los recursos de apelación y de casación. Pero ello no quiere decir que no puedan promoverse más que esos recursos, pues, como veremos, ha de admitirse la posibilidad de promover otros.

41. *El recurso de apelación.*

No dice la Ley contra qué resoluciones puede interponerse el recurso de apelación; pero de las normas generales de los artículos 377, 380 y 381 se deduce que podrá interponerse contra los autos o resoluciones definitivas de los expedientes y contra los autos en que se resuelvan los recursos de reposición de las providencias que no sean de mera tramitación y de los autos que no sean definitivos, puesto que, como en seguida veremos, ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria la posibilidad de que se interponga el recurso de reposición contra las citadas providencias y autos.

Los efectos de la interposición del recurso se determinan en los artículos 1.819 y 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales las apelaciones que interponga el que haya promovido el expediente se admitirán en ambos efectos, y en una solo las que interpusieren los que hayan venido al expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación. Por tanto, las apelaciones interpuestas por los que hayan promovido los expedientes de jurisdicción voluntaria suspenden la ejecución de las resoluciones apeladas, al contrario de lo que sucede con las que se interpongan por los demás que intervengan en los mismos, que no la suspenden.

La tramitación de las apelaciones, según el artículo 1.821 de la

(130) Ob. y T. cit., pág. 324.

Ley de Enjuiciamiento civil, será la establecida para las de los incidentes, o sea, la que se regula en los artículos 887 y siguientes de la propia ley.

Todos los demás extremos del recurso (plazo para recurrir, para personarse ante el Tribunal Superior, remisión de los autos a éste, etc.) se regirán por las reglas generales de los artículos 376 y siguientes y 840 y siguientes de la expresada ley, puesto que no se formulan normas especiales.

Para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dispone también que se admitirán en ambos efectos las apelaciones que interpongan los que hayan promovido el expediente y en uno solo las que interpongan los demás que intervengan en los mismos (art. 2.112); y también se establece que la tramitación de las apelaciones que se interpongan contra los autos de los Jueces de Primera Instancia será la establecida para los incidentes (art. 2.114). En cambio, a diferencia de lo que se hace para con los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, se fijan plazos especiales para la remisión de los autos al Tribunal Superior y para la comparecencia ante éste, y se regula un procedimiento especial para la tramitación de las apelaciones que se interpongan contra los autos de los Jueces municipales. En lo que se refiere a los plazos, se dispone que interpuesta una apelación y admitida que sea, se remitirán los autos, dentro de segundo día, previo emplazamiento de los interesados por el término de ocho, si fuere para ante el Juez de Primera Instancia, y de diez para ante la Audiencia (art. 2.113). Y el procedimiento que se regula para las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Jueces municipales es el siguiente: Recibidos los autos por el de Primera Instancia, si el apelante se personare antes de transcurrir el término del emplazamiento, mandará el Juez convocar a los interesados para que dentro de tercero día comparezcan a su presencia, en cuyo acto los oirá, extendiéndose de lo que expusieren la oportuna acta. Celebrada la comparecencia, el Juez, dentro del plazo de tres días, dictará la resolución que corresponda (art. 2.114).

Es censurable que se regule un procedimiento para las apelaciones contra los autos de los Jueces municipales, que es, en esencia, igual al que los artículos 731 y siguientes de la propia Ley se establece para las apelaciones de los juicios verbales, sin más variaciones que las relativas al señalamiento del plazo para la comparecencia y al plazo para que el Juez de Primera Instancia dicte la resolución que proceda, por lo que bastaba con haber hecho las oportunas remisiones. Pero más censurable es aún que se admite la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra las resoluciones que en estos expedientes dicten los Jueces municipales, pues, como anteriormente vimos (núm. 21 B), la intervención de éstos es con carácter preventivo, ya que sólo pueden intervenir los Jueces municipales de los pueblos en que no haya Juzgado de Primera Instancia, en casos de urgencia, o cuando las mercancías, los

medios de prueba o los hechos tengan lugar en el territorio de los mismos (art. 2.110 L. E. c.), y su intervención se limitará a practicar las diligencias más esenciales y urgentes, remitiéndolas luego al Juez de Primera Instancia, el que las ultimará en la forma que proceda (art. 2.111, r. 7.^a). Por ello, en vez de admitirse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces municipales, debía haberse hecho lo que en análogo supuesto se hace en el artículo 1.398 para el embargo preventivo, esto es, autorizar al Juez de Primera Instancia para que al recibir las diligencias del municipal pudiera ordenar la subsanación de cualquier defecto o la modificación de las resoluciones dictadas por éste.

42. El recurso de casación.

El recurso de casación parece que no debiera admitirse en la jurisdicción voluntaria, puesto que para la admisibilidad de este recurso es necesario que el negocio fallado no pueda ser discutido ulteriormente en forma alguna, lo cual no sucede en los negocios de jurisdicción voluntaria, según anteriormente se indicó (número 38).

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento civil admite tal recurso, pues el artículo 1.822 dice que contra las resoluciones que dicten las Audiencias en los negocios de jurisdicción voluntaria se dará el recurso de casación; el artículo 1.690 considera como sentencias definitivas para los efectos de la casación las pronunciadas en los actos de jurisdicción voluntaria en los casos establecidos por la ley, y el artículo 1.694, al decir, que no se dará el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los juicios en que después de determinados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, exceptúa los actos de jurisdicción voluntaria, de lo que parece deducirse que en éstos, aunque después de terminados pueda volver a discutirse la cuestión en otro juicio, si que se da el recurso.

El Tribunal Supremo, no obstante, interpretando restrictivamente tales disposiciones, ha declarado reiteradamente que la regla general del artículo 1.822 se halla limitada por lo dispuesto en el número 4.^a del 1.690, en el 3.^a del 1.694 y en el 1.689, por lo cual no se da el recurso de casación contra las resoluciones recaídas en los negocios de jurisdicción voluntaria que no tengan establecido tal recurso por disposición expresa, si tales resoluciones no tienen el carácter de definitivas y lo resuelto en las mismas puede ser de nuevo discutido en otro juicio (131). Por tanto, como

(131) A. a. de 29 de septiembre de 1876, 6 de mayo de 1893, 8 y 13 de julio de 1897, 25 de septiembre de 1906, 1 de octubre de 1907, 16 de octubre de 1920, 7 de junio de 1933, 18 de mayo de 1943, 27 de abril y 25 de septiembre de 1948, 23 de septiembre de 1949 y 1 de julio de 1950. Y SS. de 14 de noviembre y 13 de diciembre de 1893, 3 de octubre de 1910 y 22 de octubre de 1949.

no son definitivas, en el sentido de que lo resuelto en las mismas no pueda ser discutido posteriormente en otro juicio, porque, según anteriormente viimos (núm. 38), no producen la cosa juzgada material ni impiden que pueda volver a discutirse la cuestión en otro juicio, resultará que, por regla general, no se dará el recurso de casación contra las mismas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.822 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Coin respecto a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, el artículo 2.116 dice expresamente que contra las resoluciones dictadas en segunda instancia no habrá recurso alguno, quedando a salvo el derecho de los interesados para que lo ejerçiten en el juicio que corresponda, según la cuantía.

43. *Otros recursos.*

Aunque la ley nada diga, ha de estimarse que en la jurisdicción voluntaria son también admisibles los recursos de reposición, súplica y queja y la petición de aclaración de sentencias que autoriza el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A. *El recurso de reposición.*—El recurso de reposición deberá permitirse contra las providencias y autos que dicten los Jueces de Primera Instancia que no sean los definitivos de los expedientes, puesto que dicho recurso se establece en los artículos 376 al 381 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o sea, en el libro I, en el que se contienen las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre los preceptos especiales relativos a ésta exista ninguno que se oponga a la posibilidad de interponer tal recurso. El hecho de que el artículo 1.818 autorice al Juez para variar o modificar las providencias que se dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidos para las de la jurisdicción contenciosa, no significa nada en contra, pues aunque sin necesidad de que se interponga recurso pueda el Juez modificar las providencias que dicte, ello no quiere decir que no se puedan también interponer los oportunos recursos contra ellas por los interesados.

B. *El de súplica.*—Por análogas razones ha de admitirse el recurso de súplica, ya que dicho recurso, regulado principalmente en los artículos 402 y 405 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es análogo al de reposición, diferenciándose de éste en que se da contra las sentencias o autos resolutorios de incidentes que se promuevan en las Audiencias o en el Tribunal Supremo, mientras que el de reposición se da contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia.

C. *El recurso de queja.*—También ha de admitirse la posibilidad de interponer el recurso de queja a que se refieren los ar-

tículos 398 al 400, 1.703, 1.755 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el artículo 24 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 por el que se desarrolla la Base XI de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, puesto que este recurso procede contra las resoluciones de los Jueces municipales y de Primera Instancia en que se deniegue la admisión de la apelación, y contra las de las Audiencias en que se deniegue la certificación para el recurso de casación por infracción de ley o la admisión del de casación por quebrantamiento de forma, por lo que si se permiten los recursos de apelación y casación ha de admitirse también el citado recurso de queja para el caso de que se deniegue la admisión de aquéllos.

D. *La petición de aclaración del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—Se menciona, a veces, entre los recursos, aunque no pueda ser considerado como tal, la petición de aclaración de sentencias que autoriza el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual los Jueces y Tribunales, después de firmadas sus sentencias, podrán de oficio o a instancia de parte aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre punto discutido en el litigio. Pues bien, como este artículo se encuentra en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de estimarse que es aplicable a la jurisdicción voluntaria, pues si bien es cierto que el mismo sólo habla de sentencias, no hay razón para que no se aplique también a los autos definitivos de los expedientes de jurisdicción voluntaria, ya que los mismos, por su función, son equivalentes a las sentencias y, además, una vez firmes, no pueden ser modificados en el mismo expediente que se dictaron, según anteriormente se expresó (núm. 38), por lo que deben poder ser aclarados o adicionados, de oficio o a instancia de los interesados, en los mismos supuestos en que pueden serlo las sentencias según el artículo 363.

44. Medios de impugnación que no caben en la jurisdicción voluntaria.

A. *Los recursos de revisión y de audiencia del rebelde.*—Los recursos que no caben en la jurisdicción voluntaria son el de revisión y el de audiencia del rebelde, porque las normas referentes a la posibilidad de promover los mismos se encuentran en el libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, que contiene las disposiciones aplicables a la jurisdicción contenciosa, sin que exista motivo para aplicar en la jurisdicción voluntaria las referentes a tales recursos, ya que lo resuelto en esta jurisdicción se puede volver a decidir en otro proceso, según hemos visto (núm. 38), por lo que los errores o injusticias que se cometan en las resoluciones se pueden corregir sin necesidad de acudir a esos medios extraordinarios de impugnación. Con respecto al recurso de audiencia del rebelde, ha de tenerse en cuenta, además, que en la jurisdicción voluntaria,

según también vimos (núm. 25), no se produce la situación de rebeldía que habría de servir de base para la interposición de tal recurso.

B. *Las tercerías*.—La interposición de tercerías tampoco será posible en los negocios de jurisdicción voluntaria propiamente dichos, porque, según los artículos 1.533 y 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las mismas sólo caben en el juicio ejecutivo y en aquellos otros en que se proceda por embargo y venta de bienes, lo cual no sucede en el curso de los negocios de jurisdicción voluntaria, aunque pueda suceder en la ejecución de las resoluciones que se dicten en ellos, en ciertos casos, como, por ejemplo, para la efectividad de una posible condena de costas. Por otra parte, teniendo en cuenta las facilidades que en los negocios de jurisdicción voluntaria se conceden a los interesados para intervenir, pueden los mismos defender sus derechos sin necesidad de formular tercerías.

C. *El incidente de nulidad*.—El llamado incidente o recurso extraordinario de nulidad de actuaciones tampoco podrá promoverse en los expedientes de jurisdicción voluntaria, pues las normas en que se autoriza el mismo se encuentran en el libro II de la Ley (arts. 741, 744 y 745, núm. 1.º), en que se contienen las disposiciones referentes a la jurisdicción contenciosa, sin que exista necesidad de aplicar las mismas a la jurisdicción voluntaria, porque el incidente de nulidad ha sido configurado por el Tribunal Supremo como un medio de impugnación extraordinario, que sólo cabe cuando se han apurado los recursos ordinarios y no queda otro medio para obtener la reparación de los derechos vulnerados en las actuaciones judiciales.⁽¹³²⁾, siendo innecesario en la jurisdicción voluntaria, en cuanto en ella, las resoluciones que no sean las definitivas de los negocios pueden ser variadas o modificadas sin sujeción a los términos y formas de la jurisdicción contenciosa, y las resoluciones definitivas no producen la cosa juzgada material, por lo que pueden ser modificadas en otro proceso. Por ello, los defectos o vicios que se cometan en los negocios de jurisdicción voluntaria pueden ser subsanados sin necesidad de acudir al incidente de nulidad.

D. *La oposición de tercero a la cosa juzgada*.—De la oposición de terceros a la sentencia o a la cosa juzgada no hay por qué hablar en la jurisdicción voluntaria, porque en nuestro Derecho no se regula esa oposición, y aunque ha sido admitida por el

⁽¹³²⁾ Vid. nuestro artículo *El incidente de nulidad de actuaciones*, en «Revista de Derecho Procesal», 1949, págs. 511 y ss.

Tribunal Supremo como medio para que los terceros puedan defenderse de las sentencias que les perjudiquen y sean debidas a dolo o fraude de las partes, el medio o procedimiento de formularla es la promoción de un juicio ordinario (133), el cual puede en todo caso promoverse después de seguido un negocio de jurisdicción voluntaria.

(133) Cfr. nuestro trabajo *La oposición de terceros a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español*, en «Revista de Derecho Privado», abril, 1950, págs. 326 y ss.

Los contratos sobre el cuerpo humano^(*)

LEON MAZEAUD

Catedrático de la Facultad de Derecho de París

Al lado de reglas escritas, existen en Derecho francés reglas tradicionales, unánimemente respetadas y cumplidas. No se encuentran grabadas en las Tablas de la Ley; su evidencia ha parecido dispensar de expresarlas. Se trata de *axiomas jurídicos*, tal vez no indemostrables, pero que nadie experimenta la necesidad de demostrar. Los llamamos *adagios*.

Entre esos adagios, uno de los más corrientemente formulados es el de que «la persona humana no está dentro del comercio». No estar en el comercio significa, en los términos del artículo 1.128 del Código Napoleón, no poder constituir el objeto de una convención. (Art. 1.128: «Solamente las cosas que están dentro del comercio pueden ser objeto de las convenciones.»)

Así, la persona humana está fuera del tráfico jurídico, *por encima de las convenciones de los hombres*. Mas por persona humana es preciso entender no sólo *el cuerpo humano*, y con él *la vida y la integridad física*, sino también *la libertad, el honor, los sentimientos del corazón y todos los derechos de la personalidad*, como la patria potestad, por ejemplo. Todo ello *no se compra ni se vende; no se regala, no se alquila ni se presta*.

Todo ello constituye la *persona*, que se contrapone al *patrimonio* (división fundamental del Derecho). Mientras que el patrimonio está dentro del comercio y los bienes y los créditos son objeto de las transacciones, la persona está situada fuera de la esfera de disposición del hombre, *por encima de las convenciones*.

El principio cuenta con dos únicas excepciones (la primera de ellas más aparente que real): el *matrimonio* y el *apremio personal*.

El matrimonio, aunque constituye en cierta medida una convención sobre la persona, es más bien, dentro de la legislación civil francesa, un *sacramento*, un «sacramento civil»—recordando la

(*) El presente artículo constituye el texto de una conferencia leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Traducción de José A. Prieto.

expresión que utilizaba Bonaparte cuando la discusión del Código—; o mejor, para emplear un lenguaje más jurídico, una *institución*.

En cuanto al *apremio personal*, ha desaparecido casi completamente en Derecho francés. La persona del deudor ya no es la garantía del acreedor. Solamente en casos muy limitados, cuando el crédito tiene su origen en una infracción penal, el acreedor puede todavía restringir la libertad de su deudor y hacerlo encarcelar: última *supervivencia* del derecho del acreedor de cobrarse en la persona del deudor.

Hablo de supervivencia porque *el situar a la persona humana fuera del comercio no es uno de aquellos principios que se remontan a las primeras civilizaciones*. Es, al menos en Occidente, obra del Cristianismo, que no ha cesado de luchar por hacer admitir el carácter sagrado de la persona humana, obra de Dios sustraída a la acción de los hombres.

En el *antiguo Derecho romano*, el de la Ley de las Doce Tablas, el principio no se conoce. La persona humana está dentro del comercio: se vende, se arrienda y se mata como si fuera un ser irracional. El *padre de familia* es el dueño absoluto de las personas que dependen de él y puede enajenarlas según su voluntad. El *acreedor* es dueño de su deudor: puede venderlo como esclavo, puede matarlo; si los acreedores son varios, pueden despedazarlo y repartirse el cadáver. Los deudores en aquella época, pagarian sin duda con puntualidad a sus acreedores.

Ciertamente, desde antes del advenimiento del Cristianismo esta barbarie había desaparecido. Pero la *esclavitud* subsistía y la persona humana no tenía ningún carácter sagrado. Iba imponiéndose ya la idea de que el hombre, por lo menos el hombre libre, era y debía permanecer *dueño de su propio cuerpo*: «*tu cuerpo te pertenece*». Pero no surgía todavía la idea más elevada de que *el cuerpo no pertenece a ningún hombre, que pertenece al Creador, que la vida es don de Dios*.

Esta idea del *respeto de la propia vida y del propio cuerpo, como de la vida y del cuerpo de los demás*, fué impuesta por la Iglesia como dogma. La persona humana, situada exclusivamente en la mano de Dios, queda sustraída a la acción de los hombres, a sus convenciones, a su tráfico. «*La persona humana no está dentro del comercio.*»

El adagio, nacido del Cristianismo, se ve confirmado por los filósofos individualistas. Los derechos del hombre triunfan con la Revolución Francesa; el individualismo, con el Código Napoleón. Y si éste no consagra un texto expreso a situar a la persona fuera del comercio, es que la regla parece tan evidente que nadie piensa en enunciarla.

Después, durante generaciones de juristas, todos van repitiendo que la persona humana está por encima de las conven-

ciones. *Nadie discute el principio*; nadie experimenta la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo.

Y de pronto, el ataque brutal a toda la línea. Aquel principio que todos creían intangible quiebra por doquier: ya no existe. Es por lo menos lo que en 1931 afirma, en su estilo vibrante y lleno de color, el Decano Josserand (D. H. 1932, chr. 1): «La persona humana—dice—se rebaja al nivel de una cosa; se mercantiliza, se patrimonializa; estaríamos tentados de escribir que se *americaniza*.»

Se presentan inmediatamente numerosos *ejemplos de ello*. (Véase André Jack: «Les conventions relatives à la personne physique», Rev. crit., 1933, pág. 362.) El *seguro de vida* (ese «juego de la vida y la muerte») es un contrato lícito. Y, sin embargo, he aquí bien clara una convención sobre la vida humana, que se proscribía en el antiguo Derecho francés como inmoral y odiosa. ¿Es que desde entonces las cosas han cambiado tanto?

¿Y el *cirujano*? ¿Acaso no celebra con su cliente una convención por la cual se compromete a cortar, a mutilar un cuerpo humano? ¿Acaso no concluye un contrato sobre la persona? Nadie piensa en declarar ilícita tal convención.

¿Y el *donante de sangre*? ¿Acaso no vende su sangre al enfermo sobre el que se opera la transfusión? ¿La *nodriza* no vende su leche? ¿El contrato entre el *peluquero* y su cliente no recae sobre una parte del cuerpo, el cabello?

¿Acaso estos contratos no son válidos todos ellos? Esto significa que *la persona humana ha caido de su pedestal*, ha descendido al rango de una simple mercancía, de un «fardo», escribe Josserand, no sin ironía; un fardo sobre el que recaen válidamente todas las transacciones. El viejo adagio, nacido del Cristianismo, reforzado por el individualismo, ha muerto. *La persona humana está dentro del comercio*.

En presencia de estas vigorosas objeciones, conviene precisar algunos puntos: analizar la regla, delimitar su alcance, preguntarse si permanece aún vigente y en qué medida, determinar su significado. Dejando aquí de lado los atributos de la persona (la libertad, el honor, los sentimientos del corazón y los derechos de la personalidad), no trataré, con objeto de simplificar, más que del *centro mismo de la persona, el cuerpo humano*; examinaré tan sólo los *contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, las convenciones que afectan a la vida o a la integridad física*.

¿Es verdad, como afirma o parece afirmar el viejo adagio, que no puede válidamente concertarse un convenio que afecte a la vida o a la integridad física de un ser humano?

La cuestión no es susceptible de una respuesta tajante. Una *distinción* se impone inmediatamente.

Puede, en efecto, quedar afectada la integridad física de dos maneras: por una parte, por actos que redundan en beneficio de la persona o que resultan indiferentes para ésta; por otra, por

actos que perjudican a la persona, que tienen por objeto causarle un daño.

I

PACTOS NO PERJUDICIALES PARA LA PERSONA HUMANA

Por muy legítimo que sea el deseo de colocar a la persona humana fuera del tráfico, *las convenciones que afectan a la integridad física sin causar ningún daño no pueden ser prohibidas*. Esto obedece a una razón muy sencilla. En su mayor parte, tales convenciones son útiles, e incluso indispensables, para la vida humana. Es cierto que su objeto afecta materialmente a la integridad física, pero han de traducirse en definitiva en un *mejoramiento del estado físico de la persona*. Así, dichas convenciones tienen por fin no un ataque a la integridad física, sino por el contrario, un fortalecimiento de dicha integridad. Lejos de perjudicar a la persona, le favorecen, le son necesarias.

Ahora bien; ¿qué finalidad persigue colocar a la persona por encima de las convenciones? Una *finalidad de protección*. Se pretende sustraer a la persona de la acción de los hombres porque se quiere preservarla. Sería, por lo tanto, ridículo y paradójico interpretar el principio en un sentido tal que la persona humana deba escapar incluso de la acción útil y bienhechora de los hombres. Jamás pretendió nadie tal cosa. Siempre se ha afirmado, por el contrario, la validez de las convenciones que tienen por objeto el mejoramiento de la persona humana.

Así, la validez del contrato celebrado entre el enfermo y el cirujano, cuando se trata de *operaciones de finalidad curativa*, no ofrece duda. Es cierto que la convención concluída recae sobre la persona; pero ese contrato, necesario para la conservación de la vida humana, es *válido*, como cualquier otro contrato.

¿Ocurre lo mismo con el contrato concluido entre un *cirujano* y su cliente cuando la operación prevista no tiene una finalidad curativa, sino tan sólo una *finalidad estética*? Esto es plantear en sus fundamentos el *problema de la cirugía estética*.

El criterio de solución se encuentra en la *noción de la intervención perjudicial*. Como se acaba de decir, al colocar a la persona humana fuera del tráfico no se prohíbe todo acto que la afecta, sino *solamente al acto dañoso*. Pero se trate del *hombre inválido* que se somete a una operación para suprimir su invalidez, o incluso de la *mujer coqueta* que quiere conseguir o recobrar la belleza, la intervención *no es perjudicial*. La finalidad perseguida por los contratantes es un *mejoramiento* de la persona humana. Esta convención no es ilícita *en su fundamento*.

La misma solución se impone respecto de las convenciones que afectan a la integridad física, pero que no llevan consigo los riesgos y los sufrimientos propios de las operaciones quirúrgicas, que no implican incluso *ningún riesgo, ningún sufrimiento*, ni, por

otra parte, *ninguna pérdida substancial*. El contrato concluido entre el peluquero y su cliente es válido. El contrato por el cual la nodriza se obliga a dar su leche es lícito.

Finalmente, la convención por virtud de la cual una persona *vende su cadáver*, en todo o en parte (por ejemplo, *los ojos*, ya que el injerto de los ojos de un muerto se practica hoy corrientemente), me parece asimismo válida, puesto que la utilización del cadáver que se realice, trátese de una disección o de un injerto, no causa ningún daño a la persona al desaparecer ésta al mismo tiempo que la vida.

Contra la validez de todos estos contratos se suscita, sin embargo, *una objeción*. *La persona que se ha comprometido a sufrir un acto que afecta a su integridad física no puede ser constreñida a la ejecución del contrato*. Si una persona, después de obligarse a hacerse amputar un brazo, cortar el cabello o dar su leche, se niega a ponerse a disposición del cirujano, del peluquero o del niño lactante, éstos no podrían conseguir una decisión de los Tribunales ordenando la ejecución del contrato. ¿Es preciso deducir de aquí que el contrato no es válido, o por lo menos, que no tiene ninguna fuerza ejecutoria?

Ciertamente que no. No hay aquí sino la *aplicación de una regla común a todos los contratos*, tradicionalmente expresada en el adagio «nemo cogi potest ad factum», y reproducida en el artículo 1.142 del Código Napoleón: «Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios, en caso de inejecución por parte del deudor.» Por lo menos —es preciso añadir—cuando la ejecución por vía coactiva implicaría *atentar contra la libertad individual*. Puesto que la persona humana es sagrada, no es posible usar *sobre ella* de un procedimiento de coacción física para obligarla a actuar, incluso cuando se ha comprometido a hacerlo. Aunque un cantante o un pintor haya firmado un contrato, no puede ejercitarse *sobre su persona* una coacción física para obligarle a cantar o a pintar un retrato. Ahora bien, si no ejecuta lo convenido, será condenado a pagar una suma de dinero a la otra parte: los *daños y perjuicios*. La situación es idéntica respecto de los contratos de que estamos tratando. Estamos frente a *obligaciones de hacer que dan lugar, en caso de inejecución, a indemnización de daños y perjuicios*, ya que la coacción física sobre la persona del deudor no puede ser empleada. El enfermo, el cliente del peluquero que vuelvan sobre sus compromisos, o incluso el cirujano o el peluquero que se nieguen a prestar los servicios que habían prometido, serán condenados a pagar daños y perjuicios.

Así pues, las convenciones cuyo objeto es un acto que afecta a la integridad física, pero sin perjudicarla, son válidas y tienen fuerza ejecutoria en las mismas condiciones que los restantes contratos.

La duda no está permitida. Incluso lo que podría discutirse

aquí no es si el consentimiento del paciente es o no lícito, sino si dicho *consentimiento es necesario*. Sin duda un *corte de cabellos* no puede practicarse contra la voluntad del cliente, y con razón el Tribunal civil del Sena, en sentencia de 17 de junio de 1931, ha condenado a un *peluquero demasiado solicito* a pagar una indemnización de daños y perjuicios por haber cortado de propia autoridad los cabellos de una cliente; *aun tratándose de una mujer, no puede obligársela a ser hermosa contra su voluntad.*

Pero la salud y la vida son bienes mucho más preciosos que la belleza. ¿Puede el *cirujano*, para salvar a un enfermo, *operarle a la fuerza*? «Puedo hacerlo y lo he hecho», escribe el Profesor Jean-Louis Faure. Ciertamente, puesto que la vida no pertenece al hombre, éste no debe disponer de ella ni por su acción ni por su inactividad; no debe matarse ni dejarse morir de hambre, o rechazando los cuidados o las intervenciones quirúrgicas necesarias. Pero ésta es una *cuestión personal de conciencia* en la que el hombre debe conservar su libertad de obrar bien o mal. Por ello, la jurisprudencia *ha decidido que el consentimiento del enfermo es necesario*. El Tribunal de apelación de París, en sentencia de 11 de mayo de 1937 (Gaz. Pal. de 3-4 oct. 1937), estable «que una intervención médica o quirúrgica no debe practicarse sino después que el enfermo ha dado su *consentimiento libre e informado*». La misma regla se afirma por el Tribunal de apelación de Douai en sentencia de 10 de julio de 1946. Y el Tribunal civil del Sena, por sentencia de 15 de marzo de 1937 (v. ibidem, nota), declara incluso que el contrato concluído entre el cirujano y el enfermo es nulo por error, vicio del consentimiento, cuando el cirujano, para no asustar a su cliente, le ha *ocultado la gravedad de la operación prevista*.

Cualesquiera que sean las dudas que puedan suscitarse sobre este último punto, continúa siendo indiscutible que los pactos que recaen sobre la persona son *válidos cuando no persiguen una finalidad perjudicial*. Colocar a la persona humana fuera del tráfico, por encima de las convenciones, no implica ciertamente la nulidad de aquellas convenciones que le sean útiles.

II

PACTOS PERJUDICIALES PARA LA PERSONA HUMANA

Quedan por examinar las *convenciones que afectan de manera perjudicial a la persona humana*. El objeto o el resultado del contrato ya no es curar, cuidar, mejorar, sino que alcanza a la vida, a la salud, a la integridad física de una persona que de las resultas sufrirá un *daño*.

¿Es válido tal contrato? ¿Una persona puede consentir válidamente a un acto perjudicial para su integridad física?

Para resolver la cuestión, interesa examinar sucesivamente *dos tipos muy diferentes de actos*: los *actos perjudiciales voluntarios*

y los *actos perjudiciales involuntarios*. Unas veces el contrato tiene por objeto permitir a una persona vulnerar deliberadamente la vida o la integridad física de otra. En otras ocasiones, por el contrario, solamente se autoriza el daño *involuntario*: una persona conviene con otra que en caso de que ésta le cause *involuntariamente* un daño corporal, no reclamará la reparación del mismo; concluye un *pacto de irresponsabilidad por daños corporales*.

Consentir un daño corporal *voluntariamente* causado o consentir un daño corporal *involuntariamente* causado: se trata de dos contratos claramente distintos. ¿Es obstáculo para ambos la situación de la persona humana por encima del tráfico?

1. *Pactos que permiten un daño voluntario.*

Ante todo están las *convenciones que autorizan a uno de los contratantes a causar voluntariamente un daño a la vida o a la integridad física de una persona*.

Dichas convenciones son *nulas*.

Es cierto que puede válidamente estipularse en un contrato que uno de los contratantes sufrirá un perjuicio del que se beneficiará el otro. Todos los contratos, o casi todos, son fuente de provecho para una parte y de pérdida para la otra; esto es cierto, ante todo, evidentemente, de los contratos a título gratuito, por virtud de los cuales alguien se empobrece sin recibir nada en cambio; pero también ocurre en los contratos a título oneroso, en los cuales raramente son equivalentes las ventajas recíprocas convenidas, y en los que el equilibrio solamente se restablece por el legislador en casos absolutamente excepcionales. Pero tal perjuicio válidamente consentido en el contrato es un *perjuicio patrimonial*, un perjuicio sufrido en los bienes, respecto de los cuales el hombre puede disponer libremente. Por el contrario, el hombre no tiene la libre disposición de *su vida ni de su cuerpo*, que no le pertenecen. *Se trata de un depósito del que debe rendir cuenta*. Lo mismo que el depositario, no puede distribuir ni mutilar el objeto recibido en depósito. Si se obliga a hacerlo, tal pacto carece de validez.

En este sentido, la persona humana está fuera del tráfico, por encima de las convenciones; lo que significa que todo pacto que tenga por objeto causarla *voluntariamente un daño* es *ilícito*.

Abundan los *ejemplos* en la ficción y en la realidad: la ficción creada por los dramaturgos, la realidad revelada por los dramas de la vida que llegan hasta los Tribunales.

El más célebre de estos contratos es el que imagina Shakespeare en *El mercader de Venecia*. El judío Shylock ha concedido un crédito al mercader, pero quiere una garantía, de la que podrá apoderarse si no le es reembolsado. Y he aquí la convención que consiente el prestatario: «Si no me devolvéis en el día y lugar pactados la cantidad o cantidades señaladas en el contrato, recibi-

ré en su lugar una libra de vuestra carne, que deberá ser cortada y tomada en cualquier parte de vuestro cuerpo que me plazca.» El deudor ha dado en garantía a su acreedor una libra de la propia carne: ha dado su vida en garantía, ya que dicha libra de carne puede ser cortada en cualquier parte del cuerpo. Y es así como lo ha entendido el acreedor: al no ser pagado, es en el corazón donde quiere hacer efectiva su garantía. El Mercader resulta vencedor gracias a un argumento un tanto débil desde nuestro punto de vista: si bien ha vendido su carne, no ha vendido su sangre; el acreedor no tiene, por lo tanto, derecho a una libra de carne más que bajo la condición imposible de no derramar una sola parte de sangre. Aquí hay poesía, pero no Derecho. El contrato, se refiriera sólo a la carne o también a la sangre, era nulo, porque permitía un acto voluntario y dañoso contra la persona humana. El Mercader de Venecia había sido más hábil que su acreedor israelita, firmando un contrato que, sin duda alguna, no le obligaba.

Aunque en la realidad no se vende ni se pignora el cuerpo o la vida (con excepción de los que venden su alma al diablo), existen, sin embargo, contratos por virtud de los cuales una persona autoriza a otra a realizar un acto perjudicial para la propia vida o la propia integridad física.

Ataque a la vida es el caso de la eutanasia: un herido o un enfermo sin esperanza de salvación, torturado por el dolor, obtiene de un amigo el golpe de gracia o del médico la inyección mortal. (Los médicos están muy lejos de ignorar que las inyecciones de morfina abrevian al mismo tiempo que el dolor la vida de los agonizantes.) Es el caso también del doble suicidio: cuando uno de los dos suicidas, cansados de la vida, se hace matar por el otro; el caso del duelo, que implica el compromiso de los dos adversarios de no quejarse del daño sufrido. Las dos convenciones son nulas. Más aún, el consentimiento de la víctima no impide que el autor de la muerte haya cometido un delito, se haya hecho culpable de asesinato.

Existen numerosos ejemplos de pactos cuyo objeto es perjudicial para la integridad física.

A veces se persigue con ellos un fin elevado: el progreso de la ciencia médica. Es el caso de las experiencias quirúrgicas, de la vivisección practicada en el cuerpo humano. Tales contratos han sido siempre, con razón, anulados por los Tribunales. He aquí la doctrina de una sentencia del Tribunal de Lyon de 27 de junio de 1913 (D. 1.914, 2, 73, nota de Lalou): «Considerando que debe conceptuarse ilícita y contraria a las buenas costumbres una convención que tiene por único objeto la realización de prácticas de vivisección sobre una mujer anciana y necesitada; que tal convención no puede estimarse compatible con la dignidad humana, puesto que dicha mujer «aceptaba traficar con su cuerpo y hacerlo servir a experiencias inútiles para ella, cuando no peligrosas..

El interés de la ciencia, por elevado que sea, no determina la validez de tales convenciones.

Pero si son nulos, a pesar del interés de la Ciencia, los contratos cuyo objeto es una experiencia quirúrgica, ¿es preciso extender dicha nulidad a los contratos por virtud de los cuales una persona *vende una parte de su cuerpo vivo*, una parte de su carne o de su sangre, con objeto de *salvar o curar a otra persona*? Es el caso del *donante de sangre*.

Ciertamente no puede prohibirse *donar sangre* («donar» en sentido de «*hacer una donación*»). La donación de la propia sangre, como el sacrificio de la propia vida para salvar a otros hombres, es el mayor signo del amor, de la caridad, la esencia misma del Cristianismo. Pero la *venta de sangre* es un *contrato a título oneroso*, un contrato gobernado por el interés. El donante, o más bien el vendedor de sangre, no obra con un fin humanitario, sino con un *fin de lucro*: el de *sacar provecho económico de su sangre*. Coloca a su sangre dentro del tráfico. ¿No hay aquí un trato ilícito? ¿La venta de sangre no tropieza acaso con la situación de la persona fuera del tráfico?

La duda está permitida. Por nuestra parte, opinamos que la *venta de sangre* implica una seria *pérdida sustancial* para el organismo humano y, por lo tanto, un *daño*. Es cierto que el organismo es capaz de compensar la sangre de que ha sido privado. Pero hace falta tiempo para ello, y hasta entonces *el cuerpo sufre un debilitamiento muy sensible*. La toma de sangre representa, por lo tanto, un *daño a la persona del vendedor*. La venta de sangre es, por consiguiente, un *contrato nulo*, por aplicación de la regla según la cual la persona humana no está dentro del tráfico.

Con mayor razón debe decretarse la nulidad de las convenciones en que la víctima, con una *finalidad reprobable y egoísta*, pretende hacer sufrir a su cuerpo una *mutilación*. En una sentencia de 13 de agosto de 1813, la Sala de lo Penal del Tribunal de Cassación examina el caso de un *recluta* que se hizo cortar una falange del dedo pulgar para eximirse del servicio militar. En otra sentencia de 1 de julio de 1937 (Gaz. Pal. 28 sept. 1937), la misma Sala se enfrenta con el caso de varios individuos que se habían hecho esterilizar. En ambas sentencias los autores de las mutilaciones son *condenados penalmente*. El *contrato* concluido entre las víctimas y los autores de la mutilación *careace de valor*: «*los operados—dice la sentencia de 1 de julio de 1937—no han podido atribuir el derecho de violar en su persona las reglas que rigen el orden público*».

Igualmente ilícito es, en mi opinión, el contrato concluido entre *boxeadores* o combatientes análogos (tomo el boxeo como ejemplo, pero puede decirse lo mismo de la lucha libre y de deportes similares). Con los combates de gladiadores han desaparecido aquellos bárbaros juegos de la vida y de la muerte, cuyos protagonistas se comprometían a matar a sus adversarios. Pero los combates de boxeo han ocupado el lugar de los combates entre gla-

diadores. Los participantes ya no intentan matarse, pero si *golpearse*. Se comprometen uno y otro a dar y a recibir golpes, a atacar la integridad física de su adversario y a dejar atacar la propia. Ciertamente, el boxeo es un juego, un deporte. Pero tal juego, tal deporte, consiste *exclusivamente* en golpear, en causar un daño a la integridad física del contrario. Por ello me parece que la convención que existe entre los boxeadores es *ilícita*, por tropezar con la regla que coloca a la persona humana fuera del comercio. Es cierto que tal no es la opinión dominante. ¿Hay que ver en ello una señal de decadencia y de retorno a la barbarie? Tal vez se opine así dentro de algunos siglos.

2. *Pactos que permiten un daño voluntario.*

¿Qué trato reciben las convenciones que autorizan la realización involuntaria de un daño?

Ya no estamos en presencia del caso de que una persona sea autorizada a matar o a herir voluntariamente, intencionadamente. Aquí tan sólo se estipula que si una persona, por una *falta no deliberada*, por imprudencia, causa a otra un daño corporal, no será responsable, *comprometiéndose la víctima a no reclamar una indemnización*. ¿Es válida tal convención?

El problema es delicado. Antes de buscar su solución veamos las *casos concretos* en que se plantea.

Un *médico o un cirujano* van a emprender un tratamiento o una operación muy difíciles; el más mínimo error puede abreviar la vida del cliente o causarle algún otro grave daño. El cliente conoce el peligro y está dispuesto a correrlo. En tales circunstancias, el médico o el cirujano le piden que les exonere de su responsabilidad para el caso de que ésta naciera de una falta no intencionada: error de diagnóstico u operatorio. «Estoy conforme en cuidar o en operar—dicen al cliente el médico o el cirujano—, pero no quiero hacerme responsable.» Se concluye entonces un pacto de exclusión de la responsabilidad. Ahora bien, si tal médico o cirujano comete una falta, perjudicial para la vida o la salud de su cliente, pero involuntaria, ¿puede invocar dicho pacto de exclusión de la responsabilidad para dispensarse de reparar el daño causado? La cuestión se plantea sobre todo respecto de las *operaciones quirúrgicas de finalidad estética*, en las cuales las dificultades y los peligros son las más de las veces mayores que el mejoramiento previsto.

Convenciones del mismo género aparecen también en ciertos *contratos de juegos de feria*. Los apacibles caballitos de madera ya sólo conservan algún atractivo para los recién nacidos. Otras atracciones más modernas, pero mucho más *peligrosas*, los han sustituido: montañas rusas, toboganes y otros juegos similares, cuyo interés está precisamente en dar sensación de *peligro*. Ahora bien, este peligro es mucho más real de lo que a veces se piensa, y los propietarios de los juegos no lo ignoran. Por ello, mediante un

aviso en lugar visible o mediante una cláusula inserta en el billete de entrada, concluyen con sus clientes un pacto de exclusión de la responsabilidad: «La Empresa no responde de los accidentes.» ¿Es válida tal convención?

Otro problema, ya que estamos con los juegos de feria, es el que constituye el caso de un *director de circo que contrata a artistas*, a menudo infantiles, para los ejercicios más peligrosos, excluyendo al hacerlo su responsabilidad. ¿Es válido el contrato entre el director de circo y un domador o un acróbata, que se comprometen a arriesgar su vida mediante precio? Análogamente, en España, el caso del torero.

Una nueva cuestión: las convenciones, más o menos tácitas, entre jugadores que practican el mismo *deporte*; por ejemplo, el *fútbol*. En este caso ya no hay una obligación de golpear al adversario, como en el boxeo; es preciso simplemente dar puntapiés a una pelota. Pero existe una convención que obliga a no quejarse de los golpes recibidos *involuntariamente*, por lo menos si el reglamento del juego ha sido observado.

Por otra parte, sin necesidad de ser operado, aficionado a las ferias, domador, acróbata o jugador de fútbol, con gran frecuencia se llega a concluir un contrato de este género. Es el que se celebra al tomar un billete de *transporte (terrestre, marítimo o aéreo)*. En este billete, por lo menos tratándose de transporte marítimo o aéreo, se consigna siempre que la Compañía transportista no responde (o que no responde más allá de cierta cantidad) de los accidentes que pueda causar al pasajero por falta involuntaria. Si el pasajero resulta herido o muerto por accidente debido a la imprudencia o a la negligencia de la Compañía o de sus encargados, la Compañía no debe indemnización alguna (o solamente indemniza dentro de la cuantía fijada previamente). ¿Pero tal pacto es válido?

En todos estos supuestos, la cuestión se plantea en términos idénticos. Se está en presencia de una *convención de exclusión de la responsabilidad por daños corporales*. ¿Dicha convención es válida?

La cuestión divide a la doctrina y a la jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Civil de Bruselas, por sentencia de 11 de marzo de 1885, *anula* el contrato celebrado entre un director de *circo* y el padre adoptivo de una niña de trece años, por el que se obligaba a ésta a realizar peligrosos ejercicios de trapecio: «Es contrario al orden público y a las buenas costumbres—declaran los jueces belgas—especular sobre la vida o la salud humana.» En el mismo sentido, el Tribunal de Apelación de Toulouse, por sentencia de 23 de octubre de 1934, declara nula la convención de exclusión de la responsabilidad celebrada entre un propietario de *juegos de feria* y una joven herida en un tobogán.

Por el contrario, una jurisprudencia casi unánime declara *válidas* las cláusulas de exclusión de la responsabilidad contenidas en

el contrato de *transporte marítimo de viajeros*, y la ley francesa de 31 de mayo de 1924 autoriza expresamente tales cláusulas en los *transportes aéreos* o, por lo menos, en los transportes aéreos *internos*, ya que respecto de los transportes aéreos internacionales la Convención de Varsovia de 12 de octubre de 1929, si bien limita la responsabilidad del transportista a 125.000 francos oro de 1928 por viajero (el franco oro de 1928 se compone de 65 miligramos y medio de oro de 900 milésimas), al mismo tiempo prohíbe las cláusulas de irresponsabilidad.

En favor de la validez de estas cláusulas, se indica que no constituyen un *pacto por el que se disponga de la persona*. En ellas, un individuo no otorga a otro el *derecho de atacar* a su integridad física : se limita a convenir en *no exigir indemnización* para el caso de que un daño le sea causado *involuntariamente*. Pero no se autoriza al beneficiario de la cláusula a causar *voluntariamente tal daño*.

Ello es cierto. Pero tratándose de la vida humana, de la integridad de la persona, y puesto que dicha vida y dicha persona tienen carácter *sagrado*, el interés público exige que se observe una *gran prudencia*. Ahora bien, la cláusula de exclusión de la responsabilidad permite a su beneficiario la *mayor negligencia*. La libertad de los pactos no debe llegar hasta tal extremo : *la cláusula debe carecer de eficacia*, salvo, claro es, en los supuestos excepcionales en que el legislador ha creído necesario declararla válida.

CONCLUSION

Podemos ya, después de este análisis, *precisar y formular la regla* que sitúa a la persona humana fuera del tráfico, por encima de las convenciones.

Dicha regla no tiene ciertamente un *sentido absoluto*. No quiere decir que *todas* las convenciones relativas a la persona humana sean nulas. Si la convención tiene por objeto un *acto que afecta a la persona sin causarla un daño, es lícita*.

Pero la regla no ha muerto. Por ella quedan *prohibidas*, salvo las excepciones expresamente establecidas por el legislador, las convenciones que autorizan la realización de un *daño* a la persona humana, incluso cuando se trata de un daño *involuntario*, como acabamos de decir.

Situar a la persona fuera del tráfico equivale a situarla *por encima de las convenciones que sean perjudiciales* para ella. *El daño a las personas sigue siendo ilícito*.

He aquí el sentido del *viejo principio cristiano*, profundamente anclado en nuestro Derecho y *nacido del carácter sagrado de la persona humana*.

Es él el que ha inspirado a la *Asamblea General de las Naciones Unidas*, cuando ha afirmado, en la *Declaración universal de derechos del hombre*:

«Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (art. 3.^º).

Y cuando añade: «El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz dentro del mundo» (§ 1.^º del preámbulo).

Esperemos que el adagio y la idea permanezcan como *barreras infranqueables para las concepciones de un nuevo Derecho*, que, bajo etiquetas políticas a veces contrarias, se ha esforzado, y desgraciadamente se esfuerza todavía, en retroceder hasta *aniquilar y esclavizar a la persona humana*.

El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos

AURELIO GUAITA

Profesor Adjunto en la Universidad
de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción.—II. Concepto y naturaleza.—III. Tribunales competentes.—1. Responsabilidad de los Ministros.—2. Idem de los funcionarios superiores.—3. Idem de los inferiores.—4. Casos especiales.—IV Las partes. Legitimación.—1. Demandante—2. Demandado.—3. Fiscal.—4. Postulación y defensa.—V. Presupuestos objetivos.—1. Previa reclamación por escrito.—2. Proceso administrativo.—3. Plazo para el ejercicio de la acción.—VI.—Procedimiento —1. Requisitos de la demanda.—2. Procedimiento.—3. Impugnación de sentencias.—4. Costas.—5. Ejecución de sentencias.—VII. Responsabilidad civil exigida por la Administración.—VIII. Crítica y conclusiones.

I. INTRODUCCION

Prescindiendo nosotros de la polémica largamente debatida y aún no definitivamente resuelta, acerca de si la coacción es o no una nota esencial del Derecho, es lo cierto que todo acto ilícito encuentra su sanción en el propio Ordenamiento jurídico, al poner este en manos de un posible perjudicado o lesionado por el acto ilícito, un medio jurídico que le permita destruir y reparar sus efectos dañosos.

La persona a la que jurídicamente pueden serle imputados los daños se dice que responde de ellos, esto es, tiene sobre sí una responsabilidad, figura ésta común a todas las ramas jurídicas particulares, sin que el Derecho administrativo sea ninguna excepción y que tanto, como a los administrados, puede alcanzar a la Administración y a sus funcionarios.

Por otra parte, se habla de responsabilidad civil, penal y administrativa. Ahora bien: a nosotros, en este estudio, sólo nos interesa un tipo específico de responsabilidad y, concretamente, la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos.

La responsabilidad civil tiene siempre por origen un daño y,

en consecuencia, cuando se exige aquella responsabilidad no se pretende otra cosa que el resarcimiento del daño, es decir, una indemnización que en ciertos casos ha de hacer efectiva el funcionario autor de un acto ilegal, lo que permite hablar de una responsabilidad civil de los funcionarios administrativos.

La doctrina moderna propugna la responsabilidad de la Administración *en todos los casos* por los actos de sus funcionarios; se dice, con razón, que el administrado no se relaciona con un funcionario, sino con los servicios públicos, con la Administración y que, en consecuencia, ésta debe responder siempre de la actuación de sus órganos y agentes; y si el acto ilegal y lesivo es por completo ajeno al normal funcionamiento de los servicios públicos y se debe exclusivamente a culpa, dolo o negligencia grave de su autor directo, puede luego la Administración repetir contra el funcionario culpable de forma que éste debe responder frente a la Administración, y el tercero perjudicado debe tener siempre una acción directa contra aquélла.

Pero las aspiraciones de la doctrina no se corresponden siempre con la realidad jurídico positiva; en consecuencia, en muchos Ordenamientos quien responde de los efectos dañosos de los actos administrativos ilegales son sus autores, las autoridades y funcionarios de la Administración. Bien es verdad que, a veces, el legislador, previendo el caso de que el tercero perjudicado no consiga la reparación del funcionario culpable por insolvencia de éste, permite que *luego* de tal intento infructuoso, se dirija frente a la Administración (responsabilidad subsidiaria de la Administración,) pero aun en este caso quien directamente y en primer término responde es el funcionario.

Pero el instituto de la responsabilidad de la Administración, siquiera sea en la forma subsidiaria que acabamos de decir, tampoco tiene, ni con mucho, vigencia universal; en la mayoría de los casos, el funcionario responde de los daños causados por el acto ilegal, no sólo directamente, sino también *exclusivamente*, de forma que el perjudicado sólo dispone de acción frente a él, frente al funcionario.

Llevadas las cosas a este terreno, que ciertamente es el supuesto general en el Derecho español, puede darse al problema diversas soluciones: *a)* Que el funcionario responda frente al perjudicado con arreglo a las normas que regulan la exacción de responsabilidad a cualquier otra persona; es la solución del Derecho inglés. *b)* Que para exigirle responsabilidad al funcionario se requiere previamente la autorización del superior jerárquico, de la Administración y, en definitiva, del Rey (así, en *L'Ancien Régime*). *c)* Que tal autorización, en forma de declaración de la admisibilidad de la demanda, corresponda a un órgano jurisdiccional superior, por ejemplo, en el Derecho francés actual, al Tribunal de Conflictos (1); y

(1) WALINE, *Traité de Droit administratif*, 5.^a ed., París, 1950, págs. 329-36.

d) Que no se requiera dicha autorización, pero sí una previa reclamación frente al propio funcionario, tratando de conseguir la anulación del supuesto acto ilegal y lesivo y anunciando, para el caso de que fracase dicho trámite, la interposición de la demanda de responsabilidad civil; es la solución adoptada por el Derecho español en la ley de 5 de abril de 1904.

En consecuencia, nosotros vamos a estudiar la responsabilidad civil en los funcionarios tal como la han configurado la citada ley de 1904 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde un punto de vista predominantemente procesal (tal es el carácter y naturaleza de dicha ley) prescindiendo de si debía o no responder la Administración en todos los casos, problema éste ampliamente estudiado por la doctrina (preferentemente extranjera) (2), aunque no omitiremos tampoco las observaciones críticas cuando la exposición del tema lo exija o aconseje.

La propia ley de 1904 marca los límites naturales de este trabajo cuando habla en su párrafo inicial de «los funcionarios *civiles* del orden *gubernativo...*».

De aquí que sólo se estudie la responsabilidad de los funcionarios de la llamada «Administración civil», con exclusión de la de los jueces y magistrados (que regula la LEC., arts. 903-18), la de los funcionarios militares y la de los propios órganos administrativos cuando actúen política o jurisdiccionalmente; de otra parte, queda también fuera de este estudio la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos cuando dimane, no de infracciones administrativas, sino de infracciones penales, es decir, la responsabilidad civil derivada de hechos sancionados en el correspondiente Código y leyes penales especiales.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA

La figura que nos ocupa puede definirse como el proceso especial que tiene por objeto el exigir a un funcionario administrativo

(2) Cfr.: BONNARD, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Grande-Bretagne, aux Etats Unis et en Allemagne*, París, 1916; COT, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, París, 1922; DI VARACH, *La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français*, Reinas, 1936; WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour les fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, en «Rev. Droit public», 1948, 5; SCOLARI, *La responsabilità di pubblici ufficiali*, en «Nueva Antología», t. XXV; VALENTI, *La responsabilità degli amministratori e degli impiegati degli enti autarchici*, Roma, 1927; GISCY, *La Corte dei conti e la responsabilità degli impiegati per danni verse lo Stato*, 1931; TRENTIN, *La responsabilità collegiale*, Milano, 1919; GORDON, *La responsabilité civile des Ministres*, en «Rev. Sc. et législation financières», 1932; BONASI, *Responsabilità penale e civile dei Ministri*, Bologna, 1874, etc. Y vide, especialmente, SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit françois*, París, 1951.

la responsabilidad (civil) dimanante de una infracción (administrativa) a él imputable.

Que se trata de un proceso civil no parece requiera más explicación; sí conviene, en cambio, advertir que, a diferencia de la responsabilidad civil derivada de delito y que declara el propio juez que conoce de la infracción penal (lo que evita el proceso civil subsiguiente) el juez que conoce de la infracción administrativa se limita a declarar ésta cuando el demandante es un funcionario de la Administración Central, mas no la responsabilidad civil que de aquella infracción pueda derivarse, lo que fuerza al perjudicado a promover un segundo proceso, el que nosotros estudiamos; lo contrario sucede cuando el presunto infractor sea funcionario de una Entidad local, pues según el artículo 378 del novísimo Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, «el Tribunal que hubiere conocido en primera o única instancia del recurso interpuesto contra el acto o acuerdo declarado ilegal, será también competente para entender de la demanda de indemnización, y el particular lesionado podrá pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al impugnar la ilegalidad de dicho acto o acuerdo».

La especialidad de este proceso se justifica políticamente por tratarse de un presunto responsable—el funcionario—escurridizo, a veces, y por ventura reforzado por la Administración, en especial por los superiores jerárquicos, y, en definitiva, por tratarse de un órgano o agente público que va a ser juzgado por otro órgano público (3).

Jurídicamente, positivamente, todos los países de régimen administrativo conocen la existencia de este proceso especial, en mayor o menor medida según los casos. Por lo que respecta al Derecho español este proceso viene regulado fundamentalmente en tres normas: la ley de 5 de abril de 1904 (en lo sucesivo, L), su Reglamento de 23 de septiembre del mismo año (en adelante, R) y el R. D. de 18 de enero de 1924. Todos y cada uno de sus preceptos son especiales frente a la LEC., que sólo rige en este punto con carácter supletorio y en la medida que consientan aquellas normas especiales (art. 28. R.).

Otras normas se remiten expresamente a las citadas, si bien, a veces, introduzcan importantes modificaciones, según se dirá en su momento oportuno: Reglamento de procedimiento administrativo

(3) PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1949, II, págs. 177-79. La sistemática aquí seguida se ajusta en gran parte al esquema que traza dicho autor en las dos páginas que dedica a esta figura procesal. También con la misma brevedad puede verse: PLAZA, *Derecho procesal civil español*, 2 ed., Madrid, 1945, II, págs. 377-79. En las *Lecciones de Derecho procesal*, de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (Madrid, 1946, vol. I, pág. 344), no se estudia este proceso, aunque se alude a él.

del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 1917, artículo 336; Reglamento del de la Gobernación de 31 de enero de 1947, disposición final primera; Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, artículo 414 (con anterioridad: Estatuto municipal, art. 258; Estatuto provincial, art. 177; Ley municipal de 1935, art. 209); Reglamento de Régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, artículo 378.

La especialidad de que hablamos viene explícitamente admitida y razonada por nuestro T. S. en su S. de 4 de julio de 1941 en estos términos: «Considerando, que, aparte de ello, las construcciones dogmáticas, más o menos autorizadas y razonables que puedan ser pertinentes cuando se trata de la responsabilidad civil ordinaria, no siempre son perfectamente adaptables cuando lo que se reclama es la responsabilidad de los funcionarios por la violación culposa de su deber oficial, modalidad que tiene matices muy peculiares y ha reclamado, por razón de ellos, estatutos especiales, entre los que descuelga la ley de 5 de abril de 1904, que al regular la responsabilidad de los funcionarios del orden gubernativo que en el ejercicio de sus cargos infrinjan por acción u omisión algún precepto, se ve obligada a establecer determinadas prescripciones que suponen un límite al juego de los principios del derecho común, no precisamente como un privilegio de clase, sino por razones de interés social y como garantía de la serenidad e independencia que deben presidir el ejercicio de las actividades encomendadas al funcionario.»

Ya con anterioridad, en la S. de 9 de abril de 1932, separando la responsabilidad que nos ocupa de la derivada de delito, decía el T. S. que «tampoco pueden servir de fundamento admisible para la acción que ahora se trata de ejercitar los preceptos legales relativos a la responsabilidad nacida del delito; en primer lugar, porque para ello sería necesaria la declaración fehaciente de la existencia del delito, lo que ni consta en este caso, ni puede hacer el Tribunal dentro de la jurisdicción en que ahora actúa, siquiera fuese por vía de supuesto, y además porque, aun constando, tampoco sería de aplicación la ley de 5 de abril de 1904 a cuyo amparo se formula y tramita esta demanda, porque *la responsabilidad que define es una de carácter especial* independiente de la común derivada de delito, según lo evidencia al exigir para su aplicación el cumplimiento de requisitos, condiciones y trámites peculiares y no precisos cuando se trata de responsabilidad civil ordinaria, como son la previa reclamación escrita, la especialidad de jurisdicción, la exoneración de responsabilidad de los inferiores por la aprobación expresa o presunta por el superior en cuanto a sus actos, la prescripción en plazo abreviado, etc., todo lo cual indica que se trata de modalidad independiente y especial para los funcionarios como tales, además de la común aplicable a todos los ciudadanos, sean o no funcionarios, sin constituir aquella excepción.

ción que exima de la regla por privilegio de clase, bien ajeno al espíritu en que la ley especial se inspira» (4).

Por otra parte, la acción que el perjudicado tiene frente al autor del acto lesivo, frente al funcionario, es por completo independiente de la que en ocasiones puede asistirle frente a la propia Administración (5).

(4) Dicho se está que con la responsabilidad civil pueden coexistir sanciones administrativas, y aun penales, si de la infracción se deriva la existencia de delito: ambos supuestos están previstos en los artículos 13, 17, 26 y 31 del Reglamento de 23 de septiembre de 1904.

(5) Tal es la situación en nuestro Derecho local (L. R. L., arts. 405-14) como lo era ya con anterioridad (E. M., arts. 238, 257, 258; E. P., arts. 146, 177; L. M., arts. 208, 209). Así lo declara el T. S. en estas sentencias:

«Que conforme al artículo 1.^o de la ley de 5 de abril de 1904, los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo, cualquiera que sea su clase y categoría, que en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos u omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, quedarán obligados a resarcir al reclamante agraviado de los daños y perjuicios causados por tal infracción legal; responsabilidad que es extensiva a quienes ejerzan funciones en la administración municipal o provincial, designados por el Gobierno, por Ministerio de la ley o por elección popular; y si bien es verdad que el artículo 238 del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, para mayor garantía y protección de los secretarios municipales que hayan obtenido ante el tribunal competente la declaración de ser indebida la destitución o suspensión de que hayan sido víctimas, les concede el derecho de exigir del respectivo Ayuntamiento el abono del sueldo que dejaren de percibir, no cabe entender que esta disposición deje sin efecto la ley de responsabilidad civil de los funcionarios públicos y la consiguiente acción directa que contra los mismos en ella se establece, puesto que precisamente el artículo 258 del propio Estatuto se cuida de dejar a salvo la aplicación de dicha ley al declarar, en términos generales, que «cuálquiera persona individual o colectiva interesada, puede exigir la responsabilidad civil del Alcalde, concejales y autoridades o funcionarios municipales por los trámites de la ley de 5 de abril de 1904 y su reglamento», sin que sea preciso, a estos efectos, el previo recordatorio por escrito de las disposiciones legales aplicables, que exige el artículo 1.^o de esa ley. Considerando que, sentado lo anterior, caen por su base los razonamientos del motivo primero del presente recurso, que denuncia las infracciones, por aplicación indebida del artículo 1.^o de la ley de 5 de abril de 1904, y por falta de aplicación del artículo 238 del Estatuto municipal y de los artículos 1.089 y 1.091 del Código civil, a virtud de no haberse ajustado la sentencia recurrida a los pronunciamientos del fallo del Tribunal provincial contencioso-administrativo, que era una transcripción exacta del citado artículo 238 del Estatuto municipal, pues ni es exacto que la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa constituya el título y no un simple presupuesto, del ejercicio de la acción de naturaleza civil que ha esgrimido el autor en estos autos, ni tampoco es admisible la tesis de que la acción contra el Alcalde y concejales sea subsidiaria de la que se dirija contra el Ayuntamiento, toda vez que esa condición no está en la letra ni en el espíritu de la ley de 1904, que quiso establecer una acción independiente de las que pudieran existir contra la Administración» (Sentencia de 12 de marzo de 1936).

Y la de 17 de junio de 1940, después de repetir la anterior casi literalmente, añade que «sentado lo anterior, preciso se hace estimar que la sentencia recurrida al absolver de la demanda base de estos autos, por entender que el demandante perdió el derecho a promover el recurso de responsabilidad civil por no haber solicitado ante el Tribunal contencioso-administrativo, al par que la reposición en el cargo, el abono de los sueldos dejados de percibir y

III. TRIBUNALES COMPETENTES

Los tribunales competentes son los «ordinarios» o civiles. Pero la especialidad del proceso que nos ocupa ha llevado a nuestro legislador a excluir de su conocimiento a los únicos tribunales a quienes correspondería según el Derecho común, es decir, a los Juzgados de Primera Instancia, señalando al efecto los tribunales competentes en función de la categoría de los funcionarios demandados.

1. *Ministros*.—Según la ley (art. 4, párrafo 1), «cuando alguno de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio del cargo de Ministro de la Corona, quedará reservado al Senado el conocimiento de la demanda íntegra. El Senado delegará su jurisdicción para cada caso en una comisión de siete individuos, para cuya elección cada senador podrá votar cuatro miembros. En estos juicios podrá mostrarse parte el Congreso de los Diputados, por medio de un comisario elegido en cada caso, que intervendrá como Fiscal». (vid. también art. 10, párrafo 1 y 21 R.).

Pero las normas transcritas carecen de aplicación desde que se promulgó el R. D. de 18 de enero de 1924, que transfirió la competencia del Senado al Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de justicia.

La reforma llevada a cabo por la Dictadura fué lógica política y jurídicamente; políticamente, por cuanto la crisis sufrida en aquel tiempo por nuestros Cuerpos Colegisladores hizo imposible su funcionamiento, tanto en la actividad legislativa como en la jurisdiccional; jurídicamente, por cuanto no se ve razón alguna para que el Senado actuara como tribunal en las demandas de responsabilidad civil de los ministros, antes al contrario, más en este caso que en cualquier otro debe actuar un auténtico órgano jurisdiccional, dotado de la máxima competencia y desposeído de toda pasión política, que, tan difícil sería evitar en el Senado, bien en favor, bien en contra de los ministros demandados.

Llevada a cabo por la República la revisión de la obra legislativa de las dictaduras, cabría preguntarse por la vigencia del R. D. de 18 de enero de 1924; que sepamos nosotros no fué objeto esta disposición de sanción expresa, por lo que a tenor del D. de 15 de abril de 1931, dicho R. D. debía considerarse vigente tan sólo en lo que no se opusiera a una ley votada en Cor-

que ahora pide, ha infringido el artículo 1.^o de la ley de 5 de abril de 1904, el 238 del Estatuto municipal, que en la sentencia se cita como premisa obligada del fallo, y las demás del propio Estatuto que en el recurso de casación se indican, y, en su consecuencia, procede casar y anular dicha sentencia con los demás pronunciamientos de la ley».

tes, es decir, en nuestro caso, carente en absoluto de eficacia, ya que todo él se contradice abiertamente con la Ley de 1904. No obstante, en la práctica ha venido aplicándose el R. D. de 1924 (vid., por ejemplo, la Sentencia de 9 de abril de 1932), a lo que ha contribuido, de un lado, el indudable acierto que presidió la reforma y, de otro, el régimen unicameral tanto de la República como del Nuevo Estado, régimen distinto al bicameral de la Monarquía, imprescindible para que pudiera aplicarse en todos sus puntos el artículo 4 de la ley de 1904.

2. *Funcionarios superiores*.—Según el artículo 5 de la Ley (y art. 10, § 2 R.) «cuando alguno de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio de cargo propio o sustituido que corresponda a la categoría de Jefe superior de Administración o Jefe de Administración de primera clase o categoría que goce de equivalente dotación, el conocimiento de la demanda íntegra quedará reservado a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo».

En este caso se encuentran los Gobernadores civiles, cuya categoría es precisamente la de Jefes Superiores de Administración civil (art. 216 de la Ley de Régimen Local de 1950).

3. *Funcionarios inferiores*.—Por último señala la ley en su artículo 6 (y R. art. 10, § 3), que «fuera de los casos reservados por los precedentes artículos al Tribunal Supremo, conocerá en única instancia de las demandas de responsabilidad la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial en cuya demarcación hubiere funcionado la persona de mayor categoría que figure entre los demandados como responsables.

Cuando entre los comprendidos en una misma demanda no exista diferencia de categoría, será competente, a elección del demandante, cualquiera de las Audiencias territoriales en cuyas demarcaciones hayan ejercido aquéllos las funciones públicas que den lugar al juicio» (6).

4. *Casos especiales*.—La aplicación de los preceptos transcritos ha originado dudas, no siempre fundadas, que es oportuno aclarar.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, por economía procesal, el tribunal competente para conocer de la demanda dirigida frente a varios funcionarios de distinta categoría es el que en caso de demandas separadas hubiera sido competente para conocer de la demanda de responsabilidad del funcionario de superior categoría; y ello, no sólo en el caso, expresado claramente en la ley (art. 6, 2), de tratarse de funcionarios todos ellos inferiores en categoría a Jefe de Administración de primera clase con el fin de determinar la Audiencia territorial competente, sino

(6) La responsabilidad de las Autoridades y funcionarios locales se exige siempre ante la Sala de lo civil de la correspondiente Audiencia territorial. Esto dice la L. R. L. en su artículo 414; visto el artículo 378 del Reglamento de régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, no va a ser nada fácil aplicar dicho artículo 414 de la ley.

también en cualquier otro supuesto: en consecuencia, basta que uno solo de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio del cargo de ministro para que el conocimiento de la demanda íntegra corresponda al Tribunal Supremo en pleno (R. D. de 18 de enero de 1924), como basta también que uno solo de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio de cargo propio o sustituido que corresponda a la categoría de Jefe Superior de Administración o Jefe de Administración de primera clase o a categoría que goce de equivalente dotación, para que el conocimiento de la demanda íntegra quede reservado a la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (art. 5, L.).

Otras cuestiones de interés ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para que el tribunal pueda válidamente abstenerse de la demanda interpuesta por incompetencia por razón de la materia conforme al artículo 74 de la LEC., es indispensable que el conocimiento de la acción ejercitada no corresponda en modo alguno al mismo, por lo que se revoca la declaración de incompetencia de la Audiencia territorial en un caso de responsabilidad de Diputados provinciales (S. de 19 de mayo de 1932).

En cambio, el T. S. (S. 17 de marzo de 1917), admite, aunque sea dudoso que con acierto, la sumisión tácita prevista en los artículos 56 y 58 de la LEC.: unos funcionarios provinciales destituidos demandaron a varios diputados en concepto de particulares ante el Juzgado de Primera Instancia; comparecieron los diputados, contestaron la demanda, etc., pero después de evacuarse los traslados conferidos para conclusiones, el juez, oído el fiscal, acordó abstenerse, lo que hizo mediante el oportuno auto declarándose incompetente para conocer del asunto, auto que confirmó la audiencia y que revocó el T. S. por entender que hubo en este caso sumisión tácita, debiendo por ello continuarse el procedimiento iniciado de mayor cuantía, sin que en este caso y momento procesal pudiera el Juez abstenerse al amparo del artículo 74 de la LEC.

Si los demandados son los concejales de un Ayuntamiento, por un acuerdo adoptado en cumplimiento de disposición del Gobierno acordando la inejecución de una sentencia de lo contencioso-administrativo, no es competente el T. S., sino la Audiencia del territorio correspondiente (S. de 5 de octubre de 1932).

IV. LAS PARTES

SU LEGITIMACION

1. Demandante.—Está legitimado para ser demandante en esta clase de procesos quien haya sufrido daños y perjuicios a

causa de la infracción legal, sus representantes legítimos o causahabientes con arreglo al Derecho civil y toda Corporación cuya existencia esté legalmente autorizada, en nombre de cualquiera de sus individuos, siempre que justifique que lo hace a requerimiento del perjudicado y subrogándose en sus derechos, obligaciones y responsabilidades (L. 1 y art. adicional; R. art. 7).

El Reglamento da en su artículo 6 un ejemplo de litisconsorcio necesario, al exigir que los interesados deberán demandar (o defenderse), juntos siempre que exista entre ellos solidaridad de intereses o cuando las acciones (u obligaciones), nazcan del mismo acto u omisión originario de la reclamación; en estos casos designarán el domicilio de uno de ellos, a los efectos de notificaciones, emplazamientos y requerimientos judiciales (vid. por ejemplo la S. de 9 de junio de 1933).

Veamos ahora qué es lo que puede exigir el demandante en este proceso y cómo debe hacerlo. El demandante ha de fundar su pretensión, no sólo en una infracción legal llevada a cabo por el demandado (luego veremos quién es), sino que ha de alegar además la existencia de daños y perjuicios, de una lesión en sus derechos o intereses derivada de aquella infracción (art. 1, L.), que habrán de ser indemnizados por el demandado en la cuantía en que se estimen en el juicio (art. 1 R.).

Al demandante incumbe justificar en el término que se otorgue para prueba el hecho de haber sufrido el perjuicio cuya indemnización reclama, la cuantía del mismo y que dimana directamente del agravio inferido a su derecho por la acción u omisión del funcionario contra quien dirige la acción (art. 16 R.) (7).

En resumen, el demandante ha de probar la realidad y cuantía del perjuicio y el nexo de causalidad respecto de la infracción legal cometida por el funcionario demandado.

Jurisprudencia. Daños y perjuicios indemnizables.—Destituído ilegalmente un Secretario de Ayuntamiento por su Alcalde y Concejales, se condena solidariamente a éstos y a los causahabientes de los ya fallecidos al pago de los sueldos no percibidos, de los honorarios del Letrado que dirigió y defendió al destituido hasta que se le repuso en el cargo definitivamente «de quinientas pesetas por el propio trabajo personal del interesado, y sus gastos de toda clase invertidos en la gestión de su defensa y por último al interés legal del importe de los mismos haberes, a contar desde la interposición de la demanda hasta su completo pago» (S. de 2 de marzo de 1915).

El Alcalde y concejales declararon responsable a un recaudador y embargaron y vendieron sus bienes; interpuesta demanda

(7) Según el artículo 25 del Reglamento, cuando fuese condenatoria la sentencia, debía fijar la cantidad importe de los daños y perjuicios, «según el prudente arbitrio del Tribunal sentenciador», es decir, del Senado, ya que se refería al juicio de responsabilidad civil de los Ministros: carece hoy de aplicación, después de promulgarse el R. D. de 18 de enero de 1924.

por el recaudador, prospera y se condena a aquéllos al pago del producto de la venta de las fincas, más lo que éstas habían producido, deducidos los gastos justos y legítimos que causaron dichas fincas (S. de 17 de abril de 1915).

Los sueldos no percibidos por un funcionario ilegalmente destituido son daños resarcibles comprendidos en los preceptos de la ley de 1904 (S. de 1 de junio de 1943) y lo mismo los gastos sufridos por el demandante en los pleitos contencioso-administrativos entablados para conseguir su reposición en el cargo (otra S. de la misma fecha que la anterior).

«Considerando, que si bien es cierto que el mencionado Secretario fué suspendido en su cargo por el Presidente de la Junta Municipal Republicana, de B., en 23 de abril de 1931; que esta suspensión fué aprobada por dicha Junta en 25 del mismo mes y que habiendo sido repuesto en su cargo, fué dicho funcionario nuevamente suspendido por el Ayuntamiento, en 10 de noviembre de 1932, no es menos cierto que contra tales acuerdos no interpuso el interesado los recursos procedentes ante los tribunales, quienes por lo mismo no pudieron pronunciarse sobre ellos, ni declarar su nulidad, y como esta declaración es indispensable, conforme a las disposiciones citadas, para que los Ayuntamientos puedan ejercitar la acción civil contra los concejales que votaron el acuerdo declarado nulo, la demanda en cuanto solicita el abono de los sueldos correspondientes al tiempo que duró la suspensión del Secretario, no puede ser estimada, debiendo serlo únicamente por lo que se refiere a los sueldos que correspondan al tiempo transcurrido desde la fecha del acuerdo de su destitución de 17 de enero de 1933 que es el que fué revocado por el Tribunal contencioso-administrativo de Valencia, hasta la del fallecimiento de dicho funcionario, ocurrido en 5 de septiembre de 1936, teniendo en cuenta que el importe de los sueldos expresados ha de establecerse sobre la base de 4.000 pesetas anuales que era, según se ha justificado por la certificación correspondiente, lo que el Secretario percibía» (S. de 29 de marzo de 1947).

Relación de causa a efecto entre la infracción y los daños y perjuicios.—En cuanto al nexo de causalidad entre la infracción y los perjuicios, ha sentado el T. S. que para que prospere la acción hay que probar que hubo perjuicio y agravio, y no lo hubo en este caso: un profesor de la Escuela Normal tenía retenido el sueldo judicialmente a favor de X; luego se presentó otro mandamiento de retención contra el mismo sueldo, y el Director de la Normal ordenó al habilitado que suspendiese la retención que venía practicándose, hasta que el Juez dijera qué obligación había de ser preferente. Levantada luego la suspensión por el Director, se entregó a X todo lo retenido: éste funda la realidad de sus perjuicios en los gastos que tuvo que hacer con motivo de la suspensión acordada por el Director y que ordenó

al habilitado, pero son gastos, dice el T. S. que no ha probado el demandante que fueran consecuencia del acuerdo de suspensión, pues las diligencias que promovió el actor y cuyo importe reclama ahora no ha probado que fueran consecuencia ineludible de la razonable consulta que quería hacer e hizo el Director al Juez, sobre qué crédito de los dos era preferente (S. de 27 de junio de 1919).

El demandado responde por daños derivados de los actos propios y no de los ajenos.—«Considerando... que al determinar en la especie sometida su decisión, el alcance de la responsabilidad de los concejales demandados limitándola a los daños de que el acuerdo ilegal fué causa directa y exclusiva, ha tenido en cuenta las particularidades todas del caso discutido que han permitido al juzgador marcar por períodos de tiempo los daños y perjuicios objeto de la demanda y enfocar con relación a dichos períodos el problema del nexo causal... el principio de ilimitación del efecto dañoso que el recurrente cree encontrar en los fallos que cita, está contradicho en la sentencia más reciente de 8 de abril de 1935, que invocando no sólo los textos de la ley especial sobre responsabilidad de los funcionarios, sino también los del Código civil, estimó ajustada a Derecho la *limitación de responsabilidad de los concejales a los daños y perjuicios directamente derivados de su acto propio*, sin extenderla a los que tuvieran su origen en resoluciones ajenas» (S. de 4 de julio de 1941).

«Considerando que los daños y perjuicios que los funcionarios están obligados a resarcir son los causados por infracción lesiva de que sean responsables y no los debidos a otras causas o a actos u omisiones de otras personas, no pudiendo prolongarse indefinidamente la responsabilidad inicial por una simple conexión de hechos posteriores, en la que dicha responsabilidad no persista por interferencias de otras intervenciones u omisiones no imputables a los autores de la infracción reclamada, y en este caso el Ayuntamiento repuesto en 6 de marzo de 1934, que celebró su primera sesión el 19 del mismo mes y año, tuvo en sus atribuciones desde su constitución evitar la continuación del daño que el recurrente sufría y no lo hizo, no obstante, acordar en dicha fecha la ratificación del acuerdo de destitución del señor F. adoptado en 27 de abril de 1932, y en 26 de noviembre del citado año 1934 la reposición del acuerdo del sobreseimiento del expediente instruido contra el mismo, y por otra parte no consta que el recurrente hiciera petición ni diligencia alguna para obtener el restablecimiento de su derecho, de lo que se infiere que si bien la separación ilegal del señor P. fué dictada por el Ayuntamiento interino, que como tal no tenía atribuciones para ello, el mantenimiento de dicha separación que indebidamente subsista ya no es imputable a los concejales de dicho Ayuntamiento que habían cesado en su gestión, por lo que debe ser estimada la obliga-

ción de resarcir daños y perjuicios en concepto de sueldo no percibido únicamente por el tiempo transcurrido desde 2 de julio de 1932 hasta el 6 de marzo de 1934, no pudiendo ser atendida por la misma razón expuesta, la petición relativa a la diferencia entre el sueldo que el recurrente percibió mientras fué secretario del Ayuntamiento de S., y el que hubiera percibido de haber continuado desempeñando la secretaría del Ayuntamiento de V» (S. de 1 de junio de 1943).

2. *Demandado.*—La Legitimación pasiva recae en principio en funcionarios del Estado, de la provincia o del municipio, pero la propia ley (art. 1) limita por una parte y amplía por otra, con respecto al funcionario, las personas que pueden ser demandadas en este proceso especial.

Los límites vienen marcados por la exclusión de los jueces y magistrados (que ciertamente son funcionarios) y de los militares, al hablar de «los funcionarios civiles del orden gubernativo...».

Por otra parte, decíamos, amplía el concepto de funcionario al abarcar «desde Ministro de la Corona hasta agente de la autoridad», pues en sentido técnico y restringido no cabe llamar funcionario a quien, como el Ministro, no goza de permanencia ni figura en ningún escalafón de funcionarios. Desde este punto de vista, el concepto de funcionario para la ley de 1904, según se desprende del inciso final del párrafo primero del artículo 1.^º («quienes ejerzan funciones... designados por el Gobierno, por ministerio de la Ley o por elección popular»), es idéntico al adoptado por el Código penal en su artículo 119, aunque más restringido, según creemos, que el definido por la jurisprudencia de la Sala 2.^a o de lo Criminal del Tribunal Supremo, que califica funcionario, en el sentido más amplio, a cualquiera que realice funciones públicas, aunque no esté al servicio del Estado, de la Provincia o del Municipio (por ejemplo, a los funcionarios de Falange Española Tradicionalista y otras corporaciones).

Según se desprende del artículo 1.^º de la ley de 1904, ésta sólo es aplicable a los funcionarios de las administraciones territoriales; es decir, del Estado, Provincia o Municipio.

La responsabilidad recae sobre quien en el ejercicio de su cargo infrinja con actos u omisiones algún precepto, o sea sobre el autor del acto u omisión correspondiente. La Ley de Régimen Local determina, en su artículo 413, que serán responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales las personas que los hubiesen votado, y aun el secretario y el interventor, dentro de su respectiva esfera de acción, si no advierten a la Corporación las manifiestas infracciones legales en que pueden incurrir con sus acuerdos. Según los Estatutos municipal (art. 271) y provincial (artículo 176), los concejales y diputados que no hubiesen asistido a la sesión en que se adoptó el acuerdo eran también responsables

si no estaban ausentes con licencia oficial y dejases transcurrir las dos sesiones siguientes sin salvar su voto. La Ley municipal de 1935 (art. 213) establecía reglas análogas a las contenidas en el artículo 413 de la L. R. L., pero añadiendo que si el secretario o el interventor no hubiesen cumplido con su obligación de advertir al Ayuntamiento las infracciones legales en que podían incurrir con sus acuerdos, quedaban libres de responsabilidad aquellos concejales que no poseyeran ninguna clase de título académico o profesional.

De la naturaleza civil y contenido eminentemente patrimonial de la responsabilidad de que se trata deriva lógicamente que respondan también los herederos de los culpables de la infracción le-
siva (L. art. 2, párrafo 1), y asimismo aparece plenamente justificado, dada la estructura fuertemente jerarquizada de la Administración, que el superior que apruebe expresamente (y, *a fortiori*, que ordene) el acto u omisión que ocasionen los daños y perjuicios, asuma la responsabilidad exonerando a los inferiores (8), sin que a estos efectos—añade incomprensible e innecesariamente la ley (artículo 2, párrafo 2)—los Tribunales de lo Contencioso-administrativo se consideren superiores jerárquicos de las autoridades cuyas resoluciones revisaron; incomprensible esta salvedad porque, como veremos más adelante, la responsabilidad de los funcionarios sólo es exigible si con anterioridad al proceso civil que estudiamos se ha obtenido una sentencia de lo contencioso-administrativo declaratoria de la infracción legal que origina la responsabilidad o, en otras palabras, sólo es exigible la responsabilidad civil cuando los Tribunales de lo Contencioso-administrativo «no aprueban» la actuación de los funcionarios de que se trata, aparte de que era innecesaria la «excepción» contenida en el precepto que se comenta, pues nadie puede considerar a ningún efecto a los Tribunales de lo contencioso-administrativo como superiores de las autoridades cuyos acuerdos revisan.

Por último, hay que tener en cuenta, como ya se advirtió, que los demandados han de defenderse juntos (art. 6, R.).

Sabemos que por definición el demandado en esa clase de procesos es un funcionario actuando como tal, pero ¿cuál es la causa de legitimación pasiva?, o sea ¿en virtud de qué causa puede ser demandado? La respuesta nos la da la ley en su artículo 1: El

(8) Artículo 8.^o del Reglamento: «Tan luego como se formule a un funcionario la reclamación escrita que determina esta ley, podrá éste pedir que la Superioridad intervenga, desde luego, en conocimiento del expediente en que se intenta o se prepara la acción de responsabilidad. Este recurso del funcionario tendrá por objeto que su proceder sea apreciado por sus superiores

En el caso de que resultara haber habido error en el recurso, se subsanará éste administrativamente. No estimándose cometido el error, se entenderá recaída la aprobación de la Superioridad a los efectos del párrafo 2.^o, artículo 2.^o de la ley.

Si la Superioridad, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de haberse sometido el asunto a los efectos de este artículo, no dictare resolución advirtiendo el error cometido, se entenderá recaída su aprobación».

funcionario puede llegar a ser demandado cuando en el ejercicio de su cargo infrinja con actos u omisiones algún precepto legal (o reglamentario) (cfr. Ss. de 29 de diciembre de 1929 y 12 de febrero de 1936), actos u omisiones «voluntarios», según puntualiza el Reglamento en su artículo 1.

Más detalladamente, el artículo 2 del propio Reglamento dice que se entenderán actos y omisiones lesivos los realizados con infracción de precepto legal expreso en agravio de un derecho definido en disposición legal y la inobservancia de trámites o diligencia de sustanciación prevenidos por la ley o reglamento vigentes, siempre que la acción u omisión no puedan ser asimismo imputables al que se dice perjudicado.

Jurisprudencia.—*La responsabilidad ha de dimanar de un acto administrativo y no «judicial».*—El Tribunal Supremo exige, en primer lugar, que el demandado haya actuado como tal funcionario de la Administración; por ello, la sentencia de 9 de abril de 1932 excluye el caso de la responsabilidad de los ministros que acuerden la inejecución de sentencias de lo contencioso-administrativo, pues según el Tribunal Supremo, dicha ejecución o inejecución no supone ejercicio de funciones administrativas, sino de funciones en cierto modo jurisdiccionales.

Dice así la sentencia de 9 de abril de 1932: «Considerando que la ley de Responsabilidad civil que en la súplica de la demanda se invoca como norma concede acción para reclamar en procedimiento especial contra actos u omisiones infractores de preceptos y que tengan origen en funciones de carácter gubernativo, es decir, emanados de funcionarios de ese orden usando de su peculiar y propia iniciativa, con acción independiente, lo que no puede decirse que suceda con el cumplimiento de los fallos de los Tribunales de lo contencioso-administrativo; cumplimiento que estando por la ley encomendado a la propia Administración en consideración a su naturaleza de potestad pública, no pierde, sin embargo, su esencia judicial obrando aquélla en casos tales como por delegación o comisión del Tribunal sentenciador, al que su ley orgánica encarga velar por el cumplimiento de sus fallos adoptando las medidas para ello adecuadas, que sin la expresada consideración constituirían verdadera injerencia de un Poder del Estado en la esfera de acción de otro, lo cual es absurdo suponer que la ley lo admite.»

La responsabilidad ha de derivar de un acto no delictivo.—La responsabilidad se basa en una infracción legal o reglamentaria de carácter administrativo que no constituya un delito (cfr. el «considerando» de la misma sentencia de 9 de abril de 1932 transcrita en el capítulo II de este trabajo), pues en este caso la propia ley de 1904, aunque innecesariamente, otorga la competencia a los Tribunales de lo criminal (art. 10) y se rige y exige la responsabilidad conforme al Código penal y L. E. Cr.

La responsabilidad ha de derivarse de una infracción manifiesta y grave.—Por otra parte, la infracción ha de ser manifiesta, no en cuanto querida, como se dirá luego, sino en cuanto imputable al funcionario y grave, es decir, en cuanto supone culpa o negligencia, sin que baste el mero error proveniente de ordinario de una distinta interpretación de los preceptos legales, diversidad de interpretación que no supone, evidentemente, verdadera infracción, pues de lo contrario toda revocación de un acto por los Tribunales contenciosoadministrativos llevaría consigo la subsiguiente declaración de responsabilidad.

La sentencia de 20 de marzo de 1946 se manifiesta en este sentido al revocar la recurrida de la Audiencia territorial en estos términos: «Considerando que de igual modo indebidamente aplica dicha Sala la doctrina sentada en la sentencia de este Tribunal de 7 de julio de 1933, citada también en el primer motivo del recurso, en cuya sentencia se establece como excepción a la responsabilidad civil de los funcionarios exigible con arreglo a lo dispuesto en la citada ley de 5 de abril de 1904 por infracción de algún precepto legal mediante la culpa o negligencia que prevé el artículo 1.902 del Código civil o por ignorancia inexcusable, error manifiesto, injusticia notoria, falta de celo, etc., la de que el acuerdo en que funde el demandante la responsabilidad que exija se haya adoptado por un mero error, constituyendo sólo una discrepancia de criterio entre lo resuelto por el inferior y el superior; y haciendo aplicación de esa doctrina al caso en aquel recurso tratado, y estimando que la Diputación provincial de Córdoba tenía, en virtud de determinado precepto reglamentario facultades para examinar un expediente de oposiciones y según su resultancia resolverlo en uno u otro sentido, aunque el acuerdo recaído fué revocado por el Tribunal de lo contenciosoadministrativo, como esto sólo probaba que los que lo adoptaron incurrieron en un simple error en la valoración de sus elementos de juicio, pero no la concurrencia de culpa o negligencia, no se dió en consecuencia lugar a la responsabilidad exigida; caso que no guarda analogía con el de autos, en el que no se trata de una resolución que podía dictar la comisión gestora del Ayuntamiento de Langreo en uno u otro sentido, según los antecedentes de la misma, sino de una infracción clara y terminante de un precepto reglamentario que les impedía adoptar determinada resolución, la que acordaron con conocimiento de la infracción que cometían, siendo, por ende, como antes se dice, inaplicable por completo la doctrina de aquella sentencia en este juicio.»

El incumplimiento de contratos celebrados por la Administración no puede servir de base a este proceso.—Y mucho menos puede utilizarse este proceso especial de responsabilidad civil de funcionarios como medida para exigir el cumplimiento por la Administración de los contratos que ella halla celebrado con los particu-

lares, cumplimiento que se ha de lograr a través de un proceso administrativo o de uno civil ordinario (pero sin que ni en uno ni en otro sea el demandado un funcionario), según la naturaleza del contrato celebrado.

La sentencia de 12 de febrero de 1936 ha declarado a este respecto: «... debe desestimarse el recurso, tanto más cuanto al pretender señalar el señor C. en el mismo la supuesta infracción por los demandados y en la sentencia impugnada, por tanto, del artículo 1.091 del Código civil no alegado en su demanda, relativo a las obligaciones que nacen de los contratos viene de un modo abierto a reconocer que, como entendió la Sala sentenciadora, lo que trata de exigir a los demandados en el pleito no es otra cosa en esencia que el cumplimiento del contrato que por escritura pública celebró con el Ayuntamiento de Antella en 1928, asunto ajeno a la ley de Responsabilidad civil de 1904» (9).

La infracción ha de derivar de un acto u omisión «voluntario».—Pero este término hay que interpretarlo en el sentido de acto libre, sin que sea preciso que el funcionario haya incurrido en dolo. Basta que se haya producido voluntariamente la infracción, aunque no haya existido mala voluntad o dolo por parte del funcionario, en cuyo caso difícil sería escapar a la aplicación del Código penal.

La sentencia antes citada de 20 de marzo de 1946 declara que: «...reconocida en la resolución impugnada la existencia de una clara y manifiesta infracción del mencionado precepto reglamentario, que estima mantenido con tenacidad poco razonable, puesto que la califica de terquedad, declara, sin embargo, que no hay culpabilidad por parte de los demandados por haber sido el móvil, la motivación de su acuerdo, no el propósito de perjudicar al recurrente, sino el de que se guardase en la calle una alineación que mejoraba el ornato público y redundaba en beneficio de la comunidad, aun cuando esa alineación que se le quería imponer no estaba en ningún plano de ensanche o de nueva alineación de las calles ya edificadas aprobada por el Ayuntamiento, como para fijar nuevas alineaciones exige el repetido artículo 58 del citado Reglamento; es tanto esta apreciación de la Sala sentenciadora respecto a la responsabilidad de los demandados en pugna con el concepto de la culpabilidad civil, que no requiere que la acción u omisión que se estima culposa se realice buscando un daño como estímulo o causa de la misma, lo que cambiaría la naturaleza del hecho culposo en doloso, sino que es suficiente para que la culpa se dé, la infracción de una norma jurídica, de un estado de derecho anterior por un acto voluntario, reputándose como tal el que se realiza por iniciativa o decisión propia del agente, sin que medie error

(9) También, según la L. R. L. (art. 406), en materia contractual responde únicamente la Corporación.

o violencia que excluya el discernimiento y libertad con que se debe obrar para ser responsable de los propios actos y que esa infracción determine un daño o perjuicio; y como todos estos requisitos se aprecian conjuntamente en este caso, es manifiesta la culpabilidad de los demandados y el error en que al no reconocerlo así incurre la Sala sentenciadora» (S. de 20 de marzo de 1946).

Los demandados responden solidariamente (S. de 2 de marzo de 1915).

Funcionario responsable.—Suspendido un acuerdo municipal por el gobernador civil y ejecutado, no obstante, por el alcalde, sobre éste recae toda la responsabilidad, quedando libres los concejales (S. de 17 de abril de 1915).

«Considerando que... el alcalde, al adoptar los acuerdos de los cuales se pretende derivar la responsabilidad de que se trata, se limitó a cumplir, como inexcusablemente debía hacerlo, un precepto de las ordenanzas municipales relativo al arbitrio sobre pesas y medidas que previamente había obtenido la aprobación del Ayuntamiento primero y del delegado de Hacienda después, y, por tanto, no cabía dentro de las facultades discretionales del susodicho alcalde, prestarle o no acatamiento, sino que, como ejecutor de los acuerdos de la Corporación municipal, debía llevarlos a debido efecto; y en tal sentido, aun en la hipótesis de que se tratara de un acuerdo improcedente y mal adoptado, no sería el alcalde que lo mandara ejecutar responsable civilmente con arreglo a lo preceptuado en la ley de 5 de abril de 1904, sino en todo caso los elementos componentes de la entidad o corporación que lo adoptara; por todo lo cual debe desestimarse el primer motivo alegado para mantener el presente recurso» (S. de 11 de noviembre de 1931).

«Considerando que el acuerdo de destitución del secretario D. J. B. fué adoptado por el Ayuntamiento de B. en 17 de enero de 1933, fecha en que regían los artículos del Estatuto municipal y del Reglamento de secretarios del Ayuntamiento antes citado y en cuyos textos se establecía la responsabilidad civil que contraían los concejales que acordasen la destitución del secretario, cuando tal destitución fuese declarada indebida por los Tribunales sin que se estimara como causa de exención de tal responsabilidad la circunstancia de carecer aquéllos de título académico o profesional, cuando no hubieran sido advertidos por el secretario de la ilegalidad del acuerdo, porque tal causa de exención no fué establecida hasta la ley Municipal de 31 de octubre de 1935 (10), posterior, por tanto, a la fecha del acuerdo que fué el hecho determinante de la responsabilidad civil que los concejales que lo acordaron contrajeron, y por eso la sentencia al aplicar dicha ley a relaciones jurídicas que se produjeron bajo el imperio de una legislación anterior, siendo así que la ley municipal citada no da efecto retroactivo al precepto que sirve de fundamento al fallo absoluto-

(10) Causa que ha desaparecido en la vigente L. de Régimen Local.

rio, infringe el artículo 3 del Código civil y el 213 de la ley municipal mencionada, en cuya infracción se fundan los motivos primero y segundo del recurso, cuya estimación procede por dichos motivos, siendo innecesario por ello entrar a examinar el tercero de los alegados» (S. de 29 de marzo de 1947).

Casos en que no se aprecia la responsabilidad.—«Considerando que por lo que se refiere al otro motivo de casación que ha sido alegado, se hace depender su eficacia de la contradicción que a juicio del recurrente resulta entre la declaración que hizo la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, al revocar el acuerdo de penalidad para el recurrente que dictó el alcalde demandado, y la apreciación de la prueba hecha por el tribunal *a quo* para deducir el referido alcalde no ha contraído la responsabilidad civil que contra él mismo se pide; porque en cuanto a la facultad que compete a la Sala sentenciadora para la apreciación de la prueba con plena libertad de acción, es múltiple y constante la jurisprudencia de este Tribunal; y que no existe contraposición alguna de criterio entre el de la Sala sentenciadora en su apreciación de la prueba, y la sentencia invocada, se desprende de los razonamientos anteriormente expuestos; ya que es perfectamente compatible lo resuelto por el Tribunal Supremo eximiendo de responsabilidad al recurrente y mandando que se le devolvieran las cantidades que en concepto de sanciones había satisfecho, por virtud del expediente que se le había instruido suponiéndole defraudador del arbitrio de Pesas y Medidas y que el alcalde, al adoptar tales disposiciones en debido acatamiento a lo acordado por la Corporación municipal como antes queda manifestado, obrara de modo perfectamente lícito y sin que por ello contrajera la responsabilidad que se le pretende exigir con arreglo a la citada ley» (S. de 11 de noviembre de 1931).

«Considerando que..., no alcanza a ese Secretario la responsabilidad del artículo 213 de la ley municipal, entonces vigente, única que puede imputarle al demandante, ya que él no tomó los acuerdos de incautación y derribo, pues este artículo establece la responsabilidad del secretario del Ayuntamiento cuando actúa como tal en Corporación que desenvuelven legalmente sus funciones, pero no cuando el acuerdo tomado no es propiamente municipal porque los que lo adoptaron no ejercían legítimamente los cargos concejiles que se atribuían, como ha declarado la Audiencia de Albacete al rechazar la primera demanda de responsabilidad presentada contra ellos, y, por consiguiente, ni aquellas reuniones pueden reputarse como sesiones municipales, ni como secretario en funciones al señor M. P....» (S. de 27 de marzo de 1947).

3. *Fiscal.*—El del T. S. (art. 3 del R. D. de 1924), cuando se trata de responsabilidad ministerial, será siempre parte en el

litigio, para lo cual, dentro de tres días a partir de su recibo, el T. S. le dará cuenta de las demandas sometidas a su conocimiento; en consecuencia, al Fiscal se le conferirán los oportunos traslados, para proponer las pruebas que estime convenientes y pedirá en su día, en el acto de la vista, lo que sobre la reclamación entablada estime ajustado a la ley (11).

4. *Postulación y defensa.*—En este juicio de responsabilidad civil, pueden defenderse las partes por sí mismas sin necesidad de valerse de abogado ni de procurador, pero no pueden valerse de terceras personas que no posean alguno de aquellos títulos. El litigante que se defienda por sí mismo designará una casa o domicilio, propio o ajeno, situado en el lugar del juicio, para recibir las notificaciones, emplazamientos y requerimientos judiciales, actos que surtirán pleno efecto, cuando al practicarse por cédula, no se encontrare al litigante (art. 12 L. y 5 R.).

Como declaró la S. de 14 de diciembre de 1924, es lógico que la ley no exija la postulación por medio de abogado ni de procurador, que ciertamente no resultan indispensables al tratarse de asuntos que además de la sencillez de su procedimiento, no es de suponer que las partes interesadas desconozcan en su fondo legal; los demandantes, porque han tenido necesidad de señalar previamente en la vía administrativa los preceptos que suponen infringidos, y los demandados porque, refiriéndose las reclamaciones a los actos u omisiones que se les atribuyen en el ejercicio de sus cargos, no cabe admitir como lógica presunción que desconocieran lo que el cumplimiento del deber profesional les obliga a conocer.

V. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

1. *Reclamación previa por escrito.*—Un presupuesto tan peculiar como combatido del proceso que estudiamos es el exigido por el artículo 1 de la ley y el 11 de su reglamento: según estos preceptos, el ejercicio de la acción de responsabilidad civil ha de haber sido precedido de una reclamación por escrito deducida ante el propio funcionario (futuro demandado), precisamente en el curso del asunto administrativo y en tiempo hábil para prevenir o remediar la infracción, escrito en el que se ha de consignar clara y concretamente el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pide, se han de enumerar los fundamentos de derecho y los hechos en que el reclamante apoye su pretensión y expresar la fórmula «en preparación de demanda de responsabilidad». En ningún caso, concluye el artículo 11 del reglamento, dará origen a la acción de responsabilidad la reclamación que

(11) Según disponía el artículo 4.^o de la ley, en estos juicios podía mostrarse parte el Congreso de los Diputados, por medio de un Comisario elegido en cada caso, que intervendría como Fiscal.

no esté formulada precisamente en los términos que quedan preventidos.

La doctrina española ha puesto siempre de relieve lo absurdo e incongruente que resulta el exigir al futuro demandante que formule esta previa reclamación y, por añadidura, recargada de requisitos, dirigida a quien por ser funcionario no cabe presumir lógicamente que desconozca lo que el cumplimiento de los deberes de su cargo le obliga a conocer, como dice la Sentencia de 14 de diciembre de 1934, tanto más cuanto que al particular no le exime su ignorancia del cumplimiento de la ley (art. 2 del Código civil).

Piénsese, además, que en no pocas ocasiones resulta sobremanera difícil la reclamación previa (por ej., en el supuesto de la destitución súbita de un funcionario inamovible). Pero la realidad es que la ley en su artículo 1 no dice sino que la observancia de los preceptos infrigidos «haya sido reclamada por escrito», precepto desorbitado totalmente por el reglamento al precisar en su artículo 11 que la reclamación tenga lugar «en el curso del asunto administrativo y en tiempo hábil para prevenir o remediar la infracción». Tal «desarrollo» reglamentario justifica lo escrito por D. Antonio Maura en el prólogo del libro titulado *Estudios jurídicos*: «Aunque logré que fuese promulgada como ley (se refiere a la de 5 de abril de 1904), el ordenamiento de las acciones adecuadas para exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos, acaso valdría más que en proyecto se quedara, porque con ello se hizo inequívoca experiencia de la inutilidad de las reformas aisladas cuando pugnan con el sistema y con el ambiente que predominan, los cuales las sofocan y las desvirtúan» (12).

Tan poderosas razones llevaron a nuestro legislador a suprimir el requisito que examinamos, al menos, en ciertos sectores de nuestro Ordenamiento: al principio, en lo referente a funcionarios y autoridades municipales (art. 258 del Estatuto municipal) y provinciales (art. 177 del Estatuto provincial). La ley municipal de la República volvió tácitamente al sistema de la de 1904 al decir en su art. 209 que «la responsabilidad civil será exigida conforme a los preceptos de la ley de 5 de abril de 1904», pero la nueva ley del Régimen Local, en su artículo 414, ha dispuesto de nuevo que no sea necesaria la previa reclamación por escrito a que se refieren el artículo 1 de la ley de 1904 y el 11 de su reglamento, cuando se trata de exigir responsabilidad a las autoridades y funcionarios locales, rectificación, como no podía ser menos, bien acogida por la doctrina (13) (14).

(12) Cfr. ALCUBILLA, 6.^a ed., apéndice de 1917, pág. 245.

(13) Vid. PI SUÑER, *La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración local*, en «Rev. de Ests. de la Vida Local», núm. 55, enero-febrero de 1951, págs. 38-48.

(14) Aunque de dudosa aplicación, por ir contra lo dispuesto en la ley

El T. S. ha interpretado, generalmente, los preceptos que atañen a la reclamación previa con una plausible flexibilidad. Desde luego, bajo el imperio de los Estatutos de 1924-25 (y lo mismo hay que decir después de proclamada la ley de Régimen Local de 1950), no es necesario llenar tal requisito para exigir la responsabilidad a los funcionarios locales: así lo declaran las SS. de 30 de octubre de 1931, 5 de octubre de 1932, 12 de marzo de 1936, 17 de junio de 1940 y 19 de febrero y 1 de junio de 1943.

Salvo en estos casos, el T. S., en debido acatamiento al mandato legal, exige la reclamación por escrito de que venimos tratando: naturalmente la reclamación ha de hacerse al propio funcionario autor del acto (u omisión), por el que se infringe un precepto legal, por lo que carece de viabilidad la demanda de responsabilidad tendente a exigirla al alcalde, si la reclamación previa se hizo ante el Gobernador civil. (S. de 15 de diciembre de 1920).

La de 9 de abril de 1932, ya citada en otro lugar de este trabajo, sienta entre otros puntos de doctrina: que el requisito en cuestión es «fundamental», que se ha de hacer ante el funcionario competente y que en él se ha de expresar que se presenta «a los efectos de preparar el recurso (la demanda, dice más correctamente el art. 11 del reglamento) de responsabilidad civil». En lo que ahora nos interesa, dice literalmente esta importante sentencia: «Considerando que tratándose de reclamar indemnización por incumplimiento de una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la misma ley orgánica de ella da el oportuno procedimiento, que no es el utilizado ahora; demostrando asimismo la improcedencia de la vía que se utiliza, el hecho de que el demandante no haya cumplido, ni podido cumplir legalmente un requisito fundamental exigido por la ley de responsabilidad civil de los funcionarios precisamente en el mismo artículo en que se concede la acción, el de la previa reclamación, puesto que tal reclamación, cuando se trata de los casos del art. 84 de la ley de lo Contencioso-administrativo ha de hacerse ante el Tribunal y no ante el funcionario del Orden gubernativo, infractor, mientras que la que ordena la ley de responsabilidad civil ha de hacerse necesariamente ante el funcionario; requisito que además omitió el interesado, por no poder estimarse satisfecho por la solicitud que dedujo ante el Presidente del Consejo de Ministros y que éste transmitió al funcionario competente, pidiendo como gracia la ejecución de la sentencia; porque además de que la concesión de gracia, como potestativa que es, no puede origi-

de 1904, suprime también el requisito de la previa reclamación por escrito, el reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1947, en su primera disposición final, núm. 3. Constituye el único ejemplo, hasta ahora, de la supresión de este requisito para los funcionarios de la Administración Central.

nar responsabilidad si se deniega, es lo cierto que en la propia instancia, lejos de expresarse que se presentaba a los efectos de preparar el recurso de responsabilidad civil, como terminantemente exige el artículo 11 del reglamento para la ejecución de la ley, expresamente se acataba la resolución adoptada por el Gobierno y sólo se invocaban los precedentes de indulgencia por el mismo sentados en casos que se reputaban análogos; *a lo cual cabe añadir que el correspondiente escrito se presentó pasados cerca de catorce meses, o sea después del plazo de un año que para permitir la acción procedente fija el art. 11 de la ley, a contar desde que aquélla pudo ejercitarse*».

Más acertada parece la S. de 23 de octubre de 1916, al declarar viable la demanda, que había rechazado el auto de la Audiencia que por esta S. se revoca, por entender el T. S. que, de los documentos aportados se determina la existencia del agravio, la reclamación contra el mismo, el perjuicio y los funcionarios contra los que se reclama, «datos y hechos sobrados a los efectos legales que requiere y en que se informa la ley» de 1904. La Audiencia había fundado su resolución en que no se habían justificado los requisitos que exige el artículo 11 del reglamento en la forma determinada en el artículo 13 del mismo texto, pero entiende el T. S. «que dada la especialidad de la ley de 5 de abril de 1904, dictada en beneficio y amparo del derecho particular perjudicado con motivo de la aplicación u omisión del precepto legal correspondiente... es incuestionable que su índole y naturaleza jurídica requieren la adecuada interpretación de sus preceptos en sentido expansivo; pues el criterio contrario, lejos de responder a su objeto y finalidad, vulneraría su objeto y causa, ya que la rigurosa y material aplicación del contexto literal pudiera resultar disconforme con su espíritu y significación ética, tanto más en el caso del recurso en que se trata de preceptos de la instrucción dictada para ejecución de la ley».

No aparece claro en el caso de la S. de 22 de marzo de 1921 el cumplimiento de la reclamación por escrito en el curso de la vía administrativa con las formalidades exigidas en el artículo 11 del reglamento y recordadas por la S. antes citada de 9 de abril de 1932. Dicha S. de 22 de marzo de 1921 dice «que acreditado en autos que el demandante... reclamó en diferentes ocasiones y por escrito el pago de las cantidades que le adeuda el Ayuntamiento de Algeciras por sus servicios como médico titular, sin que dicho pago se realizase, pudo el reclamante, haciendo uso de los derechos que le conceden la ley y el reglamento citados, exigir la responsabilidad civil, a los funcionarios responsables de tal omisión; y al no estimarlo así la Sala sentenciadora, infringió por inaplicación e interpretación errónea los artículos 1.^º de la ley de 5 de abril de 1904 y el artículo de igual número del reglamento de 23 de septiembre del mismo año...».

La doctrina más importante de las formuladas por el T. S. al

resolver litigios de responsabilidad civil, de funcionarios, es sin duda la relativa al tiempo hábil en que ha de tener lugar la reclamación por escrito que estamos examinando.

Algunas sentencias del T. S. pudieran dar base para creer que el tiempo hábil es cualquiera anterior a la demanda de responsabilidad (con tal de que ésta se deduzca también en tiempo oportuno) y es lógico, puesto que a ésta ha de acompañarse la prueba de haber cumplido con tal requisito: la S. de 15 de diciembre de 1920 racha la demanda interpuesta por cuanto el escrito preparatorio de responsabilidad se había presentado *quince días después de haberse interpuesto la demanda*, y ello aunque aún no había sido emplazado el demandado para contestarla: «Considerando que no cabe estimar tampoco cumplido por el demandante el citado precepto reglamentario, amparándose en la jurisprudencia de este Tribunal declaratoria de que no puede rechazarse de plano una demanda que reúne los requisitos legales para su presentación, sino cuando la ley expresamente lo ordena, y no habiendo en la de 5 de abril de 1904 precepto terminante en tal sentido, pudo legalmente ser admitida y tramitada la demanda interpuesta... sin haber acreditado la previa reclamación por escrito al alcalde... que se justificó haber sido hecha antes de haber sido éste emplazado para contestarla, puesto que ni permite el terminante y claro artículo 11 del reglamento... acudir a otros de la ley rituaría y jurisprudencia para interpretarlo, ni hay términos para considerar cumplido un trámite que, llevado a cabo en tiempo oportuno impide la deducción de la demanda de responsabilidad si el funcionario contra quien se reclama rectifica sus acuerdos y no llega, por tanto, a consumar la infracción que se supone ha cometido.»

El escrito preparatorio de responsabilidad se ha de presentar en tiempo oportuno, es decir, no sólo antes de la demanda, sino también dentro del plazo que para interponer ésta concede la ley, conforme veremos más adelante (V, 3). (SS. de 29 de octubre de 1916 y 9 de abril de 1932).

Una declaración interesante de nuestra jurisprudencia es la de que con el recurso de reposición ante el funcionario competente se cumple con la previa reclamación por escrito exigida por la ley. (S. de 1 de junio de 1943).

Por último, los A. A. de 20 de diciembre de 1921 y 15 de febrero y 1 de marzo de 1932 sientan la doctrina de que la resolución judicial recurrida, fundada en no haber cumplido la parte con el requisito de la previa reclamación por escrito, no es susceptible de recurso de casación por carecer del carácter de sentencia definitiva conforme al artículo 1.690 de la LEC.

Y la S. de 5 de octubre de 1932 dice que «si bien la Sala sentenciadora afirma en su último considerando—aunque con notorio error si se tiene en cuenta el artículo 258 del Estatuto municipal—que existe un motivo de fondo para desestimar la demanda

interpuesta, consistente en la infracción del artículo 1.^o de la tan repetida ley de 1904, por falta de reclamación escrita, es lo cierto que el Tribunal de instancia no entra en la apreciación del tal motivo de fondo en la parte dispositiva de su sentencia; y por tanto ha de estarse únicamente en el actual momento procesal, a la incompetencia de jurisdicción estimada por la Sala».

Como se aprecia en la jurisprudencia de que se ha hecho mérito, puede deducirse sin grandes violencias, que el discutido requisito no se considera como condición previa a la infracción legal del funcionario demandado, ni se estima tampoco indispensable que se presente durante el curso del asunto administrativo o gubernativo, como dice el artículo 11 del reglamento, sino que se exige simplemente que sea anterior a la interpretación de la demanda, y con tal carácter, que es probablemente el que tenía en la ley, en verdad que no resulta tan odioso como lo hace el reglamento ni aparece tan necesaria su supresión: este requisito puede venir a constituir, en realidad, una «vía gubernativa», excepcional, distinta, desde luego, de la regulada por el R. D. de 1886, y que cumple más que en ningún caso el cometido propio del acto de conciliación, inexistente en este proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos.

2. *Proceso administrativo*.—¿Es un presupuesto necesario del proceso de responsabilidad civil de funcionarios administrativos, el que con anterioridad se haya tramitado y resuelto un proceso administrativo?

Según el artículo 4.^o del reglamento, la acción civil de responsabilidad no puede interponerse mientras se esté tramitando procedimiento contencioso-administrativo sobre la infracción lesiva, por lo que «en este caso» quedará en suspenso el plazo para interponer la acción de responsabilidad, mientras se resuelve definitivamente el pleito contencioso-administrativo.

Tal como está redactado el artículo 4.^o del reglamento, parece que habría que dar una respuesta negativa al interrogante con que hemos comenzado este párrafo. Mas, por el contrario, la contestación afirmativa se impone, pues en efecto, los tribunales civiles no pueden declarar responsable a un funcionario sin saber que ha cometido una infracción (lesiva) en el ejercicio de sus funciones (administrativas); pero carecen de competencia para enjuiciar la actividad de la Administración y de sus funcionarios, es decir, carecen de competencia para decir cuándo un funcionario ha cometido una infracción administrativa, cuándo un acto administrativo está viciado por cualquier causa, función que está reservada a los Tribunales contencioso-administrativos (o económicos-administrativos, según dice de pasada pero muy acertadamente la S. de 19 de mayo de 1943). Con esto se ve claro, que a todo proceso civil de responsabilidad de un funcionario, forzosamente ha de preceder un proceso administrativo («recurso contencioso-administrativo»), y además un proceso que se resuelva en

un sentido determinado, es decir, en cuya sentencia se proclame la infracción legal que será base y fundamento de la subsiguiente demanda de responsabilidad civil ante los tribunales «ordinarios». El demandante en un proceso de responsabilidad civil ha de haber sido con anterioridad litigante («recurrente») victorioso en un proceso administrativo en el que se haya reconocido un derecho o se haya anulado el acto impugnado (15).

No siempre se ha planteado el Tribunal Supremo este importante problema, y aun parece de la lectura de la jurisprudencia que a veces prescinde del presupuesto que examinamos (Ss. de 22 de marzo de 1921 y 9 de junio de 1933); pero cuando lo ha abordado lo ha resuelto, acertadamente, en el sentido que propugnamos.

La sentencia de 17 de noviembre de 1948 no parece exigir el previo recurso contencioso-administrativo, pues habla, igual que el artículo 4.^º del Reglamento, de «*cuando* exista reclamación contencioso-administrativa...». Las de 11 de diciembre de 1929, 30 de octubre de 1931 y 30 de octubre de 1933 dicen que cualquiera puede exigir responsabilidad a los concejales al amparo de la ley de 1904; pero que los demandantes que sean funcionarios han de agotar previamente los recursos administrativos establecidos en el Estatuto municipal y luego el contencioso-administrativo, y sólo cuando en esta última vía se declare ilegal el acuerdo (en este caso la destitución) procederá la vía civil. (Ya hemos dicho y justificado que, en realidad, la doctrina de estas sentencias debe aplicarse no sólo a los demandantes funcionarios, sino a todo demandante en un proceso de responsabilidad civil.)

En otros casos (Ss. de 19 de enero de 1923, 9 de abril de 1934, 8 de abril de 1935, 12 de marzo de 1936, 17 de junio de 1940, 1 de junio de 1943 y dos sentencias de 29 de marzo de 1947) el Tribunal Supremo da como supuesto que antes de plantearse la cuestión de la responsabilidad en la vía civil se ha de haber decidido la de la infracción legal en la vía contencioso-administrativa, pero no sirve gran cosa para apoyar nuestra tesis, ya que en todas ellas se trataba de funcionarios destituídos, y, como hemos visto, las sentencias de 11 de diciembre de 1929, 30 de octubre de 1931 y 30 de octubre de 1933 parecen exigir el presupuesto del proceso administrativo sólo cuando el demandante sea un funcionario lesionado.

Por último, en un tercer grupo de sentencias, se proclama con toda claridad que, en todo caso, la vía contencioso-administrativa debe preceder a la civil. La sentencia de 26 de enero de 1929 rechaza la demanda interpuesta por «ser ajeno a esta jurisdicción

(15) De distinto modo ocurren las cosas cuando el tercero lesionado lo es por la Administración local, pues en este caso se obtiene ya el resarcimiento del daño en la vía contencioso-administrativa, sin que, por lo tanto, deba para ello promover un segundo proceso (el de responsabilidad civil) (vid. más adelante: VII).

ordinaria» el conocer y decidir sobre si hubo o no infracción legal en la actuación del funcionario demandado; la de 20 de marzo de 1946, en un caso en que el demandante no era un funcionario destituido, sino un particular, lesionado en sus derechos e intereses por el Ayuntamiento, da como supuesta también la necesidad de la vía contencioso-administrativa previa; pero hay sobre todo cuatro sentencias que, por su acertada doctrina y exacta fundamentación, parece oportuno transcribir literalmente en la parte que en este momento tiene interés para nosotros, siquiera en la primera no se ejercitara la acción establecida en la ley de 1904:

«Considerando que por tratarse de la materia indicada... y ser imputable, según la parte actora, dichos supuestos perjuicios, no a uno o varios particulares, sino a empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, y *por no ejercitarse en la demanda la acción establecida en la ley de 5 de abril de 1904*, que no sería aplicable teniendo en cuenta el texto de su artículo 1.º, es evidente que la litis planteada había de versar acerca de si los demandados obraron o no legalmente al realizar los actos o dictar las resoluciones que respectivamente se les imputan; y esta cuestión, de índole exclusivamente administrativa, no puede ser sometida a la resolución de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.» (S. de 30 de noviembre de 1921.)

«Considerando que la demanda deducida por el Ayuntamiento de esta Corte tiende de una manera directa e inmediata a exigir una indemnización de daños y perjuicios que se suponen irrogados por haber incumplido en sus respectivos cargos un Ministro de la Corona y otros organismos y funcionarios de carácter oficial los deberes que les imponía la ley denominada de subsistencias de 11 de noviembre de 1916 y disposiciones concordantes en la aplicación e interpretación de sus complejos preceptos; y basta el mero enunciado de la finalidad del litigio para evidenciar que la materia del mismo, atendidos los términos en que se ha planteado, es esencialmente de orden administrativo, pues se trata en definitiva de resolver en concreto acerca de la legítima o ilegítima actuación de determinadas autoridades y órganos de la Administración pública en el uso de las facultades regladas que se les había otorgado, y las atribuciones de que al efecto se pretende revestir a los Tribunales ordinarios de justicia en la expresada demanda, exceden ya de su órbita jurisdiccional, con arreglo a lo que respecta del particular estatuyen la Constitución del Estado, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la de Enjuiciamiento civil.» (Sentencia de 1 de julio de 1922.)

«Considerando que para que la jurisdicción civil actúe dentro de la órbita de sus facultades privativas, en orden a relaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley de 5 de abril de 1904 sobre responsabilidad civil de los concejales que formaban un Ayuntamiento por acuerdos adoptados con extralimitación de facultades, que causan perjuicios a terceras personas, es condición necesaria

previa al ejercicio de esta acción que por quien se crea con derecho a ella se solicite y obtenga del Tribunal competente, mediante el empleo de los recursos adecuados que la ley tiene establecidos, la declaración de que en efecto hubo esa extralimitación originaria del perjuicio reclamable en la vía civil; ya que a los Tribunales de esta jurisdicción no les es dable entrar a discernir si hubo o no aquel abuso de atribuciones, por ser materia ajena a su competencia, y que corresponde, cuando no hay un procedimiento singular, a los de lo contencioso-administrativo; y sólo cuando éstos se hubieren pronunciado en sentido declaratorio de la existencia o realidad del acto generador de la responsabilidad atribuida a los que adoptaron el acuerdo, o no hubieran salvado su voto o intervención, quedará expedita la vía civil para que ante los Tribunales de este orden se puedan ejercitar con éxito las acciones adecuadas para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados, con arreglo a las normas de la citada ley de 5 de abril de 1904.» (Sentencia de 28 de marzo de 1935.)

«Considerando que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil que regula la ley de 5 de abril de 1904 requiere que previamente se obtenga la declaración de la extralimitación administrativa o gubernativa imputable al funcionario demandado, porque dada la organización y atribuciones que la ley confiere a los Tribunales, no es permitido a los de lo civil invadir la esfera de acción de los del orden económico-administrativo o contencioso-administrativo y entrar a definir una lesión jurídica que cae fuera de su jurisdicción y constituye, sin embargo, la base del resarcimiento de daños y perjuicios que se reclaman.» (S. de 19 de mayo de 1943.)

Naturalmente, no es ningún obstáculo para el éxito de la acción de responsabilidad el que en la vía contencioso-administrativa no se haya declarado ésta, pues, como se ha dicho, se ha de limitar a declarar si hubo o no infracción legal en la actuación del funcionario demandado, reservándose para los Tribunales civiles el pronunciamiento sobre la responsabilidad y su cuantía (16).

3. *Plazo para el ejercicio de la acción.*—Dada la íntima conexión que guarda el problema del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil con los dos presupuestos examinados anteriormente, parece oportuno su estudio en este lugar, prescindiendo de una rigurosa sistemática procesal.

El plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil prescribe por el transcurso de un año, contado desde el día en que puede ejercitarse (art. 11 L. y s. de 9 de abril de 1932). Pero el problema no radica en la duración de este plazo, sino en averiguar cuál es su momento inicial, cuál es el *dies a quo*, o momento a partir del cual puede ejercitarse la acción. Y en este punto forzoso

(16) Pero vid. el artículo 378 del Reglamento de régimen jurídico de las Entidades locales de 17 de mayo de 1952.

es separarse radicalmente del texto de la ley, impotente para mudar la naturaleza de las cosas.

Según los dos párrafos últimos del artículo 1.^o de la ley, «la acción para el resarcimiento quedará expedita en cualquier estado del asunto, desde que, no obstante la reclamación, se haya consumado la infracción legal por resolución firme definitiva o de trámite, aunque no se hayan agotado los recursos admisibles. Se entenderá que es firme una resolución cuando no quepa contra ella recurso alguno, aunque esto proceda de no haberse interpuesto en tiempo los que la ley otorga» (vid. también la S. de 29 de febrero de 1927).

El artículo 11 agrega que cuando la acción de responsabilidad dimane de omisión, el año se contará desde el vencimiento del plazo legal para el acto omiso y, a falta de precepto que lo determine, desde el mes siguiente al comienzo de la omisión.

Fiel al espíritu que informa estos preceptos, el artículo 3.^o del Reglamento afirma que la acción para el resarcimiento de daños y perjuicios podrá ejercitarse desde el momento mismo en que la infracción se hubiere consumado.

Pero ninguno de estos preceptos puede tener aplicación práctica si se recuerda que, como ha quedado demostrado en el número anterior, a todo proceso de responsabilidad civil de funcionarios ha de preceder necesariamente un proceso administrativo en que se declare la existencia de una infracción lesiva a los derechos e intereses del demandante.

Es por consiguiente totalmente inane que la ley diga que la acción de responsabilidad civil quedará expedita desde que se consume la infracción por el funcionario, no obstante habersele reclamado por escrito la observancia del precepto infringido. Podría concederse, a lo sumo, que pueda ejercitarse la acción en tales condiciones ; es decir, sin un proceso administrativo anterior, pero... habría que añadir que tal proceso estaría irremediablemente condenado al fracaso y a una desestimación de la demanda en todas sus partes ; y aun parece aventurado conceder esto, según se desprende de las luminosas sentencias de 28 de marzo de 1935 y 19 de mayo de 1943, transcritas en el número anterior.

Por tanto, hay que afirmar resueltamente que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil no es posible sino desde el momento en que se tenga una sentencia firme pronunciada en la vía contencioso-administrativa (o un «acuerdo» firme pronunciado en la económico-administrativa : cfr. la S. de 19 de mayo de 1943), y no, como dice la ley, desde que exista una resolución (es decir, un acto administrativo) firme ; noción ésta, por cierto, la de firmeza, en la ley de 5 de abril de 1904, distinta de la de causar estado, según se ve, comparándola con el artículo 2.^o de la ley de 8 de febrero de 1952 o el 14 de la de Conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, pues causar estado es agotar la vía gubernativa, y en cambio, según el artículo 1.^o de la ley de 1904,

el acto es firme cuando no quepa contra él recurso alguno, aunque esto proceda de no haberse interpuesto en tiempo los que la ley otorga (en realidad, en función de la vía contencioso-administrativa, la ley no otorga, sino que exige los recursos administrativos previos a ella).

El propio Reglamento ha intuído parcialmente la verdad de lo que venimos sosteniendo al decir, en su artículo 4.^º, que «la acción civil no podrá interponerse mientras se esté tramitando procedimiento contencioso-administrativo sobre la infracción lesiva. En este caso quedará en suspenso el plazo señalado en el artículo 11 de la ley, mientras se resuelva definitivamente el pleito contencioso-administrativo».

No obstante, la frase inicial del párrafo segundo de este artículo adolece de dos errores: uno, en cuanto dice «en este caso», por cuanto pudiera parecer, en contra de lo demostrado por nosotros en el número anterior, que no siempre ha de haber un proceso administrativo previo al de responsabilidad civil; y otro, al decir que en tal caso «quedará en suspensión» el plazo, cuando lo cierto es que no hay tal suspensión (concepto que supone la paralización en el transcurso de un plazo), sino más bien una especie de condición suspensiva que impide el nacimiento del plazo hasta tanto se resuelva definitivamente el pleito contencioso-administrativo.

En aplicación de estos principios, la sentencia de 9 de abril de 1934 declara que la acción de responsabilidad civil no queda expedita hasta tanto se resuelva definitivamente el litigio administrativo; y con mayor razón es imposible el ejercicio de la acción de responsabilidad mientras conoce del asunto el superior jerárquico del presunto infractor. (S. de 26 de enero de 1929.)

Ahora bien, el ejercicio de la acción no exige más que la existencia de una sentencia firme de lo contencioso-administrativo, pero no su completa ejecución, por lo que es posible aquel ejercicio mientras se ejecuta lo dispuesto en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo ha entendido rectamente la sentencia de 12 de marzo de 1936, al declarar que la ley «únicamente subordina la facultad de interponer la acción civil a la terminación del pleito contencioso (administrativo) por sentencia firme y no a la realización de posibles diligencias ulteriores de ejecución, que podrían rebasar el plazo entero señalado para el ejercicio de la acción civil (si se entiende en su claro tenor literario el precepto reglamentario) o podrían, en todo caso, hacer vana o ilusoria dicha acción civil, deteniéndola de modo indefinido y sometiéndola a las múltiples contingencias que pueden prácticamente alargar y dificultar el procedimiento de ejecución que se siga contra las Corporaciones municipales».

La sentencia de 22 de marzo de 1921 dice que «la excepción de prescripción de la acción, por afectar a la extinción de obliga-

ciones, ha de aplicarse restrictivamente y con la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la ley».

Según la sentencia de 9 de junio de 1933, «aun siendo distintos y produciendo diversos efectos en la técnica procesal los términos de suspensión y de interrupción a la prescripción aplicados, es lo cierto que para que ésta pueda estimarse es forzoso e ineludible que, por el tribunal «a quo», en virtud de sus facultades privativas para declarar probados los hechos sobre los que han de descansar sus resoluciones, se determine con precisión, para hacer el debido cómputo, la fecha en que nació la acción y la en que llegó a ejercitarse; y al no señalarse estas fechas en la sentencia recurrida, según asevera el juzgador de instancia, por no haberlas justificado el recurrente, sin que tan terminante declaración se impugne en el recurso en la forma procesal adecuada, procede también desestimar el segundo de los motivos de casación».

La verdad es que la fecha del comienzo del plazo para ejercitar la acción no puede nunca ser ignorada, ya que, como se dijo más arriba, es precisamente la de la sentencia firme de lo contencioso-administrativo, que hace posible el ejercicio de la acción de responsabilidad; por otra parte, esta sentencia de 9 de junio de 1933 carga sobre quien excepciona la prescripción la prueba de ésta, sin duda por considerarla tal; es decir, prescripción, que es como efectivamente la denomina la ley.

Mas no obstante la denominación legal de prescripción, es más cierto que se trata de un plazo de caducidad, con sus inevitables consecuencias: brevedad frente al más largo de la prescripción, incapacidad para interrumpirse ni suspenderse, y apreciación de oficio por parte del juzgador. La sentencia de 17 de noviembre de 1948 dice, a este respecto, que «el plazo de un año, señalado en el artículo 1.^º de la ley de 5 de abril de 1904, para exigir responsabilidad a los funcionarios públicos es de caducidad y no de prescripción, aunque en este último sentido sea designado en dicho precepto legal, ya que se trata de un término fijo de carácter preclusivo, transcurrido el cual se produce fatalmente la decadencia del derecho, sin posibilidad, por tanto, de ser eficazmente ejercitado..., procede estimar la caducidad de la acción ejercitada en estos autos, con la consiguiente desestimación de la demanda, siquiera no haya sido alegada por el demandado, ya que una de las características de la caducidad es la de que debe ser apreciada de oficio por el juzgador, si en los autos hay elementos de juicio que la revelen, a diferencia de lo que ocurre en materia de prescripción, que sólo puede ser acogida si el demandado la aduce como excepción perentoria».

VI. PROCEDIMIENTO

1. Requisitos de la demanda.—Vienen especificados en el artículo 12 del Reglamento: La demanda, para obtener el resarcimiento

miento del daño o perjuicio, se formulara expresando los hechos y los fundamentos de derecho aducidos en la previa reclamación por escrito, determinándose además con precisión los daños y perjuicios reclamados, con determinación de su cuantía y el nombre y cargo del funcionario contra el cual se proponga. Si se interpusiese contra el superior jerárquico por haber éste aprobado expresamente el acto o la omisión ocasional del supuesto perjuicio, se determinará también en la demanda el nombre y cargo del mismo.

Por su parte, el artículo 13 del propio Reglamento dispone que no se dará curso a las demandas a las cuales no acompañen los documentos necesarios para justificar los requisitos que vimos debía contener la previa reclamación por escrito. Cuando así no se verifique, el Tribunal, de oficio, y antes de poner en curso la demanda, exigirá, señalando un término prudencial, que no podrá exceder de veinte días, al jefe de la oficina donde la demanda afirme que se ha cometido la infracción, que le sea enviada la compulsa del escrito o certificación formal de que no fué presentada la reclamación. Si transcurre el plazo y el Tribunal no recibe el documento, repetirá la orden, conminando con responsabilidad por desobediencia y señalando un nuevo plazo, que no podrá exceder de diez días. Transcurrido en vano este segundo plazo, pasará al fiscal el tanto de culpa para proceder por desobediencia y exigir las responsabilidades procedentes, adoptando, además, desde luego, las providencias eficaces para que un depositario de la fe judicial formalice la compulsa en la oficina o lugar donde estuvieren los antecedentes de la demanda, cuyo curso quedará así expedito.

2. *Procedimiento.*—La demanda se sustancia en única instancia por los trámites que la LEC. establece para los incidentes (artículos 3.^o L. y 14 R.), salvo lo dispuesto en estas normas especiales, y en lo que no estuviere previsto en el título III del libro II de la LEC. (incidentes) aplicarán los Tribunales las disposiciones generales de la misma ley procesal (arts. 3.^o L., 14 y 28 R. y 3.^o del R. D. de 18 de enero de 1924 (17).

Es importante señalar que en esta clase de juicios no es necesario que los litigantes insten el procedimiento para que los Tribunales observen y hagan observar los términos señalados en la LEC. (art. 15 R.), así como que los Tribunales civiles competentes no puedan ser requeridos de inhibición, a menos que el requerimiento provenga de otro Tribunal ordinario que, según la ley de 1904, reclama el asunto como de su competencia o que ejerza la jurisdicción penal sobre el mismo hecho y las personas responsables de él; pero si el requirente fuere un órgano administrativo,

(17) La Ley (art. 4.^o) y el Reglamento (arts. 20-27) dedicaban preceptos especiales al tratar de la jurisdicción del Senado, pero carecen de interés desde que el R. D. de 18 de enero de 1924 pasó la jurisdicción de aquél para enjuiciar a los Ministros, al Tribunal Supremo en pleno.

el Tribunal se abstendrá de contestar y seguirá conociendo del asunto (art. 10 R.).

3. *Impugnación de las sentencias.*—Cualquiera que sea la cuantía del asunto, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales procede el recurso de casación ante el Tribunal Supremo por los motivos que señala la LEC.; contra las dictadas por el Tribunal Supremo no se da recurso alguno (arts. 7.^o L., 18 R. y 1.^o del R. D. de 1924).

Según los autos de 20 de diciembre de 1921 y 15 de febrero y 1 de marzo de 1922, el auto fundado en no haber cumplido la parte con los requisitos que para que se tramite la demanda exigen los artículos 11 a 13 R., en relación con el 1.^o de la ley, no es susceptible del recurso de casación por carecer del carácter de sentencia definitiva conforme al artículo 1.690 LEC.

La sentencia de 12 de marzo de 1936, sin razón alguna, pone en duda que el recurso de casación pueda fundarse en una infracción reglamentaria, y, concretamente, en la infracción del Reglamento de 23 de septiembre de 1904.

4. *Costas.*—Apartándose de la regla general de la LEC. en el juicio de responsabilidad civil de funcionarios, las costas se imponen siempre al vencido, y, en consecuencia, se impondrán siempre al funcionario cuando se le declare responsable de «los daños y perjuicios reclamados, y el actor cuando se absuelva al funcionario» (arts. 13 L., 17 y 25 R. y S. de 9 de abril de 1932).

El demandado usará para defenderse papel de oficio, sin perjuicio del reintegro cuando proceda (art. 29 R.); pero los particulares, los demandantes, emplearán el papel sellado que, según la cuantía de la demanda, preventan las leyes fiscales, bajo las penas que éstas determinan. para eximirse de esta obligación será requisito indispensable que con la demanda se acompañe certificación demostrativa de haber sido quien la interponga declarado pobre con arreglo a lo dispuesto en la LEC. (art. 30 R.).

Labor de la jurisprudencia ha sido la de concretar en cada caso si procedía o no la imposición de costas, en qué cuantía y a qué conceptos alcanzaba o quedaban excluidos de la condena.

En el caso de que se absuelva totalmente al demandado no se plantea cuestión alguna, pues es claro que el demandante ha de cargar con las costas del proceso.

Un problema resuelto siempre uniformemente por el Tribunal Supremo es el relativo a los honorarios de los letrados y procuradores de las partes; puesto que éstas pueden defenderse por sí mismas sin necesidad de aquellos elementos de asesoramiento y representación, el Tribunal Supremo deduce que los gastos que ocasione su intervención no pueden incluirse en el concepto de costas del proceso, y, por tanto, la parte que acude al proceso con letrado y procurador ha de cargar con los gastos que su intervención origine, independientemente del éxito de su pretensión (o de

su oposición a la pretensión); en este sentido, por ejemplo, pueden citarse las sentencias de 14 de diciembre de 1934 y 8 de abril de 1935.

Más delicado es el problema de si procede la imposición de costas al funcionario declarado responsable cuando, no obstante, no se accede totalmente a las pretensiones deducidas en la demanda, o se accede esencialmente a las pretensiones, pero no a su *quantum*.

Parece lógico que el funcionario declarado responsable, sin más, debiera cargar con los gastos del proceso, por haber sido causante de daños y perjuicios, aunque no lo haya sido de todos, cuya reparación hizo necesario que el perjudicado acudiera al proceso de responsabilidad civil después del fracaso de la previa reclamación por escrito. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que no se deben imponer las costas sino tan sólo en el caso de que el demandado sea declarado responsable de todos los daños señalados en la demanda ocasionados con sus actos u omisiones ilegales. al demandado, si bien procede la condena aunque los daños y perjuicios se estimen inferiores en cuantía a la pretendida en la demanda. He aquí doctrina del Tribunal Supremo en este punto:

«No puede estimarse la pretensión de que sean impuestas las costas de este pleito a los concejales demandados, porque el artículo 13, que se invoca, de la ley de 5 de abril de 1904 sólo establece tal imposición para el caso de que el funcionario sea declarado responsable de los daños y perjuicios reclamados; palabras que hay que entender, dado el valor determinativo del artículo «los», como comprensivas de todos los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se solicita, y no de una parte de ellos, y, por tanto, no se da en este caso el supuesto exigido por la ley.» (S. de 1 de junio de 1943.)

«Aunque el artículo 13 de la ley de 5 de abril de 1904 dispone que toda sentencia que ponga fin al juicio de responsabilidad contendrá pronunciamiento expreso sobre las costas, que se impondrán siempre al funcionario cuando se le declare responsable de los daños y perjuicios reclamados y al actor cuando se absuelva al funcionario, este precepto no puede aplicarse al caso presente, porque está dictado sobre el supuesto de que la demanda sea estimada o desestimada en su totalidad, para imponer en el primer caso las costas al funcionario demandado y en el segundo al actor, y como aquí la demanda es estimada en una parte y desestimada en otra, falta la hipótesis en que la citada disposición descansa y no procede decretar la condena en costas contra ninguna de las partes» (Sentencia de 29 de marzo de 1947.)

En cambio, se pronuncia en sentido contrario el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de junio de 1933: «Considerando que las costas del juicio se imponen expresamente al funcionario responsable de los daños y perjuicios reclamados, por imperio del artículo 13 de la tan repetida ley de 5 de abril de 1904, sin que

sea preciso que la condena se ajuste totalmente a la cuantía de lo que se pide en la demanda, como aparte de lo explícito del texto legal lo revela la expresión de «sentencia condenatoria» que se emplea en el artículo 17 del Reglamento de dicha ley, que cita y hace referencia a la primera disposición legal citada, la cual por lo tanto, no ha sido infringida en la sentencia recurrida...»

5. *Ejecución de sentencia.*—Las sentencias, que deben publicarse «inexcusablemente» en el BOE, y en la «Colección Legislativa» (art. 8.^o L.), se ejecutan, según las normas comunes de la LEC. (libro II, tít. VIII) por la Sala de la Audiencia que haya entendido de la demanda, salvas las delegaciones que acordaren; la ejecución de las dictadas por el Tribunal Supremo se encomienda a la Audiencia de Madrid bajo la inspección de aquél y sin que en tal caso pueda delegar la competencia que ella recibe delegada (arts. 9.^o L., 19 R. y 1.^o del R. D. de 1924).

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL EXIGIDA POR LA ADMINISTRACION LOCAL

La doctrina jurídicoadministrativa, al estudiar la responsabilidad de la Administración y sus funcionarios distingue el caso de actuación regular o legal (18) del que responde exclusivamente la Administración, y el caso de actuación ilegal, del que responde únicamente el funcionario si lo es de la Administración Central (salvo el especialísimo caso previsto por el artículo 1.903 del Código civil) o el funcionario y subsidiariamente la Entidad respectiva si se trata de un funcionario de la Administración Local (arts. 405 y sigs. de la ley de Régimen local).

Hay, pues, que distinguir en este último caso dos supuestos: primero, que la Administración local responda directamente frente al perjudicado por los actos de sus funcionarios (responsabilidad directa en materia contractual o cuando los daños hayan sido causados con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad local sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes (art. 405 LRL. de 1950); y segundo, que la Administración local responda subsidiariamente cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos (art. 400 LRL.), en cuyo caso queda a la Administración local la posibilidad de repetir frente a sus funcio-

(18) La expropiación, materia contractual, etc., son los ejemplos más frecuentemente aducidos por los autores. Otro caso lo constituye en España dos leyes de 31 de diciembre de 1945, sobre indemnización a las víctimas, o sus herederos, de las Fuerzas militares o de Orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio.

narios lo que ella haya tenido que satisfacer al tercero perjudicado (19).

Ya en la legislación local de la Dictadura (E. M., art. 238; E. P., art. 146; Reg. de funcionarios de 23 de agosto de 1924, artículo 113) se dispuso que los funcionarios indebidamente destituídos o suspendidos en sus funciones tenían derecho a exigir a la respectiva Corporación los sueldos no percibidos, sin perjuicio de que luego el Ayuntamiento o la Diputación pudiera reclamar la responsabilidad civil a los concejales o diputados que votaron dicha destitución o suspensión. La obligación que pesaba sobre la Entidad local de resarcir los daños (sueldos no percibidos) era ya declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa que declaraba ilegal la destitución o suspensión; pero la Administración local tenía que demandar en un proceso de responsabilidad civil a los concejales o diputados culpables si quería resarcirse de los daños que ella hubo de satisfacer previamente al funcionario indebidamente destituído.

Es decir, cuando el lesionado por el acuerdo municipal o provincial era un funcionario indebidamente destituído, *a*), éste obtenía ya la completa reparación, la indemnización, en la propia vía contencioso-administrativa sin necesidad de acudir a un proceso civil; y *b*), la Administración local podía repetir frente a quienes acordaron el acto lesivo, acudiendo al proceso especial de la ley de 1904, pero no podía la Administración local misma declararlos responsables civilmente ni instruir un expediente administrativo (cfr. Ss. de la Sala 3.^a del T. S. de 17 de diciembre de 1928 y 22 de octubre de 1929).

La acción civil del Ayuntamiento o de la Diputación frente a los responsables o autores del acuerdo ilegal de destitución era independiente de la que al perjudicado concede la ley de 1904 (Ss. de 26 de octubre de 1933 y 29 de marzo de 1947); requería una sentencia anterior de lo contencioso-administrativo que hubiera declarado indebida la destitución (otra S. de 29 de marzo de 1947), y había de ejercitarse precisamente la Corporación local, sin que en caso de que ésta abandonara o desistiera de la acción pudiera proseguir el pleito uno de sus miembros (S. de 30 de octubre de 1933).

También en la nueva ley de Régimen local (art. 408) se dice que «Cuando se declare indebida, por sentencia firme, la destitución de un funcionario, la Corporación hará inmediatamente efectiva al perjudicado la cantidad correspondiente a los haberes y remuneraciones dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la de efectividad posesoria. Asimismo se abonará a quienes obtengan resolución firme declaratoria de su derecho a un cargo, ascenso o categoría superior, la cantidad correspondiente al tiempo

(19) Desarrollan dichos preceptos los artículos 376 a 384 del Reglamento de Régimen jurídico de las Corporaciones locales, de 17 de mayo de 1952.

transcurrido desde la fecha en que debió tomarse el acuerdo hasta la toma de posesión».

Ahora bien: la situación ha cambiado respecto de la legislación de 1924-25, pues así como en ésta las Corporaciones locales se veían obligadas a demandar ante la jurisdicción civil a quienes adoptaron el acuerdo ilegal si querían resarcirse de los daños que ellas previamente tuvieron que indemnizar al funcionario destituido, en la ley de Régimen local (art. 410) se dispone que «La Corporación local podrá instruir expediente para la declaración de responsabilidad civil de sus autoridades, funcionarios y dependientes que por culpa o negligencia graves hubieren causado daños y perjuicios a la propia Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla».

Huelga decir que esta declaración de responsabilidad se concreta en un acuerdo ejecutivo de por sí (art. 361 LRL.) que evita a la Corporación la iniciación de un proceso civil como ocurría en la legislación de la Dictadura, sin perjuicio de que el declarado responsable pueda interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial contra el acuerdo declaratorio de responsabilidad (art. 410, pár. 2, de la misma ley).

VIII. CRITICA Y CONCLUSIONES

Hemos visto anteriormente (V, 2), que un presupuesto incluyente del proceso de responsabilidad civil de funcionarios es la existencia anterior de un proceso administrativo (recurso contencioso-administrativo) terminado por sentencia firme declaratoria de la ilegalidad del acto sobre la que se basa la responsabilidad que se pretende exigir en la vía civil, presupuesto del que no cabe prescindir sin subvertir todo el orden jurisdiccional administrativo, pues lo contrario nos llevaría a que la legalidad de los actos administrativos fuera juzgada por los Tribunales civiles.

Si se tiene en cuenta la anterior observación, forzoso es llegar a la conclusión de que la figura que hemos estudiado es, sin duda, jurídicamente antieconómica y superflua y quizás de vida limitada.

a) De vida limitada, porque la tendencia doctrinal uniforme —que ha plasmado ya parcialmente en nuestro Derecho—es la de hacer recaer la responsabilidad siempre sobre la Administración, directa o indirectamente, según los casos y no sobre el funcionario (arts. 405, 406, 409 LRL.).

b) Y jurídicamente antieconómica. Puede observarse en nuestro Derecho: 1.º, que la responsabilidad civil dimanante de delito la declara el Tribunal que conoce de éste, es decir, el Tribunal penal, lo que ahorra al perjudicado un segundo proceso (civil); 2.º, que los funcionarios locales ilegalmente destituidos obtienen la reparación civil ya en el proceso administrativo que declara indebida la destitución sin necesidad de un posterior proceso

civil y que, como consecuencia de ello, la Administración local puede exigir también la responsabilidad civil de sus órganos sin un proceso civil posterior; 3.º, que en la nueva ley de Régimen local (art. 407) la propia responsabilidad civil de la Administración se hace efectiva ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo cuando los derechos lesionados son de carácter administrativo; 4.º, que la llamada responsabilidad civil de la Administración por actos lícitos (el ejemplo clásico en la expropiación forzosa) se hace efectiva también en la vía contencioso administrativa, etc.

Los anteriores ejemplos, tan dispares entre sí, extraídos de nuestro Derecho positivo, muestran todos ellos la existencia de un único proceso (penal en el primero, administrativo en los tres restantes) en el que se declara la responsabilidad civil sin necesidad de un segundo proceso de este nombre ante los Tribunales de la «jurisdicción ordinaria».

Redactado estaba ya este trabajo cuando el nuevo Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales ha insistido en la misma vía que propugnamos, confiriendo la competencia para conocer de la demanda de indemnización al Tribunal que haya conocido del recurso interpuesto contra el acto o acuerdo ilegal y facultando al particular para pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al impugnar la ilegalidad de dicho acto o acuerdo (art. 378).

Parece por ello absurdo el mantener el proceso especial de la ley de 1904, que requiere siempre otro proceso (administrativo) anterior, cuando ya en éste se podría hacer efectiva la responsabilidad civil. Claro que ello requeriría el reconocimiento en todos los casos de la responsabilidad directa de la Administración, pues en el proceso administrativo previo al de responsabilidad civil de funcionarios el demandado es la Administración, mientras que en el último el demandado es el funcionario; es decir, la Administración responde del acto, pero de sus consecuencias hace responder al funcionario.

Con lo que defendemos no se pretende eximir de su responsabilidad al funcionario, pero aun en los casos en que ésta apareciera más patente, bastaría que en el proceso administrativo (el único que habría) se declarara la manifiesta ilegalidad del acto lesivo para que, a su vez, la Administración pudiera, sin necesidad de otro proceso (civil) exigir la responsabilidad al autor del acto.

Con ello, de una parte, respondería siempre la Administración de las consecuencias de sus actos, principio cuya justificación no parece necesaria; de otra, el perjudicado tendría siempre frente a sí una persona económicamente capaz y, por último, se evitaría la necesidad, hoy insoslayable entre nosotros para el caso de la Administración central, de un segundo proceso que viniera a borrar definitivamente las últimas consecuencias (lesión económica) del acto ilegal y lesivo.

Prescindiendo de las anteriores consideraciones y ateniéndonos al Derecho vigente importa señalar, por contraste seguramente con la *communis opinio*, que el discutido requisito de la previa reclamación por escrito, tal como parece haberlo concebido la ley de 1904, según se desprende de algunas sentencias del Tribunal Supremo, no supondría ningún irritante privilegio del funcionario ni haría difícil para el particular el ejercicio de la acción, toda vez que bastaría cumplirlo con anterioridad a la interposición de la demanda, viniendo a tener el carácter de un acto de conciliación *sui generis*, si bien el Reglamento de 23 de septiembre de 1904 haya enturbiado aquella concepción.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La concentración parcelaria

JESUS GONZALEZ PEREZ
Registrador de la propiedad

SUMARIO: I. *Nociones generales.* A) Concepto.—B) Naturaleza jurídica.—C) Fundamento.—D) Regulación.—II. *Sujetos.* A) La Administración.—B) El administrado.—III. *Objeto.* A) Las parcelas.—B) La indemnización.—IV. *Presupuestos.* A) Declaración de estar sometida una zona a la concentración.—B) Fijación de las «unidades mínimas de cultivos».—V. *Procedimiento.* A) Idea general.—B) El trámite de audiencia.—VI. *Efectos.* A) Efectos jurídico-procesales.—B) Efectos jurídico materiales.—C) Efectos económicos.

I. NOCIONES GENERALES

A. CONCEPTO.

1. No es de hoy la preocupación por la excesiva parcelación de la propiedad agraria. Ni tampoco los intentos de solución, mediante la intervención del Estado. El Instituto de Estudios Agro-sociales, en una interesante Memoria, ha tratado de resumir «los tímidos, intermitentes y malogrados intentos realizados por distintos Gobiernos de la Nación», señalando entre ellos: la Ley de 11 de julio de 1866, inspirada en la célebre Memoria de Caballero sobre el fomento de la población rural (premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid en 1863) y en informe que sobre tal trabajo dictaminó la Sociedad Económica Matriitense a instancia de la Dirección General de Agricultura; la Ley de 3 de junio de 1868, que refundió la anterior y las de enero y mayo de 1845, julio de 1849 y noviembre de 1855; varios preceptos aislados del Código civil, y, aparte de otros intentos, el proyecto de Ley formado por la Comisión creada por Real Decreto de 22 de marzo de 1907 (1), al que se ha referido recientemente López Rodo, calificándole de proyecto de Ley de concentración parcelaria, que trataba de instaurar la indivisibilidad de las fincas rústicas y explotaciones agrícolas de la tierra, acometiendo

(1) Instituto de Estudios Agro-Sociales, *El parcelamiento de la propiedad rústica en España*, Madrid, 1952, págs. 53 y ss.

al propio tiempo la concentración de los cultivos mediante permutas y ventas forzosas (2).

2. Tampoco es exclusivamente nacional esta preocupación por la excesiva parcelación de la propiedad agraria. Muchos son los Estados cuyos gobiernos se han lanzado a la redistribución del suelo para acabar con la excesiva división de la propiedad rústica. Y hemos de reconocer que, en muchos de ellos, la operación ha sido coronada por el éxito. A título de ejemplo, y por citar un caso próximo, señalaremos la reforma que se está realizando en Francia (3).

3. Ahora bien, los caminos seguidos para resolver el problema han sido muy diversos. Las modalidades que adopta la intervención estatal, varían extraordinariamente, según el país de que se trate. De aquí que al definir la «concentración parcelaria» haya que hacerlo con referencia a un Derecho positivo concreto, si no queremos ofrecer una definición inservible por su extraordinaria ambigüedad. Por ello, al definir la «concentración parcelaria» dentro del Derecho español, nos referimos a la institución tal y como se regula en la reciente Ley de 20 de diciembre de 1952. Esto supuesto, creemos puede definirse como aquella *función administrativa por la que se reorganiza la propiedad rústica de una zona, asignando a cada propietario una porción de terrenos equivalente en extensión a otros de que se le priva, pero en mejores condiciones para su cultivo, mediante las oportunas compensaciones por la diferente clase de tierras.*

B. NATURALEZA JURÍDICA.

1. *La concentración parcelaria es una función administrativa*

a) El conjunto de operaciones en que se concreta la concentración parcelaria son el desarrollo de una función administrativa, en cuanto que consisten en la actividad de entidades públicas para la satisfacción de una necesidad pública. La necesidad pública que se quiere satisfacer consiste en resolver el problema de la excesiva parcelación de la propiedad agraria. Ahora bien, la excesiva parcelación puede consistir: o en la división extremada de la propiedad, por la cual ésta asume proporciones mínimas, o en la dispersión en fracciones separadas de terreno que constituyen una sola explotación (4). Tanto en uno como en otro caso, es intere-

(2) LÓPEZ RODO, *La propiedad agraria en Colmeiro y en el Derecho moderno*, en *Estudios en honor de Colmeiro*, Universidad de Santiago, 1952, página 139.

(3) Un resumen de la misma, en BALLARÍN, *Aspectos del Derecho administrativo agrario en Francia. El «remembrement» o concentración parcelaria*, en «Revista de Administración Pública», núm. 2, págs. 257 y ss.

(4) Ya en 1930, desde la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», TASSINARI, en un trabajo titulado *La reconstrucción de la unidad fundiaria*, dis-

sante acabar con las minúsculas parcelas, siempre que no tengan la extensión de la «unidad mínima de cultivo». Sin embargo, la reciente Ley española sobre concentración parcelaria únicamente aborda la solución del segundo de los problemas, como se desprende del párrafo quinto de su preámbulo (5), pese a la generalidad que parecen tener las declaraciones que se contienen en los párrafos primero, segundo y cuarto (6).

b) Para la satisfacción de esta necesidad pública—como para la satisfacción de cualquiera otra—podían haberse adoptado varios caminos. La Administración podía haber intentado la solución a través de medidas de policía—limitando la actividad de los particulares—, a través de medidas de fomento—estimulando la acti-

tingüía ambos aspectos. Cfr. T. CLVI, pág. 497. Y recientemente, el Instituto de Estudios Agro-Sociales, en la Memoria antes citada, recogiendo la opinión de TCHERKINSKY, *Le problème du remembrement des terres en Europe* (publicado en «Revue Internationale d'Agriculture», marzo, 1942), afirma: «El fenómeno de la parcelación de la tierra puede, en el sentido estricto de la palabra presentar dos aspectos diferentes: bien el de una división de la superficie agrícola, en un gran número de explotaciones de dimensiones excesivamente reducidas, o bien, el de una disseminación de las pequeñas parcelas que en mayor o menor número constituyen una sola explotación». Y al primer concepto «se designa con el nombre de minifundio y al segundo con el nombre de parcelamiento». Cfr. Memoria cit., pág. 15.

(5) «Aunque por ser manifiesta la utilidad pública que entraña la labor de concentración parcelaria hubiera podido operarse, con plena justificación, a través de medidas expropiatorias, se prescinde del uso integral de éstas, toda vez que, lejos de privarse a nadie de su dominio satisfaciéndole una indemnización en numerario, se respeta plenamente el derecho de los propietarios de las parcelas diseminadas, ya que la sustitución de éstas sólo implica una subrogación real en beneficio de aquéllos, en cuanto reciben otras de análogo valor y de condiciones más favorables y económicas para su cultivo. Por otra parte, aunque la concentración parcelaria tiene un matiz preminentemente económico, se logra con ella de modo indirecto una importante finalidad social al permitir el incremento de la producción agrícola, una elevación del nivel de vida de los cultivadores».

Sin embargo, aun fuera del ámbito de la ley, se prevé la posibilidad de que se aborde el otro aspecto del problema de la excesiva parcelación de la propiedad rústica, encorriendándose tal misión al Instituto Nacional de Colonización. Dicho párrafo quinto del preámbulo, añade: «Ahora bien: cuando por determinadas circunstancias el problema social existente en una zona habría de quedar sin resolver aún realizada la concentración, la Ley, dando cumplimiento práctico al principio que constituye la preocupación constante del Régimen, evita que esto ocurra al disponer que por medio del Instituto Nacional de Colonización se adquieran tierras suficientes para aumentar la propiedad de los pequeños agricultores y constituir patrimonios familiares indivisibles e inembargables, teniendo así a poner fin, de modo definitivo, a los problemas social y económico de la tierra».

(6) Sin embargo, ya el párrafo primero demuestra cual es la finalidad de la misma, al decir: «Entre los problemas que tiene planteados la agricultura española, destaca por su extraordinaria importancia aquel que se deriva del intenso parcelamiento que sufre gran parte del territorio nacional. El estado actual de muchas de las explotaciones agrícolas constituidas por numerosas y minúsculas parcelas diseminadas y repartidas por los cuatro extremos de un término municipal, da lugar a que sus rendimientos sean antieconómicos a la par que origina notorios obstáculos para el desarrollo y modernización de la agricultura patria».

vidad libre de los particulares—o a través del servicio público—llevándose a cabo por la propia Administración la satisfacción de la necesidad pública (7)—. Pues bien, de estos tres caminos, la Ley de 20 de diciembre de 1952 ha escogido el último. La concentración parcelaria se realiza por la propia Administración; constituye, por tanto, un servicio público. Pero no se desprecian otros medios, como lo demuestra la limitación que se contiene en el artículo 9.º, la cual, desde el punto de vista civil, es una prohibición de disponer, y desde el punto de vista administrativo una medida de policía.

c) Para llevar a cabo este servicio público se podía haber acudido al medio jurídico de la expropiación forzosa; pero la ley ha prescindido del «uso integral»—son palabras de su preámbulo—de las medidas expropiatorias. Es inexacto afirmar—como parece hacer algún autor (8)—que la concentración parcelaria constituye una expropiación forzosa. No negamos que jurídicamente los resultados de la concentración son muy parecidos a los de la expropiación, si bien con una diferencia: que el expropiado en vez de recibir el «justo precio» en metálico, lo recibiría en especie—una parcela equivalente al conjunto de aquellas que se le «expropiaron»—. Sin embargo, la concentración no puede ser conceputada como una expropiación en ningún caso, por la sencilla y elemental razón que la expropiación—aunque se aceptase este medio por el legislador—no sería más que un medio jurídico que podría utilizar la Administración; pero la concentración implica una serie de operaciones de las que la expropiación no sería más que una faceta. Concentración parcelaria y expropiación son instituciones que se mueven en dos planos distintos: la concentración es una función administrativa; la expropiación no es más que un medio jurídico para llevar a cabo esta u otras funciones administrativas.

2. *Es una de las medidas adoptadas para la reorganización de la propiedad rústica.*

Es decir, la concentración parcelaria es una de las funciones a través de las cuales se pretende realizar la reforma agraria de España. Las otras funciones con la misma finalidad son la colonización y la parcelación. Para tener una idea clara de la que ahora se estudia nos interesa recordar—a efectos comparativos—los conceptos de las otras dos:

a) *La colonización*, en su sentido estricto, consiste en las operaciones de «estudio y ejecución de las obras y mejoras que exija o aconseje el aumento de la productividad de la explotaciones o

(7) Sobre los distintos modos de acción de la Administración pública, vid., JORDANA DE POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en «Revista de Estudios Políticos», núm 48, págs. 41 y ss.

(8) SCHMERBER, *Le remembrement rural*, 1948.

el perfeccionamiento de las condiciones de vida de los colonos» (artículo 1.º, párrafo tercero, O. 30 mayo 1945).

En ocasiones, las operaciones de colonización se realizan con las de parcelación—v. gr., colonización en zonas regables (9)—y en otras se realizan las operaciones de colonización sin llevar anexas las de parcelación—un ejemplo lo tenemos en las colonizaciones de interés local (10)—.

b) *La parcelación* consiste en «cuantos estudios y trabajos son precisos para la instalación de los colonos en las unidades de explotación establecidas, la ordenación de las mismas y su entrega en propiedad a quienes las explotan, una vez cumplidos los requisitos y condiciones necesarios» (art. 1.º, párrafo segundo, O. 30 de mayo de 1945) (11). Por consiguiente, la parcelación es una función con la que se pretende resolver el problema del latifundio, dividiéndole en parcelas que sirvan de base para una explotación familiar (12).

c) Pues bien, así como la parcelación viene a resolver el problema del latifundio, la concentración viene a resolver el problema de la pequeña propiedad. En vez de parcelar, concentra; en vez de dividir la propiedad, la agrupa. Ambas funciones tratan de llegar a la constitución de parcelas que constituyan unidades mínimas de cultivo, si bien para perseguir esta finalidad siguen caminos distintos (13).

De esta enumeración de las funciones a través de las cuales se realiza la reforma agraria en España, se desprende claramente que si quisiéramos catalogarla entre los tipos de reforma agraria que se han dado, habríamos de incluirla en aquel en que la reforma tiene carácter jurídico y técnico-económico a la vez (14), ya que la

(9) Y también se ha previsto la realización de la concentración armónicamente con las otras operaciones en la Ley de colonización en zonas regables de 21 de abril de 1949, lo que le ha permitido afirmar a LÓPEZ RODO que antes de la Ley de 20 de diciembre de 1952 existía una concentración parcelaria en España. Cfr., ob. cit., págs. 151 y ss.

(10) Sobre la función colonizadora en general, Cfr. mi trabajo *Colonización interior*, en «Nueva Encyclopédia Jurídica, Seix», y sobre la colonización en zonas regables, mi trabajo con este título, publicado en la «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, págs. 154 y ss.

(11) En este sentido, en mi trabajo *Colonización interior*, cit., siguiendo la misma dirección CERRILLO MENDIETA, en *Derecho agrario*, Bosch, Barcelona, 1952, pág. 200, que transcribe dicho párrafo segundo del art. 1.º de la O. de 30 de mayo de 1945 con el mismo error que existe en mi trabajo, en el que hablo de la «instalación de los colonos en las *medidas* de explotación», cuando en realidad se trata de «instalación de los colonos en las *unidades*...»

(12) La explotación familiar es preocupación constante de la política agraria del nuevo Estado español. Cfr. el texto de los discursos pronunciados en las Cortes por LAMO DE ESPINOSA y NAVARRO RUBIO, en «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 1, oct.-dic., 1952, págs. 75 y ss.

(13) Sobre la proyección en la realidad de una política agraria que parte de las «unidades mínimas de cultivo» o «de las fincas tipo», vid. lo que se dice después: Apartado IV, B).

(14) La reforma agraria se ha intentado en casi todos los países, empezando a tener una difusión extraordinaria la idea a raíz de la guerra de 1914-18. Como

reforma pretende no sólo la reorganización de la propiedad distribuyendo de modo adecuado las tierras—lo que se realiza fundamentalmente a través de la parcelación—, sino que pretende también la transformación del terreno con objeto de mejorar las condiciones de productividad—lo que se realiza a través de la colonización en sentido estricto, principalmente—(15). Este doble aspecto de la actividad reformista debe ser elogiado, pues, indudablemente, una reforma agraria de carácter exclusivamente jurídico es insuficiente; precisamente por esto se censuró la reforma agraria intentada por la segunda República, y se ha considerado prudente la actitud seguida por el nuevo Estado español, al iniciar una nueva corriente con la que—como ha dicho Montero y G. de Valdavia (16)—se ha venido a restaurar, con nuevas características y posibilidades, una institución de viejas raíces que parecían haberse secado después del pequeño brote que nuestro siglo conoció con el nombre de «colonización y repoblación interior».

Ahora bien, si una reforma de tipo exclusivamente jurídico es insuficiente, una reforma de tipo exclusivamente técnico-económico tampoco bastaría por sí para resolver el problema de la tierra en España. Por ello, es necesario llamar la atención acerca de la necesidad de la redistribución más justa del suelo español con toda urgencia. Y no ha de afectarnos el que, cuando se proclame esta urgente necesidad, se nos llame demagogos. Al fin y al cabo el vocablo ha sido empleado por los espíritus conservadores para denunciar cualquier intento—por justísimo que fuese—que tratara de

afirmaba WAUTERS, en una interesante obra sobre *La reforma agraria en Europa* (traducción de J. BUENO, Madrid, 1931, págs. 10 y ss.), «atorce grandes países europeos han aplicado una reforma agraria radical, ya por vía legal, ya por la fuerza. En suma, la reforma agraria interesa al 36 por 100 de la población europea, sin contar con los rusos. El 28 por 100 de la superficie total de Europa ha sido afectada por ellas». Sobre el problema, entre la bibliografía más reciente, vid., MEDICI, *L'Agricoltura e la reforma agraria*, Milán, 1947, y entre nosotros, el sugestivo intento de clasificar los distintos proyectos de reforma llevado a cabo por GÓMEZ AYAU, en *La reforma verde*, en «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 1, págs. 9 y ss. De los distintos tipos que pueden darse, señalamos dos fundamentales—con las consiguientes variantes que pueden darse en cada uno—, según predomine el aspecto técnico o jurídico. Sobre los criterios directores de una reforma agraria, vid., las interesantes consideraciones de MARTÍN-SÁNCHEZ JULIÁ, en *La reforma agraria italiana y la futura reforma española*, Madrid, 1927, págs. 201 y ss., Editorial Voluntad, S. A.

(15) La mayor parte de las reformas realizadas en Europa después de la guerra de 1914, tenían un carácter predominantemente jurídico. «Estas reformas—afirma BALLARÍN—se actúan mediante transformaciones jurídicas más que económicas o técnicas en general. Al legislador le basta cambiar el estatuto jurídico de la propiedad para que el progreso técnico y social se realice, como consecuencia del paso a una organización más cercana de la que expresa el slogan la tierra para el que la trabaja». En *La reforma agraria en Italia*, «Revista de Administración Pública», núm. 5, pág. 306. Una de las más sugestivas reformas realizadas en aquella época fué la checoslovaca, sobre la que puede verse el trabajo de WIBEN, *La reforma agraria en Checoslovaquia*, en lengua española, trad. de F. CARRILLO, Madrid, 1923.

(16) En *Modernas orientaciones de la colonización agraria en España*. «Anuario de Derecho Civil», tomo II, fasc. III (1949), págs. 1.050 y ss.

acabar con la terrible e injusta situación de las masas campesinas españolas, de análoga manera a como el vocablo «reaccionario» ha sido empleado para designar cualquier actitud disconforme con la reforma, aun cuando se basara en la más prudente medida (17).

Es indudable que la concentración parcelaria es urgente—como vamos a ver a continuación, al estudiar su fundamento—, pero existen otros problemas, cuya solución es, por lo menos, tan urgente como el que ella pretende resolver (18).

3. *Finalidad específica.*

a) De lo que se acaba de exponer se desprende que la finalidad específica que la «concentración parcelaria» persigue es la de asignar a cada propietario de la zona a que afecte, una porción de terreno equivalente en extensión a otros de que se le priva. Concretamente, en el artículo 4.^o de la Ley se señalan como finalidades de esta función administrativa :

a') Asignar a cada propietario en coto redondo o, si esto no fuese posible, en un reducido número de parcelas, una superficie equivalente en clase de tierra y cultivo a las que anteriormente poseía. No podrá atribuirse a los propietarios de superficies superiores a la de la unidad mínima de cultivo, parcelas que no alcancen la extensión señalada para ésta ; precepto sobre el que volveremos después.

(17) No debe olvidarse este hecho. De aquí que no nos parezca acertada la afirmación que se contiene en el párrafo tercero del preámbulo de la Ley de 20 de diciembre de 1952. «La magnitud de otro problema—dice—de distribución de la propiedad rústica, el de la gran propiedad absentista, que por su carácter preferentemente social, más que económico, técnico, ha pasado a formar parte de los programas de todos los partidos políticos y ha sido, por tanto, presa fácil de la demagogia, no ha dejado vislumbrar las ventajas de todo orden que podría alcanzarse mediante una inteligente política de mejoramiento de las explotaciones agrícolas fragmentadas». La preocupación por el problema de la fragmentación de la propiedad y en general por la reforma de carácter técnico económico, no debe ocultar la importancia del otro problema social, mucho más importante.

(18) Como afirmaba JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, «la Reforma agraria es algo más extenso que ir a la parcelación, a la división de los latifundios, a la agregación de los minifundios. La Reforma agraria es una cosa mucho más grande, mucho más ambiciosa, mucho más completa; es una empresa atayente y magnífica que probablemente sólo se puede realizar en coyunturas revolucionarias». Y enfrentándose a las derechas españolas, afirmaba : «El tema de toda esta discusión creo que puede encerrarse en una pregunta: ¿Hace falta o no hace falta una Reforma agraria en España? Si en España no hace falta una Reforma agraria, si alguno de vosotros opina que no hace falta, tened el valor de decirlo y presentad un proyecto de Ley, como decía el Sr. DEL RÍO, que diga : «Artículo único : Queda derogada la Ley de 15 de septiembre de 1932. Ahora, ¿hay alguno entre vosotros, en ningún banco, que se haya asomado a las tierras de España y crea que no hace falta la Reforma agraria? Porque no es preciso invocar ninguna generalidad demagógica para esto; la vida rural española es intolerable». Cfr. *Obras completas*, T. II, ed. de 1939, págs. 224 y ss.

b') Reunir, en cuanto sea conciliable con lo preceptuado en el apartado anterior, las parcelas cultivadas por un mismo agricultor, incluso cuando éstas pertenezcan a distintos propietarios. Es decir, cuando no sea conciliable con el apartado anterior, se puede dar el absurdo de que tierras colindantes explotadas por un mismo agricultor sean disgregadas con evidente perjuicio para el que las explota en beneficio del propietario. Realmente, esta solución pugna con la justicia.

b) Junto a esta finalidad primordial, se persiguen otras complementarias, que señala el propio artículo 4.^º de la ley, en sus apartados c) y d), consistentes en dar a las nuevas parcelas acceso a vías de comunicación, para lo cual se modificarán o crearán los caminos precisos, y emplazar a las nuevas parcelas de forma que puedan ser bien atendidas desde el lugar en que radique la casa de labor de la explotación.

C. FUNDAMENTO.

1. La necesidad de acabar con la excesiva parcelación de la propiedad agraria es tan evidente como la de la realización de la reforma agraria total. Así lo pone de manifiesto el hecho de que se haya proclamado por todos los partidos políticos. El problema de la reforma agraria—se ha dicho—sirvió de base a campañas de hombres de izquierda, como Costa y Canalejas, y de hombres de la derecha, como los que constituyeron el grupo de la democracia cristiana, ocuparon también la atención del general Primo de Rivera y constituyeron una de las preocupaciones primordiales del régimen republicano (19). También ha sido proclamada su necesi-

(19) TREVÍNO, *En torno a la reforma agraria*, en «Revista de los Tribunales», 1934, págs. 129 y ss. ARÍN Y DORRONSORO, *El nuevo proyecto de Ley agraria requiere fundamentales modificaciones*, en «Revista de los Tribunales», 1932, página 265, llegándose a afirmar que «El problema de la tierra—dijo JOAQUÍN COSTA hace cuarenta años—es el fundamental en España. La necesidad imperiosa de resolverle, en términos de justicia, fué motivo suficiente para coadyuvar al derrumamiento de la Monarquía, ya que el régimen, por apoyarse en grandes terratenientes, no podía, aunque el Monarca lo hubiese deseado mermar en lo más mínimo los privilegios que detentaban unos cuantos centenares de familias, dueños del solar español. Atacar, pues, la reforma agraria en su esencia, es hacer, declarada o subrepticiamente, labor monarquizante y reaccionaria». SÁNCHEZ RIVERA, *La reforma agraria*, en «Revista de Tribunales», 1933, página 565. No obstante, antes de la República también se había resaltado la importancia del problema, aún cuando las soluciones que se proponían no eran todo lo radicales que la situación requería. Cfr. ARGENTE DEL CASTILLO, *La reforma agraria*, Madrid, 1924, en especial, págs. 12 y ss., acerca de la trascendencia del problema agrario.

Sin embargo, pese a esta generalidad de opinión, no faltó quien se mostrara contrario a la reforma, manteniendo criterios que olvidan, no ya la realidad del suelo español, sino las más elementales exigencias de la justicia. Olvida, por otro lado, principios fundamentales de la doctrina social católica, y me refiero, no solo a la doctrina contenida en las manidas Encíclicas de León XIII y Pio XI, sino a la doctrina del Evangelio tal y como se expuso por los primeros padres de la Iglesia. Con olvido de esos principios se ha llegado a creer justísima la

dad por el nuevo régimen español, dictándose en 26 de diciembre de 1939 una nueva ley de colonización, «que constituye el primer eslabón en materia de legislación agraria de nuestro Movimiento», dice el preámbulo de la Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización en zonas regables (20). Pues bien, si pensamos que una de las razones que se han alegado para justificar la reforma agraria ha sido la del fraccionamiento de la pequeña propiedad, comprenderemos la necesidad de acabar con el mismo (21), tanto se trate de minúsculas fincas que constituyen toda la base territorial de una explotación (22) como cuando las distintas parcelas pequeñas estén atribuidas a un mismo propietario.

Independientemente de la idea general de una reforma agraria, también se ha planteado el problema de la excesiva parcelación de la propiedad rústica en España, bien refiriéndose a aquellas comarcas en que se presenta más acusada, bien con carácter general (23). En el primer sentido, López Rodo recuerda cómo la Sociedad Económica de Amigos del País premiaba, en 1843, una Memoria de Colmeiro sobre el «Modo más acertado de remediar los males inherentes a la extremada subdivisión de la propiedad territorial» (24). En el segundo, la Memoria del Instituto de Estudios Agro-sociales a que ya nos hemos referido, sienta entre sus conclusiones la siguiente: «El problema del parcelamiento no se circumscribe, como corrientemente se cree, al norte y noroeste de España; existen grandes extensiones en el reino de León y las Castillas que padecen el mal con intensidad superior al de los predios asturianos o gallegos, agravado por las especiales características de sus cultivos de secano» (25).

2. Ahora bien, lo dicho solamente pone de manifiesto la necesidad de acabar con la excesiva parcelación de la propiedad rús-

situación actual, por lo que debía mantenerse. En esta línea reaccionaria, merece ocupar un lugar destacado un folleto del CONDE DE RIVADAVIA, titulado *La reforma agraria*, Gráficas Pasajes, 1935. Jamás he leído más absurdos juntos en 28 páginas; las afirmaciones, llenas de lugares comunes y tefidias de un espíritu u clasista marcadísimo, llegan a ser cómicas. Esto es lo único que las ha hecho acreedoras de la cita. En la línea reaccionaria también, ha de citarse el criterio de las derechas españolas ante la Ley de Reforma agraria de 15 de septiembre de 1932, criterio «monstruoso»—son palabras de JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA—que dió lugar a que éste pronunciara su discurso sobre la reforma agraria, resumiendo los puntos fundamentales de la misma. Cfr. *Obras completas*, ed. citada, T. II, págs. 223 y ss.

(20) Los principios fundamentales se señalaron en el apartado V del Fuero del Trabajo, que hoy tiene el rango de Ley fundamental, desde la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado.

(21) Vid., por ejemplo, WAUTERS, *La reforma agraria en Europa*, cit., páginas 41 y ss.

(22) Como se señala en otros lugares de este trabajo, este aspecto es de más urgente solución.

(23) Cfr. VIÑAS MEY, *El problema del microfundio y la concentración parcelaria*, en «Boletín de Divulgación Social», núms. 67, págs. 153 y ss., y 68, páginas 229 y ss. (ambos de 1952).

(24) LÓPEZ RODO, ob. cit., pág. 131.

(25) Página 69.

tica que padece España. Pero ¿justifica la institución ideada por la Ley de 20 de diciembre de 1952 para satisfacerla? ¿Justifica aquella necesidad el que sea el Estado el que, a través de sus órganos, lleve a cabo la concentración?

Creo, con Jordana de Pozas (26), que toda intervención administrativa debe tener en cuenta la proporcionalidad de su intensidad con la insuficiencia de la iniciativa privada o social, debiendo emplearse aquellos medios que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción. Y no ha faltado algún autor que se haya mostrado contrario a la «concentración parcelaria». La recomposición predial—se ha dicho—«supone un predominio excesivo del criterio técnico por encima de valores humanos entrañables: la libertad de iniciativa y de disposición sobre los propios bienes, que pertenecen, en gran parte, al mundo de los afectos y que conducen necesariamente a la diversidad de dimensiones y cultivos de los predios» (27).

Desde luego, creo que el Estado debe abordar con todo rigor el problema de la excesiva parcelación de la tierra. Ahora bien, es necesario que arbitre medios de policía y de fomento con toda la intensidad posible; medios que en muchos casos conducirían a los mismos resultados que la «concentración», sin la complicación técnica que ésta supone. Pensemos, aparte de las medidas de policía, en medidas de fomento consistentes en una exención total de impuestos de las permutas en ciertas condiciones, junto a una rebaja de los derechos arancelarios de Notarios y Registradores. Es indudable que éstas, como otras disposiciones, darían resultado. No obstante, reconozco que también aquellas medidas serían insuficientes y, por tanto, habría que acudir a la concentración realizada por el Estado. Ahora bien, el modo de regular la concentración parcelaria por la Ley de 20 de diciembre de 1952 ofrece algunos reparos. En efecto:

a) Ya vimos que el problema de la excesiva parcelación de la propiedad rústica en España no reside únicamente en aquellos casos en que la explotación agrícola tiene su base en distintas minúsculas parcelas propiedad de un mismo titular. Ni creo que éste sea el problema más importante. Creo que es más urgente de resolver el caso en que el parcelamiento de la propiedad consiste en que las pequeñísimas fincas de una región constituyen la única base patrimonial de sus titulares. Afirmaba Wauters, en su obra «La reforma agraria en Europa» (28)—recogiendo la opinión de Fernando de los Ríos—, refiriéndose a España, que «todos los pequeños propietarios carecen de independencia, hasta el punto de que han de alquilar sus brazos como jornaleros; no obtienen, como

(26) En *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en «Revista de Administración Pública», núm. 4, pág. 27.

(27) LÓPEZ RODÓ, ob. cit., págs. 152 y s.

(28) Ob. cit., pág. 45. FERNANDO DE LOS RÍOS, en *El problema agrario en España*, en «Revue Internationale du Travail», 1925, junio.

productores autónomos más que el 20 por 100 de sus recursos ; lo demás han de pedirlo del salario». Pues bien, este problema no se resuelve por la Ley de 1952.

b) La ley debería haber abordado este problema, tratando de acabar con el parcelamiento de la propiedad rústica en todos sus aspectos. Y debería haberse abordado dentro del plan de una reforma agraria total, en la que la concentración fuese uno de los aspectos. La disposición aislada que se contiene en el artículo 6.^º de la Ley de 1952 debería haber sido la base de una ordenación general (29). Con mejor criterio, la Ley de 21 de abril de 1949, al regular la colonización en zonas regables, faculta al Instituto Nacional de Colonización para resolver problemas de concentración parcelaria y recomposición predial (30).

D. REGULACIÓN.

1. La regulación española de la concentración parcelaria se encuentra recogida en la Ley de 20 de diciembre de 1952, que se ha dictado «con carácter de urgencia y con finalidad fundamentalmente experimental» (art. 1.^º, *in limine*), creándose una «Comisión que, presidida por el Ministro de Agricultura o por persona en quien delegue, estará integrada por un representante del Ministerio de Hacienda, dos del de Justicia y uno por cada una de las Direcciones Generales de Agricultura y Montes, de los Institutos de Colonización y de Estudios Agrosociales». Así lo preceptúa la disposición adicional de la ley, que añade: «Antes del transcurso de los cinco años siguientes a la vigencia de esta ley (31), la indicada Comisión, a la vista de la experiencia que se derive de los trabajos y resultados de la concentración parcelaria, a que se refieren los artículos precedentes, redactará un proyecto de ley, que será elevado al Consejo de Ministros, y en el que, con carácter definitivo, se establecerán las normas aplicables a la concentración parcelaria. La Comisión propondrá asimismo en el indicado proyecto de ley todas aquellas medidas legales que, directa o indirectamente, sirvan al fin propuesto o eviten la parcelación de la propiedad por debajo de límites convenientes.» Mientras tanto, según el artículo 13 de la ley, «se faculta a los Ministerios de Agricultura y Justicia para que dicten las disposiciones complementarias precisas para el cumplimiento y efectividad de la presente ley, quedando derogados cuantos preceptos se opongan a lo que en ésta se dispone».

(29) Creemos que los supuestos a que se refiere dicho artículo son los que se darán generalmente, constituyendo el más grave de los problemas de la parcelación excesiva de la propiedad rústica.

(30) Cfr. LÓPEZ RODO, ob. cit., págs. 152 y s.

(31) La Ley no establece el momento de entrada en vigor. Por ello, creamos aplicable el precepto general que se contiene en el art. 1.^º, C. c. A partir de tal momento es posible provocar la oportuna declaración del Consejo de Ministros con arreglo al art. 2.^º de la Ley.

2. El carácter experimental de la regulación presente permitirá que, al abordarse la regulación definitiva, se subsanen algunas deficiencias de la actual, recogiéndose las enseñanzas que ofrezca su aplicación. Nuestro propósito es estudiar, con el criterio más objetivo posible, el conjunto de preceptos que aparecieron en el *Boletín Oficial* de 23 de diciembre de 1952 sobre concentración parcelaria, resaltando las deficiencias que, a nuestro modesto entender, ofrezcan aquéllos. Ya hemos expuesto antes, al señalar el fundamento de la institución, el juicio de conjunto de la misma. En los apartados sucesivos, al estudiar sus distintos aspectos, la enjuiciaremos en concreto, señalando aquellas normas que, en principio, nos parecen aceptables, y aquellas otras que exigen alguna modificación o una derogación total para ser sustituidas por otras más adecuadas.

II. SUJETOS

A. LA ADMINISTRACIÓN.

1. *Idea general.*

a) La concentración parcelaria se lleva a cabo únicamente por la Administración directa del Estado, a excepción de ciertos supuestos específicos en que, como después se verá, interviene una entidad institucional, el Instituto Nacional de Colonización. No intervienen en la concentración las Entidades locales, ni provinciales, ni municipales.

b) Ahora bien, interesa estudiar qué órganos de la Administración del Estado son los que llevan a cabo esta función. La Ley de 20 de diciembre de 1952 establece la intervención de distintos órganos estatales, atribuyendo a cada uno de ellos una competencia determinada. La determinación de la competencia (32) de cada uno de ellos tiene una importancia extraordinaria, pues, como ha dicho la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando se atribuya a un órgano un conjunto de facultades para el conocimiento de determinado asunto, sólo él puede entender del mismo, pues como la competencia es de Derecho público (sentencias de 20 de abril de 1940 y de 23 de marzo de 1943), corresponde al organismo al que la ley se la atribuye y no a ningún otro (sentencias de 10 de enero de 1935 y de 23 de marzo de 1943). De tal modo que si el acto ha sido dictado por un órgano que carecía de atribucio-

(32) Según una sentencia de 11 de enero de 1936, la competencia de todo órgano del Estado representa un conjunto de poderes concedidos por un acto creador al órgano creado o delimitado, dentro del ámbito de cada uno, mediante normas reguladoras del Derecho público en plena eficacia de vigencia. De suerte que para que exista competencia en puridad, es necesario que el asunto a dilucidar esté atribuido por la Ley al órgano o funcionario, según puntualiza otra sentencia de 10 de enero de 1935. Todas las sentencias que se citan son de las Salas de lo cont. adm. del T. S.

nes para emitirlo, se produce una invasión de funciones, la incompetencia, y los actos dictados por el órgano incompetente adolecen de vicio de nulidad (33). Y tiene tal relevancia este vicio esencial, que el Tribunal Supremo ha declarado que es siempre competente para conocer de una pretensión administrativa dirigida a que se declare la nulidad de un acto dictado por órgano incompetente (34), aun cuando no exista una auténtica lesión de derecho subjetivo administrativo, no ya en la esfera local, en que se admite expresamente la pretensión de anulación, sino también en la esfera central.

c) Por lo expuesto, se desprende que si alguno de los órganos que se enumeran a continuación dictara un acto respecto del cual carecía de competencia, siempre habría posibilidad, una vez terminado el procedimiento, de interponer el oportuno «recurso contencioso-administrativo» (35).

2. Organos generales de la Administración del Estado.

Intervienen en las operaciones de «concentración parcelaria» los siguientes órganos:

- a) *El Consejo de Ministros*, el cual tiene competencia:
- a') Para determinar aquellas zonas en que haya de realizarse la concentración (art. 1.º).
- b') Para autorizar al Instituto Nacional de Colonización a que

(33) Sentencias de 20 noviembre 1917, 10 y 14 enero 1936, 13 abril 1942, 9 abril 1945, 14 mayo 1949, 7 marzo y 29 septiembre 1950. Cuando la jurisprudencia administrativa emplea el término «nulidad», no lo hace en el sentido en que emplea la técnica civilista los conceptos de «nulidad absoluta» o «inexistencia», sino más bien en un sentido equivalente al de la «anulabilidad» o «nulidad relativa» de la doctrina civil, ya que la jurisprudencia lo que afirma es la posibilidad de que el acto dictado con incompetencia puede ser impugnado ante los órganos de la jurisdicción administrativa en el plazo legal por la persona legitimada activamente; pero si se deja transcurrir dicho plazo el acto queda validado.

Sobre la aplicabilidad del concepto de nulidad absoluta al Derecho administrativo y sobre la imprecisión terminológica existe una cantidad enorme de bibliografía. Entre ella merece destacarse el *Derecho administrativo alemán*, de O. MAYER, págs. 50 y ss. del tomo II de la trad. española publicada en Buenos Aires en 1950 por Ed. Depalma. Donde más ha preocupado el problema, como en general la teoría del acto administrativo, ha sido en Italia. Vid. D'ALESSIO, *Diritto amministrativo*, tercera ed., 1942, T. II, págs. 218 y ss.; RAGGI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, págs. 160 y ss.; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, pág. 344; SANDUCCI, *I limiti dell'esistenza del atto amministrativo*, en «Rassegna di diritto pubb.», IV, 1949, pág. 125; ZANOBINI, *Diritto amm.*, volumen I, pág. 243; LENTINI, *Termino di impugnativa degli atti assolutamente nulli*, en «Nuova Rassegna di diritto pubb.», 1949, pág. 1.140, en «Giustizia Amministrativa», Milán, 1949, pág. 318, y en *Atti amministrativi inesistenti, nulli e annullabili*, en «Nuova Rassegna», 1952, págs. 406 y ss., y VITTA, en *Competenza giudiziaria su diniego di potere discrezionale*, en «Giurisprudenza italiana», 1951, I, 1, pág. 520.

(34) Por ejemplo, en sentencia de 17 de octubre de 1944 y en sentencia de 8 de octubre de 1952.

(35) Sobre este problema insistiremos más tarde al estudiar los efectos jurídicos procesales.

lleve a cabo la concentración, cuando concurran las circunstancias señaladas en el artículo 6.^o

b) *El Ministro de Agricultura.* Tiene una intervención decisiva, extendiéndose su competencia a los siguientes actos fundamentales :

a') Para pedir que sea declarada afecta a la concentración parcelaria una determinada zona (arts. 1.^o y 2.^o), y para excluir de la concentración determinadas fincas (art. 16).

b') Para fijar las «unidades mínimas de cultivo» (art. 3.^o).

c') Para resolver los recursos de alzada que se interpongan contra los acuerdos de la Comisión Central (art. 11).

3. *Organos especiales.*

Existe una tendencia legislativa—muy pronunciada en los últimos años—consistente en la creación de organismos especiales para realizar ciertas funciones administrativas. Tal criterio, como todo el que suponga especialización de los órganos administrativos —siempre que no sea exagerado—, debe ser elogiado, ya que una mayor especialización se traducirá en una mejor preparación del personal del mismo, lo que implicará mayor acierto en la solución de los asuntos, con el consiguiente beneficio para el interés público y, por ende, para el particular afectado por la resolución que se adopte.

En materia de concentración parcelaria se ha dado esta especialización para realizar las complejas operaciones en que aquélla se ha de concretar, y, en este aspecto, es elogiable la nueva ley (36). Son organismos especiales los siguientes :

a) *La Comisión Local*, que será presidida por el Juez de primera instancia a cuya jurisdicción pertenezca la zona, que tendrá voto de calidad, y de la que formarán parte, como vocales, el Registrador de la Propiedad, el Notario (37), un técnico agronómico designado por el Ministerio de Agricultura y dos representantes de los propietarios de la zona, nombrados por la Cámara Oficial Sindical Agraria (art. 10, párrafo primero). Es el órgano normal en esta materia. Una vez que se han fijado las «unidades mínimas de cultivo», el órgano que lleva a cabo la concentración, resolviendo cuantas cuestiones surjan (art. 10, párrafo primero), es, precisamente, esta Comisión Local.

b) *La Comisión Central*, adscrita a la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura y presidida por el Subsecretario de dicho Departamento ; de ella formarán parte dos representantes del Mi-

(36) Este criterio de especialización se observa en el Derecho comparado, y, dentro de España, en otros campos distintos al de la concentración.

(37) La intervención activa de Notarios y Registradores de la Propiedad en estas cuestiones agrarias se defendió ya en 1931 por DEL RÍO PÉREZ, en *Política agraria y reforma hipotecaria*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1931, págs. 435 y ss. Un problema de competencia que puede plantearse es el qué Comisión local intervendrá en la concentración de una zona sobre la que tengan jurisdicción varios Jueces de primera instancia.

nisterio de Justicia y uno del Catastro de Rústica, nombrados por el Ministerio de Agricultura, a propuesta de los Departamentos ministeriales respectivos; dos representantes del Instituto Nacional de Colonización, dos del Instituto de Estudios Agrosociales, un representante del sector campo de la Delegación Nacional de Sindicatos, designado por la Junta Nacional de Hermandades de entre los Presidentes de Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, y un funcionario del Ministerio de Agricultura, que actuará como Secretario (art. 12). La competencia de esta Comisión se extiende a:

- a') La ordenación de los trabajos de concentración parcelaria.
- b') La gestión administrativa que la concentración ocasiona; y
- c') La resolución de los recursos de alzada contra las decisiones de las Comisiones Locales.

4. *El Instituto Nacional de Colonización.*

Por último, junto a los órganos del Estado señalados, también puede intervenir en la concentración parcelaria una Entidad institucional, que constituye uno de los supuestos típicos de descentralización funcional del Estado (38). Me refiero al Instituto Nacional de Colonización, que, «creado por Decreto de 18 de octubre de 1939, es una institución de Derecho público que, bajo la dependencia y alta dirección del Ministerio de Agricultura, tiene como finalidad realizar la transformación del medio agrosocial en las comarcas, zonas o fincas a que deba extender su actividad, impulsando o supliendo la iniciativa privada en la medida que lo exija la resolución de los complejos problemas técnicos, económicos y sociales que llevan consigo las misiones encomendadas a este organismo por las disposiciones vigentes» (art. 1.º, párrafo primero, Decreto de 21 de noviembre de 1947, reorganizándole).

La nueva Ley sobre concentración parcelaria, en su artículo 6.º, párrafo primero, dispone que «cuando las circunstancias de carácter social que concurren en la zona dificulten el llevar a cabo la concentración parcelaria de un modo eficiente, el Consejo de Ministros podrá autorizar al Instituto Nacional de Colonización para que, de conformidad con las normas que regulan su actuación, adquiera una o varias fincas, con el fin de proceder, mediante una redistribución de la propiedad, a resolver el problema social, haciendo posible una satisfactoria concentración parcelaria». Por consiguiente, este supuesto queda fuera del ámbito de la Ley de 1952; constituye un caso especial, que se somete a la actividad del Instituto Nacional de Colonización (39).

(38) GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, pág. 155.

(39) El párrafo segundo de dicho artículo dispone: «Las tierras adquiridas se considerarán en todo caso incluidas en el perímetro a concentrar, y su superficie servirá, siempre que ello sea posible, para completar la propiedad de aquellos que no reúnan tierra suficiente para alcanzar la unidad mínima que cultiva y para la construcción de patrimonios familiares, que se regularán por la Ley

B. EL ADMINISTRADO.

1. Idea general.

En toda función administrativa aparece, frente a la Entidad pública que la lleva a cabo, la figura del administrado, el cual puede adoptar las más diversas posiciones. El administrado puede ser caracterizado—dice Cuevas—como el particular participante en una relación de Derecho público que específicamente deriva de la existencia de los servicios públicos y que crea a favor o a cargo de aquél, sea nacional o extranjero, determinados derechos y obligaciones de tipo administrativo respecto del sujeto oficial en que, en cada caso, se concrete la Administración encargada de la realización de los servicios públicos de los que la relación derive (40).

2. *El administrado en las operaciones de concentración parcelaria.*

a) Las distintas posiciones que puede adoptar el particular frente a la Administración pueden reducirse simplistamente, prescindiendo de otros aspectos, a dos; el particular puede adoptar una de estas dos posturas: o la de beneficiario de la función administrativa, o la de perjudicado en favor del interés público. Estas dos actitudes se observan, por ejemplo, por referirnos a una institución afín a la que estudiamos, en la parcelación. El propietario de la finca que se expropia para parcelar es, sin duda alguna, un perjudicado de la función administrativa de parcelación; la Administración le impone el sacrificio consistente en privarle de un derecho de propiedad en un momento determinado. Por el contrario, el colono al que se entrega alguna de las parcelas constituye una figura típica de beneficiario de la función administrativa.

b) Pues bien, si estudiamos la concentración parcelaria tal y como se regula en la reciente ley española, observaremos que el particular afectado por la concentración adopta una doble postura: por un lado, es perjudicado, en cuanto que se le priva de sus distintas parcelas; pero de otro lado es beneficiario, ya que recibe otra porción de terreno equivalente al conjunto del que se le privó, pero en mejores condiciones para el cultivo. Que estos dos aspectos se den en cada caso concreto depende del acierto e imparcialidad de los órganos administrativos encargados de la concentración.

c) Aparte de la cuestión señalada, la teoría jurídica del ad-

de 15 de julio de 1952. A este fin último, se concederá preferencia a los agricultores que aporten voluntariamente para su adscripción al patrimonio mayor extensión de tierras de su propiedad.

(40) En España se pueden citar los siguientes trabajos sobre la materia: CUEVAS, *La teoría jurídica del administrado*, en «Revista de Derecho Pública», 1932, págs. 73 y ss.; SERRANO GUIRADO, palabra *Administrado*, en «Nueva Encyclopedie Juridica», Seix, y DE DIEGO SAMPER, *Notas para el estudio del estatuto jurídico del administrado*, en «Estudios dedicados al Profesor Gascón y Martínez», Madrid, 1952, págs. 29 y ss., este último de calidad muy inferior a los primeros.

ministrado estudia la capacidad jurídica del mismo en el campo de las relaciones jurídicoadministrativas, capacidad que ofrece ciertas variantes respecto de la capacidad jurídicoprivada (41). Pues bien, si nos referimos al administrado afectado por las operaciones de concentración parcelaria, creemos que no hay inconveniente en estimar que, teniendo en cuenta que se trata de una función administrativa que afecta a los derechos de propiedad, se le exigirá para poder intervenir la capacidad jurídica y de obrar típica del Derecho privado, siendo aplicables todas las normas civiles sobre la materia.

La proyección jurídica más importante del particular se da como «interesado» en el procedimiento, por lo que estudiaremos el problema al referirnos al «trámite de audiencia».

III. OBJETO

A. LAS PARCELAS.

I. La función que la Administración realiza a través de la concentración parcelaria consiste, como su mismo nombre indica, en concentrar parcelas, en reunir parcelas antes dispersas en una finca o, si esto no fuera posible, «en una reducido número de parcelas» (art. 4.^o, apartado a) Y es criterio decisivo para proceder a la «concentración» el determinar la extensión de las «unidades mínimas de cultivo». En principio, las operaciones de concentración se desenvuelven en dos fases:

a) Una, de reunión de las parcelas. Se priva de las fincas enclavadas en la zona que se declara de concentración a sus propietarios, cuando no reúnan la extensión de las «unidades mínimas».

b) Otra, de asignación a cada uno de ellos de parcelas cuya extensión sea por lo menos igual a la de las unidades mínimas de cultivo.

Por eso se ha afirmado por algún autor que la redistribución de la tierra se resuelve en dos operaciones: expropiación e impropiación (42). Y si fuese decisiva la extensión de las unidades mínimas de cultivo, al hacer la redistribución podría ocurrir:

a) Que el número de parcelas resultantes fuese equivalente o

(41) La doctrina italiana ha sido la que más se ha ocupado del problema. Vid., por ejemplo, SANTI ROMANO, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, 1937, páginas 172 y ss.; VITTA, *DIRITTO AMM.*, 3.^a ed., 1948, págs. 198 y ss.; MIELE, *LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ DEL PRIVATO NEL DIRITTO AMM.*, Roma, 1931, pág. 98. Y se señalan como notas características de la capacidad jurídico-administrativa, la inseparabilidad de la capacidad jurídica y de la de obrar—normalmente se confiere la capacidad jurídica al que puede ejercer por sí los derechos—, lo que no se da en el Derecho civil, salvo en algún supuesto especial—v. gr., capacidad para testar—, y la desigualdad de la capacidad jurídica entre los distintos sujetos.

(42) SÁNCHEZ ROMÁN, cit. por LEAL GARCÍA, en *EL DERECHO AGRARIO Y SUS MODERNAS ORIENTACIONES*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1935, página 609.

superior al número de propietarios desposeídos. En este caso, el único problema que plantearían las operaciones de concentración sería el del criterio a seguir en la distribución de las parcelas, ya que si bien todas las parcelas tendrían una capacidad económica parecida, habría algunas preferidas a las otras. De ahí la necesidad de fijar en la ley el criterio de distribución.

b) Que el número de parcelas resultantes fuese inferior al de los propietarios desposeídos. Realmente, éste es el problema más interesante que ofrecería la «concentración» si se aplicase esta institución para acabar con la excesiva fragmentación de la propiedad rústica. Y en este caso habría que fijar dos grupos de propietarios desposeídos:

a') Uno, el de aquellos a los que se adjudicaría alguna de las parcelas. La ley debería fijar el criterio de distribución.

b') Otro, el de aquellos a los que no se adjudicaría ninguna de las parcelas. Respecto de éstos, el Estado asumiría la obligación de instalarlos en otras parcelas que alcanzasen la extensión de las unidades mínimas, por lo menos.

2. Pues bien, como antes se ha dicho, nuestra Ley de concentración parcelaria no resuelve este problema. Según esta Ley, la concentración únicamente tiene por misión agrupar las parcelas disgregadas de una misma explotación agrícola, cuando cada una de ellas no alcance las unidades mínimas de cultivo. En consecuencia, al hacerse la redistribución, el número de áreas de tierra que se reconoce a los propietarios desposeídos es equivalente a la que ya tenían con anterioridad, pudiendo darse el caso curioso de que después de todas las operaciones complejas en que se concreta la «concentración parcelaria» haya agricultores de la zona a los que se atribuyan parcelas de extensión inferior a la de las unidades mínimas de cultivo (43), mientras que otros agricultores de la misma zona percibirán extensiones superiores a la mínima de cultivo. Así se desprende claramente del inciso segundo del apartado *a)* del artículo 4.^º al decir: «No podrá atribuirse a los propietarios de superficies superiores a la de la unidad mínima de cultivo parcelas que no alcancen la extensión señalada para ésta.» Resultado: que la ley no viene a proteger al propietario de fincas minúsculas, sino al propietario de varias parcelas que, en conjunto, alcanzan la extensión de la unidad mínima de cultivo, resolviendo un problema que, como se ha dicho repetidas veces a lo largo de este trabajo, no es ni mucho menos el de más urgente solución de los que ofrece la fragmentación de la propiedad rústica.

(43) Los cuales tendrán que pagar el recargo de contribución territorial a que se refiere al art. 8.^º Realmente, el criterio es injusto.

B. LA INDEMNIZACIÓN.

1. Teniendo en cuenta que con arreglo a la ley de 1952, como se acaba de ver, las parcelas resultantes son equivalentes en extensión a las que tenía con anterioridad cada agricultor, la parcela que se adjudica a cada uno de los beneficiarios viene a ser la indemnización que se le da por la parcela o parcelas de las que se le ha desposeído previamente para llevar a cabo las operaciones de concentración.

2. Ahora bien, como puede ocurrir que para hacer posible la concentración se atribuya a alguno de los propietarios tierras de clase inferior, se hace necesario, en ocasiones, la indemnización en metálico. «Cuando para dar cumplimiento a lo dispuesto en los apartados anteriores—dice el último párrafo del artículo 4.— sea imprescindible llevar a cabo compensaciones por clases de tierra, serán aplicados los coeficientes que previamente y con carácter general hayan sido establecidos.» Este precepto, a nuestro entender, es insuficiente para regular el problema de las indemnizaciones procedentes, ya que, partiendo de los mismos supuestos de la ley, puede darse el caso de que la diferencia de valor entre la tierra de que ha sido desposeído un agricultor y la tierra que se le adjudica dependa, no de la diferente clase de tierra, sino de otras circunstancias—v. gr., diferente posición—, debiendo también en estos casos otorgarse la indemnización correspondiente.

IV. PRESUPUESTOS**A. DECLARACIÓN DE ESTAR SOMETIDA UNA ZONA A LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.**

1. Para que se pueda proceder a la concentración parcelaria en una zona determinada es requisito previo e ineludible que el Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, determine, mediante Decreto, la zona en que haya de realizarse la concentración, «señalando expresamente en la disposición el perímetro de cada una de ellas», excluyéndose de cada zona aquellas fincas que, a juicio del Ministerio de Agricultura, no pueden beneficiarse como consecuencia de la contracción «por la especialidad del cultivo a que están destinadas o por su propia naturaleza» (art. 1.º).

2. La petición para que sea declarada afecta a la concentración parcelaria una determinada zona, deberá hacerse (art. 2.º):

a) Por los agricultores interesados en la mejora, siempre que representen, cuando menos, el sesenta por ciento de los propietarios afectados, y la misma proporción en cuanto a la superficie, referidos ambos coeficientes a la zona a concentrar.

b) Por acuerdo del Ministerio de Agricultura, bien de oficio o a propuesta del Servicio del Catastro, de los Municipios, de las Hermandades de Labradores o de las Cámaras Oficiales Sindicales

Agrarias correspondientes cuando, por concurrir las circunstancias a que se refiere el artículo sexto, se realicen las aportaciones de tierras que el mismo previene (44).

B. FIJACIÓN DE LAS «UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO».

1. Uno de los problemas centrales de toda reforma agraria consciente es el de determinar las «fincas tipo» o «unidades mínimas de cultivo» (45). Cuantos se han ocupado de la reforma sin apasionamientos, se han preocupado de resaltar la importancia de aquél. No sólo los sociólogos y economistas lo han afirmado así, sino también los políticos. Por citar uno de los ejemplos más significativos, recordaré cómo José Antonio Primo de Rivera, al referirse a la reforma agraria española, afirmaba (46): «Hay que empezar en España por designar cuáles son las áreas habitables del territorio nacional. Estas áreas habitables constituyen una parte que tal vez no exceda de la cuarta parte de este territorio, y dentro de estas áreas habitables hay que volver a perfilar las unidades de cultivo. No es cuestión de latifundios, ni de minifundios; es cuestión de unidades económicas de cultivo. Hay sitios donde el latifundio es indispensable—el latifundio, no el latifundista, que éste es otra cosa—, porque sólo el gran cultivo puede compensar los grandes gastos que se requieren para que el cultivo sea bueno. Hay sitios donde el minifundio es una unidad estimable de cultivo; hay sitios donde el minifundio es una unidad desastrosa» (47).

Ahora bien; determinar la extensión de las unidades mínimas de cultivo es algo que no puede hacerse con criterio uniforme; depende de las condiciones de la región de que se trate. Y el problema se complica, ya que a los criterios puramente económicos

(44) Esta limitación introducida en el último inciso del apartado b) del artículo 2.^º es elogiable.

(45) LEAL GARCÍA señala como concepto central el de la finca típica, que define como el «predio de superficie continua suficiente para una explotación racional ajustada a las exigencias económicas y sociales y sujeta a normas jurídicas especificadas». Y añade: «Dentro del concepto de finca típica cabe lo mismo que la heredad alemana: que el patrimonio familiar, mientras que aquella no puede estar comprendida en el concepto de unidad de cultivo», citando sobre el problema a CARRARA, *Bases jurídicas y líneas constructivas de un plan de reforma agraria*, en «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 139; DE LA RICA ARENAL, *Evolución legal del derecho de propiedad. La nueva ley del Reich sobre el derecho de sucesión de heredades*, en «Boletín del Instituto de Reforma Agraria», 1934, pág. 5, y GAY, *El derecho agrario en la Revolución nacional-socialista* en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 1934, pág. 69.

(46) Ob. cit., T. II, págs. 226 y ss.

(47) Y una vez fijadas las unidades mínimas de cultivo, señalaba: «hay que instalarlas resueltamente a la población de España sobre esa área habitable y cultivable, hay que instalarla resueltamente y hay que instalarla—ya está aquí la palabra, que digo sin el menor dejo demagógico, sino por la razón técnica que vais a escuchar enseguida—revolucionariamente. Hay que hacerlo revolucionariamente, porque, sin duda, queramos o no queramos, la propiedad territorial, el derecho de propiedad sobre la tierra sufre en este momento ante la conciencia jurídica de nuestra época una subestimación».

de determinar su extensión se une el criterio dominante de establecer explotaciones familiares (48), criterio que ha dominado en las recientes reforma francesa (49) e italiana (50), y en la legislación española vigente (51). En ocasiones, desde el punto de vista económico, no se ha considerado muy conveniente la pequeña explotación familiar. Cárdenas afirmaba (52): «la finca pequeña o de extensión que no es susceptible de esa explotación modernizada, permisiva del empleo de maquinaria de la rotación útil y adecuada de sus cultivos de prados y pastizales y de esa dirección técnica, no debe existir por ruinosa. La primera base del proyecto debiera ser supresiva de ellos y obligatoria de la concentración con los colindantes hasta obtener la finca agrícola», si bien se ha considerado como una fórmula de solución, las asociaciones de campesinos. Ya Wauters, en su obra sobre «*La reforma agraria en Europa*» (53), señalaba que los efectos de la pequeña explotación pueden corregirse, por una parte, con la especialización, y por otra—y esta es la más importante—, con la asociación de productores. Este es—añadía—, además, el fenómeno más notable de la post-guerra: que el movimiento cooperativo se ha desarrollado mucho más en los campos que en los centros urbanos». Y, recientemente, Ballarín, al referirse a la última reforma agraria italiana, resalta la aparición sobre las unidades familiares de una nueva unidad, la unidad de colonización, que sirve de sostén al Consorcio o a la Cooperativa. «Fácilmente se adivina—dice Ballarín—el intento del legislador: hacer compatible el ideal humano de la explotación familiar con las ventajas de la gran ex-

(48) No faltó quien, con criterio absurdo, afirmó: «el patrimonio familiar es institución que no surge de la realidad o necesidad económica, sino del baúle de las teorías que los agrarios quieren llevar a la práctica». En este sentido, VILLARES PICÓ, en *Reforma agraria que hay que hacer*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1933, pág. 681. Pero el criterio dominante en aquellos años de la República, en que tanto preocupó la reforma agraria, fué el contrario, de estimar acertada la política que se basase en la «explotación familiar». Cfr., por ejemplo, SÁNCHEZ RIVERA, *El problema de la tierra*, en «Revista de Tribunales», 1934, págs. 409 y ss., y URARTE, *Derecho agrario español*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1935, págs. 422 a 431 y 481 a 491, 679 a 691 y 749 a 766. También era criterio que se seguía en la norma programática de F. E. de las J. O. N. S.; concretamente, en el punto 19, se afirmaba: «Organizaremos socialmente la agricultura por los medios siguientes: Distribuyendo de nuevo la tierra cultivable para instituir la propiedad familiar y estimular enérgicamente la sindicación de labradores».

(49) Cfr. BALLARÍN, *Aspectos del Derecho adm. agrario en Francia*, cit. página 261.

(50) Cfr. BALLARÍN, *La reforma agraria en Italia*, cit., pág. 321.

(51) Ya en el Fuero del Trabajo se afirmaba: «Se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela, el huerto familiar, que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro» (V, 4). Y sobre todo ha tenido realidad el principio en la Ley de 15 de julio de 1952.

(52) En *La reforma agraria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1932, págs. 282 y ss.

(53) Ob. cit., pág. 131.

plotación, más abierta al progreso técnico, más susceptible de beneficiarse de las ventajas de la mecanización» (54).

De lo dicho se desprende:

a) Que la determinación de la finca tipo de la extensión de las «unidades mínimas de cultivo» depende de las circunstancias del terreno de que se trate (64).

b) Que, por tanto, para su determinación debe acudirse, siempre que ello sea posible, a las comisiones técnicas que sean más idóneas.

c) Que, una vez determinadas las unidades de cultivo, hay que proceder a que tengan realidad cuanto antes en el suelo español. Como afirmaba, entre nosotros, Leal García, «la tendencia a la instauración de la finca típica se manifiesta en dos series de normas que atañen, unas, a la constitución de dichas fincas, y otras, a su conservación. Las primeras se resuelven en medidas de parcelación de los latifundios, de agrupación de parcelas minifundarias, de recomposición predial por concentración parcelaria y de reintegración del dominio» (55).

2. La Ley de concentración parcelaria española, con muy buen criterio, ha considerado presupuesto de la concentración la fijación de las unidades mínimas de cultivo en su artículo 3.^º, en que se dispone: «Declarada de utilidad pública la concentración parcelaria en una zona, se fijará por el Ministerio de Agricultura, previo informe de las Jefaturas Agronómicas y Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, y a efectos de indivisibilidad de parcelas a que se refiere el artículo 9.^º, la extensión de las «unidades mínimas de cultivo». Dicha extensión será, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señale como superficie del huerto familiar. En ningún caso la extensión de dicha unidad mínima podrá superar de tres hectáreas.»

a) Es elogiable el criterio legal de exigir informe a las Jefaturas Agronómicas y a las Cámaras Sindicales Agrarias por lo antes dicho acerca del carácter técnico de la operación de determinar la extensión de las unidades de cultivo. Precisamente por este carácter, quizá hubiera sido preferible que la Ley hubiese dado a dichos informes el carácter de «vinculantes», en el caso de que fueren coincidentes, pudiendo discrepar de ellos el Ministerio de Agricultura al fijar la extensión de dichas «unidades», cuando entre los informes hubiese disconformidad. Y en este caso sería de utilidad dudosa la limitación que se establece en el último inciso del artículo, pues al estar en manos de personal téc-

(54) *La reforma agraria en Italia*, cit., págs. 316 y ss.

(55) Art. cit., pág. 609.

nico la fijación de la extensión de las «unidades de cultivo», sobre la limitación legal de Has. en el mismo establecidas.

b) Una vez fijada la extensión de las «unidades mínimas de cultivo», la Ley de 20 de diciembre de 1952 procura su instauración por dos caminos:

a') Uno, de conservación. Así se señala en el artículo 9.^o de la misma, del que nos ocuparemos más tarde, al evitar que se fraccione la propiedad por debajo de aquel límite (56).

b') Otro, de concentración mediante la agrupación de las parcelas dispersas. Esta agrupación se realiza a través del procedimiento que estudiamos a continuación, del cual la fijación de la extensión de «unidades mínimas de cultivo» por el Ministerio de Agricultura es un presupuesto.

V. PROCEDIMIENTO

A. IDEA GENERAL.

1. El artículo 10, párrafo primero, inciso segundo de la Ley, dice: «Todas las cuestiones que surjan con motivo de la concentración serán resueltas, previa audiencia de los interesados, por la Comisión local, pudiendo contra sus decisiones acudirse en alzada ante la Comisión central.»

Por consiguiente, una vez que se ha fijado la extensión de las «unidades mínimas de cultivo», al proceder a realizar la concentración parcelaria, la Comisión local goza de una gran discrecionalidad. El camino que ha de seguir para llevarla a cabo no se encuentra regulado. Unicamente existe un trámite esencial, exigido por la Ley, el de la «audiencia de los interesados». Pero, salvado este trámite, la Comisión puede proceder de la forma que estime más conveniente.

Esta ausencia de regulación del procedimiento debe ser censurada. No ignoramos que las operaciones en que se concreta la «concentración parcelaria» son sumamente complejas y, por tanto, difíciles de someter a unas reglas determinadas. Pero deberían haberse dictado, aun dándoles un carácter flexible que permitiera a la Comisión desenvolverse con la debida holgura en atención a las circunstancias de cada caso. Creemos que los Ministerios de Justicia y Agricultura subsanarán esta deficiencia, dictando las normas complementarias al efecto, haciendo uso de la facultad que les confiere el artículo 13.

2. Una norma general muy importante es la que se contiene en los párrafos segundo y tercero del artículo 10, según los cuales cuando estén planteados o se planteen cuestiones cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, y sin perjuicio de la competencia de ésta, la Comisión llevará a cabo la concentración

(56) La limitación a la facultad de disposición que en dicho precepto se contiene es una medida acertadísima.

parcelaria incluyendo la parcela en litigio, si es menor que la unidad mínima de cultivo, en el lote o lotes que se atribuya al que venía poseyéndolas, y si es superior a la unidad mínima, se formará con ésta o con su equivalencia una independiente, que deberá quedar atribuída al poseedor (57). Tampoco será obstáculo la circunstancia de que los poseedores de parcelas afectadas carezcan del correspondiente título de propiedad (artículo 7.^o, párrafo segundo).

B. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

1. Nociones generales.

a) Se conoce con el nombre de «trámite de audiencia», dentro del procedimiento administrativo, el trámite a que se refiere la base 10 del artículo 2.^o de la Ley de 19 de octubre de 1889, según la cual: «Instruídos y preparados los expedientes para su resolución, se comunicarán a los interesados para que dentro del plazo que se señale, y sin que pueda bajar éste de diez días ni exceder de treinta, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que consideren conducentes a sus pretensiones.» Por tanto, como señala Serrano Guirado, en un interesante trabajo (58); el precepto distingue los dos aspectos en que puede manifestarse el derecho que se reconoce y la finalidad del trámite: por una parte, la *comunicación* de los expedientes; de otra, la facultad de *alegación y prueba*.

b) La importancia del trámite es enorme. Así lo ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmando que no se trata de un mero trámite ordinario, sin contenido ni finalidad, sino que tiene un objeto preciso y determinado, que consiste en garantizar el ejercicio del derecho de defensa (Sentencias de 22 de junio y 18 de diciembre de 1923). Es un trámite de observancia obligatoria (sent. 13 mayo 1948), practicable de oficio (sent. 8 junio 1933), y por su extraordinaria importancia (sent. 4 marzo 1947) no puede estimarse como mera ritualidad (sent. 18 noviembre 1930) rituaria y externa (sent. 26 noviembre 1911). Es un trámite inexcusable (sent. 11 febrero 1915) y de los más calificados (sents. 29 marzo 1943 y 30 octubre 1930) porque responde a un principio cardinal del procedimiento (sent. 2 marzo 1931). En otras decisiones se declara que es necesario (sentencias 25 abril 1950 y 8 junio 1933) y de ineludible cumplimiento

(57) En el párrafo tercero se regula la situación en que venza en el proceso correspondiente persona distinta a aquélla a la que se han adjudicado las parcelas. En último término, estas disposiciones lo que hacen es impedir que un proceso pueda entorpecer la acción administrativa, lo que es una prerrogativa de la Administración que no puede discutirse.

(58) *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 4, págs. 129 y ss., donde se hace un estudio completo de la jurisprudencia. Las resoluciones del T. S. que se citan a continuación están tomadas, casi en su totalidad, de dicho trabajo.

para la Administración (sents. 25 noviembre 1950, 15 marzo 1946, 6 noviembre 1935, 12 marzo 1925 y 10 octubre 1905). Y más concretamente se califica de diligencia importante (59) trámite sustancial (60), fundamental (61), capital (62), esencialísimo (63) y hasta de trámite sagrado (64).

c) Respecto de su fundamento y fines, procede resaltar, con Serrano Guirado (65), que en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se le puede atribuir una finalidad de triple garantía:

a') Garantía de defensa del interesado. Es un trámite—se ha dicho (66)—que tiene por finalidad la de que los interesados en los expedientes y en las respectivas resoluciones, puedan presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes a su derecho. Y es principio general de Derecho, consignado en nuestras Leyes y Reglamentos y confirmado por nuestra jurisprudencia, la necesaria audiencia de los interesados en los expedientes, pleitos y causas, cuyas resoluciones, fallos o sentencias hayan de afectarles al punto de que la falta de este capital requisito implica vicio de nulidad (67).

b') Garantía de acierto de la resolución, además de garantía del interesado. El trámite de audiencia—dice una sentencia de 13 de diciembre de 1944—reviste importancia fundamental para el acierto de la resolución y como garantía del derecho de las partes. Al omitir el trámite de audiencia—dice otra sentencia de 28 de mayo de 1949—, no sólo se restan garantías necesarias en favor del interesado, sino también precisas para el acierto de las decisiones por los mayores esclarecimientos que pudieran aportarse al expediente. Y en análogo sentido se pronuncian, entre otras muchas, las sentencias de 25 noviembre 1950, 15 marzo 1946, 17 enero 1945, 21 enero 1935, 15 febrero 1933 y 11 febrero 1915.

c') Garantía del interés público. Como afirma una sentencia de 23 de febrero de 1949, es un trámite establecido por conveniencia de los intereses públicos para que la Administración pueda formar juicio y en garantía de ecuanimidad (añaden las sentencias de 25 de mayo de 1945 y 4 de junio de 1947).

(59) Sentencias 25 nov. 1950 y 14 oct. 1940.

(60) Sentencias 18 enero, 20 mayo y 11 julio 1922 y 18 nov. 1930.

(61) Sentencias 12 febrero y 20 de marzo 1951, 26 abril 1947, 13 diciembre de 1944, 18 enero y 11 julio 1932.

(62) Sentencia 13 enero 1905.

(63) Sentencias 7 marzo y 25 mayo 1950, 25 febrero 1949, 20 abril 1948, 5 febrero y 4 julio 1947, 11 junio 1945, 13 diciembre 1944, 4 y 9 julio 1943, 14 abril 1942, 23 octubre 1940, 15 junio y 9 julio 1935, 24 diciembre 1934, 4 noviembre 1932, 4 junio 1924, etc.

(64) Sentencias 15 junio 1925 y 7 marzo 1911.

(65) Art. cit., págs. 137 y ss.

(66) Sentencias 25 abril y 2 diciembre 1950, 25 junio 1948, 17 diciembre 1945, 27 octubre 1931, 2 febrero 1926, entre otras muchas. Para más detalles, v. d. el trabajo cit. de SERRANO GUIRADO.

(67) Sentencias 26 diciembre 1934 y 13 enero 1905.

d) El artículo 10 de la Ley sobre concentración parcelaria de 1952 dispone que todas las cuestiones «serán resueltas previa audiencia de los interesados». Pero no dice más. Se plantea, por tanto, el problema del régimen jurídico de este trámite. Por supuesto, creemos que dicho régimen jurídico debe tener como base la 10 del artículo 2.^o de la Ley de 1889, y teniendo en cuenta la materia de que se trata, el artículo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, aprobado por Decreto de 14 de junio de 1935, según el cual: «instruídos y preparados los expedientes, y antes de que en ellos se formule propuesta de resolución, deberán ponerse de manifiesto a los interesados, quienes personalmente o por medio de mandatarios con poder bastante podrán instruirse de ellos y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes a su derecho en un plazo que no puede bajar de diez días ni exceder de treinta. Esta disposición se observará tanto en primera instancia como en la tramitación de los recursos que se entablen contra las resoluciones de los Centros provinciales y centrales dependiente del Ministerio».

Que estas reglas son aplicables al trámite de audiencia a que se refiere la Ley de 20 de diciembre de 1952 es algo que no ofrece duda, de acuerdo con doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo, según la cual el requisito de la audiencia del interesado es tan general en toda clase de asuntos, bien sean judiciales, bien gubernativos, como general es el principio de que trae origen y en él viene informándose la legislación de todos los pueblos (sentencia 14 febrero 1919), declarándose que a falta de preceptos especiales relativos al trámite obligatorio de audiencia al interesado, son aplicables los generales de la Ley de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889 (sents. de 3 mayo 1926, 30 octubre de 1923, 29 enero 1891 y 14 febrero 1920), doctrina que también se mantiene en la reciente jurisprudencia de agravios (v. gr.: Orden 21 junio 1950, publicada en el *B. O.* del 27 de junio).

Pues bien; teniendo en cuenta las disposiciones antes citadas y la doctrina jurisprudencial más general sobre el trámite, vamos a intentar exponer el régimen jurídico del mismo, distinguiendo entre los requisitos y efectos.

2. Requisitos.

a) *Subjetivos*.—El trámite de audiencia se concederá a los «interesados». De «interesados» habla la base 10 de la Ley de 1889, el artículo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura y el artículo 10 de la Ley sobre concentración parcelaria de 20 de diciembre de 1952. Ahora bien; no siempre es fácil determinar quién debe ser interesado, ante la distinta reglamentación que ofrecen los Reglamentos de procedimiento, si bien puede afirmarse con carácter general que

son interesados cuantos particulares puedan resultar afectados en su situación jurídica por consecuencia del acto en que termine el procedimiento. Como afirma una sentencia de 14 de abril de 1948, la generalidad en el expresarse del precepto de la Ley de 1889, no consiente ceñir su alcance a las personas que hayan instado la declaración de un derecho o la reparación de un daño o vulneración jurídica, sino de los interesados, y no cabe duda que esta condición concurre en quien tenga positivo y evidente interés en materia que le afecte.

Esto supuesto, y refiriéndonos al trámite en el procedimiento de «concentración parcelaria», creemos que deben ser considerados «interesados» no sólo los titulares de los derechos de propiedad sobre las fincas afectadas por la «concentración», sino también los titulares de derechos reales sobre ellas, y hasta aquellos otros que tengan derechos personales sobre ellas, siempre que se conozca su existencia. Particularmente, los titulares de derechos de arrendamiento deben ser oídos, a fin de tener en cuenta las alegaciones que formulen.

Especial interés ofrece el supuesto a que se refiere el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de 1952. Es decir, cuando la propiedad es litigiosa, ¿con quién se entenderán las diligencias? ¿Quién será interesado a efectos del trámite de audiencia? La vieja Ley de expropiación forzosa de 1879, refiriéndose a este supuesto, preceptúa que las diligencias se entienden con el Ministerio fiscal (art. 5.º, párrafo segundo). ¿Es aplicable esta regla al procedimiento a través del cual se lleva a cabo la concentración parcelaria? Creo que no, pues no existe precepto alguno que imponga la aplicación de los preceptos de la Ley de Expropiación forzosa al procedimiento de la «concentración parcelaria». La Ley de 1952 parece afirmar que el carácter de interesado lo tiene el que venga poseyendo la finca afectada por la concentración. Sin embargo, creo que sería injusto estimar que éste es el único interesado, ya que un poseedor de mala fe podría intervenir en el procedimiento, no para defender los derechos del que es verdadero titular del derecho de propiedad de la parcela, sino los posibles derechos que tuviere sobre otras parcelas afectadas por la concentración, por lo que creo que ambos son verdaderos interesados; los dos pueden alegar las razones que estimen oportunas en defensa de sus intereses en orden a la eficacia de la concentración, pues sólo así se cumple con la misión esencial del trámite (68).

b) *Objetivos*.—Para que se estime cumplido el trámite de audiencia, es necesario que el interesado haya podido examinar la totalidad del expediente. El artículo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, dice: «Instruidos y preparados los expedientes, y antes de que en ellos

(68) Si sólo se admitiese la intervención del que estuviere poseyendo la finca afectada, podría resultar perjudicado el verdadero titular, quedando sin garantizar sus derechos en un trámite que tiene esa finalidad.

se formule propuesta de resolución, deberán ponerse de manifiesto a los interesados...» Es decir, se debe poner de manifiesto el *expediente* del cual sólo puede faltar la propuesta de resolución. Como dice una sentencia de 14 de enero de 1910, cuando un expediente llega al estado de poder ser resuelto, es el momento en que habrá de ponerse de manifiesto a los interesados para que puedan, con el debido conocimiento de causa, formular en él las alegaciones que estimen procedentes. Y otra sentencia de 25 de junio de 1948 afirma que para que tenga eficacia y validez legal el trámite ha de verificarse «cuando unidos todos los informes conducentes a la formulación del dictamen preparatorio de la resolución, puedan los interesados, conociéndolos, rebatirlos y aportar los documentos y justificantes de sus alegaciones. Por ello—dicen las sentencias de 5 de diciembre de 1944 y 14 de octubre de 1940—, si se practican después del trámite de audiencia unas diligencias no solicitadas por el interesado, sin darle nueva vista o dicha audiencia, dicho trámite, el más importante y obligado, no quedó cumplido en su verdadera esencia y finalidad».

c) *De la actividad.*

a') *Lugar.*—Aun cuando el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura no dice nada, deberá tener lugar la puesta de manifiesto en la oficina correspondiente (69). En este caso, en la sede que adopte la Comisión local competente, debiendo hacerse constar en la cédula de notificación del acuerdo poniendo de manifiesto el expediente, el lugar exacto en que éste podrá ser examinado, sin posibilidad de equivocos, para que pueda comparecer el interesado por sí o debidamente representado.

b') *Tiempo.*—El artículo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, señala que el plazo no puede bajar de diez días ni exceder de treinta. El hecho de que en este artículo se limite a hablar de días, mientras en otros (v. gr.: arts. 25 y 26) hable de días hábiles, parece dar a entender que se trata de diez días naturales. Sin embargo esta solución injusta—pensamos que de esos días la mayor parte son inhábiles—es inadmisible. Por eso, la jurisprudencia ha establecido que los plazos que se concedan para evacuar el trámite de audiencia entre los límites máximo y mínimo fijados por la Ley, han de computarse descontando los días inhábiles (sent. 5 febrero 1947), porque la Administración no puede reducir el plazo establecido por la Ley para el trámite de audiencia, en razón a que se determina en defensa de los derechos del expedientado (sent. 2 abril 1943).

Este plazo deberá contarse a partir del día siguiente a la no-

(69) En análogo sentido, SERRANO GUIRADO, art. cit., pág. 170.

tificación en forma (70) del acuerdo de la Comisión local, por el que se concede el trámite, notificación en la que se debe hacer constar el plazo concreto que se concede, plazo que será común para examinar el expediente y formular alegaciones.

c') *Forma*.—Para que la Administración cumpla con el trámite de audiencia, bastará con que notifique en forma el acuerdo concediéndose trámite al interesado, y que durante las horas de oficina, durante el plazo concedido, permita al mismo examinar el expediente. El interesado podrá hacer o no uso del mismo. En caso de que evace el trámite, éste se desenvuelve en dos momentos:

a'') Examen del expediente, pudiendo comparecer por sí o debidamente representado. El artículo 18 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Agricultura exige que el representante comparezca «con poder bastante» (71). En este momento el que comparezca podrá examinar la totalidad del expediente en la forma que se ha señalado al exponer los requisitos objetivos.

b'') Escrito de alegaciones y proposición de pruebas. A la vista del expediente el interesado podrá formular las alegaciones que estime oportunas en defensa de su derecho. El artículo 18 citado habla de que podrán «presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes a su derecho».

Sin estos dos momentos no puede entenderse cumplido el trámite. El órgano competente debe haber dado traslado para el trámite tal y como ha sido expuesto. Como ha dicho el Tribunal Supremo: «por tratarse del trámite más calificado, no puede confundirse ni tenerse por cumplido con el mero hecho de rendir declaración (sents. 29 marzo 1943, 26 marzo 1941 y 27 octubre 1931), pues no es esa la letra y el espíritu de la disposición que le impone (sent. 23 mayo 1935). Tampoco puede estimarse cumplido por el hecho de interponer recurso el interesado (sent. 9 julio 1935), ni por haberse cruzado cartas los sujetos interesados y que uno de ellos acompañó a su escrito (sent. 15 diciembre 1942), ni por el informe dirigido por la representación del interesado sin haber examinado el expediente» (sent. 28 junio 1933).

(70) El régimen jurídico de la notificación será el normal de la notificación de los actos administrativos. Sobre el problema existe una abundante bibliografía. Entre los trabajos monográficos, pueden verse los siguientes: PI SUÑER, *Las notificaciones administrativas*, en «Revista Jurídica de Cataluña», julio-agosto, 1946, pág. 13; MARTÍN RETORTILLO, *Notificación de la resolución administrativa*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 59 (1951), páginas 683 y ss., y sobre todo, el trabajo de SERRANO GUIRADO, *La notificación de los actos administrativos en la jurisprudencia*, en «Revista de Administración Pública», núm. 1, págs. 131 y ss.

(71) Es conveniente hacer constar que, en la práctica administrativa, se suele exigir con bastante rigor este requisito, de modo que el Letrado que va a examinar el expediente debe llevar la correspondiente escritura de poder, aún cuando luego el escrito de alegaciones lo firme el Procurador, caso de que éste tenga poder del interesado.

3. *Efectos.*

a) La omisión del trámite de audiencia es causa de nulidad del procedimiento y de la resolución, debiendo reponerse al momento procedural oportuno para reanudarse con las garantías reglamentarias. En este punto, la jurisprudencia es reiteradísima (72). Y se pueden sentar, con Serrano Guirado, las siguientes conclusiones :

a') Que la verificación del trámite de audiencia condiciona la validez del ejercicio de la competencia administrativa ; mientras no se escucha adecuada y oportunamente al interesado no se halla expedita la vía para que la Administración ejerza su función decisoria (sent. 18 enero 1949).

b') La omisión del trámite constituye un vicio esencial de procedimiento que emotiva, de conformidad con el artículo 4.^o, Código civil, de general aplicación, la procedencia de declarar nulo el acuerdo y el expediente tramitado a partir del momento en que se debió dar audiencia a los interesados (sents. 5 enero y 25 noviembre 1949, 15 diciembre 1948, 14 febrero 1946, 25 noviembre 1940 y 31 marzo 1925).

c') Ahora bien ; en aplicación del principio de economía procesal, se entiende que para que la omisión del trámite produzca la nulidad es necesario que origine indefensión. Dice una sentencia de 22 de junio de 1923 que la falta del trámite no produce por sí sola la nulidad de lo actuado, sino en cuanto trascienda a la efectiva defensa. Y análoga doctrina sientan, entre otras, las sentencias de 20 noviembre 1911, 19 abril 1916, 22 junio 1935, 22 enero 1936 y 30 octubre 1945. Concretamente, en una sentencia de 23 de noviembre de 1935 se afirma que las infracciones de las normas procesales causa de indefensión del interesado, y en su beneficio establecidas deben subsanarse si la reposición del expediente y la práctica de las diligencias omitidas pueden destruir y debilitar los cargos obtenidos sin aquellas garantías, pero llevaría a una perjudicial dilación contraria a los principios de economía procesal, si en todo caso no hay cargos probados.

b) Existe doctrina jurisprudencial abundante acerca de la subsanación de las irregularidades del trámite. Así, por ejemplo, Serrano Guirado recoge, entre otras, las siguientes decisiones : una, de 27 de mayo de 1912, por la que se declaró que el trámite de audiencia al interesado en un expediente ha de estimarse cumplido siempre que en realidad se verifique, aunque no haya sido precedido de formal citación para el mismo ; otras, de 23 de abril y 22 de junio de 1923, en que se afirma que no puede ser alegada la falta de trámite cuando del conjunto de los escritos presentados en el expediente y de la documentación unida al mismo por iniciativa del interesado resulta claramente que éste conocía el al-

(72) Una referencia completísima de la misma en el trabajo citado de SERRANO GUIRADO, págs. 186 y ss.

cance de las cuestiones planteadas en el expediente, aun cuando no se hubiera acordado de manera formal la audiencia en él; y en otra, de 19 de junio de 1950, se afirma—a nuestro entender erróneamente—que aun faltando la oportuna notificación y el mismo trámite, si el interesado se manifiesta enterado del expediente no cabe admitir la nulidad.

VI. EFECTOS

A. EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES.

1. *Impugnación ante los órganos administrativos.*

a) El acto dictado por la Comisión Local es susceptible de impugnación ante la Comisión Central a que se refiere el artículo 12 de la Ley. Por consiguiente, el acto de aquélla no «causa estado» y no es susceptible de impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 10 de la Ley de 20 de diciembre de 1952 dice que contra las decisiones se dará recurso de alzada ante la Comisión Central.

Debería haber sido un poco más explícita la ley, ya que no establece norma alguna acerca de la tramitación de este recurso de alzada, a pesar de tratarse de un recurso contra actos dictados por órganos especiales. Creemos que deberán aplicarse las normas generales sobre recurso de alzada que se contienen en el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, aprobado por Decreto de 14 de junio de 1935, en el cual se distingue entre «recurso de apelación» y «recurso de alzada» (73), según el órgano competente para resolver el recurso. Ahora bien, tanto en uno como en otro caso el plazo para interponer el recurso es de «quince días hábiles, a partir del siguiente a la notificación del acuerdo» (74) (arts. 25 y 26), aplicándose a la tramitación del recurso que estudiamos, por analogía, lo dispuesto en el artículo 27 de dicho Reglamento de procedimiento, si bien refiriéndole a la Comisión Central a que se refiere el artículo 12 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, que será la que decidirá el recurso (75). Si no se diese curso al escrito interponiendo

(73) Ello no es más que una de las tantas imprecisiones terminológicas en que incurren nuestros Reglamentos de procedimiento administrativo, provocando la confusión del intérprete. Entre el llamado «recurso de apelación» y el «recurso de alzada» no existe diferencia esencial alguna. Ambos son recursos jerárquicos que se interponen contra el superior del que dictó el acuerdo. Sobre este problema y en general los de impugnación y efectos del acto dictado en materia de concentración parcelaria. Cfr. mi trabajo *La impugnación y efectos de los actos administrativos en materia de concentración parcelaria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», mayo 1953.

(74) Como antes se dijo, hay que entender aplicable el régimen jurídico ordinario de las notificaciones administrativas a la notificación de los actos del procedimiento de concentración parcelaria.

(75) En la tramitación de este recurso también es preceptivo, como en las demás instancias el trámite de audiencia, aún cuando se hubiere cumplido en primera instancia. Lo establece así, expresamente, el último inciso del articu-

el recurso de alzada, los interesados podrían formular escrito de queja según el artículo 30 del Reglamento de procedimiento administrativo.

b) El acto dictado por la Comisión Central resolviendo el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Local tampoco «causa estado», ya que contra el mismo «podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministró de Agricultura» (artículo 11 Ley 1952), recurso que se someterá a las normas generales contenidas en el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio. Y es el acto dictado por el Ministerio de Agricultura el que «causa estado», ya que no es susceptible de recurso en vía gubernativa (art. 2.º, párrafo primero Ley de lo Contencioso-administrativo).

2. Impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

a) Según el artículo 11, párrafo primero de la Ley de 20 de diciembre de 1952, «una vez agotada la vía administrativa procederá el recurso contencioso-administrativo, tanto por vicio sustancial en el procedimiento como por lesión en la apreciación del valor de los terrenos, siempre que la diferencia entre las parcelas cedidas por el recurrente y las recibidas después de la concentración suponga, cuando menos, perjuicio de la sexta parte del valor de las primeras».

Ya hemos dicho que el acto que agota la vía administrativa, causando estado, es el del Ministro de Agricultura, y es contra este acto contra el que puede deducirse la oportuna pretensión procesal administrativa, posibilidad que se da aun cuando en el acto impugnado no concurran los requisitos exigidos por el artículo 1.º de la Ley de lo Contencioso, ya que, según el párrafo segundo de su artículo 5.º, «continuarán también atribuidas a dicha jurisdicción aquellas cuestiones respecto de las que se otorgue el recurso especialmente en una Ley o Reglamento, si no estuviesen comprendidas en las excepciones del artículo anterior». Y como las cuestiones referentes a la concentración parcialaria no

lo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, y así se ha proclamado por reiterada jurisprudencia del T. S. La audiencia a los interesados, dice una sentencia de 26 de abril de 1947, ha de concederse en todas las instancias. «Si por regla general—dice una sentencia de 15 de octubre de 1907—los interesados sólo son oídos una vez, es porque enseguida se dicta resolución y en cuanto adquiere carácter de firmeza, no puede ser variada; pero claro es que si se dicta segunda resolución, modificando o aclarando la primera, con mayor motivo deberán ser oídos; porque si la primera puede ser de índole discrecional, la segunda puede no serlo». Y, entre otras muchas, una sentencia de 25 de mayo de 1949, afirma que en los recursos de alzada procede igualmente la audiencia a los interesados antes de que se formule la propuesta de resolución de los mismos, sobre la base de poner todo lo actuado de manifiesto para que aquéllos puedan presentar cualquier documento que estimen pertinente a su derecho.

se encuentran entre las excepciones del artículo 4.^º de la Ley de lo Contencioso y la posibilidad del recurso se establece expresamente en el artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, es indudable la procedencia del llamado «recurso contencioso-administrativo» en los supuestos a que dicho artículo se refiere:

a'') Vicio sustancial en el procedimiento.

b'') Lesión en la apreciación del valor de los terrenos, siempre que la diferencia entre las parcelas cedidas y las percibidas suponga, cuando menos, perjuicio de la sexta parte del valor de la primera.

Nos referiremos, brevemente, a cada uno de estos motivos que pueden fundar la pretensión procesal administrativa.

b) *Vicio sustancial en el procedimiento.*

a'') No es una novedad de la Ley sobre concentración parcelaria el reconocimiento de una pretensión procesal administrativa objetiva. En otras leyes administrativas se ha permitido la iniciación del proceso administrativo, aun cuando el demandante no alegara la lesión de un derecho subjetivo administrativo, cuando se hubiese cometido una infracción de las normas procedimentales, reconociéndose así, expresamente, la existencia en Derecho español de un «recurso por exceso de poder» basado en el vicio de procedimiento; es decir, en uno de los clásicos «moyens d'ouverture» que construyó la doctrina del Consejo de Estado francés. Baste recordar que ya nuestra Ley de expropiación forzosa de 1879, en su artículo 35, párrafo cuarto, dispone, de modo parecido a la Ley de 20 de diciembre de 1952, ahora estudiada, que «contra la Real orden que termina el expediente gubernativo procede la vía contenciosa dentro de dos meses de notificada la resolución administrativa, tanto por vicio sustancial en los trámites que establece esta ley, como por lesión en la apreciación del valor del terreno expropiado, si dicha lesión representa, cuando menos, la sexta parte del verdadero justo precio» (76). La doctrina también se ha referido a la admisión jurisprudencial de un contencioso-administrativo objetivo en los supuestos de incompetencia o vicio de procedimiento (77), por lo que estimamos que, en apli-

(76) Sin embargo, la pretensión procesal objetiva con carácter general, no se encuentra admitida en nuestras leyes. El art. 101 de la Constitución de 1931 llegó a admitirle, pero no tuvo aplicación. Sobre aquel precepto, DIEGO MARÍA CRESUER, *La garantía jurídica del art. 101 de la Constitución de la República*, en «Revista de los Tribunales», 1932, págs. 177 a 184 y 193 a 196; PÉREZ SERRANO, *La Constitución española*, pág. 300; GARCÍA OVIEDO, *El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución*, en «Revista de Derecho Público», 1932 páginas 299 y ss.; ALVAREZ GENDÍN, *Nociones sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, en la misma revista, 1936, págs. 63 y ss.; ALCALÁ ZAMORA, *Lo Contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, págs. 41 y ss.

(77) Cfr. ALCALÁ ZAMORA: *El recurso contra los abusos de poder de la Administración*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1902, pág. 472 y ss. Ya CIUDAD AURIOLES, en su *Discurso de apertura de Tribunales de 1920* ha-

cación de esta doctrina jurisprudencial reiterada, aun cuando no existiese reconocimiento legal expreso, hubiese sido posible interponer la pretensión procesal oportuna fundada en una de aquellas causas, aun no existiendo propiamente un derecho subjetivo administrativo vulnerado (78).

b'') Pues bien, el artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, siguiendo esta línea de ampliar la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante una ampliación de la legitimación activa (79), admite una pretensión procesal administrativa fundada en «vicio sustancial en el procedimiento». Respecto de este precepto hemos de señalar:

Que no es muy acertada esta adición de la palabra «sustancial» a la palabra «vicio», aun cuando sea frecuente hacerlo en nuestras leyes administrativas, dando lugar a que nuestros órganos jurisdiccionales, aferrándose a que determinados vicios no son sustanciales, desestimen pretensiones fundadas en vicios que, realmente, lo son. Por ello, sería preferible que las leyes omitiesen dicho término «sustancial» o que determinasen expresamente qué vicios de procedimiento tienen aquel carácter, lo que no sería difícil, dada la simplicidad de trámites que caracteriza normalmente al procedimiento administrativo.

Que si repasamos la regulación del procedimiento a través del cual se lleva a cabo la concentración parcelaria, observaremos que el único trámite que se regula en el mismo es el de audiencia, respecto del cual, como antes vimos, no puede plantearse la duda de si es o no sustancial, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a calificarle de «trámite sagrado». Ahora bien, creemos que también serían vicios procedimentales—y, desde luego, también sustanciales—la omisión de alguno de los presupuestos exigidos por la Ley en sus artículos 1.^º, 2.^º y 3.^º para poder realizar la concentración de una zona. Si la Administra-

bía intuido esta creación jurisprudencial, y, recientemente, lo han apuntado: BALLBÉ, en *Los poderes de los Tribunales administrativos*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», T. 172, pág. 671; GARRIDO FALLA, al comentar la sentencia de 8 de julio de 1948, en «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 837; LEIRA COBEÑA, en *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho administrativo*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 52, páginas 497 y ss., y SERRANO GUIRADO, en *El trámite de audiencia*, cit., páginas 129 y ss.

(78) El argumento empleado por la jurisprudencia es que la jurisdicción contencioso-administrativa siempre puede conocer acerca de si la Administración obró con competencia y ajustándose a las normas procedimentales, aún cuando no pueda conocer del fondo del asunto. Así, entre otras, las sentencias de 24 y 27 de abril de 1950, 12 de febrero de 1941, etc.

(79) El criterio es elogiable, debiendo aumentarse todo lo posible la legitimación activa. Así lo defendí en mi comunicación presentada al Seminario sobre problemas actuales de la Administración pública, en la sesión que tuvo lugar en el Instituto de Estudios Políticos el 6 de abril de 1951. Cfr. mi trabajo *Las justicias administrativas en España*, en «Revista de Administración Pública», número 6, 168.

ción procediese a llevar a cabo la concentración sin el cumplimiento previo de tales requisitos, se daría un vicio sustancial que podría fundar un «recurso» contencioso-administrativo (80).

c) *Lesión en el sexto.*

a') La «lesión en el sexto» es una fórmula muy extendida en nuestras leyes administrativas para señalar un límite mínimo a la posibilidad de impugnar ciertos actos. La Ley sobre concentración parcelaria, siguiendo esta línea, también contiene este límite del sexto, a efectos de poder fundar la pretensión procesal administrativa en perjuicio por diferencia de valor entre las parcelas. Creo que si en todo caso es discutible esta limitación para discutir ante órganos imparciales una cuestión administrativa, mucho más lo es en el presente. No olvidemos que en el mismo se ventilan supuestos de concentración de parcelas pequeñísimas, para cuyos titulares la sexta parte del valor de su finca representará, en gran parte de los casos, la sexta parte de la totalidad de su patrimonio, de la que puede ser despojado impunemente sin la posibilidad de acudir a órganos imparciales que decidan si, efectivamente, ha existido o no la lesión.

b') Plantea este problema de la lesión una cuestión muy importante: el artículo 4.^º de la Ley, en su último párrafo, dispone que cuando «sea imprescindible llevar a cabo compensaciones por clases de tierras, serán aplicables los coeficientes que previamente y con carácter general hayan sido establecidos». Pues bien, cuando el artículo 11 se refiere al valor de las parcelas cedidas o adjudicadas, ¿lo hace teniendo en cuenta el valor adjudicado aplicando los coeficientes, o, por el contrario, se refiere al valor que libremente hayan asignado a las parcelas sus titulares? Creo que si no se establece un procedimiento para impugnar los coeficientes, la única solución posible a dicha cuestión es afirmar que, al impugnar el acto final, los interesados puedan apreciar libremente el valor de sus fincas, sin tener que ajustarse a los coeficientes previamente establecidos, los cuales también podrán ser impugnados en este momento procesal.

B. EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES.

1. *Idea general.*

a) Desde el punto de vista civilista, el aspecto más interesante que ofrece la «concentración parcelaria» es el de los efectos que produce en las relaciones jurídico-materiales, ya que el acto en que termina aquélla constituye un típico acto administrativo con efectos de Derecho privado, categoría de actos administrativos muy

(80) Al ser «presupuestos», constituyen requisitos de eficacia de todos los trámites procedimentales ulteriores

poco estudiada por los administrativistas españoles, sin que tampoco civilistas e hipotecaristas se hayan ocupado de ellos, a pesar de que una idea clara acerca de los mismos explicaría con éxito el régimen jurídico de algunas instituciones enclavadas dentro de sus disciplinas, sobre todo dentro del mundo registral (81).

b) Pues bien, el objeto de este epígrafe será, precisamente, el estudio de los efectos de la concentración en las relaciones jurídicas civiles, ocupándonos también de los efectos en el mundo del Registro de la Propiedad, si bien, dada la naturaleza de este trabajo, habremos de referirnos a estos problemas muy brevemente, limitándonos casi exclusivamente a hacer un esquema de los mismos.

2. Efectos civiles.

a) Respecto de la finca.

a') Los resultados de la concentración parcelaria vienen a ser los de una permute, aun cuando no se pueda configurar la concentración como tal, ya que el propietario de cada una de las fincas recibe otra equivalente, con la oportuna compensación en metálico, supuesto que sería análogo al que prevé el artículo 1.446 del Código civil.

b') El artículo 9.^º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 dispone que, «una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades mínimas de cultivo tendrán la consideración de cosas indivisibles, y la parcelación de predios de extensión superior a la dicha unidad sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a ella».

Esta norma de la Ley de 1952 constituye, sin duda alguna, uno de los preceptos más elogiables de la misma, ya que supone una limitación importante a la facultad de disponer de los propietarios, que garantiza la no fragmentación en lo sucesivo de las parcelas, impidiendo así una agravación de la situación económica que ello supone. De aquí que hubiera sido conveniente una mayor generalización de los supuestos que se contemplan en ella.

(81) A esta categoría de actos administrativos, muy estudiada por los autores italianos me refería en mi trabajo *Naturaleza del procedimiento registral*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», septiembre, 1949, págs. 584 y ss., ✓ he señalado lo importante que es tenerla en cuenta para abordar los problemas de Derecho registral al recensionar la interesante obra de VIGNOCCI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffre, 1950. Muy interesante para precisar la naturaleza de los actos en que se concreta la acción estatal en materia agrícola es el trabajo de GUIDO LANDI, *Concessioni di terre incolte ai contadini*, Milán, Giuffre, 1947, que, aún refiriéndose a otros tipos de actos de los que aquí se estudian, contiene observaciones susceptibles de generalización.

b) Respeto de los derechos reales limitativos y situaciones jurídicas que tengan por base la finca.

El artículo 5.^º de la Ley distingue entre dos tipos de situaciones. El juicio que nos merecen las disposiciones referentes a ambas es harto distinto:

a') Servidumbres prediales. El párrafo primero de dicho artículo 5.^º dispone: «Como consecuencia de la concentración parcelaria, las servidumbres prediales se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad.» Esta norma es aceptable.

b') Demás derechos reales y situaciones jurídicas. El párrafo segundo del artículo 5.^º dispone: «Los restantes derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las fincas de un propietario sujetas a concentración, pasarán inalterados a gravitar sobre la nueva o nuevas parcelas adjudicadas al mismo propietario si afectaban a la totalidad de las antiguas. En otro caso gravitarán sobre una porción de tierra equivalente en extensión y productividad, que deberá ser fijada en el procedimiento de concentración, excepto los derechos reales de garantía, que pesarán sobre la finca resultante que los titulares, de común acuerdo, señalen, o, en defecto de conformidad, sobre la de características más análogas a la que aquella sobre que estaban constituidos, por la parte alícuota del valor equivalente al de la parcela anteriormente gravada. La ejecución será reglamentada de modo que se evite la parcelación por debajo del límite mínimo establecido en el artículo 9.^º»

Indudablemente, la norma señalada en este artículo está pensada—a excepción de los derechos de garantía, a los que nos referiremos después—para los derechos reales limitados de goce, pero no para los llamados derechos reales de adquisición o—caso de no admitirse esta categoría de derechos reales—para las situaciones jurídicas que se incluyen en éstos. Pensemos en derechos de retracto legal o en el que nuestro Derecho positivo llama retracto convencional. La aplicación a estos casos de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 5.^º ofrece situaciones de muy difícil solución. En efecto, pensemos en que sobre las fincas afectadas por la concentración recaigan derechos de retracto en favor de distintos titulares. Pensemos en que la finca resultante alcanza, justamente, la extensión de las unidades mínimas de cultivo y que, por tanto, es indivisible, según el artículo 9.^º de la Ley. Pues bien, si su propietario vende la finca, ¿quién tendrá derecho de retracto? ¿El titular del derecho de retracto que recaía sobre la mayor de las fincas existentes antes de la concentración, o todos ellos, dando lugar a una copropiedad? Realmente, son problemas que no se ha planteado el legislador.

Párrafo aparte merece la norma que se refiere a los derechos reales de garantía. El supuesto más normal que se presentará en

la práctica es aquel en que sobre las distintas fincas afectadas por la concentración recayesen derechos reales de garantía en favor de distintos titulares. Pues bien, si la finca resultante de la concentración tiene, justamente, la extensión de las unidades mínimas de cultivo y es, por tanto, indivisible, al procederse a la ejecución y venderse en pública subasta, únicamente podrá venderse en cada procedimiento la cuota ideal sobre que recae la hipoteca correspondiente, dando lugar a una copropiedad, con los consiguientes inconvenientes que esto supone (82).

Creo que la serie de problemas que hemos apuntado y que ofrece este complicadísimo artículo 5.^º es más que suficiente para demostrar la conveniencia de sustituir el sistema regulado en el mismo. Si la concentración parcelaria supone una nueva ordenación de la propiedad y de los derechos reales, como afirma el artículo 7.^º «*in limine*», no veo obstáculo alguno en que se establezca con carácter general que los derechos reales que versen sobre las fincas afectadas por la concentración quedarán extinguidos, otorgándose las correspondientes indemnizaciones. Sin embargo, convendría señalar como excepciones las servidumbres prediales (respecto de las cuales es aceptable la redacción del párrafo primero del artículo 5.^º) y demás derechos reales limitados de goce. Pero en los demás casos hay que estimar que la concentración—lo mismo que la expropiación—extingue los derechos reales. Esta solución, sin embargo, plantea un problema que no se da en la expropiación: en la expropiación, el expropiado recibe dinero de la entidad expropiante, y con ese dinero puede hacer frente a su situación ante los titulares de los derechos reales limitativos; pero en el supuesto de concentración, el titular de una parcela no recibe dinero, sino otra parcela equivalente, por lo que, normalmente, carecerá del dinero suficiente para poder indemnizar a los titulares de los derechos reales limitativos. De aquí la conveniencia de una organización adecuada del crédito territorial. Las instituciones de crédito estatales entregarián al agricultor el dinero suficiente, convirtiéndose en acreedor del Estado, para que aquél pudiese pagar a sus acreedores particulares.

Estas consideraciones abonan la idea a que nos hemos referido en repetidas ocasiones; que la reforma agraria debe realizarse totalmente, armonizando debidamente una serie de medios sin cuya cooperación es imposible llevar a cabo eficazmente una reforma del suelo de España.

3. Efectos registrales.

a) El artículo 7.^º, párrafo primero de la Ley, dispone: «La nueva ordenación de la propiedad y de los derechos reales resultantes de la concentración parcelaria será inexcusablemente inscrita en el Registro de la Propiedad y reflejada en el Catastro de Rústica.

(82) En este sentido, MANUEL PEÑA.

A tales fines, la Comisión Local a que se refiere el artículo 10 redactará el oportuno documento, en el que se relacionarán y describirán las fincas resultantes de la concentración, con las circunstancias necesarias para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Dicho documento será protocolizado y su testimonio constituirá el título apto para practicar las inscripciones y cancelaciones derivadas de la concentración parcelaria, expidiéndose por el Notario la nueva titulación que corresponda.» Realmente, ha sido un acierto de la ley la inclusión entre los miembros de la Comisión del Notario y del Registrador, ya que, al ser técnicos en la materia, su intervención impedirá la redacción de documentos sobre titulación que luego, en ejercicio de la función calificadora, el Registrador se vería obligado a no inscribir por defectos que, inevitablemente, contendrían con bastante frecuencia aquéllos. Sin embargo, la intervención de estos especialistas facilitará enormemente la tarea, sobre todo en este momento trascendental de las operaciones de concentración parcelaria.

Lo que no es tan elogiable es la intervención que se da al Notario en orden a la protocolización y testimonio del documento en que consta el acto de concentración. Creo que tal intervención es inútil, implicando unos gastos para el Estado que el legislador debería haber evitado. No existe inconveniente alguno en que sea el título inscribible el documento expedido por el Secretario de la Comisión local en que conste la nueva ordenación de la propiedad y adjudicación de cada una de las parcelas resultantes a su titular, deanáloga manera a como ocurre, con carácter general, en las parcelaciones y respecto de otros actos administrativos inscribibles en el Registro.

El título correspondiente se inscribirá en el Registro; inscripción que ofrece no pocas dificultades, ya que irá unida siempre a agrupaciones de fincas, cancelaciones de derechos, etc. Y debe ser aspiración y tendencia constante procurar reflejar con la mayor claridad, y al mismo tiempo con la mayor brevedad posible, la serie de operaciones. La simplificación debe ser el ideal de la actividad registral en estos casos, dentro siempre, claro está, de los límites impuestos por la legislación hipotecaria.

b) Una vez matriculadas las fincas resultantes, los efectos de la inscripción no son los normales. El párrafo tercero del artículo 7.^o dice: «Los asientos de inmatriculación que se practiquen respecto de las parcelas que, como consecuencia de la concentración, se adjudiquen a los poseedores... quedarán sujetos a la suspensión de efectos en cuanto a tercero que establece el artículo 207 de la vigente Ley Hipotecaria.» Como quiera que establece esta limitación respecto de los titulares a que se refiere el párrafo anterior—que se trata de poseedores que antes de la concentración carecieran de título de propiedad—, resulta que el precepto es una lógica consecuencia de los principios que inspiran nuestra legislación hipotecaria. En consecuencia, dichas inmatriculaciones «no

surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha (art. 207 Ley Hipotecaria) (83).

C. EFECTOS ECONÓMICOS.

1. La importancia de la función que se realiza a través de la «concentración parcelaria» y la decidida actitud estatal para acabar con el excesivo parcelamiento de la propiedad rústica se revela en la regulación de los efectos económicos de la misma, al ser el Estado el que asume la obligación de pagar los gastos ocasionados por ella, como vamos a ver a continuación.

2. En orden a los impuestos que podían gravar los actos y documentos en que se concretan las operaciones se dispone la exención, con lo cual el Estado, además de asumir la carga de los gastos, se priva del derecho a percibir el importe de ciertos impuestos a los cuales estarían sujetos los particulares, de no concurrir la exención legal. El párrafo cuarto del artículo 7.^º establece: «Las transmisiones que se operasen como consecuencia de la concentración parcelaria quedarán exentas del impuesto de derechos reales, así como del de timbre los documentos en que aquéllas se formalicen.» Sin embargo, en el párrafo primero del artículo 8.^º establece, para compensarse en cierto modo de parte de los gastos realizados, un recargo del «5 por 100 durante los veinte años siguientes, la contribución territorial correspondiente a las fincas resultantes de la concentración».

3. Y, con carácter general, se señala: «Los gastos, incluso los derechos de los profesionales que hayan de intervenir, que occasionen las operaciones de concentración parcelaria, serán satisfechos en su totalidad por el Estado.» A tal fin, «en los Presupuestos generales del Estado y en la Sección correspondiente al Ministerio de Agricultura será consignada anualmente, y durante cinco anualidades consecutivas, la cantidad de dos millones de pesetas, sin perjuicio de que también se haga la consignación precisa en el Presupuesto del Instituto Nacional de Colonización para atender a los fines que esta Ley le encomienda».

(83) La bibliografía es copiosísima. Podemos destacar, para una visión de conjunto, el interesante trabajo de CABELO, *Efectos de las inscripciones de inmatriculación*, Madrid, Reus, 1950. Uno de los problemas que más ha preocupado es si el titular registral está legitimado activamente para iniciar un proceso de los regulados en el art. 41 de la L. H. Al problema me he referido en mi trabajo *Los problemas de admisibilidad en el proceso del art. 41 de la L. H.*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1951, pág. 127.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Inauguración del curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Bajo la presidencia del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, don Antonio Hurtado, y con asistencia del Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, del Presidente del Tribunal Supremo, del Fiscal del mismo Alto Tribunal, así como del Director y Secretario General del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tuvo lugar el 11 de febrero de 1953 la solemne inauguración del curso académico.

Concedida la palabra al Secretario General del Instituto Sr. García Gallo, dió lectura a la Memoria del Instituto dando cuenta de las adquisiciones realizadas por la Biblioteca del mismo, así como de la labor realizada por el personal investigador y de las tareas que el Instituto pensaba emprender en el curso que se inauguraba. Destacó de modo muy especial cómo distintos miembros del Instituto en las recientes oposiciones habían obtenido cátedras universitarias, así como altos puestos en la Administración.

El Director del Instituto don Isidro de Arcenegui pronunció unas palabras encaminadas a dar cuenta de la labor realizada durante el curso y particularmente a señalar los distintos objetivos propuestos para el curso que se inauguraba, reiterando el ofrecimiento del Instituto para colaborar con el Ministerio de Justicia, en todos aquellos trabajos de investigación o asesoramiento que de acuerdo con su Reglamento le fueron encomendados.

Concedida la palabra al Excmo. Sr. D. José Gascón y Marín, a cuyo cargo corsía el discurso inaugural sobre el interesante tema *Fiscalización jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos*, comenzó por justificar la elección del tema por su actualidad, ya que, tras la publicación del texto refundido de febrero de 1952, sobre lo contencioso-administrativo, está actuando una Comisión para elaborar un anteproyecto de la nueva Ley general de la jurisdicción.

Recordó que el tema ha sido abordado en Organismos científicos internacionales, como el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, que estudió esta materia en los Congresos de Viena y Varsovia (1934 y 1936), y el Instituto Internacional de Derecho Público, que abordó también el estudio del poder discrecional de la Administración y publicó la importante obra del difunto Profesor Bonnard, sucesor de Duguit en la Universidad de Burdeos, sobre «El control jurisdiccional de la Administración». Para abordar actualmente el problema en España, hay que partir de las declaraciones que figuran en el Fuero de los Españoles en su art. 17, reconociendo a los españoles el derecho a la seguridad jurídica, y el 36, que se refiere a que las leyes de

terminen las acciones que para la defensa y garantía de los derechos proclamados en el Fuenro, pueden ser utilizados ante las jurisdicciones en cada caso competentes.

Aludió a la distinción establecida entre Estado de policía, con limitaciones importantes de derechos subjetivos del administrado, y el Estado legal, en que tales derechos son reconocidos, con reserva de un cierto poder discrecional, y el Estado de Derecho, tipo en que la actividad estática está ligada en principio por el Derecho y que si puede coincidir en el positivismo jurídico con el estado legal, al amparo de la doctrina del Derecho natural, tiene mucho más amplio sentido reflejado en los trabajos de nuestros teólogos y juristas Vitoria y Suárez.

El análisis de lo contencioso-administrativo requiere el de la doctrina del acto administrativo, el del principio de división de poderes, así como las normas bien claras y definidas reguladoras del procedimiento a seguir por la Administración, para realizar actos jurídicos y la determinación de la responsabilidad de la Administración, no sólo en los casos de falta, sino incluso en aquellos en que normalmente se realice el servicio público.

El acto jurídico administrativo puede ofrecerse como regla o norma objetiva o como decisión individual, reconocimiento de derecho administrativo en favor del súbdito. La jurisdicción contencioso-administrativa puede considerarse desde punto de vista objetivo y punto de vista meramente objetivo, el primero para mantener el imperio de la legalidad y el segundo para lograr declaración respecto de los pretendidos derechos de los administrados individualmente considerados.

En la actuación de la Administración debe distinguirse la actividad de orden propiamente legislativo, ley material, reglas objetivas obligatorias de las resoluciones que adopta en casos concretamente individualizados. Los tratadistas, al examinar el control jurisdiccional de la Administración, refiérense a la doctrina de los llamados derechos públicos subjetivos: derechos a los servicios públicos y a su buen funcionamiento, derecho a la legalidad de los actos de la Administración, derecho a la reparación de los daños causados por el funcionamiento del servicio público. El relativo a la legalidad supone derecho a la competencia, a las formas de actuar, al motivo, al objeto y al fin del acto para perseguir el que está señalado por la Ley. Se refería a la doctrina de Bonnard, defendiendo el Derecho público subjetivo, doctrina compartida por Barthelemy y a la crítica de Duguit y Kelsen.

Aludió al desarrollo histórico de lo contencioso-administrativo en Francia desde fines del siglo XVIII; a las leyes restantes modificadoras de la organización de la jurisdicción, analizando la aplicación del principio político de división de poderes y el jurídico de diferenciación de funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional; a la amplitud de la nueva jurisdicción en Francia, cual contienda entre la Administración y los particulares, suscitada por el ejercicio de la actividad administrativa; a la protección jurídica que en Alemania otorgó el legislador con la creación de los Tribunales administrativos; el sistema anglosajón, carente de jurisdicción contencioso-administrativa especial, dado el principio de sometimiento a la ley y de actuación ante los Tribunales ordinarios; al sistema italiano, de distinción del recurso de legitimidad y el de mérito; al sistema internacional belga, señalando cómo el problema de la

creación de lo contencioso-administrativo como jurisdicción singular, está planteado tanto en Bélgica como en la Gran Bretaña, existiendo partidarios de organizar una jurisdicción análoga a la francesa.

Se refirió a los varios recursos de plena jurisdicción, de anulación, de represión y de interpretación, fijándose especialmente en la significación del recurso de nulidad por incompetencia, vicio de forma o desviación o abuso de poder, recurso de naturaleza objetiva al que se admite para su interposición a quien, aún no teniendo derecho, tenga interés en el asunto. Expuso la diferencia existente entre la Ley orgánica de la jurisdicción en España para la Administración central y el régimen jurídico perfilado desde la aparición del Estatuto Municipal de 1924 y bien definido en la nueva Ley de 1950 de Administración local, admitiendo tanto el recurso subjetivo como el objetivo de nulidad.

En cuanto a los sistemas de organización, en pugna lo administrativo y lo judicial, recordó la indicación del Profesor Henriss, relativa a que el hecho de los límites entre la materia administrativa y la judicial, eran variables y dependían de lugar en lugar y de época en época, prevaleciendo en unos casos la tendencia de la legislación social y en otros las de derecho particular individual, modificándose la índole de los órganos competentes.

El sistema administrativo puede mantenerse cuando se dan las condiciones de absoluta independencia del Consejo de Estado francés en su Sección contenciosa, y por aplicación de la diversificación de funciones en España, ha habido y hay muchos partidarios del sistema judicial.

El procedimiento debe ser gratuito y lo más abreviado posible, facilitándose el ejercicio de la acción revisora, sin llegar a constituir una verdadera acción popular.

El aumento del número de recursos, tanto en Francia como en España, plantea el problema orgánico de la jurisdicción, en el sentido de aumentar el número de Secciones, de diferenciar los asuntos de mayor y menor cuantía, de atribuir éstos a Tribunal o Sección compuesta de menor número de Magistrados, limitando los casos de imposición de costas a aquellos en que haya habido verdadera temeridad o mala fe del recurrente.

La decisión del órgano jurisdiccional ha de constituir cosa juzgada y, salvo casos muy extraordinarios, los indicados en la reforma de 1904, debe ser obligado para la Administración el ejecutar las resoluciones o sentencias, utilizando el principio de responsabilidad en caso de imposibilidad material, mediante la atribución del equivalente económico del derecho declarado. Los tratadistas franceses consideran que no cabe sustraerse al deber de ejecutar las decisiones del Consejo de Estado, afirmándose que éste no dudaría en anular una negativa ministerial y que en ciertos casos podría llegarse a constituir la inejecución falta personal con responsabilidad del alto funcionario.

Calurosos aplausos de los asistentes al acto, que llenaban por completo el salón del Instituto, cerraron las palabras del ilustre Maestro del Derecho Administrativo.

Por último, el Ministro declaró abierto el curso del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

B) EXTRANJERAS

Conferencias del Prof. Fairén en Universidades Italianas

Invitado por las Universidades de Pavía, Florencia y Perugia, dió varias conferencias el Prof. don Víctor Fairén Guillén, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.

El día 30 de abril de 1952, y en la Facultad de Jurisprudencia de Pavía, y presentado por el Prof. Ord. Dr. Enrico Tullio Liebman, de Derecho Procesal civil, disertó sobre el tema «*La litis contestatio nell'odierno processo spagnuolo*».

Dicha conferencia versó sobre las reminiscencias que en la Ley de Enjuiciamiento civil se notan de dicha figura histórica, indebidamente acarreada, y sobre el retraso que en la doctrina jurisprudencial española ha provocado la permanencia de tal idea como base del proceso, en relación con las modernas doctrinas que explican su naturaleza jurídica.

El mismo día, por la tarde, invitado por el Director del Collegio Universitario Ghislieri, pronunció otra conferencia sobre el tema «*Il problema dell'unificazione del Diritto Privato in Spagna*». Hizo una breve exposición de la evolución histórica de los Ordenamientos Jurídicos de los diversos reinos españoles hasta el Código civil, pasando después a tratar del problema tal como se plantea en la actualidad, y de las posiciones favorables y opuestas a la unificación con sus respectivas argumentaciones. Siguió a esta conferencia un coloquio en el que diversos asistentes formularon preguntas sobre el problema tratado, a las que respondió el Prof. Fairén.

En la Universidad de Perugia, y presentado por el Prof. Furno, de Derecho Procesal civil, pronunció el día 7 de mayo del mismo año, una conferencia sobre el tema «*Il principio di concentrazione nell'processo spagnuolo*», desarrollando las manifestaciones del mismo en sus facetas de concentración de las actividades procesales y del contenido del proceso, en relación con el Código Procesal civil italiano.

En la Universidad de Florencia, y presentado por el Prof. Calamandrei, de Derecho Procesal civil, trató el día 9 de mayo, el tema «*Mancanza di unitá del procedimiento espagnuolo e sue cause*». Este problema deriva de haber sido recibidos, pero no totalmente, los juicios plenarios acelerados creados por los canonistas y civilistas italianos del Renacimiento; su recepción total hubiera significado la unidad actual del sistema procesal, girando en torno a un proceso ordinario descendiente de aquellos; pero en nuestras leyes procesales falta unidad puesto que aparece un proceso declarativo ordinario no afectado por la recepción de dichos juicios, sino descendiente del anterior sistema (*cerdo solemnis judicarius*), y en frente una gama, cada vez más extensa y complicada, de procedimientos declarativos bien generales, bien especiales, cuya aparición es promovida por la falta de adecuación del juicio declarativo ordinario. Concluyó fijando las causas de este fenómeno y refiriéndose al grave inconveniente que supone este estado para los procesalistas que pretenden fijar la categoría «procedimientos».

R.

II. NOTAS CRITICAS

Dos recientes cuestiones de responsabilidad civil ante el Tribunal francés de casación: el caso del «LAMORICIERE», y el asunto BRANLY.

D . T A L L O N
Encargado de curso en la Facultad de Derecho de Lille

Los esfuerzos de los Tribunales para adaptar las muy generales reglas sobre responsabilidad civil a los numerosos casos concretos que se presentan ante ellos no conducen siempre a resultados satisfactorios, y las consideraciones morales que inspiran a los jueces llevan a veces a soluciones jurídicas artificiales o peligrosas. Varias sentencias recientes del Tribunal de Casación revelan la dificultad de esta adaptación de los principios a las circunstancias de hecho: es el caso de la sentencia de 27 de febrero de 1951, de la Sección Civil de la Sala de lo Civil (J. C. P. 51. II. 6193, nota de Mihura; D. 51. j. 329, nota de Desbois), y de la sentencia de la Sección Mercantil de la Sala de lo Civil de 19 de junio de 1951, dictada en el asunto Branly (J. C. P. 51. II. 6426, nota de Becqué; D. 51. j. 717, nota de Ripert; S. 52. I. 89, nota de Nerson).

* * *

El caso Branly plantea el problema del contenido de la culpa. Un profesor, al escribir en un diario popular la historia del descubrimiento de la telefonía sin hilos, no había mencionado el nombre del gran sabio Edouard Branly ni hecho alusión a sus trabajos. Los herederos del sabio, estimando que ello suponía por parte del autor del artículo una culpa profesional grave, exigieron la reparación de lo que consideraban un daño a la fama de su pariente.

Era, sin embargo, difícil determinar en qué consistía la culpa cuya existencia se afirmaba. El Tribunal de apelación de Poitiers, al conocer del litigio, hubo de hacer constar que el autor no había actuado con malicia ni con intención de perjudicar, ya que estimaba de buena fe que la participación de Branly en el descubrimiento de la telefonía sin hilos había sido insignificante y podía omitirse. En consecuencia, desestimó la demanda de los herederos.

Por el contrario, el Tribunal de Casación decidió que «de una omisión, incluso no dictada por la malicia o la intención de perjudicar, es responsable su autor cuando el hecho omitido debió de haberse realizado, sea en virtud de una obligación legal, reglamentaria o convencional, sea también, en el orden profesional, si se trata de un historiador, en virtud de las exigencias de una información objetiva». Y el Tribunal de Casación añade que el Tribunal de apelación debía «averiguar si, al escribir la historia de la telefonía sin hilos, en la cual los trabajos y el nombre de Branly habían sido omitidos voluntariamente, Turlan había actuado como un escritor o un historiador prudente, informado y consciente de los deberes de objetividad que le incumbían».

El Tribunal de Casación condena así, mediante una fórmula muy general, la concepción restrictiva según la cual, como lo expresa una frase célebre, no hay injuria sin ánimo de injuriar. De una omisión, incluso de buena fe, es responsable quien la cometió, cuando pesa sobre él una obligación profesional de controlar las informaciones que da.

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que se acuda a la idea de obligación profesional, como lo preconizaba ya parte de la doctrina. La circunstancia de ejercer una profesión impone obligaciones especiales, que no son propiamente ni legales ni convencionales. Hay aquí una extensión muy fecunda del ámbito de la responsabilidad civil.

Cabe preguntarse, sin embargo, si esta responsabilidad profesional no pasa a ser arbitraria y peligrosa cuando se invoca, como en el caso de autos, frente a un escritor. Sobre este punto concreto, la doctrina no ha temido criticar al Tribunal de Casación (véase especialmente el fino estudio del Decano Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 51. Chronique, 119; igualmente, H. y L. Mazzaud, «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1951, p. 246).

Siempre es delicado limitar un principio tan fundamental como el de la libertad de opinión, en particular cuando una opinión se manifiesta a través de un silencio. ¿De qué manera interpretar, en efecto, un silencio? Según la expresión del Decano Carbonnier, «por tal camino, el Tribunal de Casación no puede evitar instaurar un control judicial de la manera de escribir la historia». Y de esta manera, el Tribunal de Casación se encargaría de proteger la fama adquirida. Por equitativo que pueda aparecer tal control en determinados casos, cabe emitir la duda de que forme parte de la misión de los Tribunales, a través de una acción fundada en las reglas sobre responsabilidad.

Resulta, por otra parte, difícil determinar cuál es el perjuicio sufrido y los medios de repararlo. Como los Tribunales inferiores rechazaron la acción y el Tribunal de Casación hubo simplemente de revocar la sentencia de apelación, el problema no ha sido resuelto en el asunto Branly. No se trataba en el caso concreto de un daño causado a la reputación del gran sabio; no se ponían en duda sus cualidades personales o profesionales. Solamente se negaba una gloria consagrada por la opinión pública. Con razón se ha podido decir que el daño causado a la gloria constituía un perjuicio imposible. ¿Y de qué manera reparar ese perjuicio imposible? No puede obligarse al autor demandado a abandonar su silencio y a escribir contra su conciencia, y se imagina uno difícilmente a los Tribunales procediendo ellos mismos a la rectificación.

Cabe concluir, con el Decano Carbonnier: «perjuicio imposible procedente de una culpa impalpable: a esto se reducía, sin duda, en términos de Derecho, este caso demasiado famoso».

* * *

El caso del «Lamoricière» hace patente otro peligro de las fórmulas de principio, que pueden llevar al Tribunal de Casación a construcciones jurídicas arbitrarias.

Se trataba en el caso de autos del naufragio, durante una tempestad, del buque de pasajeros «Lamoricière». La catástrofe tuvo lugar en el Mediterráneo, el 9 de enero de 1942, y causó numerosas víctimas.

Si se dejan a un lado los problemas técnicos derivados de la situación en régimen de requisas de la Marina mercante francesa durante la guerra, el pro-

blema esencial que se suscitaba consistía en justificar la indemnización de los herederos de las víctimas, teniendo en cuenta que era imposible recurrir a la responsabilidad contractual del transportista, porque toda responsabilidad de éste quedaba excluida por una cláusula del contrato.

La dificultad era tanto más grande cuanto que todas las anteriores construcciones de la jurisprudencia habían tendido a proteger a la víctima y a sus herederos por la vía de la responsabilidad contractual, más fácil de poner en actuación. Primeramente la jurisprudencia hizo pesar sobre el transportista una obligación de seguridad, consistente en hacer llegar sano y salvo al viajero al punto de destino, y de la que solamente podía liberarse demostrando la existencia de fuerza mayor. Pero como si el viajero moría accidentalmente durante el camino, sus herederos no le sucedían en la obligación contractual de seguridad y habían de probar la culpa del transportista, la jurisprudencia ideó un nuevo artificio técnico. Decidió, en efecto, que el viajero no estipulaba dicha obligación de seguridad solamente en favor propio, sino también en favor de sus parentes (Civ. 6 diciembre 1932 y 24 marzo 1933, D. P. 33. I. 140, nota de Josserand). Y el Tribunal de Casación ha precisado el alcance de la obligación, declarándola existente en favor de todos aquellos que podían exigir alimentos del viajero con arreglo a los artículos 205 y siguiente del Código civil.

En el caso del «Lamoricière», este doble artificio jurídico—obligación de seguridad y estipulación en favor de tercero—no conducía a ningún resultado práctico, como consecuencia de la cláusula contractual de exclusión de la responsabilidad. Y sin embargo, el Tribunal de Casación ha llegado a indemnizar a los herederos de las víctimas.

Para ello ha fallado en primer término que éstos podían renunciar a la estipulación concluida en su favor por la víctima, conforme a las reglas generales de la estipulación en favor de tercero. Descubre así el Tribunal de Casación una renuncia tácita al beneficio de una estipulación contractual imaginaria: no cabe la menor duda de que tal renuncia es una mera ficción, como lo era la estipulación, pero de esta manera pueden los herederos invocar la responsabilidad delictual, lo que sería imposible de no salir fuera de la esfera del contrato; dentro de ella, en efecto, el recurso a los artículos 1.362 y siguientes del Código civil es imposible, ya que se chocaría con el principio de la no acumulación de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual.

Alcanzado este primer resultado, quedaba por determinar si los herederos de las víctimas habían de probar la culpa del transportista, o si por el contrario jugaba en su favor la presunción de responsabilidad del art. 1.384, apartado 1º. El Tribunal de Casación no ha dudado en adoptar la segunda solución, estimando que el buque es una cosa cuya custodia tiene el armador, y que éste responde por todos los daños causados por dicha cosa, si no consigue probar que derivan de una causa extraña a ella.

Podría invocarse contra esta solución la naturaleza peculiar del Derecho marítimo. Las reglas que lo integran suelen considerarse a menudo como reglas autónomas, al margen del Derecho común, que no podrá extenderse a esta materia especial sin una disposición expresa del legislador. El Tribunal de Casación, sin embargo, sienta el principio contrario al afirmar que «el artículo 1.384, apartado 1º, formula una regla general que se aplica a la navegación marítima siempre que una disposición especial de la Ley no la ha excluido, expresa

o implicitamente». Condena así la tesis de la autonomía del Derecho marítimo y extiende una vez más el ámbito del artículo 1.384, apartado 1.^º (cfr. en este sentido G. Ripert, *Traité de Droit Maritime*, 4.^a ed., I, núm. 772).

Ahora bien: según la sentencia es el armador la persona de la cual se estima que tiene la custodia de la cosa, a pesar de la tradicional independencia del capitán en la dirección del buque en el mar. Aquí también, la preocupación por asegurar una reparación efectiva del daño ha inspirado sin duda al Tribunal de Casación. Pero pueden apreciarse los procedimientos jurídicos un tanto arbitrarios por los que llega al resultado querido.

El caso del «*Lamoricière*» da lugar aún a otra interesante innovación. Se establece, en efecto, que el Tribunal de apelación había podido válidamente excluir *en parte* la responsabilidad del transportista en atención a «causas exteriores a la cosa».

Como es sabido, la persona que tiene a su cargo la custodia de una cosa que realizó un daño solamente puede excluir la presunción de responsabilidad que pesa sobre ella mediante la prueba de que el daño es imputable a alguna causa exterior a la cosa. Dicha causa ha de ser un acontecimiento imprevisible e irresistible, trátese de un hecho natural (por ejemplo, una tempestad), del hecho de un tercero o de la culpa de la víctima. En tales casos, la exclusión de la responsabilidad es total, puesto que el nexo de causalidad entre la cosa y el daño queda roto. Según que el que tiene la custodia de la cosa fracase o no en probar la existencia de una causa exterior imprevisible e irresistible a la que se deba el daño, debe indemnizar todo o nada.

La exclusión parcial de la responsabilidad solamente podía existir cuando, concurriendo al daño la culpa de la víctima, no llegaba a presentar los caracteres de una «causa exterior». En tales supuestos se divide la responsabilidad (Civ. 27 octubre 1948, G. P. 48, 2. 270). En el caso del «*Lamoricière*» se admite por vez primera que una causa exterior puede excluir parcialmente la responsabilidad, cuando no es imprevisible e irresistible. Se tienen en cuenta, en efecto, la violencia de la tempestad, por una parte, y la mala calidad del carbón suministrado por el Estado, por otra, para fijar en un quinto del perjuicio la parte del daño realmente causado por el buque.

Esta jurisprudencia, más flexible, modifica profundamente el análisis de la relación de causalidad entre el hecho y el daño. En la práctica puede permitir a los Tribunales tomar en consideración el comportamiento de la persona que tiene la custodia de la cosa. De nuevo reaparece la noción de culpa a través de la presunción de responsabilidad del artículo 1.384, apartado 1.^º

Se aprecia así cómo el Derecho de la responsabilidad, esencialmente jurisprudencial en su origen, vive en perpetua modificación según las necesidades prácticas. No podría, ciertamente, ocurrir de otra manera, y los dos importantes casos fallados en 1951 por el Tribunal de Casación revelan claramente que en presencia de situaciones nuevas, los Tribunales consiguen siempre, mediante la creación de nuevos conceptos o el empleo de artificios técnicos, alcanzar la solución que consideran más conforme a la equidad (1).

(1) Traducción de J. A. Prieto.

III. INFORMACION LEGISLATIVA (1)

A cargo de M. PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DERECHOS SUBJETIVOS: DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS: Art. 26, D. II del texto articulado de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante y el 202 de la Reglamentación de 23 de diciembre de 1952 (v. III, 8 y 9).

2. EL SEXO: LA HIJA MAYOR DE EDAD, MENOR DE VEINTICINCO AÑOS: Artículo único: *El art. 321 del C. c. quedará redactado en la forma siguiente: "Art. 321. A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o de la madre en cuya compañía vivían, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para contraer matrimonio o para ingresar en un Instituto aprobado por la Iglesia, o también cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores nupcias o concurra alguna otra causa que justifique la separación."* Ley 20 diciembre 1952, por la que se modifica el art. 321 del Código civil; (B. O. del 22.)

OBSERVACIONES (2):

1. *Medida en que queda modificado el Derecho de España.*—El Preámbulo parte de la idea de que el precepto antiguo había sido interpretado por la "jurisprudencia" (3) en sentido restrictivo: en la frase tomar estado no podía entenderse comprendido el estado religioso. En cambio—sigue el Preámbulo—, el art. 12, III, del Apéndice Aragonés concedía igualmente "plena capacidad (sic) a las hijas de familia mayores

(1) Se dará noticia de las disposiciones publicadas a partir de 1 de diciembre de 1952, en cuanto afecten o interesen al Derecho civil.

(2) En este ANUARIO (1952, V, I, 201 y ss.) se estudió el proyecto de reforma por los profesores Fuenmayor (pág. 202 y ss.) y De Castro (pág. 205 y ss.); en el dictamen que Fuenmayor publicó en la R. E. D. Canónico (1951, pág. 795 y ss.), "Edad mínima civil en que las hijas pueden abandonar el domicilio de sus padres, sin licencia de los mismos, para ingresar en un instituto religioso o en un instituto secular" se encontrará abundante información de opiniones sobre la cuestión; véase, además, De Castro, "Derecho civil de España" II, 1952, 242 y ss.

(3) En realidad sólo hubo una sentencia sobre la cuestión, la de 19 de febrero de 1901; es inexacto hablar de "jurisprudencia".

de edad para profesar en religión". Según el Preámbulo, esta Ley tiene como finalidades: 1.º, establecer un criterio único, coordinador para todo el territorio nacional, cuya necesidad puso de relieve "la discordancia entre ambas interpretaciones"; 2.º, comprender "en el citado precepto del Código civil otras situaciones en las que, por razones de conveniencia o necesidad, fundadas en motivos de orden moral o social, debe permitirse también a la mujer mayor de edad, pero menor de veinticinco años, que abandone el domicilio de sus padres".

a) Empezaremos por la primera finalidad de las que en el Preámbulo se proyectan cumplir. Para el Preámbulo, el legislador pretende establecer un criterio único ante interpretaciones diversas dadas a textos distintos, y además que este criterio valga para todo el territorio nacional.

Es indudable que existían textos distintos—el Código civil y el Apéndice Aragonés—, pero el contenido de ambas disposiciones venía a ser el mismo. Existían, respecto del art. 321 del C. c., razones de todo tipo para estimar que en la frase "tomar estado" del precepto, objeto de la reforma, quedaba incluida la idea de ingresar en un Instituto religioso (4); así lo entendía la mejor doctrina moderna; apenas podía tener importancia el criterio sentado por la Sentencia de 19 de febrero de 1901, pues por ser única no constituye doctrina jurisprudencial. En este aspecto nada modifica la nueva Ley, únicamente aclara el sentido de la antigua.

La pretensión de que el nuevo criterio sentado por el legislador valga para todo el territorio nacional plantea de lleno el alcance general o particular de la nueva Ley y previamente el problema de la medida en que regía en cuanto a los españoles aforados el art. 321 del Código civil.

El precepto fué una invención del Proyecto de 1851 y llega, por tanto, al Código civil como Derecho nuevo en España. Como parte del supuesto de "hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años", en rigor no se planteaba cuestión de vigencia respecto de las mujeres catalanas y navarras; pero también se podía plantear respecto de éstas tras la Ley de 13 de diciembre de 1943, que fijó la mayoría de edad de los españoles en los veintiún años cumplidos. En cuanto a Aragón, el Apéndice contenía la norma del art. 321 C. c., en términos más completos que el Código.

El criterio de que esta norma regía respecto de todos los españoles antes de la Ley que comentamos parece que había de prevalecer por la fuerza expansiva del Código civil y, en cuarto a Cataluña y Navarra, por estar de acuerdo, en cierto modo, con la tradición respecto al significado, que en estas regiones tenía últimamente la edad de los veinticinco años (5).

Tras la nueva Ley hay más razones en apoyo de la vigencia general de la norma: una de ellas, precisamente, consiste en que es empeño del legislador, según el Preámbulo, "establecer un criterio único coordinador para todo el territorio nacional" (6), con esta Ley nueva posterioral al Código civil (7). Menos dudas hay aún en cuanto a que el párrafo III del art. 12 del Apéndice Aragonés ha quedado sustituido por la nueva norma.

b) Respondiendo a la segunda finalidad de las que señala el Preámbulo, se expresan en el art. 321 los casos en que las hijas de familia, a que se refiere, puedan abandonar la casa paterna; en último término,

(4) Véanse De Castro y Fuenmayor en los lugares citados.

(5) Estas razones han de prevalecer, al parecer, a pesar del carácter limitativo de la libertad personal que tiene la norma.

(6) Sobre la importancia de las exposiciones de motivos en cuanto a la interpretación, vid. De Castro, "Derecho civil de España", I, 472.

(7) Sobre el ámbito territorial de vigencia de las leyes modificativas del Código civil, vid. De Castro, "Derecho civil de España", 255 y ss.

basta que "concurra alguna otra causa que justifique la separación". Aunque no constituye una novedad absoluta la admisión de cualquier causa justificante (8), la nueva formulación no deja lugar a dudas sobre su admisión.

2. *Juicio general de la nueva Ley.*

a) La reforma del art. 321 tiene ambiciones limitadas; apenas si supone alguna variación respecto del sistema anterior. Por esto ha podido decirse que esta Ley no era necesaria. De todos modos no puede parecer del todo inadecuado que se aclare legalmente un precepto no entendido rectamente por el Tribunal Supremo en la única ocasión que se planteó, lo que, quizás, determina en muchos casos concretos el retraso de la entrada en religión.

Además, la admisión de cualquiera "otra causa que justifique la separación" es una afirmación expresa, útil a la libertad de la mujer frente a las injustas imposiciones paternas.

b) La nueva redacción del precepto (9) no elimina toda causa de reparo a su mantenimiento (10). Además, el no especificar las causas que pueden justificar la separación (11), podría temerse fuese motivo de discordias en las familias, aunque, dada la naturaleza de las cuestiones, no habrá muchos litigios. De otra parte, no se ve remedio eficaz (12) para evitar el que la hija se marche de la casa paterna cuantas veces quiera, aunque *manu militari* se le reintegre otras tantas al hogar paterno; y posiblemente es improcedente incluso el empleo de la fuerza pública, pues con ella podría conseguirse que la hija volviera *en un momento determinado* a la casa paterna, pero esto no es lo que le impone el Código civil (13).

c) En el Preámbulo se viene a explicar el precepto como una prolongación de la "autoridad tuitiva de los padres". El concepto no puede

(8) En el Apéndice se establecía, además, que podían dejar la casa cuando para la separación den los padres "motivos de moralidad o de mal tratamiento", causa que podía entenderse con gran amplitud. Pero en el Código civil no dejaba de admitirse también esta causa dado el fin del precepto: no podía "hablarse de 'casa paterna'" cuando el padre o la madre se hayan hecho merecedores de perder la patria potestad (art. 171), o hagan por su culpa imposible la convivencia" (De Castro, "Derecho civil de España", II, 1952, pág. 243). Para la calificación de cuanto existe "dureza excesiva" (art. 171), téngase presente que la hija puede trazar su propio plan de vida; ya no debe obediencia al padre (art. 154); parece que se da "dureza excesiva" cuando sin justa causa se exige la convivencia en términos que impiden la realización del plan racional de vida trazado por la hija.

(9) En él se dice "en cuya compañía vivian"; parece que se trata de una errata material y ha de entenderse "vivan". Es excesivo por reiterado el uso de la conjunción "o".

(10) V. De Castro, A. D. C., estudio citado.

(11) Puede haber justa causa por razón de enfermedad, higiene, descanso, empleo, negocio, estudios, vida escandalosa o criminal o malos tratos de los padres, peligro religioso, graves divergencias políticas, etc. Especificar todas las causas hubiera sido incurir en un casuismo incabable.

(12) Se plantea un problema análogo en cuanto a la obligación de vida en común (arts. 56 y 58, C. c.) de los cónyuges; sobre esto, véase Castán, "Derecho civil Español, Común y Foral", III, 1941, Madrid, pág. 506 y s.

(13) Puede hacerse alguna otra observación al nuevo precepto. ¿Por qué no admitió que el padre o la madre pudieran despedir a la hija por justa causa? (v. De Castro, A. D. C., loc. cit.). Los términos "Instituto probado por la Iglesia" (compárese art. 754, C. c.) agregan una precisión que podría suscitar algún problema; por supuesto que en él no encajan las comunidades o institutos religiosos no católicos daría lugar el ingreso en ellos a una "causa que justifica la separación"?

admitirse con todo rigor, pues los padres carecen, respecto de sus hijos no sujetos a la patria potestad, de potestad de mando: "los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad" (artículo 154, I, C. c.). Pero tiene un sentido aceptable: los padres siempre pueden dar ciertas órdenes cuya infracción no constituirá infracción de la obligación de obedecerles, pero puede llevar aneja la de la obligación de "tributarles respeto y reverencia", que no termina con la patria potestad (art. 154, I, C. c.) (14).

3. EL SEXO: LA HIJA MAYOR DE EDAD, MENOR DE VEINTICINCO AÑOS: Si la hija mayor de edad, pero menor de veinticinco años, se encuentra en estado de prostitución o corrupción deshonesta y los padres no pudieren conseguir su reintegro a la casa paterna podrán solicitar de la Junta Provincial de Protección a la Mujer el internamiento en algún establecimiento, del que no podrá salir más que en los casos previstos en el artículo 321 o cuando la Junta estime que resulta ineficaz el internamiento (art. 23). Además, aunque la mujer sea mayor de edad, puede acordarse por las Juntas Provinciales el internamiento: si es menor de veintitrés años, en los casos previstos en el art. 446, Código penal; y aunque sea mayor de veintitrés, si es menor de veinticinco, cuando fuere necesario continuar la labor de regeneración iniciada por el Patronato (art. 19); las medidas cesan específicamente al cumplir los veinticinco años o si, siendo mayor de veintiún años, trata de contraer matrimonio.

LA PATRIA POTESTAD Y TUTELA: POTESTAD DE CORRECCIÓN: Cuando las jóvenes menores de edad y mayores de dieciséis años sean entregadas por sus padres o guardadores a las Juntas Provinciales, en virtud de las facultades establecidas en el Código civil, bastará para acordar el internamiento el examen de los motivos que se adeguen, oyendo a la menor. Las medidas cesarán a petición de los que las hubieren instado, salvo que las Juntas acuerden la continuación por estimar que existe peligro en tal cesación. (art. 22). **SUSPENSIÓN DE LA POTESTAD DE GUARDA Y EDUCACIÓN:** "Cuando los Tribunales condenaren a los padres de una menor de edad, pero mayor de dieciséis años, por falta prevista en el núm. 5.^o del art. 584 del Código penal, y el procedimiento hubiese sido promovido por una Junta de Patronato, por existir peligro para la moralidad de la menor, dispondrán la suspensión en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación" (art. 27).

LA TUTELA: TUTELA DE MENORES: "Las Juntas Provinciales ejercerán sobre las huérfanas mayores de dieciséis años y menores de veinticinco que se acojan al Patronato las facultades que las leyes civiles atribuyen a los organismos tutelares mientras exista, con respecto a dichas huérfanas, una situación efectiva de desamparo. La representación en juicio de tales menores corresponde al Ministerio Fiscal" (artículo 28, I y II). (Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre organización y funciones del Patronato de Protección a la Mujer; B. O. del 22.)

(14) Véase seguidamente, en este número del ANUARIO, la Ley de 20 de diciembre de 1952 sobre organización y funciones del Patronato de Protección a la mujer, que tiene una gran relación con el artículo 321, C. c., y las observaciones a la misma.

A. EXPOSICIÓN.

1. "El Patronato de Protección a la Mujer es una Institución dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene como fin velar por la moralidad pública y, muy especialmente, por la de la mujer" (art. 1.º). Tendrá plena capacidad jurídica para..., en general, ser tutelar de derechos y obligaciones" (art. 2.º).

2. "Para el cumplimiento de sus fines le incumbirá al Patronato:

3.º Ejercer las funciones tutelares de vigilancia, recogida, tratamiento e internamiento sobre aquellas mujeres mayores de dieciséis años y menores de veinticinco que los Tribunales, autoridades y particulares les confíen. La Junta Nacional y las Provinciales, así como sus Comisiones Permanentes, tendrán el carácter de Autoridad gubernativa a los efectos previstos en el art. 446 del Código penal, con las obligaciones que dicho precepto impone" (art. 3.º).

3. *Internamiento acordado por el Patronato.*

a) *El expediente de internamiento.*

Presupuestos.—Este expediente se resuelve por las Juntas Provinciales (art. 20). Las medidas de protección y regeneración se adoptarán, respecto de "las jóvenes mayores de dieciséis años y menores de veintitrés, en los casos previstos en el art. 446 del Código penal". En los mismos casos podrán acordar el internamiento en los establecimientos de reforma, que tengan al efecto designados, de las mujeres mayores de veintitrés años y menores de veinticinco, cuando sus padres lo soliciten (15) o fuere necesario continuar la labor de regeneración iniciada sobre ellas por el Patronato (art. 19). Las circunstancias que sirvan de base para acordar estas medidas se apreciarán *discrecionalmente* (artículo 20).

Procedimiento.—En el expediente necesariamente habrá de oírse a la interesada y a las personas que sean titulares de los derechos de guarda (art. 20).

Efectos.—"Las medidas de protección o regeneración no se suspenderán por la incoación de procedimiento ante los Tribunales y subsistirán hasta tanto se dicte resolución ejecutoria (16), salvo la revisión que las propias Juntas pueden decretar, o las modificaciones acordadas por la Junta Nacional, en vía de apelación" (art. 21, I)..

b) *Régimen de protección.*

Las Juntas que acuerden el internamiento de una menor de edad, "además de dar cuenta a la Autoridad judicial, a los efectos preventivos en el art. 446 del Código penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, para que ejerzite la acción que corresponda en orden a la suspensión o privación de la patria potestad o tutela" (art. 26, I).

"Mientras subsistan las medidas de protección o regeneración, bien sean las provisionales adoptadas por el Patronato, o las definitivas acor-

(15) V. Observación 1, infra.

(16) Dictada una resolución judicial favorable a la libertad de la mujer, los posibles recursos no deberían tener efecto suspensivo.

dadas por la Autoridad judicial, las Juntas Nacional y Provinciales ejercerán sobre las mujeres a quienes afecten las funciones de vigilancia, recogida, tratamiento o internamiento a que se refiere el art. 3.^o de esta Ley" (art. 21, II). Y más concretamente dispone el art. 28 que "las Juntas Provinciales ejercerán sobre las huérfanas mayores de diecisésis años y menores de veintiuno que se acojan al Patronato *las facultades que las leyes civiles atribuyen a los organismos tutelares*, mientras exista con respecto a dichas huérfanas una situación efectiva de desamparo. *La representación en juicio de tales menores corresponde al Ministerio Fiscal*" (párrafos I y II).

"Cuando la mujer tutelada o sus padres posean bienes o rentas, la Comisión Permanente de la Junta Provincial del Patronato determinará la cantidad con que aquéllos o, en su caso, los últimos deberán contribuir a los gastos de internamiento" (art. 13, I). "Si los padres o el guardador legal de la menor no hiciesen efectivo mensualmente el importe de la cuota de gastos de estancias que le correspondan satisfacer con arreglo al artículo anterior, se procederá contra ellos utilizando la vía de apremio por medio del Juzgado Municipal o Comarcal correspondiente..." (artículo 14).

c) *Extinción de la situación de protección:*

1.^o Por el acuerdo correspondiente judicial o administrativo (artículo 21, I).

2.^o "Cualquiera que sea la naturaleza de las medidas adoptadas, cesarán al cumplir veinticinco años las mujeres sobre que se ejerzan" (artículo 21, II).

3.^o Se aplicará igual cese cuando la mujer mayor de veintiún años y menor de veinticinco trate de contraer estado matrimonial, pero debiendo continuar hasta su celebración bajo las medidas tutelares que señalan los arts. 19 y 20 (17).

4. *Supuestos especiales respecto a la toma de medidas de protección por el Patronato.*

a) *Por disposición de la Autoridad judicial o gubernativa.*—"Con preferencia a toda otra Institución, corresponderán al Patronato las funciones de tutela moral, atribuidas a persona colectiva por el citado art. 446 del Código penal, en los casos de suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar decretada por la autoridad judicial o gubernativa" (art. 3.^o, núm. 3.^o, III) (18).

"En general, sin examen alguno de las circunstancias que en el caso concurren, las Juntas vienen obligadas a prestar las medidas de protección, vigilancia y regeneración de las mujeres que se les encomiendan por las Autoridades judiciales y gubernativas" (art. 25, I, principio).

"Tanto las Autoridades judiciales como las gubernativas que dispongan internamientos, determinarán las personas que deben satisfacer los gastos de aquéllos" (art. 25, II).

(17) V. Observación 2.

(18) En el B. O. se lee "referencia" en lugar de preferencia indudablemente se trata de una errata.

b) *Por la voluntad de sus padres o guardadores.*—“Cuando las jóvenes menores de edad y mayores de diecisésis años sean entregadas por sus padres o guardadores a las Juntas Provinciales, en virtud de las facultades establecidas en el Código civil (19), bastará para acordar el internamiento el examen de los motivos que se aleguen, oyendo a la menor” (art. 22, I). En este supuesto no rige la obligación de dar cuenta a la Autoridad judicial, a los efectos del art. 446 del Código penal, ni al Ministerio Fiscal, a los efectos de suspensión o privación de la patria potestad o de la tutela.

“Las medidas de corrección cesarán a petición de los que las hubieren instado, salvo que las Juntas estimasen que con el levantamiento de las medidas exista peligro para la menor, en cuyo caso podrán acordar que continúen aquéllas, procediendo en la forma que dispone esta Ley para las que se acuerden de oficio” (art. 22, II). En el caso de que se estime que existe peligro para la menor, rige aquella misma obligación de dar cuenta a la Autoridad judicial y al Ministerio Fiscal (art. 26) (20).

c) *Supuesto de la hija mayor de edad, pero menor de veinticinco años.* “Si los padres de una mujer mayor de edad, pero menor de veinticinco años, en estado de prostitución o corrupción deshonesta, no pudieren conseguir su reintegro a la casa paterna, podrán solicitar el auxilio de la Junta, para su ingreso en algún establecimiento, como domicilio forzoso, del que no podrán salir más que en los casos previstos en el art. 321 o cuando la Junta estime que resulta ineficaz el internamiento” (art. 23).

d) *Depósito de menores o pupilas por malos tratamientos de sus guardadores.*—“Las juntas provinciales dispensarán su asistencia a las menores de edad y mayores de diecisésis años que soliciten el depósito al amparo del núm. 4º del art. 1.880 de la LEC. Los Jueces, al decretar el depósito observarán la preferencia que sobre toda otra institución corresponde al Patronato en las funciones de tutela moral de la mujer atribuidas a persona colectiva” (art. 24).

5. *Suspensión en el ejercicio de la potestad de los padres en cuanto a la guarda y educación de los hijos.*—“Cuando los Tribunales condenan a los padres de una menor de edad, mayor de diecisésis años, por la falta prevista en el núm. 5º del art. 584 del Código penal, y el procedimiento hubiese sido promovido por una Junta de Patronato, por existir peligro para la moralidad de la menor, dispondrán la suspensión en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación” (art. 27) (21).

(19) V. artículos 156, I, y 269, 1º, C. c.

(20) La apreciación discrecional del peligro es suficiente para que un organismo administrativo privado, de momento, al padre, del ejercicio pleno de su potestad de educación y de la compañía de las hijas que estaban internadas por voluntad del padre. Piénsese que para internarlas no era necesario que las hijas estuviesen en estado de prostitución o corrupción deshonesta. Las atribuciones concedidas al Patronato en pro de la moralidad son, en este caso, parece, demasiado vertes. El art. 447 del Código penal es más restrictivo.

(21) El núm. 5º del artículo 584 del Código penal tipifica dos supuestos de falta:

1º Cuando los padres de familia “dejaren de cumplir los deberes de asis-

B. OBSERVACIONES.—1. Esta Ley, en cuanto se refiere a las *mujeres mayores de veintitrés años y menores de veinticinco*, viene a ser un complemento de la doctrina del art. 321 (22) a la vez que una extensión de la potestad de protección de la autoridad gubernativa, conferida por los artículos 446 y 447 sobre las mujeres menores de veintitrés años, a las mujeres menores de veinticinco.

Como complemento del art. 321 tiene una función parcial, pues sólo actúa en los supuestos en que la hija de familia se encuentra en estado de prostitución o corrupción deshonesta. Además, con aquel precepto no se consigue que *no deje la casa* del padre o de la madre, aunque la posibilidad de internamiento es un medio coactivo indirecto para conseguir la convivencia; esta convivencia no será, por cierto, si el medio se insinúa, muy pacífica ni, para la hija, muy segura—admitido tal medio puede decirse que la hija continúa prácticamente, en muchos casos, sujeta a obedecer al padre—.

Las razones que movieron al legislador son evidentes. Pero siempre es peligroso ampliar la esfera de acción de los organismos administrativos en materia que afecta al honor y a la libertad de las personas y que, íntegramente, debe estar al amparo de la autoridad judicial (véase artículos 17 a 19 del Fuero de los Españoles).

Presupuestos: La solicitud de internamiento pueden realizarla “los padres”. El precepto es incongruente. ¿Por qué no puede solicitarse respecto de las huérfanas? Y origina muchas cuestiones: ¿Han de pedirlo ambas conjuntamente? ¿Pueden pedirlo incluso en el caso de que se hubieran hecho merecedores de perder la patria potestad si la hubieran tenido? ¿Pueden pedirlo si la hija fuere viuda? ¿Cómo juegan aquí los caños de excepción de la obligación de convivencia que establece el artículo 321 C. c.?

Para que pueda acordarse el internamiento no bastaría que los padres lo solicitasen, como parece desprenderse del art. 19. Del art. 23 se desprende que es necesario que el padre no pudiera “conseguir su reintegro a la casa paterna”; y, en cuanto a la solicitud, parece que debe regir este precepto por ser más especial y estar más de acuerdo con el principio de libertad de la mujer. En el supuesto de que la hija constituya un ejemplo indeseable para los hermanos menores, ¿puede el padre pedir el internamiento sin intentar el reintegro en la casa paterna?

Procedimiento: De otra parte, el acuerdo de ingreso, a nuestro entender, no es automático; no basta con la solicitud del padre. En la ley se regula especialmente el expediente previo a la resolución del internamiento, y estas normas rigen en estos supuestos.

Efectos: El establecimiento tiene el carácter de “domicilio forzoso” tencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fuesen el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada”.

2º Cuando “no procuraren a sus hijos la educación que su posición y medios les permitan”.

Hemos de notar, sin embargo, que el artículo 27 habla en singular de “la falta”.

El dar significado jurídico, en cuanto a la patria potestad, a ciertos hechos penados no es nuevo en nuestro sistema: la patria potestad se pierde por razón del mal uso de ella, si por sentencia firme en causa criminal se impone como pena la privación de ella (art. 169, 1º C. c.), así si el padre o madre consentieren la corrupción de su hijo o prostitución de su hija (art. 439 Código penal) o en el abandono previsto en el artículo 487 del Código penal. Lo que no parece muy propio es que se condicionen los efectos restrictivos de la patria potestad, que produce la falta, a que el procedimiento hubiere sido promovido por una Junta de Patronato.

(22) Véase en este número la Ley de 20 de diciembre de 1952 por la que se da nueva redacción a este artículo. Ahora no nos referiremos al régimen de la mujer mayor de edad, menor de veintitrés años, ya expuesto.

(artículo 23). De él puede salir en los casos previstos en el art. 321 C. c. ¿A qué precepto se refiere? ¡Al antiguo art. 321 o al nuevo precepto que se publica el mismo día en el *B. O.*? Parece que la intención del legislador era referirse al nuevo precepto y a éste ha de entenderse hecha la referencia, dada tal intención, el carácter de la reforma del art. 321 y la razón que se desprende de que los padres no deben poder imponer la residencia en otro lugar que la casa paterna en más supuestos que en los que puede imponerla en esta casa.

De esta referencia se desprende un amplio criterio, pues para salir del establecimiento basta que concurra una justa causa. De todos modos, es curioso que el legislador dé juego en esta materia al hecho de que el padre o madre haya contraído ulteriores nupcias.

2. El amplio criterio que se desprende del art. 23 de la Ley por su referencia al art. 321 C. c., en cuanto a la cesación del internamiento, debiera haberse extendido por el legislador a todo supuesto de internamiento, al menos cuando la protegida es mayor de edad. Sería una seguridad más en pro de las internadas y una restricción a la potestad discrecional de las Juntas.

Particularmente debió haberse previsto el caso de que la internada tratase de ingresar en un instituto religioso.

4. CONDICIÓN DE LAS ENTIDADES EXTRANJERAS: L. 20 diciembre 1952 (v. D. m., 3).

5. LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIÁSTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 de julio (23) de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta 31 de diciembre del corriente año* (Orden de Justicia de 2 de enero de 1953; *B. O.* del 21).

6. REGISTRO CIVIL: EL ÁFRICA OCCIDENTAL ESPAÑOLA: D. 23 enero 1953 (v. D. Pr., I, 2).

7. COSAS INDIVISIBLES: L. de concentración parcelaria de 20 de diciembre de 1952 (v. II, 1).

8. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: ACCIONES DERIVADAS DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA MARINA MERCANTE: Reglamentación de 23 diciembre 1952 (v. III, 9).

9. CADUCIDAD: DEVENGOS ECONÓMICOS DE LOS TRABAJADORES DE LA MARINA MERCANTE: Reglamentación de 23 diciembre 1952 (v. III, 9).

II. Derechos reales.

1. COSAS INDIVISIBLES: “*Una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades mínimas de cultivo tendrán la consideración de cosas indivisibles, y la parcelación de predios de extensión superior a la dicha unidad sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a ella*

(art. 9º). LIMITACIONES DEL DOMINIO. LIMITACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA: *La con-*

(23) La Orden, por errata, dice “junio”.

centración parcialaria puede ser impuesta al propietario. Existen casos en que el resultado de la concentración implica una auténtica expropiación de las fincas concentradas.

DERECHOS REALES LIMITADOS, CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN, DERECHOS REALES (Y SITUACIONES JURÍDICAS) QUE NO SEAN SERVIDUMBRES PREDIALES NI DERECHOS DE GARANTÍA: "Pasarán inalterados a gravitar sobre la nueva o nuevas parcelas adjudicadas al mismo propietario, si afectaban a la totalidad de las antiguas. En otro caso, gravitarán sobre una porción de tierra equivalente en extensión y productividad que deberá ser fijada en el procedimiento de concentración" (art. 5.^o II). **SERVIDUMBRES PREDIALES:** "Se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad" (art. 5.^o, I). **DERECHOS REALES DE GARANTÍA:** Siguen el régimen general predicho, pero si no afectaban a la totalidad de las fincas antiguas (24) "pesarán sobre la finca resultante que los titulares, de común acuerdo, señalen o, en defecto de conformidad, sobre la de características más análogas a la de aquella sobre que estaban constituidas, por la parte alicuota del (25) valor equivalente al de la parcela anteriormente gravada" (art. 5.^o, II).

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (art. 7.^o): OBLIGATORIEDAD DE LA REGISTRACIÓN: La nueva ordenación "será inexcusablemente inscrita en el Registro de la Propiedad". **TÍTULO:** El testimonio notarial del documento redactado por la Comisión Local, constituirá el título para practicar las inscripciones y cancelaciones derivadas de la concentración. **INMATRICULACIÓN:** Los asientos de inmatriculación en favor de los poseedores que carezcan de título de propiedad "quedarán sujetos a la suspensión de efectos, en cuanto a tercero, que establece el art. 207 de la vigente Ley Hipotecaria" (Ley de concentración parcelaria de 20 diciembre 1952; B. O. del 23) (26).

OBSERVACIONES: El carácter experimental (art. 1.^o) y provisional (disposición adicional) de la ley nos mueven a manifestar estas observaciones con el único fin de colaborar en algo, quizás, al empeño, en principio magnífico, de la concentración parcelaria.

1. *Finalidad de la Ley.*—La fijación de unidades mínimas, con el carácter de indivisibles, es un acierto indiscutible; la dispersión por bajo de la unidad mínima, en modo alguno puede consentirse. Igualmente, sólo elogios merece el fomento de la concentración de las parcelas dispersas de un labrador medio. Pero ya no se ve con tanta claridad la conveniencia de la concentración cuando el resultado suponga la creación de grandes latifundios.

Siempre es un peligro facilitar los latifundios: los latifundios son fáciles a la explotación industrial, pero también, y por lo mismo, fomentan el proletariado y la emigración a la ciudad; por el contrario, la propiedad dispersa obliga a ceder el cultivo a personas distintas del propietario y, en consecuencia, facilita la multiplicación de titulares de empresas agrícolas. Quizá no fuera inútil pensar en la conveniencia

(24) Téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 119, L. H. y 216, R. H.

(25) Parece que quiere decir "de".

(26) Para el conocimiento del contenido de esta Ley véase en este número el estudio "Concentración Parcelaria", de González Pérez.

de establecer unidades máximas de cultivo directo (27); en su apoyo hay fuertes razones de tipo político (28) y sociológico (29), y las razones económicas contrarias no son siempre evidentes (30).

2. *Los criterios de concentración. Los cultivadores no propietarios.*— "El Estado asegurará a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra... Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan" (Decl. V, punto 6, Fuero del Trabajo). Sin embargo, en la Ley de concentración, a pesar de que el cultivador prevalecerá sobre el propietario, regula la concentración preferentemente en función de la propiedad; es cierto que se procurará reunir las parcelas cultivadas por un mismo agricultor, incluso cuando éstas pertenezcan a distintos propietarios, pero sólo "en cuanto sea conciliable" con la

(27) El significado que se podrá dar a estas unidades es vario. Pero hay uno radical. Para la reforma agraria surgen dos soluciones simplistas y extremas: la de la incautación estatal y redistribución de las tierras; y la de la expropiación, previa, siempre, la correspondiente indemnización. Ambas son desecharables: la primera por poco respetuosa con el derecho de propiedad; la segunda por ser costosa y lenta en grado superlativo. Y las dos están más planteadas porque se mueven en una esfera que no es decisiva para la tarea de aumentar el número de agricultores; la esfera de la titularidad plena sobre las fincas. Lo que interesa no es la propiedad sino simplemente la *estabilidad en el goce* de las fincas. Por la misma razón que se expropian ciertas fincas por causa de utilidad social, puede llegarse a la implantación de unidades máximas de cultivo por una sola persona, distribuyendo el sobrante de modo justo entre los labradores sin tierra y garantizando al propietario la percepción de las rentas o amortizaciones adecuadas. El Estado con inversiones menores conseguiría resultados muy amplios.

(28) Así se facilitaría una tarea asumida por el Estado: la de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana: el hogar familiar, la *heredad de tierra* y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano". (Decl. XII, punto 2, Fuero del Trabajo; véase también la Decl. V, punto 4). Es ley histórica que los poseedores estaban con el tiempo devienen propietarios.

(29) Es clara para la estabilidad social y el fomento de las virtudes sociales la necesidad de multiplicar el número de los propietarios del campo y de mantener y fomentar la vida rural. Este es también el pensamiento de la doctrina católica. Los Pontífices se han referido repetidas veces al deber del Estado de promover la difusión de la propiedad privada. El artículo 78 del Código Social de Malinas aborda el problema agrario a que nos estamos refiriendo con solución substancialmente idéntica: "En particular se plantea en ciertos países un problema agrario que se refiere a las circunstancias indicadas a continuación: existencia de dominios incultos o sometidos a métodos de cultivo inferiores, cuyo aprovechamiento y mejora son indispensables al bien de la comunidad; explotación técnica, que es satisfactoria, pero que provoca, por su excesiva concentración, el nacimiento y desarrollo de un proletariado rural presa de la miseria, obligado ya a la deserción de los campos, ya a la emigración, ya a cualquiera otra alternativa contraria al bien general. En todos estos casos el Estado tiene derecho, después del fracaso de soluciones menos radicales, a *decretar el desmembramiento de los cultivos, y, caso necesario, el de las propiedades*. El ejercicio de este derecho se halla siempre subordinado a la concesión de una justa y previa indemnización a todos los que resultasen lesionados en sus intereses legítimos por las medidas de expropiación". Ultimamente la Declaración de la Unión de Malinas de 1949 dice que debe procurarse que todos sean propietarios al menos de la superficie en que viven.

(30) Sobre todo si se dejan a salvo las fincas que sean objeto de una buena explotación y se fomentan las cooperativas de producción y la capacitación agrícola.

concentración en función de propietario. Así, en casos concretos, las operaciones de concentración pueden tener un resultado radicalmente contrario al pretendido: la dispersión de las unidades económicas cuando su mantenimiento no es conciliable con la concentración en función de los propietarios.

La concentración presentará dificultades especiales en los supuestos de patrimonios separados o colectivos o cuando la finca esté afecta a una titularidad temporalmente limitada o a una situación jurídica de pendencia, a un censo enfitéutico o a derechos análogos, etc. ¿Cómo o en función de qué titular se hace la concentración?

3. *El expediente de concentración.*—a) Antes de la declaración de que una determinada zona queda afecta a la concentración parcialaria, debería establecerse la necesidad de audiencia de los interesados. Además, debería regularse la posible reclamación por parte de éstos de que una finca, por la especialidad del cultivo a que está destinada o por su propia naturaleza, sea excluida por el Ministerio de Agricultura porque no pueda beneficiarse con la concentración; también los titulares de una unidad económica integrada por fincas pertenecientes a distintos propietarios deberían poder reclamar al efecto de que fueran excluidas de las operaciones de concentración.

b) Sin duda alguna, la operación más difícil es la de valoración o calificación técnico-agrícola de las fincas, dados los innumerables factores que la determinan. Aunque posibilitar recursos en esta fase implicaría que casi todos los interesados reclamaran, parece necesario reconocerlos. Es tan delicada la operación que será extraño superarla sin que se ocasione el descontento de gran parte de los interesados.

4. *El respeto a la propiedad.*—a) Sólo es posible el recurso contencioso administrativo "siempre que la diferencia entre las parcelas cedidas por el recurrente y las recibidas después de la concentración suponga, cuando menos, perjuicio de la sexta parte del valor de las primeras" (art. 11). El exigir esta lesión del sexto es excesivo, sobre todo si se piensa que la concentración puede realizarse con indiferencia absoluta respecto de la voluntad del propietario.

Los resultados concretos a que puede llegar la concentración, tal como por ahora está planteada, pueden ser, a veces, poco afortunados. Si el propietario se cree perjudicado en el sexto, no puede entablar el recurso contencioso; sus tierras pueden haber sido cambiadas por otras que carecen del valor de afectación, de la vinculación humana y familiar que se logra por la tradición y por el trabajo; sufrirá el 5 por 100, durante veinte años, de recargo en la contribución territorial. Si alguna finca estaba hipotecada puede sufrir la amenaza de un posible copropietario, y parece que puede llegar a quedarce, en ciertos supuestos, sin tierra alguna.

b) Esta última y grave afirmación merece una aclaración especial. La solución que da la ley al supuesto de los derechos reales que gravan las fincas que se aportan a la concentración ofrece pocos inconvenientes mientras se mueve en el campo de la sustitución del objeto (31). Pero en el supuesto de los derechos reales de garantía, al admitirse que puedan recaer sobre la finca "de las características más análogas a la de

(31) Si se presentan en los supuestos en que por el desenvolvimiento del derecho queda afectado el dominio del objeto sobre que recae (tanteos, retractos, derechos de opción), dado lo dispuesto en la Ley sobre unidades mínimas de cultivo.

Los censos y derechos análogos plantean problemas peculiares que obligarán a que el legislador los considere especialmente; téngase presente la posibilidad de consolidación, la ejecución real del censo, etc., sobre todo en relación con las disposiciones sobre unidad mínima de cultivo. También deben considerarse especialmente los problemas que plantean los derechos de aguas.

aquella sobre que estaban constituidas, por la parte alícuota de valor equivalente al de la parcela anteriormente gravada", al modificación es más sustancial. En la segunda solución no sólo cambia el objeto del dominio afectado por la hipoteca, sino también el propio derecho afectado por la hipoteca, que ya no es el dominio, sino una cuota del dominio, con la consiguiente trascendencia de efectos. El cambio operado se manifiesta con especial gravedad en la ejecución, aunque también repercute antes. Por la ejecución, un extraño puede llegar a hacerse cotitular de la finca con la perturbación en la administración y posible disposición de la finca entera, y con la acción de división de la cosa, que, en el supuesto de unidad mínima de cultivo, puede provocar la enajenación de toda la finca.

c) Existen casos en que el resultado de la concentración implica una auténtica expropiación de las fincas concentradas: Probablemente a ella conducirá, en alguna medida, la reglamentación, prometida en la ley, de la ejecución procesal, por respecto a las unidades mínimas de cultivo. La Ley directamente prevé un caso de expropiación: cuando la parcela que se aporte a la concentración sea litigiosa y sea menor que una unidad mínima de cultivo. En efecto, si triunfa, el no poseedor no recuperará la parcela sino sólo el valor real de ella. La solución es extrema al no distinguir siquiera entre poseedor de buena y mala fe.

5. *Las consecuencias registrales.*—Se plantean problemas especiales en cuanto al reflejo registral de la concentración, por ejemplo, el de la registrabilidad en el supuesto de que no concurran a las operaciones de concentración todos los interesados según el Registro; el de la referencia que en las nuevas inscripciones se ha de hacer a las antiguas, relativas a las parcelas aportadas a la concentración; el del supuesto en que sólo alguna de las parcelas del titular no estuviera inscrita con anterioridad (32).

Esta Ley crea un nuevo medio de inmatriculación: el título de adjudicación es suficiente para la inmatriculación. Los asientos de inmatriculación quedarán sujetos a la suspensión de efectos en cuanto a tercero, que establece el artículo 207, L. H., respecto de las parcelas que, como consecuencia de la concentración, se adjudicaren a los poseedores que carezcan del correspondiente título de propiedad. Aun con esta restricción, este medio sólo puede permitirse si se regula una justificación suficiente del dominio de las parcelas que se aportan a la concentración.

2. HIPOTECA POR FRACCIONAMIENTO DEL PAGO EXIGIDO PARA RECUPERAR LAS FINCAS ADJUDICADAS A ENTIDADES LOCALES POR ARBITRIOS U OTRAS EXACCIONES: Ley 20 diciembre 1952 (v. "Otras disp.", 3).

3. INSCRIPCIÓN DE BIENES DE LA IGLESIA Y DE LAS ÓRDENES Y ASOCIACIONES RELIGIOSAS: Orden 2 enero 1953 (v. I, 5).

III. Derecho de obligaciones.

1. MORATORIA RESPECTO A LOS CRÉDITOS DE TODA CLASE: Se concede una moratoria fiscal y civil e indemnizaciones a los damnificados por los recientes temporales en las Islas Canarias D.-L. 30 enero 1953; BB. OO. del 13, 23 y 24 de febrero).

(32) Es curioso que el servidor del órgano de la calificación registral es miembro del órgano que redacta el documento a calificar.

"Art. 3.^o Se concede, igualmente, una moratoria mercantil que comprenderá:

A) Los créditos hipotecarios, sus amortizaciones e intereses que hayan vencido o venzan dentro del período de 15 de enero al 31 de diciembre de 1953, cuando los bienes gravados con hipoteca hayan sufrido daño y estén situados en los términos municipales o áreas geográficas a que alcanza el beneficio de la moratoria.

B) Los créditos de toda clase, vencidos o que venzan en el indicado período, contra personas que, en las zonas afectadas, posean fincas rústicas o urbanas, siempre que éstas hayan sufrido daños a consecuencia del siniestro.

Una vez vencida la moratoria en fin de diciembre de 1953, serán exigibles dichos créditos por los acreedores, y los protestos que hayan de efectuarse, de letra de cambio y efectos de comercio impagados, podrán formularse en cualquiera de los ocho días hábiles siguientes al vencimiento indicado.

Quedan a salvo los pactos y convenios que estipulen libremente las partes interesadas en posterioridad a la publicación de este Decreto-Ley."

En el art. 4.^o se constituye una Junta para resolver "si los peticionarios han sufrido daños en sus bienes en cuantía suficiente para justificar el beneficio de la moratoria, limitándose su declaración a este solo extremo".

2. REVISIÓN DEL CONTRATO: Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales de 9 enero 1953 (v. "Otras disp.", 2).

3. DERECHO A RECUPERAR LAS FINCAS ADJUDICADAS A ENTIDADES LOCALES POR ARBITRIOS U OTRAS EYACCIONES: Ley 20 diciembre 1952 (v. "Otras disposiciones", 3).

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ELEVACIÓN DE RENTA POR D.-L. 17 MAYO 1952: "Los porcentajes de elevación de la renta a que se refiere el citado D.-L. afectan exclusivamente a los de viviendas y locales de negocio construidos o habitados por primera vez antes de 18 de julio de 1936, y no a los que lo hubieran sido con posterioridad, cuyas rentas no podrán ser elevadas con los referidos porcentajes" (Orden de Justicia de 12 diciembre 1952; B. O. del 18).

Se reitera esta doctrina, según la Orden, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.^o y 2.^o del citado D.-L., en relación con los 118, 121 y 122 de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

5. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRÉSTAMOS A LOS INQUILINOS DE VIVIENDAS DE LEY 15 JULIO 1952: El efecto ampliatorio a que se refiere el artículo 17 de esta Ley "se entenderá transitoriamente prorrogado a cuatro meses, en vez de uno; como en la actual redacción del precepto se dice" (art. 1.^o) (D.-L. 28 noviembre 1952; B. O. del 8 de diciembre).

6. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EDIFICACIONES PROVISIONALES: INDEMNIZACIÓN A ARRENDATARIOS POR DESALOJO: "Tratándose de fincas incluidas en

el Registro especial creado por la Ley de 15 de mayo de 1945 y su Reglamento de 23 de mayo de 1947, y no existiesen en ellas edificaciones permanentes, sino otras que merezcan la calificación de provisionales, según el apartado d) del art. 3º del citado Reglamento, en aplicación de las normas del art. 114 de la LAU, los usuarios de aquéllas percibirán la indemnización de seis meses o un año de renta, según se trate de viviendas o locales de negocio, careciendo de todo derecho a la reserva de locales en la construcción definitiva que se proyecte edificar en el solar de que trate" (Orden de Gobernación de 4 febrero 1953; B. O. del 7).

A. Se da, según el Preámbulo, en uso de la facultad concedida al Ministro por la Disposición final del Reglamento de 23 de mayo de 1947.

OBSERVACIONES: Completa y aclara lo dispuesto por el art. 2º del Decreto de 5 septiembre 1952.

9. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: GASTOS DE CONTRIBUCIÓN: L. 20 diciembre 1952 (v. "Otras disp.", 8).

8. CONTRATO DE TRABAJO: EL TRABAJO DE LA MARINA MERCANTE: *Se aprueba el texto articulado de la ley sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante (Orden de Trabajo de 23 diciembre 1952; B. O. del 19 enero 1953).*

A. Esta Ley desarrolla y articula la Ley de Bases de las condiciones de trabajo en la Marina mercante de 19 de diciembre de 1951 (B. O. del 23 (33). Conforme a la "base transitoria" de esta Ley, los preceptos de la misma comenzarán a regir el día en que se inserte en el Boletín Oficial el texto articulado de la misma. El régimen laboral de la Marina mercante se rige exclusivamente por los preceptos contenidos en la presente Ley y en la Reglamentación Nacional que la desarrolla (disposición final del texto articulado); entre las disposiciones que se derogan de modo expreso está el título I del libro II, "Contrato de embarco", del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944 (base transitoria de la Ley de 19 de diciembre de 1951; disposición final del texto articulado).

Nos interesa destacar lo que dispone el art. 26, D), II, del texto articulado: "El naviero o armador y, en su nombre, el capitán, que sabiendo que un tripulante forma parte de la tripulación de otro buque le admítiera a su servicio sin exigirle la correspondiente anotación de su normal desembarco en la libreta de Inscripción Marítima, así como cuando en ésta apareciese la nota de abandono de trabajo", responderá subsidiariamente de la indemnización antes indicada" (la que debe el tripulante que abandona el buque) (art. 202).

B. OBSERVACIONES:

1. El artículo único de la Ley de 19 de diciembre de 1951 autoriza al Ministro de Trabajo para que "dentro de los noventa días de su por-

(33) El contenido fundamental de la nueva disposición corresponde a otra disposición anterior, por lo que prescindimos de su exposición.

mulgación" publicara en el *Boletín Oficial del Estado*, en forma articulada, la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante. Sin embargo, la publicación se ha hecho fuera de este plazo.

2. La última disposición recogida es reproducida en el art. 202 del Reglamento vigente (véase seguidamente). Es un buen ejemplo de cómo los derechos relativos pueden ser base de acciones contra terceros (34). El precepto supone evidentemente una coacción, quizá demasiado fuerte, hacia el cumplimiento del contrato por el tripulante. Este criterio no se sigue en todos los contratos de servicios, y la prohibición que implica no debe ser extendida más allá de la vigencia de la relación laboral incumplida.

9. CONTRATO DE TRABAJO: EL TRABAJO EN LA MARINA MERCANTE: *Se aprueba la Reglamentación nacional del Trabajo en la Marina mercante. Esta Reglamentación empieza a surtir efecto antes de su inserción en el "Boletín Oficial", desde el 1 de enero. Es interesante recoger que "las acciones derivadas de las relaciones de trabajo que no tengan plazo especialmente señalado, prescribirán a los tres años, a contar desde la fecha en que la acción hubiera podido ejercitarse" (art. 207), y que "no podrán reclamarse por los trabajadores daños económicos... de antigüedad superior a tres años" (art. 208)* (Orden de Trabajo de 23 diciembre 1952; BB. OO. del 19 y del 26 enero 1953).

A. También es interesante destacar otra disposición: En cuanto a la admisión del personal por una Empresa naviera, se establece que "aun al personal que realice trabajos predominantemente manuales, se le exigirá saber leer y escribir y las cuatro reglas" (art. 65).

B. OBSERVACIONES: Hemos destacado tres disposiciones concretas:

1.^º La eficacia retroactiva de la Reglamentación empieza a regir desde 1 de enero. En el Preámbulo de la Orden se dice que las modificaciones de carácter económico respecto a las normas anteriormente en vigor "se han limitado a la distribución del 15 por 100 de los gastos generales de las Empresas, respecto al personal afectado por la propia Ordenanza". La Reglamentación, en realidad, desarrolla y responde a las normas de la Ley, en vigor desde el 19 de enero. El que la Reglamentación comience a surtir efectos a partir del 1 de enero puede plantear problemas.

2.^º *Las normas sobre prescripción y caducidad de los arts. 207 y 208.* Las calificaciones de "prescripción" y "caducidad" vienen dadas por el propio Reglamento en la intitulación que engloba a ambos artículos. Parece que el concepto de prescripción se corresponderá con el art. 207, y el de caducidad con el art. 208. Creemos que no es propio de un Reglamento, sino de la misma Ley el establecer tales normas.

3.^º La exigencia de cierta cultura elemental puede ser un motivo para fomentar este mínimo cultural. En este aspecto la norma es plausible siempre que el aspirante a trabajar en la Marina mercante hubiera tenido facilidades para adquirirla, y precisamente él—lo que será raro—fuese el culpable de no haberla conseguido.

(34) Confróntese De Castro: "Derecho Civil de España, parte general, tomo I, lib. prel., Madrid, 1949; págs. 592 y sigs."

IV. Derecho de Familia.

1. PATRIA POTESTAD: EDUCACIÓN DE LOS HIJOS: "El Estado reconoce que la enseñanza es primordialmente un derecho de los educandos, al que están ordenados, en razón de medio a fin, los derechos de los educadores. Queda garantizado el derecho de los padres a elegir para sus hijos cualquier profesor debidamente titulado o Centro de Enseñanza Media establecido con arreglo a las leyes" art. 3.^o de la Ley de Ordenación de la Enseñanza Media de 20 febrero 1953; B. O. del 27).

OBSERVACIONES: En esta ley se viene a reconocer a los padres *derechos* en cuanto a la enseñanza de sus hijos. En otros textos legales, en cambio, se expresa que los padres "están obligados a educar e instruir a sus hijos" (Fuero de los Españoles, art. 23), "tienen el deber" (Código Civil, art. 155). Las facultades reconocidas al padre en orden a la educación de sus hijos son facultades integrantes de la patria potestad y, por tanto, especialmente entrecruzadas con la idea del deber que tienen los padres a ayudar a sus hijos a la consecución de los fines de su vida. Este carácter funcional de la patria potestad se reconoce, expresamente, en cuanto a la enseñanza, en el párrafo primero del artículo reproducido: en él se destaca insistenteamente con las frases "primordialmente", "ordenados en razón de medio a fin."

2. LA PATRIA POTESTAD: POTESTAD DE CORRECCIÓN: SUSPENSIÓN DE LA POTESTAD DE GUARDA Y EDUCACIÓN: L. 20 diciembre 1952 (v. I, 3).

3. LA TUTELA: TUTELA DE MENORES: POTESTAD DE CORRECCIÓN: L. 20 diciembre 1952 (v. I, 3).

DERECHO MERCANTIL

1. ENTIDADES EXTRANJERAS: EJERCICIO DEL COMERCIO EN ESPAÑA: L. 20 diciembre 1952 (v. 3).

2. RESERVAS OBLIGATORIAS DE LAS ENTIDADES DE CAPITALIZACIÓN: *Las Sociedades de capitalización deberán constituir, además de las reservas legales de carácter general establecidas para las Sociedades anónimas, "el fondo de capitalización", "la reserva de capital", la reserva, en su caso, para beneficio de los suscriptores, "la reserva reguladora de derivaciones por sorteo" y "la reserva para fluctuación de valores". La "reserva de capital" se integrará con el 10 por 100, como mínimo, de los beneficios líquidos obtenidos en cada ejercicio, hasta alcanzar, en general, una cuantía equivalente al 50 por 100 del capital suscrito; "a estos efectos será computable la reserva establecida con carácter obligatorio por el art. 106 de la Ley de Sociedades Anónimas". Se regula el contenido de cada uno de estos fondos y las inversiones de estas Sociedades.* (Orden de Hacienda de 10 enero 1953; B. O. del 28.)

3. ENTIDADES ASEGURADORAS: REQUISITOS: *Se regulan fundamentalmente los requisitos exigidos para que las entidades puedan inscribirse*

en el Registro de Seguros, sean Sociedades anónimas españolas, Mutualidades o entidades análogas o Sociedades extranjeras. Pueden inscribirse las Sociedades extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: a) que el país de procedencia conceda a las Sociedades españolas trato de reciprocidad; b) que cumplan los requisitos exigidos para las Sociedades anónimas españolas en el número primero de este artículo y que justifiquen, además, la situación en España de la cantidad de dos millones de pesetas, destinadas a sus atenciones de carácter general; y c) que sean favorables los informes que la Dirección General de Seguros solicite de los organismos oficiales competentes. El depósito de garantía que deberán constituir las entidades aseguradoras que pretendan su inscripción en el Registro especial, se computará para la cobertura de las reservas exigidas por la vigente legislación de Seguros. Se derogan expresamente la L. 16 julio 1949 (L. 20 diciembre 1952; B. O. del 24).

4. EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA MARINA MERCANTE: Texto articulado de la Ley y Reglamentación aprobados por Ordenes de 23 de diciembre de 1952 (v. D. c., III, 8 y 9).

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Se modifica la base económica de los artículos 36, 212, 228, 263, 268, 280, 385, 439, 449, 562, 728, 984, 1.018, 1.184, 1.357, 1.449, 1.451, 1.698, 1.699 y 1.799 de la LEC. Se harán constar las circunstancias personales de los testigos a que se refiere el art. 363. "Cuando la retención tenga por objeto el pago de alimentos debidos a la esposa o a los hijos mediante resolución que se dicte por los Tribunales en pleito de divorcio o de alimentos provisionales o definitivos, o depósito de mujer casada, la retención se extenderá hasta el 50 por 100 de la cantidad que como mínimo se declare exenta de embargo, al efecto de que el cónyuge o los hijos perciban idéntica suma a la que el padre o esposo tengan que percibir" (art. 1.451, párrafo final, LEC). Se dan nuevas normas para el depósito por interposición de los recursos de casación y revisión, previniéndose el supuesto de recurso de cuantía indeterminada (1.698, 1.699 y 1.799).*

R. D. 2 abril 1924: *Se modifica también la base económica del mismo (L. 20 diciembre 1952; B. O. del 22).*

A. Exposición: Las modificaciones introducidas son las siguientes:

LEC: Art. 36. El apremio personal es "a razón de un día de arresto por cada 50 pesetas de costas que dejare de satisfacer".

212. Las multas son "de 250 ptas. cuando el recusado fuese Juez de Primera Instancia; de 500, cuando fuese Presidente o Magistrado de

Audiencia, y de 1.000, cuando fuese Presidente o Magistrado del Tribunal Supremo. No obstante, cuando la resolución que decida el expediente de recusación declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, las multas se podrán elevar del duplo al quíntuplo".

228. "Siempre que se deniegue la recusación, se condenará en las costas al recusante y, además, se le impondrá una multa de 100 pesetas, siendo aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 212 y en el 213."

263. "Las notificaciones se firmarán por el Actuario y por la persona a quien se hiciesen. Si ésta no supiere o no pudiere firmar, lo hará, a su ruego, un testigo, cuyas *circunstancias personales* se harán constar. Si no quisiere firmar o presentar testigo que lo haga por ella, en su caso, firmarán dos testigos requeridos al efecto por el Actuario, quien hará constar sus *circunstancias personales*. Estos testigos no podrán negarse a hacerlo, bajo multa de veinticinco a cien pesetas."

268. La multa es "de 25 a 100 pesetas".

280. La multa es "de 50 a 200 pesetas".

385. La indemnización por *apelación* desestimada "no bajará de 500 pesetas ni podrá exceder de 5.000 para cada una de las partes contrarias, además de lo que importen las costas".

439. Se elevan las multas hasta 100, 200, 300 y 400 pesetas, respectivamente, y se sustituye la cantidad de cinco pesetas por 25.

449. Se elevan las multas hasta 200, 400, 600 y 1.000, respectivamente.

562. La multa "no podrá bajar de 1.000 pesetas ni exceder de 10.000".

728. El importe de los perjuicios no podrá exceder de 250 pesetas.

984. El valor a que se refiere ha de exceder "de 10.000 pesetas". Se sustituye la *Gaceta de Madrid* por el *B. O. del Estado*.

1.018. El importe del presupuesto a que se refiere ha de exceder de 10.000 pesetas.

1.184. El inciso 2º del p. I dice ahora: "En ningún caso pasarán de 50 pesetas diarias."

1.357. El último inciso dice: "Cuando estos gastos no excedan de 5.000 pesetas diarias, bastará la autorización del Comisario."

1.449. En lugar de la frase "que no exceda de seis pesetas diarias" se sustituye por la frase "que no exceda de 20 pesetas diarias". Se reproduce, además, su párrafo segundo.

1.451. Se hacen las siguientes modificaciones: 1º Se sustituyen las cantidades del primer párrafo por 20 y 7.500. 2º Se sustituyen las del tercero por las siguientes: 10.000, 12.500, 15.000, 17.500, 20.000. 3º En el p. IV, por las de 7.500 y 5.000, respectivamente; y en la escala, en lugar de 2.000 se habla ahora de 5.000. 4º Se agrega un último párrafo cuyo texto literal ya se ha transcritto.

1.698. El depósito por *casación* se eleva a 3.000 y 1.500 pesetas, respectivamente.

1.699. "En los casos en que la cuantía litigiosa sea inferior a

100.000 pesetas, el depósito será de 1.500 si el recurso que se intenta interponer se fundase en infracción de ley o de doctrina legal, o fuese contra el fallo de amigables componedores o contra el pronunciado en los actos de jurisdicción voluntaria. En los recursos de cuantía indeterminada los depósitos serán los establecidos en el artículo anterior."

1.799. El depósito en el recurso de *revisión* es de 5.000 pesetas. El párrafo II dice ahora: "Si el valor de lo que fuese objeto de litigio es inferior a 100.000 pesetas, el depósito será de 1.500 pesetas." Antes del último párrafo se agrega el siguiente: "Si la cuantía fuese indeterminada, el depósito será de 5.000 pesetas."

R. D. 2 ABRIL 1924: Art. 2.^o Ahora la multa "será de 25 a 200 pesetas por cada día, etc."

B. OBSERVACIONES: 1. La reforma no sólo afecta a la base económica de determinados artículos a pesar de que sólo a ella se refiere el título que se da a la Ley: Véanse en prueba de ello los nuevos artículos 263, 1.699, 1.799 y, sobre todo, el nuevo párrafo final del artículo 1.451.

2. El nuevo artículo 1.449 dispone, en su párrafo segundo, que fuera de los bienes enunciados en el párrafo primero, ningunos otros bienes quedarán exceptuados del embargo; recoge con ello el texto original de la ley. ¿Quiere decir éste que todos los bienes declarados inembargables por disposiciones especiales, en virtud de la nueva ley, pasan a ser embargables si no están comprendidos en el párrafo primero? De ningún modo vemos que ésta fuera la intención del legislador; pero en congruencia con ello debió limitar su actuación al primer párrafo del artículo 1.449; este cuidado se manifiesta en las disposiciones que modificaron antes el artículo, pues se limitan a dar nueva redacción a su párrafo primero; así la L. de 12 julio 1906, el R. D. 18 octubre de 1924 y el D. 16 junio 1931 al que da fuerza de ley la ley de 30 de diciembre de 1931.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ÁFRICA OCCIDENTAL ESPAÑOLA: Además de las normas específicamente vigentes en estos territorios regirán, de modo supletorio, "las disposiciones que con carácter general rijan en la Península, siempre que sean computables con el peculiar régimen político-administrativo de aquéllos" (art. 3.^o). La Presidencia del Gobierno puede modificar este Decreto conforme lo exija el desenvolvimiento de los territorios y las necesidades del servicio.

ORGANISMOS JURISDICCIONALES: La jurisdicción se encomienda a organismos específicos (Juzgados Locales, Juzgado Territorial, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Las Palmas, Audiencias Provincial y Territorial de Las Palmas y Tribunal Supremo); se respetan los Tribunales Indígenas, pero se regula cierta atracción de los organismos que se establecen.

NORMAS PROCESALES: Rigen en principio las normas procesales en vigor en España. Pero hay normas específicas, por ejemplo, sobre competencia y representación y patrocinio procesal; los asuntos civiles cuya cuantía no excede de 3.000 pesetas se sustanciarán con arreglo a las normas establecidas para el juicio verbal.

REGISTRO CIVIL: El Juez territorial de Sidi Ifni será el encargado del Registro civil en todo el territorio del África Occidental Española. Re-

glementariamente se dictarán las disposiciones necesarias para establecer y regular dicho servicio. (Decreto de 23 enero 1953; *B. O.* del 3, y rectificado en el del 4.)

3. EL PERSONAL JURISDICCIONAL: Esta Ley se refiere fundamentalmente al personal que sirve los órganos jurisdiccionales. Reorganiza la Inspección de Tribunales y da nuevas normas en materia disciplinaria. Reforma el procedimiento para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo. (L. 20 diciembre 1952; *B. O.* del 22; rectificaciones en el *B. O.* 2 enero 1953.)

4. TERCERÍAS: RECONVENCIONES: Art. 21 Decreto 21 noviembre 1952 (v. II, 2).

II. Procesos en especial.

1. EL LLAMADO JUICIO DE COGNICIÓN: COMPETENCIA JERÁRQUICA: Se eleva a diez mil pesetas la cuantía de los procesos de cognición, respecto de los que son competentes los Jueces municipales y comarcales, conforme al ap. d) del art. 8 del D. 24 enero 1947 (art. 1º). En cuanto a las situaciones transitorias, es decisiva la fecha de presentación de la demanda: si se presentó antes de entrar en vigor este Decreto, el proceso es regido por el Derecho anterior; si después, rige lo dispuesto por el Decreto (Disposición transitoria). Se faculta al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y cumplimiento del Decreto. (Decreto de 21 noviembre 1952, por el que se reforma el de 24 enero sobre competencia de la Justicia Municipal; *B. O.* del 2 de diciembre.)

2. JUSTICIA MUNICIPAL: En principio, el Decreto desarrolla la base X de la Ley 19 julio 1944 sobre normas procesales en la Justicia Municipal; se autoriza al Ministerio de Justicia para dictar las Ordenes necesarias para la debida aplicación y desarrollo de este Decreto (Disposición final).

PROCESOS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS REGULADOS POR LEYES ESPECIALES: "Se tramitarán y resolverán conforme a los procedimientos que las mismas determinan" (art. 19).

EL JUICIO VERBAL: "Todos los asuntos de carácter civil distintos de los aludidos en el artículo precedente de la competencia de los Juzgados de Paz, y los que se planteen ante los Juzgados Municipales y Comarcales, cuando la cuantía de estos últimos no exceda de mil pesetas, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal o de mínima cuantía a que se refiere el Capítulo IV del Título II del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, con las modificaciones que se establecen en los artículos siguientes" (art. 20). Se regula, en cuanto a este juicio, el beneficio de pobreza y el recurso de apelación.

EL LLAMADO JUICIO DE COGNICIÓN: "Los procesos de cognición que no tengan señalada una tramitación especial y cuya cuantía excede de

mil pesetas, sin pasar de diez mil, se sustanciarán ante los Juzgados Municipales y Comarcales en la forma que se determina en los artículos siguientes" (art. 26). El Decreto continúa con la regulación del proceso, desarrollando las normas de la Ley de Bases. Se fijan casos en que es posible el recurso de reposición y se dan normas sobre la apelación. Se regulan los incidentes en la ejecución y se determinan casos en que se suspenderá el curso de los autos.

EL JUICIO DE FALTAS: *También se regula en este Decreto. (Decreto 21 noviembre 1952; B. O. 2 diciembre, y corrección de errores en el del 4.)*

B. OBSERVACIONES.—1. La disposición final de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 dispone: "Se autoriza al Ministerio de Justicia para que por Decreto desarrolle las precedentes bases, estableciendo las normas precisas para la debida aplicación de esta Ley".

El Decreto no sólo no considera agotada la autorización para el desarrollo de las bases, sino que autoriza al Ministro de Justicia para dictar órdenes para la aplicación o desarrollo del Decreto. ¿Es esto posible?

2. No siempre se han adaptado adecuadamente las normas antiguas a la nueva estructura de la Justicia Municipal: véase la referencia incompleta que al Juzgado Municipal se hace en el art. 23.

3. Quizá no debió hacerse eco el Decreto —véase su epígrafe cuarto— del término vulgarizado de "juicios de cognición" para referirse exclusivamente a los procesos de cognición de pequeña cuantía; el esfuerzo doctrinal del legislador de 1944 de denominar inequívocamente a los procesos declarativos, ha quedado frustrado en la práctica al referir el término exclusivamente a un tipo de proceso declarativo determinado.

3. EJECUCIÓN PROCESAL: BIENES INEMBARGABLES: L. 20 diciembre 1952 (v. II, 1).

4. PROCESOS DE ARRENDAMIENTOS: D. 21 noviembre 1952 (v. II, 2).

5. PROCESOS ESPECIALES RELATIVOS AL TRANSPORTE: LIQUIDACIÓN DE SENTENCIAS DE LA JUNTA DE DETASAS: *Se seguirá ante la misma Junta el procedimiento señalado en las arts. 928 y ss. de la LEC; el recurso ante la Dirección General de Ferrocarriles se interpondrá en el plazo de quince días hábiles.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: *La de las sentencias firmes de la Junta de Detasas en asuntos cuya cuantía no exceda de 3.000 pesetas, así como la de las resoluciones, en alzada, de la Dirección de Ferrocarriles será de la competencia de los Juzgados Municipales con jurisdicción en la capital de la provincia en que resida la Junta de Detasas que haya conocido del asunto en primera instancia. Los trámites son: 1.º Instancia de parte legítima a la Junta para que oficie la ejecución. 2.º Oficio de la Junta con los antecedentes necesarios al Juzgado Municipal para que proceda a la ejecución. 3.º La ejecución se hará conforme a los artículos 919 y ss. LEC. (Decreto Presidencia del Gobierno 5 febrero 1953; B. O. del 8.)*

6. INCIDENTES: EL LLAMADO JUICIO DE COGNICIÓN: D. 21 noviembre 1952 (v. II, 2. y especialmente arts. 21 y 25).

7. REPOSICIÓN Y APELACIÓN EN LOS JUICIOS VERBALES Y EN EL LLAMADO JUICIO DE COGNICIÓN: D. 21 noviembre 1952 (v. II, 2).

8. CASACIÓN Y REVISIÓN: DEPÓSITO POR INTERPOSICIÓN: L. 20 diciembre 1952 (v. I, 1).

9. JUICIO DE FALTAS: D. 21 noviembre 1952 (v. II, 1).

OTRAS DISPOSICIONES

1. CONTRATOS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS. SU REALIZACIÓN DIRECTA POR LA ADMINISTRACIÓN. FORMALIZACIÓN DE ESTA CONTRATACIÓN.—*El texto del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 queda sustituido por otro de nueva redacción. Aunque, como principio, continúa la exigencia de subasta pública (art. 49) se han aumentado los casos en que es posible el concurso y el concurso directo; se prevé que el concurso directo se ajuste al sistema de destajos. Se señalan los casos en que podrán ser ejecutados directamente por la Administración las obras y servicios públicos. Se regula la formalización de esta contratación estableciendo expresamente cuándo será necesaria la formalización mediante escritura pública (Ley 20 diciembre 1952; B. O. del 24).*

“Las actas de subasta y concurso serán autorizadas por el Secretario de la Junta ante la que se celebre, con el visto bueno del Presidente de la misma. Se formalizarán mediante escritura pública tanto los contratos que se celebren previa subasta o concurso como los que se concierten sin sujeción a estas formalidades previas, cuando su importe exceda de doscientas cincuenta mil pesetas, o cuando, sin exceder de dicha cantidad, sea necesaria tal formalidad para su anotación e inscripción en un registro público, o siempre que, a juicio de la Junta, se considere conveniente. No será necesaria la formalización de los contratos mediante documento público o privado, cualquiera que fuere su cuantía, cuando se refieran a adquisiciones directas de artículos, materiales o efectos que se realicen en establecimientos o sitios públicos de venta. En los documentos públicos relativos a contratos cuyo objeto tenga carácter reservado se cuidará de omitir toda expresión o indicación por lo que pueda venirse en conocimiento de la naturaleza o características de la adquisición, suministro, obra o servicio que motive su celebración” (art. 64, I).

2. CONTRATACIÓN DE CORPORACIONES LOCALES: REGLAMENTACIÓN.

REVISIÓN DEL CONTRATO: *Se admiten expresamente supuestos excepcionales como el aumento de los precios, en que el contratista puede solicitar alteración del precio o indemnización (art. 57).*

FORMALIZACIÓN: *Será preceptiva la formalización escrita, pero la falta de este requisito no afectará a la validez de la obligación (art. 48). Se establece expresamente cuándo será necesario la escritura pública (Re-*

glamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953; B. O. del 18 de febrero).

"La formalización del contrato se efectuará mediante escritura pública cuando el gasto o ingreso total que haya de producir a la entidad contratante exceda de 250.000 pesetas y siempre que por precepto legal se exija su otorgamiento, cualquiera que fuere la cuantía de aquél" (artículo 49, 1).

"No será necesaria la formalización de los contratos mediante documento público, cualquiera que fuere su cuantía, cuando se refieran a adquisiciones directas de artículos, materiales o efectos en establecimientos o sitios públicos de venta" (art. 49, 4)

"Las escrituras y documentos a que se contraen los párrafos 1 y 2 del artículo anterior deberán contener:

- a) copia literal de los pliegos de condiciones;
- b) referencia al acto de la licitación en la parte que afecte a la proposición del adjudicatario;
- c) copia literal del acuerdo de adjudicación definitiva;
- d) copia de la carta de pago o documento que acredite la constitución de garantía de igual carácter;
- e) constancia, en su caso, de los extremos señalados en la regla 1.^o del artículo 20;
- f) cláusula de otorgamiento en que se declare que ambas partes se obligan al cumplimiento exacto del contrato, conforme al pliego de condiciones; y
- g) advertencia al contratista de la obligación de cumplir lo dispuesto por las Leyes protectoras de la Industria Nacional y del Trabajo, en todos sus aspectos, incluidos los de Previsión y Seguridad Social" (artículo 50).

Las normas fundamentales de esta contratación están contenidas en los artículos 307 y siguientes de la Ley de Régimen Local. Sólo damos noticia más concreta de lo relativo a la exigencia de escritura pública.

3. DERECHO A RECUPERAR LAS FINCAS ADJUDICADAS A ENTIDADES LOCALES POR ARBITRIOS U OTRAS EXACCIONES: Se concede este derecho a los antiguos dueños o sus causahabientes, respecto de las fincas que en la fecha de publicación de la ley no hayan sido enajenadas o aplicadas a algún servicio público. Si se concede fraccionamiento del pago, las fincas quedan sujetas a hipoteca en garantía del precio aplazado e interés de demora (Ley de 20 de diciembre de 1952; B. O. del 22).

A. "Ley sobre derecho de retracto a los propietarios de fincas embargadas por débitos a las Corporaciones Locales:

"Artículo 1.^o Las fincas adjudicadas a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales por débitos de arbitrios u otras exacciones que en la fecha de la publicación de la presente Ley no hayan sido enajenadas o aplicadas a algún servicio público, podrán ser retraídas por los antiguos dueños o sus causahabientes, dentro del plazo de seis meses, a contar de aquella fecha.

En el precio del retracto se comprenderá el importe del débito principal por arbitrios o exacciones municipales o provinciales, las costas y recargos devengados en el expediente de apremio y la contribución que correspondiere a las fincas de que se trate, durante los tres años anteriores al ejercicio actual, más un cinco por ciento sobre el precio total del retracto destinado a compensar los gastos que ocasiona la devolución de las fincas a los retrayentes.

Art. 2.º Los Ayuntamientos o Diputaciones, en su caso, podrán conceder el pago fraccionario del precio de retracto, quedando entonces sujetas las fincas a la correspondiente hipoteca, para responder con ella del precio aplazado, que devengará el correspondiente interés legal de demora.

Art. 3.º Por el Ministerio de la Gobernación se dictarán, caso necesario, las disposiciones que requiera la ejecución de la presente Ley."

B. OBSERVACIONES:

1. Esta Ley tiene un objeto determinado y transitorio: se refiere a determinadas fincas; el ejercicio del derecho que concede sólo es posible en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de publicación de la Ley.

2. Esta Ley sigue, respecto de las Entidades Locales, el ejemplo del llamado "retracto administrativo", repetidamente concedido a los que hayan saldado un débito al Estado mediante la adjudicación de bienes (v., últimamente, el art. 20 de la Ley de Presupuestos de 19 de diciembre de 1951 (35).

3. Este derecho, llamado de retracto, no puede asimilarse ni al legal ni al convencional. No se concede un derecho de preferencia para el caso de enajenación a otro. Simplemente se concede un derecho a recuperar las fincas adjudicadas; pero este derecho no puede ejercitarse contra todo poseedor que traiga su derecho de las Entidades Locales respectivas: se requiere, para que el derecho a recuperarlas se dé, que las fincas "no hayan sido enajenadas".

4. La referencia a la hipoteca es demasiado escueta. Se podría plantear cuestión sobre si establece una hipoteca tácita y solidaria. La solución ha de ser negativa conforme al art. 158, II, L. H. (v. también artículo 11, L. H.), son perjuicio, claro está, de la preferencia concedida por el art. 194, L. H. (v. también art. 639 de la Ley de Régimen Local).

¿Podría bastar para la constitución de hipoteca el título administrativo de concesión del fraccionamiento?

5. Es de esperar que el Ministerio de la Gobernación, haciendo uso de la autorización que le concede el art. 3.º, dicte normas análogas a las contenidas en la Orden de Hacienda de 25 de febrero de 1948.

4. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: Ley 20 diciembre 1952 (v. D. c., II, 1).

5. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: *Se crea y organiza el Servicio de Concentración Parcelaria (Orden de Agricultura de 16 febrero 1953; B. O. del 20).*

(35) Sobre este "retracto" véanse las "Notas sobre el denominado derecho de retracto reconocido en el art. 19 de la Ley de Presupuestos de 27 de diciembre de 1947 y la Orden de 25 de febrero de 1948", de Chacón Secos, A. D. C., I, 2, pág. 529.

6. EXENCIÓN FISCAL: "Las emisiones de obligaciones que contraten o emitan directamente las diversas Diócesis para obtener capitales con los que atender los gastos de construcción o ampliación de templos, seminarios y centros misionales estarán exentos de toda clase de impuestos"; la exención "deberá ser acordada en cada caso concreto" (L. de 20 diciembre 1952; B. O. del 24).

7. DERECHOS REALES Y TIMBRE: EXENCIÓN FISCAL: Se concede a la ampliación de capital de Sociedades en que la gestión corresponda a Corporaciones locales y que tengan por finalidad la construcción de fincas urbanas para su explotación en forma de arriendo (Ley de 26 febrero 1952; B. O. del 27).

8. CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL, RÚSTICA Y PECUARIA: Se fija el importe de esta contribución; el derecho de la Administración a liquidar esta contribución prescribe a los cinco años; la acción para exigir la contribución liquidada prescribirá en los términos señalados en la Ley de Administración y Contabilidad. Los arrendadores de fincas rústicas tendrán derecho a repercutir sobre los arrendatarios la contribución correspondiente a la diferencia entre el canon arrendatario y la riqueza impunable; el recargo para Seguros Sociales en la agricultura continuará íntegramente a cargo del arrendatario.

EL CATASTRO: Su formación corresponde al Ministerio de Hacienda, que podrá requerir o aceptar la colaboración de las Entidades Locales; se prevé la utilización de las fotografías aéreas del terreno (Ley de 20 diciembre 1952; B. O. del 24).

9. EL CATASTRO: Se establecen las condiciones en que puede ser aceptada la colaboración de las Corporaciones Locales en la formación del Catastro de la Riqueza Rústica (Orden de Hacienda de 19 enero 1953; B. O. del 25).

10. CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN: "La vigente Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación, de fecha 14 de enero de 1929, será modificada con arreglo a las normas básicas o fundamentales que se señalan en la presente, procediéndose a una nueva estructuración y redacción de aquélla bajo la denominación de "texto refundido de Ley de Contrabando y Defraudación" (art. 1.º) (Ley de 20 diciembre 1952; B. O. del 24).

11. DISPOSICIONES NOTARIALES: EXIGENCIA DE TITULACIÓN NOTARIAL: Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952 (v. D. c., II, 1), artículo 27 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre Justicia Municipal (v. D. Pr., II, 4), Ley de 20 diciembre de 1952 sobre contratos para la ejecución de obras y servicios públicos (v. 1) y Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 (v. 2).

IV. RESOLUCIONES DE INSTANCIA.

Auto dictado por el Juzgado de primera instancia número 18 de los de Madrid, en diligencias de depósito de mujer casada, considerando como bien parafernado el derecho de arrendamiento de que era titular la esposa, con anterioridad al matrimonio: (1)

RESULTANDO: Que por el Procurador don X., en representación de doña F. se formuló escrito que por reparto correspondió a este Juzgado, solicitando el depósito de su representada por tener que instar el divorcio por la sevicia y los malos tratamientos de su marido don A. y tenido por parte el referido Procurador en tal representación, se señaló día para la diligencia de depósito y consiguientes al mismo, modificándose el señalamiento por virtud de denuncia presentada en el Juzgado de Guardia por amenazas por el marido a la mujer en el sentido de anticipar aquellas diligencias, dada la urgencia del caso y llevadas a efecto el propio día 23 de diciembre de 1949, en que se hizo tal denuncia por parte de la esposa, en lugar del 3 de enero siguiente que en su principio se acordó, coincidiendo este Juzgado con el servicio de guardia que conoció también de tal denuncia por tal circunstancia, de cuya comparecencia con asistencia del marido y demás actuaciones consiguientes aparece que la esposa fué depositada en la persona de su hermana doña J., mayor de edad, soltera, con domicilio en la calle G., convento de H., haciéndose constar en la comparecencia por la mujer que no solicitaba alimentos, pero hacia constar que el domicilio conyugal era de su exclusiva propiedad, e igualmente los muebles y enseres, que había heredado de sus padres en unión de su hermana la depositaria, y solicitó quedasen a su disposición el domicilio y los efectos de su propiedad, no oponiéndose el esposo a la designación de depositaria, aunque manifestó era injustificada su incoación, mostrando conformidad en entregar a la esposa todos los objetos de su pertenencia, y en resumen se hizo cargo la depositaria de la depositada con todas las formalidades legales e intimándose al marido para no molestar a la mujer conforme la ley previene, apareciendo también con posterioridad un escrito de fecha 4 de enero de 1950, suscrito por el marido, reclamando el marido el recibo del alquiler del cuarto del domicilio conyugal por estar el mismo a nombre de su esposa, mediante la aportación de certificación del Tribunal Eclesiástico, justificativa de la presentación de la demanda de separación conyugal por la mujer, se acordó mantener el depósito por auto de 29 de enero de 1950, que se notificó en forma al marido.

RESULTANDO: Que en tal estado el procedimiento, se ha formulado por la esposa escrito de fecha 12 del actual, al amparo de los artículos 68 del Código civil, en relación con el 1.897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando en síntesis: Que antes y después del matrimonio es su domicilio legal el piso X,

(1) Remitido a nuestra instancia por el Magistrado D. Pedro Martín de Hijas.

del número X, de la calle X, titular del contrato, pagando la renta con la cooperación de su hermana, doña J., domicilio también legal de la misma, como demostraba el documento que presentaba, que fué suscrito al igual por su esposo, y el inventario de bienes de la que es copartícipe su referida hermana, que a causa de las violencias de su esposo y los padres de éste, se vió obligada su hermana, doña J., a salir del citado domicilio, refugiándose en la H. C. de M. I., en cuya residencia accidental y forzosa se fijó por el Juzgado el sitio adecuado para el depósito, y aprovechando el marido tales circunstancias, asumió ilegítimamente la posesión de la casa tradicional de ambas interesadas, y la propiedad de los muebles, en gran parte pertenecientes a la hermana de la depositada, viviendo así el esposo gratuitamente, usando los muebles e incluso ha introducido otras personas extrañas, y todo a costa de sus intereses privativos, terminando por suplicar que se acuerde como lugar del depósito en su casa familiar antes indicada, reintegrando a ella con carácter de depositario a doña J., para vivir en compañía de la depositada y expulsando previamente de la vivienda tanto a su esposo como a los demás individuos que la habiten, dando previo traslado al marido y celebración de la comparecencia que la ley determina.

RESULTANDO: Que conferido traslado de la anterior petición al marido por cinco días, lo evacuó en tiempo por otro escrito de fecha 16 del actual, oponiéndose a las pretensiones de su mujer y alegando en resumen: Que a raíz de su matrimonio con la señora C. fué el domicilio conyugal el piso X, de la casa núm. X, de la calle X de esta capital, pagando él los alquileres hasta que su mujer solicitó el depósito sin causa justificada y comenzó el juicio de separación en el Tribunal Eclesiástico, que se encuentra en tramitación, y que allí sigue viviendo con sus padres y una sirvienta, siendo inexacto viva ninguna otra persona con carácter permanente: Que la huída de su esposa del hogar no fué debido a ninguna violencia, y en cuanto a su hermana doña J., que lo hizo voluntariamente al marcharse aquéllo: Que los muebles del piso, que no son todos los del inventario, los tiene a su disposición; que el pago de alquileres lo había reclamado de los propietarios, según acto de conciliación que acompaña; que no existía posición molesta ni vejatoria para nadie y que estaba en su casa, que sólo por un procedimiento legal y condenado en sentencia se marcharía, pero no por capricho.

RESULTANDO: Que acordada celebrar la comparecencia del artículo 1.897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tuvo lugar el dia 27 del actual, con asistencia de los interesados con sus Letrados y Procurador de la esposa, siendo oídas las justificaciones de sus alegaciones presentando la demandante el contrato de inquilinato del piso a su nombre, diferentes recibos del alquiler, agua y contrato de la luz y con suspensión del término para resolver, se acordó traer testimonio de particulares de las diligencias practicadas por este mismo Juzgado en el orden criminal por los propios interesados, alzándose la suspensión después de acordado como aparece al comienzo de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que las medidas, siempre de carácter provisional que pueden adoptar los Tribunales de Justicia, respecto a la persona y bienes de la mujer casada, constituida en depósito, por haber intentado demanda de divorcio, al amparo de lo dispuesto en el título 4.^o del libro 3.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el art. 68 y concordantes del Código Civil, son suscepti-

bles siempre de las modificaciones que las circunstancias concurrentes hagan necesario, por lo que en modo alguno es obstáculo el momento procesal en que tal modificación ha sido pedida por doña F. respecto a las medidas acordadas en la diligencia del dia 23 de diciembre de 1949, especialmente si se tiene en cuenta las críticas circunstancias en que las mismas fueron adoptadas, y que motivaron que el Juzgado anticipase el señalamiento que tenía hecho para el dia 3 de enero siguiente, y en atención a las amenazas que denunció ser víctima de su esposo por haberse enterado de la solicitud del depósito.

CONSIDERANDO: Que doña F. ha justificado con el contrato de inquilinato y de la empresa de electricidad, recibos de alquiler e incluso por el reconocimiento expreso de su esposo, que por lo menos desde primeros de junio de 1939, es la titular arrendataria y propietaria del mobiliario del cuarto primero exterior izquierda de la calle de X, núm. X, en el que al contraer matrimonio, en 28 de julio de 1948, con don A., fué éste a vivir con los muebles y familiares, por lo que el carácter parafernal de tales bienes y derechos resulta de lo dispuesto en el artículo 1.381 y 1.382 del Código civil, y por consiguiente a ella, incluso en situación de normalidad de la vida conyugal, incumbe su administración por atribuirla el artículo 1.384 de dicho Código, salvo el supuesto en el presente caso, no acreditado, de que ante Notario los hubiese entregado al marido con intención de que los administre, por lo que impedirla como pretende el esposo de ocupar tal piso por la circunstancia de estar constituida en depósito, constituirá un acto de despojo en beneficio del marido, que gratuitamente lo habita, correspondiendo al Juzgado ampararla en su pretensión a tenor de lo dispuesto en el art. 1.381 del Código civil, sin que a ello se oponga en modo alguno lo establecido en el título IV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues como clara y expresamente se desprende de sus artículos 1.882 y 1.899, la regulación normal se establece para el supuesto de que el domicilio conyugal sea del marido por sí o como representante de la sociedad de gananciales, pero en modo alguno pueden convertirse unas medidas de protección de la mujer casada, carácter que debe tener las que se adoptan a su instancia, en privación de derechos y cesiones de los mismos en favor de la persona contra quien se solicita y conceda como sucedería de admitir la pretensión del marido.

CONSIDERANDO: Que en atención a lo expuesto y a que no existe precepto legal ni razón moral alguna que contra ello pueda aducirse, procede de acuerdo con lo instado autorizar a doña F. para que, de conformidad con la depositaría designada, se instale en su propio domicilio de la calle X, debiéndole abandonar el mismo tan pronto se instalen en él, su esposo y personas que con él convivan, por estar obligado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a no molestar a la depositada ni a la depositaria, ésta de tal obligación garantizada por la intimación que a tales efectos le hace el Juzgado.

S. S.º por ante mí el Secretario dijo: Se autoriza a doña F. para que, de conformidad con la depositaria nombrada, doña J., se instale en su propio domicilio, sito en la calle X, núm. X, cuyo piso deberá abandonar tan pronto se instalen aquéllas en él, el esposo de la depositada don A. y personas que con él mismo convivan, con la intimación al marido de que no moleste a su mujer ni a la depositaria, bajo apercibimiento de procederse contra él a lo que hubiere lugar.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AIZPUN SANTAFE, Rafael: "Naturaleza jurídica de las leyes forales de Navarra". Pamplona, Imprenta de la Diputación; 44 págs., 1952.

Adentrándose el autor a demostrar las razones históricas y jurídicas de todo el derecho privativo de Navarra, dedica especial atención a la Ley paccionada de 1841, demostrando cumplidamente su naturaleza convencional y su obligatoriedad.

Los textos legales aducidos y los argumentos de lógica contundentes con tal fin invocados evidencian su tesis de que la citada Ley es, por su contenido y su aplicación, lo que el Profesor francés Duguit llama Ley-Convención.

Al final de su estudio, el Sr. Aizpún Santafé, propone los medios, a su juicio, más prácticos de fortalecer y defender el régimen foral; a) minuciosa investigación de antecedentes en los archivos; b) creación de un tribunal de garantías, y c) especialización a fondo de materia jurídico-fiscal.

La experiencia profesional, unida al desempeño de cargos de la máxima responsabilidad en la vida foral, hacen resaltar la trascendencia de los medios propuestos para la conservación y mejoramiento del cuerpo de leyes forales.

Hemos de aplaudir cuanto con el mismo fin propone, de dar mayor intervención al Consejo Foral en la resolución de los asuntos, para obtener, del contraste de opiniones, un mayor acierto en los acuerdos.

La clara visión jurídica y el talento del autor campean en este trabajo, presentado a la Institución Príncipe de Viana en un cursillo sobre temas de Derecho navarro.

José ENRIQUE GRENO

CERRILLO QUILEZ, F.: "Manual de formularios sobre arrendamientos urbanos". Editorial Jurídica Española. Barcelona, 1952; 2 vol.

Recoge Cerrillo Quílez, en su *Manual de formularios* una materia tan compleja cuya ordenación positiva se ha hecho amplísima. Pone al servicio del Derecho una obra plenamente lograda, con formularios que en nuestro antiguo Derecho se llamaban "Estilos de Tribunales y prácticas escribanas", asequibles al entendimiento menos preparado por la sencillez del método y la claridad de conceptos. Como dice su propio autor, el objeto de la obra es concretar, divulgar y resumir prácticamente los derechos y deberes que realmente viven arrendadores y arrendatarios; presenta la particularidad de que sus fórmulas son más bien

consignas y premisas o puntos de partida para el estudio del problema de Derecho que se plantea y se resuelve por las mismas, haciéndolas útiles para saber cómo se han de ejercitar las acciones propias de los Derechos y obligaciones regulados en dicha institución.

En el volumen I desarrolla la contratación, ofreciendo una detallada y minuciosa referencia con formularios y acotaciones de preceptos legales y doctrinales sobre el contrato de inquilinato, tanto por lo que se refiere a cláusulas válidas como a disposiciones fiscales, siguiendo con el estudio de los contratos excluidos del régimen privilegiado, deteniéndose especialmente, con acopio de doctrina y jurisprudencia en la institución del precontrato, en lo que se refiere al de arrendamientos urbanos, arrendamiento de solares, de garajes de industrias, de temporada, etc. En el volumen II incluye los formularios precisos en orden a la terminación o extinción del contrato de arrendamiento como asimismo los de arrendamiento de viviendas amuebladas, subarriendo y cesión, sin olvidar los relativos al procedimiento establecido y regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos para ejercitar las acciones ante la justicia municipal, Juzgados de primera instancia, ejecución de sentencias, recursos, etc. En definitiva, creemos que Cerrillo Quílez ha logrado una obra digna de elogio por superar las múltiples dificultades que ofrece la materia, sentando bases precisas, como presupuestos necesarios para un mejor conocimiento del Derecho de arrendamiento urbano.

Juan MONTES GOMEZ

DAVID, René: "Tratado de Derecho civil comparado" (Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo). Traducción de Javier Osset. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1953; XXXVI, 62 páginas.

Precedida de un excelente prólogo del Profesor Hernández-Gil y de dos del autor, se nos presenta esta lograda obra más que como una simple traducción del "Traité Elementaire de Droit Civil Comparé", aparecido en París en 1950, como una segunda edición del mismo que tiene la particularidad de publicarse en castellano. Digamos antes de proceder a su examen que estamos ante un libro magnífico, para cuya provechosa lectura constituye una preparación valiosa el prólogo del Sr. Hernández-Gil.

Un capítulo preliminar y tres títulos forman el plan del trabajo, cuyo contenido, a grandes rasgos, vamos a indicar.

En el capítulo preliminar se determina el objeto y la esencia del llamado Derecho comparado, tomando el autor como punto de partida esta idea fundamental: El Derecho comparado no es una rama más del Derecho como lo es el civil, el penal o el administrativo; no es una rama jurídica por carecer de contenido normativo, al no existir normas o reglas de Derecho comparado. Tal Derecho es pura y simplemente la "comparación de Derechos diferentes", o, si se prefiere, el "método comparativo aplicado a las ciencias jurídicas". Debía, pues, hablarse no de Derecho comparado, sino de "comparación de Derechos" o "método comparativo".

Después de señalar las diferencias entre estudiar Derecho extranjero y practicar el método comparativo, indica los presupuestos para una certa utilización del mismo.

Denomínase el título primero "Interés de los estudios de Derecho extranjero y de Derecho comparado", y está dividido en cinco capítulos.

A la justificación del interés existente en conocer el Derecho extranjero está dedicado el primero. En los siguientes señala David como ventajas del método comparativo éstas:

- a) Mejor conocimiento del propio Derecho positivo, en sus soluciones, estructura, sistema, tendencias y calidad.
- b) Perfeccionamiento del Derecho nacional, en su aspecto legislativo, jurisprudencial y doctrinal.
- c) Unificación y armonización de los Derechos, cuando éstas sean posibles y deseables.

Hace el autor indicaciones en torno a la importancia del método comparativo con el ámbito de la Historia y Filosofía del Derecho.

El título segundo de la obra es, sin duda alguna, la parte más lograda de la misma. Ofrece una clara y acertadísima visión del conjunto de los "Sistemas contemporáneos de Derecho", que, a juicio del Sr. David, son cinco: occidental, soviético, musulmán, hindú y chino. Dentro del occidental distingue dos grupos: francés y angloamericano. Aludiremos concisamente a algunas de sus indicaciones: Justifica el tratar juntos del grupo francés los Derechos latinos y los germánicos, propugna una cierta separación entre los Derechos de la Europa continental y los de la América Latina, afirma que las diferencias entre el Derecho angloamericano y los Derechos del grupo francés son de mera técnica y no de fondo, enraiza el Derecho soviético con la Filosofía del marxismo-leninismo, distingue claramente entre Derecho musulmán y Derecho vigente en los países musulmanes y termina ofreciéndonos una sugestiva forma de contacto con las concepciones hindú y china del Derecho.

El título tercero es de carácter meramente informativo: indicación de organismos, bibliotecas, entidades, institutos, etc., que ofrecen un mayor o menor interés para el comparatista. Como apéndice, una copiosa bibliografía jurídica de numerosos países.

Contemplado desde su última página, ¿qué impresión causa el libro del Profesor David? Puede resumirse en una sola palabra: excelente. Constituye una decisiva aportación e insustituible guía para la iniciación al Derecho comparado; sus páginas están llenas de consejos y sugerencias del más alto interés, fruto de la experiencia y amplios conocimientos del autor; sin ser una obra profunda, divulga los presupuestos necesarios para utilizar el método comparativo y prepara para ello en un plano que satisfaría las más duras exigencias de la crítica científica. En suma: un magnífico trabajo, cuya lectura no vacilamos en recomendar.

Ciertos reparos de "menor cuantía" ofrece la obra que reseñamos:

- a) Nos parece discutible negar al Derecho comparado el carácter de ciencia jurídica por la sola circunstancia de no ser una rama más del Derecho.

b) Algunos de los apéndices bibliográficos están redactados ofreciendo las citas de forma muy incompleta y clasificando las obras con criterio caprichoso e inadmisible. Ello es culpa, no del Sr. David, sino de sus "ocasionales" colaboradores.

c) Encontramos en parte injustificada la denominación de "grupo francés" para calificar a los Derechos de la Europa continental; al menos debió decirse "grupo romano-francés". La influencia francesa en los Derechos europeos continentales ha sido grande, inmensa, si se quiere; pero no es ni una sombra de lo que fué. La denominación, pues, de "grupo francés" resulta un poco "demodée".

Muy buena la traducción del Sr. Osset. No tan buena la presentación editorial: creemos que en obras de la naturaleza y "precio" de la presente no debía existir la preocupación de ahorrar una o dos hojas de papel.

Carlos MELÓN INFANTE
(Profesor Ayudante de Derecho civil)

DE RUGGIERO, Roberto, y MAROI, Fulvio: "Instituzioni di Diritto privato". Octava edición renovada según el nuevo Código civil. Editorial Giuseppe Principato, Milano-Messina, 1952, 2 vol. de 653 y 641 páginas, respectivamente.

Una obra ya clásica, como es la de Roberto de Ruggiero, se presenta por sí misma, y a los juristas españoles no hace falta ponérselo en conocimiento porque son varias ya las generaciones que han aprovechado tan rico caudal (1). Mas un nuevo galardón viene hoy a vigorizar la actualidad de esta obra, y es la aportación que realiza el profesor Maroi, ilustre catedrático de Derecho civil y agrario en la Universidad de Roma.

El progreso científico y técnico de estas últimas décadas, reflejado en el novísimo Código civil italiano de 1942, imponía con la publicación de este cuerpo legal una amplia revisión doctrinal acomodada a las nuevas exigencias. Desde diversos puntos de vista científicos se acometió la labor de revisión. Los especialistas con sus trabajos monográficos los comentaristas y los tratadistas, en general (2), contribuyeron al florecimiento que hoy se advierte en la doctrina italiana.

Para la labor de cátedra, en la exposición científica y práctica de los problemas jurídicos, la obra de Ruggiero representa el manual perfecto. El acierto del profesor Maroi es el haberla sabido actualizar. El libro—según dicho profesor señala—nacido de veinticinco años de magisterio es dedicado a los jóvenes y responde a las exigencias de una

(1) Véase la edición castellana anotada y concordada con la legislación española de SERRANO SÚÑER y SANTA-CRUZ TEJEIRO (Madrid, 1929).

(2) Es imposible citar aquí una enumeración completa de todas las aportaciones. Recordemos, sin más, los nombres de: BETTI, FERRARA, BARASSI, RUBINO, ANDREOLI, SALIS, MAROI, VASSALLI, SCIALOJA, BRANCA, CICU, CARIOTA-FERRARA, GORLA, GRECO, DEgni, CARRAZA, CARRARO, DE MARTINO, BASSANELLI, ALLEGTA, ROTONDI, BARBERO, CANDIAN, SCUTO, AZZARITTI, BUTERA, D'AMELO, etc., etc.

completa información legislativa y doctrinal y de una gran elaboración dogmática. El profesor Maroi, su antiguo discípulo—aunque ya maestro también de varias generaciones—, es consecuente con esta línea y realiza un trabajo muy significativo, a la par que ingratito, cual es el de añadir ciertas interpolaciones en aquellas materias que han tenido un trato legislativo nuevo y completar todo un moderno aparato bibliográfico, que hacen de la obra una valiosa aportación informativa de los problemas que se plantean a consecuencia de los nuevos principios y de las reformas más significativas que hoy día se desarrollaron, tanto en la esfera del Derecho privado como en la del Derecho público.

La obra altera, sólo en parte, la sistemática mantenida anteriormente para seguir la del novísimo Código de 1942. Por lo tanto, se distribuye en dos volúmenes con el siguiente contenido: el primer volumen, "Introducción y Parte general" (págs. 1 a 166), el "Derecho de las personas" (páginas 167 a 281), "Derechos de familia" (págs. 282 a 374), "Derecho hereditario" (págs. 375 a 495) y "Derechos reales" (págs. 496 a 647). El segundo volumen contiene: "Los derechos de las obligaciones" (páginas 1 a 492) y "De la tutela de los derechos" (págs. 493 a 612).

Del profesor Maroi, que es, además, uno de los juristas insignes del foro romano, tenemos que destacar la rigurosidad y fidelidad, así como el acierto con que supo realizar la continuación de esta obra. Sus contribuciones están engarzadas de una manera tan inteligente que apenas se puede advertir el deslinde de uno y otro maestro. La redacción de los nuevos cambios en las instituciones están expuestos con la claridad, la altura y el magisterio que, de idéntico modo dentro de su aula, hemos podido complacernos el pasado curso.

El profesor Maroi realiza, pues, una meritoria contribución a la Ciencia jurídica; por tal motivo, nos es grato ofrecerle nuestra más cordial enhorabuena con la simpatía que merece este preclaro y bondadoso maestro.

José BONET CORREA

LOIS ESTEVEZ, José: "La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal". Editorial Porto, Santiago de Compostela, 1951.

En este nuevo libro de la "Colección Compostelana de Estudios Jurídicos", el Profesor Lois aborda con brillantez y profundidad un problema que, a pesar de su evidente interés, no había sido objeto hasta ahora de especiales estudios en nuestra Patria. No sabría decir si es más de admirar en este libro la solidez científica de las construcciones del jurista o la depurada belleza del lenguaje del expositor. Reconociendo de antemano la imposibilidad de resumir, en un breve espacio, el denso contenido de la obra objeto de esta reseña, trataré de ofrecer, siquiera sea con una perspectiva lejana, las líneas fundamentales de su desarrollo.

¿Con qué medios de exploración puede contar el Juez para cerciorarse del grado de credibilidad del testigo que depone? ¿Qué margen de libertad se le ha de conceder para apreciar el valor probatorio de sus asertos? ¿Qué procedimientos de control garantizarán la justa estimación de la prueba? He aquí los tres problemas centrales que plantea *el régimen de la prueba testifical*, y que el autor estudia, encuadrándolos en nuestro sistema positivo.

I. Entre los medios de valoración crítica del testimonio, a pesar del notable adelanto adquirido modernamente por las técnicas experimentales, ocupa un lugar primordial el *interrogatorio del testigo*. Después de un detenido estudio de su régimen legal en nuestras dos Leyes procesales, analiza cuidadosamente las ventajas e inconvenientes que ofrecen los sistemas de la *cross examination* y el del *relato*, decidiendo su preferencia por el primero, en cuanto que permite incrementar las expectativas judiciales de acierto en la reconstrucción, aun a riesgo de que se reduzca el coeficiente de veracidad. Por último, hace una magistral exposición de los métodos a seguir por el Juez en la exploración del testigo: *la táctica y la estrategia del interrogatorio*.

Después de un ponderado análisis del artículo 729-3.^º de la LECr. y de los artículos 567 y 610 de la LEC., llega a la conclusión de que los medios de prueba utilizables en nuestro proceso para determinar la *capacidad y la disposición informativa del testigo*, no tienen por qué limitarse a la constatación de *las tachas* que en el testigo concurren, como ordinariamente se entiende, sino que con este fin pueden ser utilizados muchos de los modernos métodos de investigación empírica. Las Leyes de Enjuiciamiento contienen en su sistema legal, a menudo tan defectuoso, sobrados elementos que permiten una considerable ampliación de los horizontes a los que se circscribe hoy la prueba de testigos. Pero es menester una interpretación espiritualista de sus principios. El dogmatismo legalista debe ceder ante la lógica concepción del Derecho científico. El sentido de las normas ha de ser refrendado constantemente de acuerdo con la dinámica de la vida y las exigencias de la ciencia.

Una especial referencia merecen las páginas destinadas al estudio de la narcoexploración procesal. Las modernas investigaciones médicas pretenden haber descubierto que el interrogado bajo la acción de ciertas drogas ("sueños de verdad"), carece de los recursos psíquicos indispensables para ocultar la verdad. Después de una documentada exposición de los resultados obtenidos con los diversos procedimientos narcoanalíticos ensayados, plantea el autor el discutido problema de la legitimidad de su empleo en la investigación judicial. Para su resolución distingue dos cuestiones: ¿Cuál es, frente al narcoanálisis, la posición de nuestro Derecho positivo? ¿Qué actitud, *ex jure condendo*, deberá adoptarse para el futuro? Por lo que se refiere a la primera, el Profesor Lois, después de un riguroso estudio de los textos legales, llega a la conclusión de que no puede admitirse en nuestro Derecho el empleo procesal de las drogas escopolanímicas sin contar con el consentimiento del examinado. Por lo que respecta a la segunda cuestión, que encierra un delicado pro-

blema de moral y de política legislativa, entiende—discrepando del P. ZABALA (1)—que el narcoanálisis es por sí mismo neutro a la moral. Su calificación ético-jurídica dependerá, por consiguiente, del fin que por su mediación se trate de obtener y de la ponderación adecuada de los resultados favorables y desfavorables que se deriven de su práctica. La finalidad de la norcoexploración procesal—actuación de la Justicia—no puede ser más elevada, pero los resultados del narcoanálisis en el estado actual de la técnica son todavía muy dudosos. Si algún día se desvaneciera todo peligro para la salud del examinado y quedara debidamente asegurada su intimidad espiritual, no existiría ninguna sólida razón para rechazar su empleo procesal.

Hace a continuación un estudio minucioso de los métodos psicológico-experimentales utilizables para comprobar el grado de desarrollo de ciertas facultades que intervienen en el proceso rememorativo: *la atención, la sensibilidad perceptiva y el estado psíquico*.

Nos ofrece, por último, una pormenorizada exposición del *método psicodiagnóstico de RORSCHACH*, para la investigación psicológica de la personalidad, acompañada de una completa reseña bibliográfica.

II. La doctrina científica española y la jurisprudencia del T. S. interpretando nuestras Leyes procesales (EC: 659 y 1.692-7º; ECr.: 848, 717 y 741), afirman decididamente que la valoración de la prueba testifical tiene en nuestro Derecho un carácter enteramente discrecional, y que, por consiguiente, se halla exenta del control jurisdiccional de la casación. El autor critica esta rutinaria interpretación doctrinal, que ha convertido a las *reglas de la sana crítica* en una expresión vacía y falta de contenido normativo. La causa del error, en su opinión, radica en no haberse llegado a percibir que constituyen un *standard jurídico*, cuya misión es precisamente sustraer del absoluto arbitrio de los Tribunales la fijación de un supuesto táctico que no se doblega a una enumeración legal exhaustiva. Después de un agudo análisis del concepto de “*standard jurídico*”, llega a la conclusión de que en nuestro sistema procesal la valoración de la prueba testifical puede ser objeto de la revisión jerárquica del Tribunal Supremo. Termina estudiando la posibilidad de formular ciertas reglas (*lógicas, psicológicas y empírico-positivas*), a las que debe acomodares la *valoración crítica del testimonio* para merecer el calificativo de *sana*.

La tesis del Profesor Lois, impecable desde el punto de vista teórico, no nos parece, sin embargo, absolutamente convincente. Aunque se admite la existencia de ciertas *normas objetivas de valoración de la prueba testifical*, la aplicación de estas normas ha de dejarse necesariamente al arbitrio del órgano jurisdiccional que directamente la percibe. Este es el único que puede captar y apreciar esa serie complejísima de circunstancias que sirven de base a su operación crítica. La constatación documental de acto, por minuciosa que sea, no es suficiente para reflejarlas de una manera exacta y completa y, por consiguiente, para servir de base a un control jurisdiccional ulterior.

Francisco LUCES GIL

(1) Eclessia: “Las drogas y los secretos”, 1949, págs. 80 y ss.

MANS PUIGARNAU, Jaime M.: "Legislación, jurisprudencia y formularios sobre el matrimonio canónico". Tres vols. Barcelona, Bosch, 1951-52.

Con esta obra, recogida en tres volúmenes, ofrece el profesor Mans a los juristas dedicados al Derecho matrimonial un magnífico instrumento de trabajo, lo que ha determinado la excepcional acogida que, desde su aparición, ha tenido entre los profesionales del Derecho.

Encabeza el primer volumen—el más importante por su objeto—un conjunto de textos doctrinales de la Iglesia sobre el matrimonio, lo que, a nuestro juicio, ha constituido un acierto del autor, pues a más de su evidente utilidad práctica (en muchas ocasiones es indispensable recurrir a textos de esta clase como argumento decisivo al ejercitarse una pretensión ante los Tribunales o Jerarquías de la Iglesia), su lectura contribuye a mantener vivos en el jurista práctico los fundamentales principios sobre los que se asienta la institución del matrimonio. En esta parte preliminar incluye el autor, a doble texto, latino y español, los principales pasajes bíblicos que hacen referencia al matrimonio, una colección de máximas y aforismos concernientes al mismo, así como la doctrina establecida en el Concilio de Trento, las proposiciones erróneas incluidas en el "Syllabus" y los textos completos de las encíclicas "Arcanum Divinae Sapientiae", de León XIII, y "Casti connubii", de Pío XI, de tan capital importancia para la fijación del contenido ético y doctrinal del matrimonio.

El núcleo central de la obra está constituido por los dos títulos que el "Codex iuris canonici" dedica al matrimonio: el título VII del libro II, "De matrimonio", y el título XX del libro IV, "De causis matrimonialiibus", y por los demás cánones que tienen alguna relación con aquél. Cada canon va seguido de una relación de normas legales concordantes y de las sentencias y resoluciones jurisprudenciales que—incluidas en la parte segunda—hacen referencia a él. A continuación se inserta una completísima colección de disposiciones canónicas sobre el matrimonio.

La parte segunda, que coincide con el segundo volumen de la obra, consiste, como ya se ha apuntado, en un índice cronológico de jurisprudencia, en el que se recogen buen número de respuestas de la Comisión Pontificia para la interpretación del "Codex", diversas resoluciones de las Sagradas Congregaciones y un seleccionado repertorio de sentencias de los Tribunales de la Sagrada Signatura Apostólica y de la Sagrada Rota Romana. Tanto unas como otras, van acompañadas de las correspondientes remisiones a los cánones y demás normas legales a que hacen referencia.

Cierra la obra el tercer volumen, en el que se incluye una compilación de formularios referentes a actuaciones administrativas y judiciales sobre la materia.

El juicio que merece en conjunto el presente libro es bien claro. Puesto que el propósito que ha impulsado al autor a redactarlo no ha sido otro que proporcionar a los canonistas un medio útil para facilitar su trabajo, es evidente que ese objetivo lo ha conseguido por completo, de tal forma,

que desde ahora el "Matrimonio canónico", de Mans, será, sin duda, por su claridad, su fácil manejo y la cuidada elección de sus textos doctrinales y jurisprudenciales, instrumento obligado de consulta para todos aquellos que, en el ámbito de la investigación o en el ejercicio profesional, tengan necesidad de enfrentarse con algún problema de Derecho matrimonial canónico.

Manuel PRECIOSO

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español", núms. 84 a 86, enero-marzo 1953.

En el campo del Derecho destaca la importancia que se concede, en el primero de los números indicados, al Centenario de Eduardo de Hinojosa, ya que se recogen los actos celebrados en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en los que intervinieron los Sres. D. José Maldonado y D. Alfonso García Gallo; los que tuvieron lugar en la Universidad de Madrid con la intervención de los Sres. Royo Villanova, Pérez de Urbel y Galo Sánchez, así como los que tuvieron lugar en la Universidad de Granada, en la que el Profesor D. Rafael Gibert se ocupó de "Eduardo de Hinojosa y su contribución al Derecho español".

Este mismo número y los que siguen dedican su Sección de Derecho a la habitual reseña de conferencias pronunciadas, libros publicados y revistas aparecidas, ofreciendo al lector una visión panorámica de la actualidad en lo jurídico.

NART, Ignacio: "Formulario para la práctica notarial". Editorial Bosch, Barcelona; 1 vol., 236 págs.

Desde hace mucho tiempo no registra nuestra literatura jurídiconotarial la publicación de un formulario de calidad estimable. Las razones, a mi entender, que explican este hecho son estas dos: La modesta (al menos aparente) entidad científica del trabajo y el convencimiento de que el Notario, y mucho más el Notario moderno, no puede vivir sujeto a una colección de fórmulas preestablecidas, por muy completa que esa colección sea.

Estas dos razones, fundamentalmente exactas, no son, sin embargo, tan poderosas como para aconsejar una total y absoluta proscripción de los formularios. Es verdad que un formulario no tiene la enjundia ni la importancia de un trabajo de investigación. Quizá por eso los Notarios, que hoy se hallan encocados a la cabeza de la cultura jurídica española, lo que es tan evidente que no resulta inmodesto proclamarlo, se sienten más atraídos en sus esfuerzos científicos, por la brillantez de la investigación que por la humildad practicona de los formularios y trabajos similares. Pero con todo no puede olvidarse que los Notarios, en definitiva, cristalizamos nuestros conocimientos en escrituras y en ellas hemos

de recoger las soluciones prácticas que se propongan para cada caso. El Notario aplica sus conocimientos y ejerce su función a través de fórmulas, unas recibidas y consagradas por la práctica, otras elaboradas personalmente por él; unas utilizadas en serie para todo un grupo de supuestos, otras especiales para una escritura determinada. Es lógico, pues, y además interesante y útil, que los Notarios publiquen, de cuando en cuando, sus propias fórmulas. El contraste entre las fórmulas nuevas o modernas y las antiguas sirve para comprobar hasta qué punto la técnica jurídica, cada vez más afinada, repercute a través del perito en Derecho que es el Notario, en la redacción de los documentos públicos. Las fórmulas notariales, además, se hayan o no convertido en cláusulas de estilo son la más completa y cabal expresión del derecho que, por vía consuetudinaria, se va formando al margen de la Ley y a veces hasta por encima de ella.

Es cierto también que el Notario no puede ni debe sentirse esclavo de las fórmulas preestablecidas. El Notario, ha dicho con exactitud González Palomino, es el "fazedor" del instrumento público, y, por consiguiente, la redacción de aquél es parte importantísima de su quehacer profesional. Incluso aquellas frases o expresiones que han de repetirse en todos los instrumentos por exigencia legal o reglamentaria, y las escrituras que no hacen sino recoger estipulaciones usuales, deben ser redactadas por cada Notario con su estilo propio. La generalización de lo que hoy sucede con los poderes para pleitos y con los protestos (matrices prefabricadas e impresas) sería un desgraciado paso atrás en el camino emprendido por el Notariado desde 1862. Además, la complejidad de la vida jurídica actual exige, cada vez más a menudo, un estudio y una solución especial para cada caso, que requiere una redacción "ad hoc" para la cláusula o cláusulas que lo recojan.

¿Quiere decir esto que los formularios sean profesionalmente inútiles y, aún más, perjudiciales? En modo alguno. Un buen formulario puede prestar excelentes servicios. En primer término, y como dice el propio Nart en el prólogo de su obra, un formulario digno de confianza constituye una valiosa ayuda para el Notario que empieza su carrera. Todos hemos pasado nuestros apuros al autorizar las primeras escrituras. ¿Se nos habrá olvidado algo? ¿Cómo expresar en la escritura esta o aquella circunstancia de forma suficiente y de modo que no revele demasiado claramente que somos unos "novatos"? ¿Estará el instrumento redactado correstamente y adornado de todos los requisitos necesarios para su plena eficacia? Acudir al protocolo de los predecesores en la Notaría es un buen remedio, pero ni es siempre utilizable (piénsese en las salidas), ni, en muchos casos, resuelve nuestras dudas con la rapidez deseable. También, aunque se tenga ya práctica profesional, el formulario puede ser útil frente al caso nuevo, sin precedentes en el propio ejercicio. La formación jurídica y profesional del Notario pueden y deben normalmente resolver la dificultad. Pero en ocasiones se tropieza con un nuevo obstáculo, la prisa del cliente. En tales casos resulta

consolador echar mano de un buen formulario y utilizar la experiencia de un compañero.

En suma, los formularios (los buenos formularios, claro es) son útiles para el Notario, aunque su valor sea, y debe ser, el de un puro elemento auxiliar. La advertencia con que Nart concluye el prólogo de su obra acierta a expresar exactamente la autonomía con que el Notario debe moverse en este terreno. Dice Nart: "Mis oficiales se sujetan a mis fórmulas, yo no".

Puntualizada así la verdadera función de los formularios, creo que el de Ignacio Nart es interesante y útil. En general todas sus fórmulas responden a la triple exigencia reglamentaria de que las escrituras se redacten con claridad, precisión y sencillez. Un reparo pueda quizás oponérsele desde el punto de vista de su utilidad práctica. El formulario es incompleto. Sin embargo, para valorar debidamente esta objeción debe tenerse en cuenta que el autor, con buen criterio, ha querido limitar su trabajo a las fórmulas que personalmente ha ido elaborando a lo largo de su actuación profesional. Desde luego, es preferible publicar un formulario incompleto, pero avalado por la experiencia personal de su autor que presentar un repertorio más nutrido de fórmulas (nunca sería totalmente exhaustivo) producto de la copia o de la invención.

No es posible aquí pasar revista detenida a todas y cada una de las fórmulas que contiene el libro que estoy comentando. Especialmente interesantes, tanto por lo acertado de la solución práctica que en ellas se propugna como por su articulación técnica son, entre otras las relativas a la cláusula de amigable composición, contrato de opción (planteado en el libro como una variante de la compraventa), y a la cláusula de nombramiento de albaceas-contadores partidores. Es asimismo, a mi juicio, de buena técnica notarial el sistema patrocinado por Nart de hacer sólo una referencia en la comparecencia a los documentos de que resulte la representación que ostentan los otorgantes uniendo luego a la matriz testimonio de aquellos documentos en los particulares que se precisen. Así se evita que en el cuerpo del instrumento aparezcan esas larguísimas inserciones que lo hacen confuso y de difícil manejo.

Puesto a señalar alguna discrepancia diré que, en mi opinión, no tiene una total justificación la deliberada omisión de fórmulas relativas al contrato de arrendamiento. Es cierto que los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas rara vez se formalizan en escritura pública, primero porque no les hace mucha falta, y segundo por el arbitrario tratamiento fiscal a que están sometidos dichos contratos. Pero quedan los arrendamientos sujetos al Código civil, que para gozar de eficacia "erga omnes" requieren la escritura pública y la inscripción en el Registro. Y no puede decirse, a mi entender, que estos arrendamientos estén ya totalmente perclitados. Piénsese en los arrendamientos de minas, y en los de empresas mercantiles en los que el local no es objeto autónomo del arriendo, sino simple elemento del complejo arrendado.

Tampoco estoy del todo conforme con la fórmula propuesta para la institución de heredero, a la que Nart aplica la teoría de González Pa-

lomino en torno a la distinción entre heredero y legatario de parte alícuota. Mi disconformidad la fundo, no sólo en mis discrepancias con la expresada teoría (lo que, en fin de cuentas, sería lo de menos), sino en el hecho de vincular una fórmula fundamental a una teoría aun muy personal, discutible y discutida.

No quiero, por último, terminar estas consideraciones sin antes recoger dos aciertos indudables del libro que estoy brevemente analizando. El primero consiste en la inclusión de una serie de modelos de escritos dirigidos al Juzgado, a las Oficinas liquidadoras del impuesto de Derechos reales y a otros centros u organismos, escritos que de hecho se redactan casi siempre en la Notaría. El otro acierto estriba en los breves, pero sustanciosos, comentarios que suelen encabezar los distintos tipos de fórmulas. Se contienen en estas notas observaciones interesantes y a veces muy agudas. Citaré, entre otras, las que se refieren a intervención de mujer casada sin licencia de marido, a la firma, a los poderes, a las actas, a la fe de conocimiento y al llamado "seudo usufructo testamentario" (aunque en relación con estos dos últimos temas discrepa de algunos puntos de vista de Nart). Estas notas, muy breves por lo general, son casi siempre simples sugerencias, ideas apuntadas y no plenamente desarrolladas. No podía ser de otra manera, dada la índole del trabajo en que se insertan. Por otra parte, el esfuerzo, el simple apunte, encajan perfectamente en el estilo personal y en el modo de hacer de Ignacio Nart, así como a otros cuadra mejor el trabajo de investigación macizo y minucioso. La mayor aptitud para uno u otro tipo de trabajos no prejujga, naturalmente, ni la cultura jurídica ni la originalidad de su autor. Es una de temperamento. A Ignacio Nart, repito, le va muy bien el comentario rápido, la nota breve en la que se acierta a expresar, o sólo a sugerir, en forma condensada una solución y, a veces, hasta una construcción. Por eso las notas a que ahora me refiero son, indudablemente, un acierto más del buen formulario publicado por Ignacio Nart.

Manuel DE LA CAMARA
Notario

PLANTZ, Hans, y BUYKEN, Thea: "Bibliographie zur deutschen Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main, 1952. Ed. Vittorio Klostermann; 820 páginas.

El ilustre y veterano jurista Hans Planitz nos ofrece, actualmente, en colaboración con Thea Buyken, un gran volumen de "Bibliografía sobre la Historia del Derecho alemán". En realidad, se trata de algo más que de la aportación de cierto material bibliográfico para un sector jurídico específico y de un pueblo determinado, ya que si el objeto central de su magnífica obra ha sido el que lleva por título, el fin logrado ha rebasado sus límites. Porque este volumen de bibliografía se refiere a múltiples facetas que, no sólo al historiador jurídico concretamente

puede interesarle, sino al jurista en general, y muy particularmente al civilista.

La obra de Planitz y Buyken es un modelo de sistematización, de rigurosidad y de amplitud bibliográfica de diversas materias, como no podía esperarse menos al tratarse de una obra producto de la ciencia jurídica alemana. Es que, según advirtió recientemente el profesor De Castro y Bravo, a propósito de la obra de Palandt (1), "ocioso sería entrar en esa siempre renovada polémica, de dudosos gustos, sobre el país merecedor de la medalla de oro en la olimpiada jurídica". A pesar de los acontecimientos adversos y de que la política de las últimos décadas—según el mismo Planitz indicó en otra ocasión (2)—ha producido graves heridas a la ciencia del Derecho alemán, y de que hay que lamentar la pérdida de importantes personalidades científicas, advertimos, no obstante, cómo los juristas alemanes, con renovado denuedo, vuelven a ofrecer a la intelectualidad europea nuevos y maduros frutos.

Una muestra bien patente la tenemos hoy con este excelente volumen de 820 páginas, a dos columnas, donde se encuentran reunidos 17.407 estudios sobre los más diversos temas del pensamiento histórico jurídico universal.

La obra comprende cinco amplias partes: una "Parte General" (páginas 1-172), la "Epoca germánica" (págs. 173-232), la "Epoca francesa" (páginas 233-302), "Edad Media" (págs. 303-747), concluyéndose con un "Suplemento" (págs. 748-819). Una muestra bien patente de su amplitud nos la ofrece la "Parte General" con la bibliografía de materias tan interesantes como "Libros de homenaje" (págs. 1-13), "Colecciones de estudios" (págs. 14-18), "Teoría bibliotecaria", "Teoría de archivos" y "Publicaciones de documentos" (pág. 19), "Índices bibliográficos" (páginas 19-26), "Métodos" (págs. 26-31), "Espíritu del Derecho" (página 35), "Espíritu del Derecho alemán" (pág. 35), "Obras de investigación histórica" (pág. 36), "Formación jurídica", con su "parte general", "época germánica", "época francesa" y "Edad Media" (págs. 37-40); "Cultura jurídica popular" (págs. 41-53), "Enciclopedias" (págs. 54-61), etcétera, etc. Para el sector civilista hay que destacar, en la "Epoca germánica", la bibliografía correspondiente a la sección de "Derecho Privado", con sus subsecciones de "parte general" (pág. 219), "personas" (página 219), "familia" (págs. 219-221), "cosas" (págs. 222-223) y "obligaciones" (pág. 223). Igualmente de la "Epoca francesa", distribuida con el mismo método (págs. 280-288), así como la de la "Edad Media" (páginas 669-724).

La obra de Planitz y Buyken llena hoy día una necesidad, muy valiosa para el investigador, al completar el antiguo trabajo de Costa, "Bibliographie der deutschen Rechtsgeschichte", del año 1858. Ahora se incorporan todas las publicaciones del Derecho alemán, tratados, enciclopedias, bibliografías, obras de homenaje, disertaciones, ciencias, auxiliares, en fin, todo el bagaje necesario para el jurista historiador.

(1) Cfr. este ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-3 (1952), 1093.

(2) Hans PLANITZ: *Deutsches Privatrecht*. Wien, 1948, pág. III.

Este volumen contiene las publicaciones que se refieren a las instituciones jurídicas desde sus orígenes hasta el 1500. La época moderna no es objeto de este tomo. No obstante, estos límites no se llevaron con todo rigor, pues en algunos capítulos se han sobrepasado. También se han exceptuado los trabajos de revistas que los autores prometen en un nuevo tomo, para que con el presente se adelante trabajo y ofrecer así confeccionada ya una obra de consulta. La técnica y el cuidado puestos en la elaboración de esta obra son tan rigurosos que orienta no sólo al especialista, sino al menos iniciado en el manejo de las obras de este estilo.

Con el presente trabajo, los autores pretenden que no se desprecie la conexión de la Historia del Derecho con las demás disciplinas y esperan que con ella exciten una fusión más intensa. También se han propuesto, al recoger los estudios de aportación extranjera y de la historia de las instituciones análogas, darle un alcance europeo a su obra. "Pertenecemos —dicen en el prólogo— a la convivencia europea y somos conscientes de ello después de contemplar las investigaciones histórico-jurídicas, llenas de éxito, en estos últimos decenios."

En fin, son tantos los aciertos de esta obra que ya nos tarda ver realizado el trabajo de las restantes épocas y que completará un monumento fundamentalísimo para el investigador. Además, el ejemplo de este tomo nos señala un camino a recorrer en el campo jurídico español, donde se siente la necesidad de revisar nuestros viejos índices bibliográficos, y de una manera análoga, realizar esta labor tan necesaria.

José BONET CORREA

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, Federico: "El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

La necesidad de un estudio tan acabado como el que hace Rodríguez-Solano del afamado artículo 41 de la Ley Hipotecaria, se hacía sentir tanto tiempo ha, para orientación de los juristas prácticos y de los juzgadores, generalmente alejados de las avanzadillas hipotecarias. Innovación atrevida fué su regulación en el ordenamiento jurídico español, pero el tacto legislativo supo darle una configuración esquemática que habría de revestir un amplio arbitrio judicial. Una cortapisa, sin embargo, lo taraba parcialmente, pues al no producir excepción de cosa juzgada, las resoluciones obtenidas a su amparo se cortaba el florecimiento de una inestimable jurisprudencia delimitadora de su verdadero significado y alcance. Tal vez—se pensó por muchos—el "animus legislatoris" no quería vinculaciones sin una experiencia previa y la normatividad del nuevo procedimiento sería meramente transitoria, dejando para más adelante su configuración definitiva con el menor margen de arbitrio judicial posible.

Más de siete años de vigencia han sido suficientes en extremo para que se hayan sostenido inverosímiles y dispares interpretaciones de este

procedimiento por litigantes, abogados y hasta Tribunales. Pero ningún intento de reforma se otea en el horizonte legislativo. De aquí la importancia y transcendencia de la monografía que consideramos, ya que el trabajo de su autor es tan exhaustivo que no vacilamos en predecir se convertirá, sin tardar mucho, en el "manresa del artículo 41". Efectivamente, poquísimos podrán ser los problemas referentes al procedimiento para el ejercicio de las acciones reales que se planteen en la práctica a los que no brinde una solución los comentarios de Rodríguez-Solano.

Aún hay más; nuestra impresión es que en la inmensa mayoría de las soluciones interpretativas ofrecidas por el autor no se puede llegar, jurídica y lógicamente, a otras conclusiones que las suyas. No quiere esto decir que nuestros criterios coincidan en absoluto, pero sí que, a nuestro juicio, ha sabido calar hondo en los propósitos legislativos. No nos duele confesar que al conocer la prestigiosa profesión del comentarista sentimos una sensación muy semejante al "excesivo recelo" (sic.) que contra el proceso instaurado en dicho artículo suelen sentir los compañeros del autor. Y sinceramente proclamamos nuestra rotunda equivocación, ya que su agudeza crítica esterioriza una familiaridad extrema con los pocos simples vericuetos conceptuales por donde discurre el "prana" del Derecho registral español. Sólo el dominio absoluto de este instrumental previo, puesto al servicio de la más acentuada objetividad, podía dar un tan jugoso resultado.

Los cinco libros en que se divide "El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria" abarcan catorce capítulos y trescientos cuarenta subtítulos, no dejando resquicio sin el comentario correspondiente. Desde los antecedentes y naturaleza jurídica del proceso, hasta la ejecución de los presupuestos procesales (jurisdicción, competencia, legitimación activa y pasiva), iniciación y medidas cautelares y de aseguramiento, emplazamiento y beneficio de pobreza, caución, fase contradictoria (principios generales y causas) con la tramitación de esta última fase, no encontramos lagunas que deje para llenar a futuros comentaristas. Por consiguiente, estimamos haberse rebasado ampliamente los propósitos que el autor expone en el prólogo.

Hubiéramos deseado puntualizar las principales divergencias con nuestro criterio en supuestos concretos, máxime cuando se comenta algún litigio en el que profesionalmente hemos intervenido, sin recoger más que parcialmente la litis allí planteada. La limitación del espacio que nos ha sido impuesta nos lo vedó por el momento, aunque no desistimos de nuestro empeño. Sin embargo, no queremos terminar sin resaltar que en sus cuatrocientas páginas está sustancialmente contenida la extensa bibliografía consultada en apoyo o contraste de la opinión del comentarista, que asciende a más de trescientos autores y sesenta artículos específicos sobre el citado proceso, amén de numerosísimas resoluciones judiciales provocadas por su uso, que revelan, al mismo tiempo, la amplia resonancia práctica alcanzada por aquél.

José MARÍA PEREZ

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Centenario de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia

En este año de 1953 se cumplen los cien años de aquel día en que apareció el primer número de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», publicada por «una Reunión de Abogados del ilustre Colegio de esta Corte». Fecha solemne para la revista y que también ha de servir para todos los hombres que hoy cultivan el Derecho en España. El centenario se ha festejado del modo más callado y eficaz, como corresponde a la dignidad docente de la centenaria y al gusto dedicado de su Director. Se ha publicado un «número extraordinario conmemorativo del centenario», fuera de la serie regular de la revista, con varios importantes trabajos de algunos de sus más ilustres colaboradores (1) y, en primer lugar, dos estudios—«Tres fechas memorables», de Castán Toberas, y «Pequeña historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Castán y Vázquez—, en los que, escueta y medidamente con emoción y con verdad, se narran los tres momentos cruciales de vivir de la revista y la historia grande y pequeña, intimidad y circunstancia de la revista.

Nada pertinente hay que decir que allí no se haya dicho. Pero que su Director, maestro de todos los que hoy nos dedicamos al Derecho civil español, nos permita todavía unas palabras sencillas y escuetas como las suyas, pero, como ellas también bondamente sentidas. Compartimos de corazón su alegría y la de todos los que redactan y colaboran en la revista en este momento jubilar; como juristas, sabemos bien lo que ha significado la revista durante los pasados cien años para la ciencia española y admiramos a su renacido esplendor bajo su actual dirección; y todavía, como redactores de este ANUARIO, casi primerizo con sólo un lustro de vida, sentimos quizá más honda y directamente el contento de nuestro venerable colega y su inspirador ejemplo de labor paciente y fructífera.

(1) Además de los trabajos de Castán Toberas y Castán Vázquez referidos en el texto se publican otros de Galán, Pérez Serrano, Castejón, Prieto Castro, Quintano, Bonet, Núñez Lagos y Roca Sastre, de los que se da cuenta en la Sección Revista de Revistas.

SAVATIER, R.: "Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui". París, 1952. Librairie Dalloz. Un volumen de 314 páginas.

Es indudable que caminamos sobre una época en la que se produce una gran metamorfosis jurídica y, en general, se realiza un cambio radical en la concepción de la vida y de la cultura. Observamos cómo todo un mundo viejo cae a nuestros pies y se levanta otro nuevo con una visión distinta de las relaciones y de los objetos que nos rodean.

Dentro del campo jurídico un orden nuevo adviene. Los representantes y decanos del antiguo régimen son los que con mayor penetración y alcance lo han notado. Con lamentaciones desgarradoras y pesimistas, o bien con renovado optimismo, nos muestran los restos del mundo que muere y las primicias de un añorado renacimiento.

Francia—nación de espíritu fino y lógico—, a través de sus jurisconsultos, ofrece un panorama peculiar, con datos propios que, no obstante, pueden ser tenidos muy en cuenta para el resto de los pueblos europeos donde, a la misma hora (y aunque con variantes y peculiaridades) acaece idéntico fenómeno de crisis jurídica.

Ahora—como antes manifestó Ripert (1)— es Savatier el que hace un análisis profundo del giro que el Derecho civil actual realiza a consecuencia de los nuevos sistemas económicos y sociales. Pero una diferencia se advierte entre ambos: a Ripert le domina un insalvable excepticismo, mientras que Savatier, consolidado y creyente, augura optimista la realización del Derecho con un nuevo clima que trae consigo los mejores auspicios.

En esta segunda edición, con adiciones de considerable interés, Savatier estudia en su primera parte la quiebra de la noción tradicional del contrato. Observa el fenómeno de aceleración de la Historia y la actitud que ante ella adopta el Derecho. Ve cómo la función social limita al hombre su libertad. "El Código civil—dice—señala un apogeo casi místico de esa libertad. Antes del Código y antes de la Revolución, el hombre se manejaba bien en las relaciones sociales. Al individuo, en la Edad Media, y también en el antiguo Derecho europeo, adherido estrechamente a diversos grupos sociales, familia, corporaciones, comunidades, le estaba limitada, hasta en los contratos, su libertad individual". Pero—añade—, implícitamente tuvo conciencia de que desempeñaba un fin social. El autor se pregunta si, realmente, el individuo puede sentir, actualmente, que el Derecho nuevo le da conciencia de este fin.

Las formas técnicas no son totalmente nuevas, según Savatier, pero lo que sí es nuevo—cree—es su extensión, su masa, su carácter colectivo en todas las técnicas puestas al servicio del desenvolvimiento económico y del derecho de clase. El hombre parece predestinado a servir

(1) Robert Ripert: La crise de la crisiologie et le droit civil moderne. París, 1949; *Le Droit Civil dans la crise*.

a las fuerzas de la naturaleza. Ello—advierte—puede implicar una gran enseñanza que le permita algún dia ponerlas al servicio de la libertad humana.

Para Savatier una denominación nueva servirá de símbolo y de defensa: "espíritu de equipo"; sustituirá el determinismo de la masa o bien la tiranía del dictador. El equipo descansa sobre la libertad, sobre la igualdad, sobre la responsabilidad que fundamenta el alma de los contratos.

También examina la familia en la nueva sociedad, sus derechos extrapatrimoniales, y en cuanto es sujeto de Derecho público. Son objeto de una particular atención, para este autor, el control del poder paternal y las transformaciones del derecho de adopción, así como las conquistas actuales de la biología y sus aplicaciones dentro del Derecho de familia. En la confluencia del Derecho de familia y del Derecho de los bienes tiene una especial importancia la materia referente a la obligación alimenticia que trasluce la inflexibilidad del Derecho civil hacia el Derecho público, es decir, la prioridad de la obligación alimenticia familiar sobre la asistencia pública. No obstante, advierte que el trabajo es hoy considerado como fuente esencial de los derechos alimentarios y que se advierte la decadencia de las categorías jurídicas sobre las que el Código civil fundó la obligación alimenticia y la obligación actual de reconocer la obligación alimenticia en función de la parentela de hecho (legítima y natural).

Tienen especial interés para Savatier los arrendamientos y la aparcería. La transformación de la tierra en Francia y el crepúsculo de la mística de la propiedad se funda en la valorización del elemento de trabajo a costa del elemento capital, bajo el principio de "la tierra para el que la cultiva".

En el orden técnico, se produce una ruptura de la técnica legislativa, una hipertrofia del gran público, un unitarismo artificial de este derecho nuevo, un corporativismo bicéfalo, un enraizamiento del arrendamiento en el dominio con su derecho de renovación, prórroga y preferencia. Savatier concluye en esta materia diciendo que en la reforma de los arrendamientos rurales ha faltado método; en ella no hubo ni simplicidad, ni claridad, ni respeto a un mínimo de libertad y, sobre todo, la serenidad que aquí hacía falta. Lo que atacó más el edificio legal fué la falta de realismo (2).

Otro de los fenómenos en que fija la atención Savatier es el de la socialización de los contratos referentes a los trabajos humanos. Frente al Código civil y sus preocupaciones puramente jurídicas se manifiesta la orientación social moderna, mediante una legislación de clase. Este criterio social sustituye al criterio jurídico, anteponiéndose la subordinación económica y social sobre la subordinación jurídica. La decadencia de la libertad de los trabajadores independientes se advierte frente a

(2) Cf. SAVATIER: *Fermage et métayage: bilan économique et social; technique réformatrice*, en "Droit social", 37 (1950), 26.

la ascensión de los trabajadores dependientes. Ello hace exclamar a Savatier si estamos ante un progreso o una decadencia de la libertad humana.

En materia de responsabilidad, advierte la socialización a que camina esta responsabilidad y la de los riesgos individuales. Se impone la idea de que todo riesgo debe encontrar un fiador y todo daño un responsable, así como la progresión de las responsabilidades sin falta en la legislación y la responsabilidad directa del Estado. No obstante, se nota la resurrección de antiguas corporaciones, tales como el progreso de los monopolios profesionales de interés privado y la prohibición de establecer nuevos comercios. Se advierte la concesión de privilegios dentro de una economía dirigida, la conversión de monopolios de derecho y monopolios dirigidos sosteniéndose una legislación de época de penuria.

Una conclusión saca Savatier: la socialización, la publificación y la proletarización del Derecho civil. Las concepciones burguesas del Código civil, al dar preponderancia a la fortuna adquirida y a la más estable, como es la inmobiliaria, se ven atacadas por las nuevas transformaciones sociales.

Concluirá Savatier que las nuevas instituciones civiles crearán en los empresarios y profesionales un compromiso definitivo entre las concepciones capitalistas y burguesas del Código y la proletarización hacia la cual se orienta el Derecho actual. Toda la evolución del Derecho civil presente tiende a reducir la antigua fortuna adquirida. Todo el conjunto de instituciones atraviesa un presente, en el que se valora el trabajo actual, creando en el Derecho un clima nuevo. Tales son los horizontes —termina diciendo—ante los que ha de actuar el civilista actual.

El análisis que la obra de Savatier nos presenta es agudo y penetrante y a través de él puede descubrirse los resortes que promueven la evolución actual. El fenómeno no es particular del Derecho francés, sino que nuestra época vive el mismo drama. La lección que nos da Savatier es digna de ser tenida muy en cuenta por el jurista español.

José BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BERRI, Mario: *Responsabilità del giurista*.—Iustitia (Roma). Anno V, números 5-7, mayo-julio 1952; págs. 141-147.

CARNELLI, Lorenzo: *El verdadero espacio del Derecho*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 5 agosto 1952; págs. 1-4.

CHESSA, Federico: *Diritto ed economia*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8; 1952; págs. 168 a 179.

CHIEPPA, Ricardo: *Attuazione pratica della legge ed esecuzione forzata*.—Iustitia (Roma). Anno V, números 5-7, mayo-julio 1952; págs. 124-126.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: *Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año C, número 5, noviembre 1952; págs. 544 a 578.

COPELLO, Mario Alberto: *El tiempo en el Derecho*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 8 noviembre 1952; págs. 1-4.

COSSIO, Carlos: *El ser del Derecho*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 22 octubre 1952; págs. 1-6.

COSSIO, Carlos: *Constitución de la experiencia jurídica*.—La Ley (Buenos Aires), 30 diciembre 1952; págs. 1-5.

CUETO RÚA, Julio: *La conducta, las reglas de conducta y los pensamientos*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 66, 23 mayo 1952; págs. 1-6.

DEL ESTAL, O. S. A., P. Gabriel: *Derecho natural y Teología*.—Revista de Estudios Políticos (Madrid). Año XII, número 65, septiembre-octubre 1952; págs. 133 a 149.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Sobre el Derecho agrario*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año C, número 5, noviembre 1952; págs. 529 a 543.

ELGUERA, Eduardo R.: *La influencia del Derecho Romano en nuestra vida jurídica*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 3, julio-octubre 1952; páginas 725 a 760.

ESSER, Joseph: *Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Pisa). Volumen V, fascículos 1-4, 1952; págs. 54-65.

FONT UTGES, Antonio: *La psicosis reactiva ante los Tribunales*.—Revista Jurídica de Cataluña. Año LI, volumen LXIX, noviembre-diciembre 1952; págs. 568-570.

GALATI, Domingo: *Nota sobre las relaciones entre derecho y norma jurídica*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 30, julio-octubre 1952; págs. 1002 a 1010.

GALATI, Domingo: *La naturaleza de la norma jurídica*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 29, mayo-junio 1952; págs. 606 a 612.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Reflexiones sobre los estudios de Derecho*. Revista de Educación (Madrid). Año I, volumen II, número 5, noviembre diciembre 1952; págs. 143 a 148.

GIOSA, Ambrosio: *La norma general y la norma individual*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 24 julio 1952; págs. 1-2.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *El Derecho económico*.—La Ley (Buenos Aires). 15 noviembre 1952; págs. 1 a 3.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Francisco Suárez: Renovador e innovador de las Ciencias del Derecho*.—Revista Jurídica del Perú (Lima). Año III, número III, septiembre-diciembre 1952; págs. 168 a 186.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Seguridad jurídica y justicia en el pensamiento de Goethe*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, número 2, abril-junio 1952; págs. 197 a 226.

GOWLAND, Norberto: *Control de la constitucionalidad de las Leyes*.—Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona). Número 1, enero-febrero 1953; páginas 58 a 64.

GUANO, Emilio: *Per i giuristi: invito al Libro Sacro*.—Iustitia (Roma). Anno V, números 5-7, mayo-julio 1952; págs. 109 a 118.

HEYLAND, Karl: *I principi della socializzazione nel Diritto tedesco.*—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Pisa). Volumen V, fascículos 1-4, 1952; págs. 30-38.

KANTOROWICZ, Hermann: *La lucha por la ciencia del Derecho.*—Información Jurídica (Madrid). Número 116, enero 1950; págs. 3-29.

KROTSCHIN, Ernesto: *Algunas proposiciones sobre la relación entre el Derecho del trabajo y el Derecho privado.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 15 julio 1952; págs. 1-4.

LAJE, Eduardo Jorge: *Los motivos determinantes del acto jurídico y la nulidad por error y dolo.*—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 30, julio-octubre 1952; págs. 793 a 834.

LAVIOSA, Caterina: *La crisi del positivismo e l'opera di V. Miceli.*—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículos 5-8, 1952; págs. 179 a 196.

MANTILLA PINEDA, B.: *Direcciones de la Filosofía Jurídica.*—Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia-Colombia). Volumen XIV, número 40, noviembre 1952; págs. 17 a 48.

ORGAZ, Alfredo: *A propósito de la intimidación, de la analogía y de la interpretación de las leyes.*—La Ley (Buenos Aires). 13 noviembre 1952; págs. 1 a 3.

PIERANDREI, Franco: *La rivoluzione e il Diritto.*—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículos 5-8, 1952; págs. 134 a 153.

PIERO SERENI, Angelo: *L'equity negli Stati Uniti.*—Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 2, junio 1952; páginas 311-343.

PUIG BRUTAU, José: *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo.*—Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona). Número 1, enero-febrero 1953; págs. 40 a 57.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Medida ecológica y cultural del Iusnaturalismo.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 64, 22 noviembre 1951; páginas 1-3.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Congreso Internacional de Juristas de Ber-*

lín.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año C, número 5, noviembre 1952; págs. 579 a 586.

SOLER, Juan José: *La recepción del Derecho Argentino en el Paraguay*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 29, mayo-junio 1952; págs. 423 a 442.

TRISTÁN BOSCH, Jorge: *La enseñanza del Derecho administrativo en la Unión Soviética*.—La Ley (Buenos Aires). 12 diciembre 1952; páginas 1 a 5.

TRYOL Y SERRA, Antonio: *Lo mutable y lo inmutable en la moral y en el derecho*.—Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela. Números 55-56, enero-diciembre 1950; págs. 113-133.

VILANOVA, José: *Acerca de la norma individual*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 1 julio 1952; págs. 1-5.

WALTER URQUIDI, Carlos: *Bases para una reforma de la legislación boliviana*.—Revista de Derecho (La Paz, Bolivia). Año IV, núm. 10, enero 1952; págs. 124 a 142.

WIEACKER, Franz: *Il modello sociale dei codici civili europei e l'evoluzione della società moderna*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8, 1952; págs. 125 a 134.

WILBURG, Walter: *Un sistema flessibile del diritto civile*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículos 5-8, 1952; págs. 115 a 125.

ZAJTAY, Yomre: *La evolución reciente del Derecho privado húngaro*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 1 octubre 1952; págs. 1-5.

2. Derecho de la persona.

BEITZKE, Günther: *Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand*.—Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg). Jahrgang 7. Heft 1. Januar 1953; págs. 1-3.

En el funcionamiento y vicisitudes de los negocios de Derecho privado celebrados por entes públicos, han de preponderar también, como norma fundamental, los postulados de la fidelidad y la buena fe. Así lo admiten, en general, la doctrina y la práctica alemanas, negándolo sólo en ciertos casos aislados. Pero jamás como opinión dominante. Lo que se discute es el criterio con que deben aplicarse estos principios. El requisito de la forma ha de considerarse como de Derecho privado cuando la ley lo exige en favor de las partes. La falta de

los demás requisitos corrientes da base para la impugnación del negocio, que será o no contraria a la buena fe según el requisito de que se trate: representación, aprobación de la autoridad y exigencia de forma escrita. Así lo ha hecho la jurisprudencia alemana a la vista del parágrafo 242 del B. G. B.

BETTI, Emilio: *La dichiarazione 10 dicembre 1948 dei "diritti dell'uomo".* Nuov. Riv. Dir. Com., Dir. dell'Economia, Dir. Sociale (Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 48-54.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo: *La legítima notarial en las certificaciones de los asientos del Registro Civil.*—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1952; págs. 399 a 406.

ORGAZ, Alfredo: *El acto o negocio jurídico.*—La Ley (Buenos Aires) 6 diciembre 1952; págs. 1 a 3.

PEDREGAL, Luis J.: *Algunas consideraciones sobre la injuria. ¿Cabe indemnizar por daños morales?*—Revista General de Derecho (Valencia). Año IX, núm. 97, octubre 1952; págs. 493 a 509.

RUIZ BARRANCO, Antonio: *A propósito del artículo 321 del Código civil.*—Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona). Núm. 1, enero-febrero 1953; págs. 64 a 68.

SPOTA, Alberto G.: *La lesión subjetiva.*—La Ley (Buenos Aires). 21 noviembre 1952; págs. 1 a 3.

3. Derechos reales.

BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *El derecho de retención.*—Rev. Der. Privado (Madrid). Año XXXVI, núm. 429, diciembre 1952; págs. 1005-1032.

El derecho de retención es una figura aún no dominada por la doctrina. Es necesario fijar su discutida naturaleza jurídica y estudiar la posibilidad de su extensión analógica a supuestos en que no está expresamente establecido por la ley. Sentar las bases para una tesis unitaria del derecho de retención es el objetivo del trabajo. Se refiere a su concepto, definiciones doctrinales y legales y a las múltiples doctrinas formuladas en torno a él: derecho especial, mixto, real o meramente personal. Criticando los anteriores se adhiere a la última.

La aplicación analógica del derecho de retención oscila entre los partidarios de la teoría restrictiva y los de la extensiva. Reproduce y critica los argumentos de la primera y se atiene al carácter de institución aplicable extensivamente. Por su fundamento de equidad puede aplicarse como principio general del Derecho, apoyado en el artículo 6.^o del C. c. Termina con el examen de los requisitos para su ejercicio, contenido y relación con el Registro de la Propiedad.

CORNEJO, Ricardo: *La posesión y la prescripción en el Derecho ecuatoriano*.—Boletín de la Sección de investigaciones de Derecho comparado (Quito). Año II, núm. 2, diciembre 1952; págs. 51 a 65.

DIAZ VELASCO, Manuel: *Los envases y recipientes como marcas o modelos industriales*.—Revista de la Propiedad Industrial (Madrid). Año I, enero 1953; págs. 7 a 38.

FUENTES CARSÍ, F.: *La acción reivindicatoria en materia de propiedad industrial*.—Revista General de Derecho (Valencia). Año VIII, número 96, septiembre 1952; págs. 434 a 438.

FUNAIOLI, G. B.: *Plutocrati e proletari nel regime dell' enfiteusi*.—Nuov. Riv. Dir. Com., Dir. dell'Economia, Dir. Sociale (Padova-Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 18-21.

ORLANDO CASCIO, Salvatore: *Il diritto dell'enfiteueta nella categoria dei diritti reali limitati*.—Diritto e Giurisprudenza (Nápoli). Año 67, número 2, abril-junio 1952; págs. 129 a 143.

Las mayores limitaciones que el nuevo C. c. italiano imponen al derecho del enfiteuta no le privan de su naturaleza real. Subsisten en este derecho los caracteres de inmediatividad y absolutividad propio de los derechos reales, que se van realizando a través de las disposiciones civiles y agrarias. Hay que salvar dos dificultades: la obligación de pagar el canon y el derecho de revisión del mismo que asiste al propietario y la obligación de mejorar. La enfiteusis, como el usufructo, no son derechos sobre una fracción material o ideal de la cosa (derechos fraccionarios), sino derechos que implican una limitación o compresión del derecho de propiedad sobre la cosa entera. A su extinción no hay reversión de facultades al propietario, sino expansión automática del derecho de propiedad, sin necesidad de acto alguno. En relación con la propiedad estos derechos tienen límites. Unos importan obligaciones negativas: la Ley se limita a decir el quantum del goce (límite cuantitativo). Otros implican obligaciones positivas: la Ley establece cómo se debe gozar (límite cualitativo). Este caso es el de la obligación de mejorar. Aquél el de la de pagar el canon.

ORLANDO CASCIO, Salvatore: *La struttura della prelazione e del riscatto nell'enfiteusi*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 2, junio 1952; págs. 290-311.

Vienen a ser, en términos generales, correlativos a nuestro tanteo y retracto. En torno a ellos se estudian los supuestos personales y objetivos necesarios para que entren en funcionamiento. A continuación da su concepto y naturaleza, manifiesta que la prelación se diferencia de la opción y de la promesa unilateral de venta y niega que sitúe la enfiteusis como sometida a una condición resolutoria. La venta *irrequisito domino* transforma la *prelazione* en *riscato*, que tiene la misma naturaleza. Se opone también a su configuración como venta condicionada. Estudia la situación de los subadquientes y el caso de pluralidad de concedentes.

RODRÍGUEZ MORO, E.: *La expropiación forzosa*.—Revista de Estudios de la vida local (Madrid). Año XI, núm. 66, noviembre-diciembre 1952; págs. 816 a 881.

SPOTA, Alberto G.: *La contribución al cerramiento forzoso y la prescripción en materia de medianería*.—La Ley (Buenos Aires). 13 diciembre 1952; págs. 1-2.

4. Obligaciones y contratos.

ALIA PAZOS, Mateo: *El no uso de la cosa arrendada como causa de resolución del contrato*.—Boletín de Información Jurídica (Ministerio de Justicia. Madrid). Año VII núm. 217, 3 enero 1953; págs. 9-10.

BADANI, Rosendo: *La lesión en el Código civil de 1852*.—Revista Jurídica del Perú (Lima). Año III, núm. III, septiembre-diciembre 1952; páginas 187 a 197.

BARATTA, Vicenzo: *Il principio dell'autonomia contrattuale ed i suoi limiti. Diritto e giurisprudenza* (Napoli). Anno 67 (Serie III, anno VIII), luglio-settembre 1952, núm. 3; págs. 247-261.

BELMONTE, G.: *Sublocazione di immobili non destinati ad abitazione e diritto di subingresso*.—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Año 68, número 1, enero-febrero 1953; págs. 15 a 17.

BIENZOBAS, Jesús: *El boleto de venta*.—Revista del Notariado (Buenos Aires). Año LIV, núm. 603, mayo-junio 1952; págs. 181-186.

BUTTARO, Luca: *Il mandato ad incassare un assegno non trasferibile*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, número 4, diciembre 1952; págs. 1225 a 1233.

Cossío, Alfonso de: *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para deudas*.—Revista Der. Priv. (Madrid). Año XXXVII, núm. 430, enero 1953; págs. 1-22.

DE BUEN, Demófilo: *Ensayo sobre el concepto de contrato*.—Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho comparado (Quito-Ecuador). Año II, núm. 2, diciembre 1952; págs. 66 a 108.

DEL PANE, Luigi: *Il concetto di lavoro in un libro recente*.—Nuov. Riv. Diritto Com., Dir. dell'Econ., Dir. Sociale (Padova-Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 65-74.

DE VERTIZ, Julio B.: *La acción civil como derecho cívico de petición*.—Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Año XV, julio-diciembre, núms. 3-4; págs. 455-480.

DIETZ, Rolf: *Comitato di fabbrica e gestione comune in Germania*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8, 1952; págs. 153 a 162.

DOS REIS, Alberto: *Processo para a redução de doações inoficiosas*.—Revista de Legislação e de Jurisprudência (Coimbra). Año 85, núm. 2.989, 15 dezembro 1952; núm. 2.990, 1 janeiro 1953; págs. 241-243 y 257-259.

DURAND, Paúl: *I contratti collettivi di lavoro*.—Nuov. Riv. Dir. Com., Diritto dell'Econom., Dir. Sociale (Padova-Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 38-46.

FERNÁNDEZ, Raimundo L.: *El contrato de ajuste. (Naturaleza jurídica)*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 13 agosto 1952; págs. 1-3.

FERRARI, Mario: *Sciopero ed eccessiva onerosità sopravvenuta*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Anno VI, núm. 4, diciembre 1952; págs. 1154 a 1155.

FORMIGGINI, Aldo: *Il procacciatore occasionale di affari*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 4, diciembre 1952; págs. 1215 a 1224.

FUENTES LOJO, Juan V.: *Los extranjeros ante la Ley de Arrendamientos Urbanos*.—Foro Gallego. Año X, núm. 83, 2.ª época, septiembre-octubre 1952; págs. 495 a 507.

FUNAIOLI, G. B.: *L'insoluto problema dei miglioramenti fondiari nel contratto di affitto*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8, 1952; págs. 110-113.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Eudoro: *Prelación de créditos*.—Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia (Colombia). Volumen XIV, núm. 40, noviembre 1952; págs. 7 a 16.

KIMMICH, Otto: *Die Anzeige von Landpachtverträgen*.—Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg) Jahrgang 7. Heft 1. Januar 1955, páginas 14-16.

MEDINA PÉREZ, Pedro Ismael: *Naturaleza jurídica del contrato de distribución de películas*.—Revista de Derecho Mercantil (Madrid). Volumen XIII, núm. 39, mayo-junio 1952; págs. 349 a 366.

MIRABELLI, Giuseppe: *La disdetta della locazione come atto unilaterale.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Anno VI, número 4, diciembre 1952; págs. 1202 a 1214.

MONTEL, Alberto: *Daños por causa de huelga y derechos de tercero, en el Derecho italiano actual.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 9 octubre 1952; pág. 1.

MONTEL, Alberto: *Problemas de la devaluación monetaria.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 22 julio 1952; págs. 1-2.

NÚÑEZ, Ricardo: *El art. 173, inc. 2º del Código Penal y la no devolución del dinero recibido en pago de alquileres y como fianza real en garantía del pago de los mismos.*—La Ley (Buenos Aires). 25 noviembre 1952; págs. 1 a 3.

PAUTASO, Silvino: *La "in diem addictio".*—Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Año XV, julio-diciembre, núms. 3-4; págs. 345-454.

PÉREZ LLANA, Eduardo A.: *Prórrogas y tácita reconducción en la ley 13.246.*—La Ley (Buenos Aires). 31 diciembre 1952; págs. 1-2.

PHANOR, I. Eder; FÉLIX, D. Nuño: *Responsabilidad civil por daños prenatales en el Derecho de los Estados Unidos y Comparado.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 2 agosto 1952; págs. 1-3.

RABAGLIETTI, Franca: *Di una aberrante interpretazione delle leggi di Riforma agraria.*—Iustitia (Roma). Anno V, 1-4, gennaio-aprile 1952; págs. 32-35.

ROMERO LINARES, Raúl: *La responsabilidad civil de los padres y maestros por el hecho de sus hijos y alumnos.*—Revista de Derecho (La Paz. Bolivia). Año IV, núm. 10, enero 1952; págs. 7 a 21.

SÁENZ, Carlos María: *La responsabilidad civil del funcionario.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 10 julio 1952; págs. 1-3.

SANTINI, Gerardo: *La vendita a prezzo imposta.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 4, diciembre 1952; págs. 1042 a 1111.

La relación contractual de compraventa de productos entre un fabricante y un detallista puede llevar la imposición de un precio fijo de reventa que el detallista ha de mantener. Las causas económicas que han motivado esta cláusula y los efectos que produce son económicamente discutibles. Pero desde el

punto de vista jurídico, siempre que no lleve a un monopolio de hecho, no son contrarios a la ley ni al orden público. Dada la naturaleza jurídica de este pacto y la mecánica de su cumplimiento, el estudio de sus efectos adquiere una gran complejidad, sobre todo en los supuestos de violación, por cuanto en ella cooperan también los terceros compradores, y en cuanto los demás detallistas y fabricantes están también interesados en que se mantengan los precios fijados.

SIOJANSKI, D.; CASTANDS, S.: *Contrato y federalismo*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 67, 5 septiembre 1952; págs. 1-2.

SIEVEKING, Johannes: *Aufrechnung mit Kriegssachschadensforderungen gegenüber dem Reich*.—Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg). Jahrgang 7. Heft 1. Januar 1953; págs. 9-10.

TAVARES DE CARVALHO, Fernando: *Consignação de rendimentos*.—Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa). Núm. 33, novembro 1952; págs. 50-64.

VELASCO, Gustavo: *El contrato de trabajo*.—Revista de Derecho (La Paz-Bolivia). Año IV, núm. 10, enero 1952; página 143 a 210.

5. Derecho de familia.

ALFONSÍN, Quintín: *El régimen internacional del divorcio según el tratado de Montevideo de 1889 y según la Jurisprudencia uruguaya*.—La Ley (Buenos Aires). 28 noviembre 1952; págs. 1 a 6.

ARGÜELLO, Isauro P.: *La capacidad para contraer matrimonio en el Derecho Internacional privado*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, núm. 29, mayo-junio 1952; págs. 361 a 404.

CASAS MARTÍNEZ, Amalio: *Los hijos adulterinos y adoptivos en relación con el art. 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*.—Revista de Derecho Privado (Madrid). Núm. 426, septiembre 1952; págs. 725 a 729.

El contraste de distintos argumentos extraídos del artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y otros preceptos del Código civil, llevan al autor a concluir que la protección que el Derecho arrendatario concede al inquilino no puede excluir a los hijos adulterinos y adoptivos de su amparo. En consecuencia, los hijos mencionados son aptos para continuar en el arrendamiento de sus padres, siempre que hayan habitado la vivienda con un año de anterioridad a la muerte del inquilino y que los hijos adulterinos estén reconocidos.

CASIELLO, Juan: *Naturaleza, valor jurídico e interpretación de las normas programáticas de la Constitución en materia de familia*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 24 diciembre 1952; págs. 1-2.

CASSANO, Giuseppe: *Diritto di lavorare e matrimonio*.—Iustitia (Roma). Ano V, núms. 5-7, mayo-julio 1952; págs. 132-137.

CIRROTTOLA, Gaspare: *A proposito di matrimonio e di contratto di lavoro*.—Iustitia (Roma). Anno V, núms. 5-7, mayo-julio 1952; págs. 127-131.

GALVAO TELLES, Inocêncio: *O problema da comunicabilidade dos rendimentos no regime de separação absoluta*.—Jornal do Fôro (Lisboa). Año 16, núm. 100/101, julio-diciembre 1952; págs. 145 a 163.

R. VALCARCE, Francisco: *La venta con reserva de elección de amigo o comprador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1952; págs. 347 a 370.

6. Derecho de sucesiones.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Reserva troncal eludida*.—Revista Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 430, enero 1953; págs. 33-37.

CICU, Antonio: *Legato in conto o sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge supérstite*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Anno VI, núm. 2, giugno 1952; págs. 277-290.

En torno al legado en favor del legitimario, parte de una distinción fundamental entre reserva (cuota del relicito, de la herencia, art. 537) y legítima (cuota de la herencia detraído el pasivo y añadidas las donaciones, art. 556). Esta distinción es esencial para interpretar el artículo 564, en el que la doctrina, con error, ha visto la figura del legado a cuenta de la legítima. Por el contrario, la acción de reducción sólo se da en relación a la cuota de legítima, teniendo como único fin garantizar una utilidad neta al legitimario. Estudia el legado al legitimario distinguiendo, en relación con la imputación, el prelegado al legitimario, el legado a cuenta de la legítima y el legado en sustitución. En el caso de concurrencia del legitimario con el cónyuge supérstite, estudia de dónde se saca la cuota de éste y qué cargas gravan esta cuota.

GÓMEZ PAVÓN, R.: *Socino*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 296, enero 1953; págs. 34 a 41.

MALUQUER ROSES, Juan: *Algunas consideraciones relativas a la reserva por segundas nupcias*.—Revista Jurídica de Cataluña. Año LI, volumen LXIX, noviembre-diciembre 1952; págs. 544-562.

SERRAT ADUÁ, José: *Conjeturas sobre la institución de heredero, según la doctrina del Cardenal Mantica*.—Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona). Núm. 1, enero-febrero 1953; págs. 16 a 39.

II. DERECHO HIPOTECARIO

AGUIRRE, Agustín: *El Derecho Inmobiliario Registral y la Ley cubana de Fomento Agrícola e Industrial*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 296, enero 1953; págs. 1 a 21.

ARENAS GUERRA, Francisco: *El Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 y la Ley Hipotecaria, texto refundido de 8 de febrero de 1946, y su Reglamento vigente*.—Revista General de Derecho (Valencia). Año IX, núm. 97, octubre 1952; págs. 513 a 514.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: *La accesión y el Registro de la Propiedad*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXVIII, número 295, diciembre 1952; págs. 903 a 917.

HERMIDA LINARES, Mariano: *Inscripciones constitutivas*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, número 296, enero 1953; páginas 22 a 33.

REZA, Alfredo: *El artículo 11 de la Ley Hipotecaria y el principio del consentimiento formal*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid), Año XXIX, número 296, enero 1953; págs. 42 a 50.

RUIZ MARTÍNEZ, Francisco: *El principio de prioridad*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXVIII, núm. 295, diciembre 1952; págs. 865 a 892.

VENTURA TRAVESET, Antonio: *Segregaciones*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXVIII, núm. 295, diciembre 1952; págs. 893 a 902.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

AULETTA, G.: *Confondisibilità di nomi sociali e concorrenza reale*.—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Año 68, núm. 1, enero-febrero 1953; páginas 1 a 14.

LASSIGUE, Pierre: *Le attribuzioni dei comitati d'impresa*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Vol. V, fascículo 5-8, 1952; págs. 162 a 168.

MASCARÉNAS, Carlos E.: *La protección penal del nombre comercial*.—Foro Gallego. Año X, núm. 83, 2.ª época, septiembre-octubre 1952; páginas 491 a 494.

PÉREZ FONTANA, Sagunto F.: *Anteproyecto de Ley organizando el Registro Público de Comercio (Exposición de motivos).*—Sociedades Anónimas (Montevideo). Año VII, núm. 76, septiembre 1952; núm. 77, octubre 1952; págs. 387-414 y 435-465.

SOLÓRZANO, Ramón: *Las marcas de comercio federales y las estatales en Estados Unidos de América.*—Rev. Der. Mercantil (Madrid). Vol. XIII, número 37, enero-febrero 1952; págs. 95-99.

2. Sociedades mercantiles.

ARGÜELLO, Victorio L.: *Hacia la ordenación jurídica de las Sociedades de responsabilidad limitada.*—Nuestra Revista (Madrid). Año XXXI, número 852, 1 diciembre 1952; págs. 8-10.

BALLESTEROS, Pío: *Las Sociedades de inversión y la reforma de las leyes fiscales.*—Revista de Derecho Privado (Madrid). Número 426, septiembre 1952; págs. 697 a 703.

Las leyes fiscales no imponen solamente cargas económicas, sino que representan también barreras que consiguen indirectamente la normación de usos y costumbres necesitados de depuración. Es un hecho frecuente que en su ritmo de actuación al compás de la vida económica se tenga que anticipar a las definiciones y a la regulación jurídico-privada, contribuyendo así, antes que las leyes civiles y mercantiles, a puntualizar el perfil de algunas instituciones. Esto ocurre con las sociedades de inversión, que como una modalidad específica de las sociedades de cartera, viven todavía fuera de las leyes mercantiles. De las leyes fiscales puede extraerse su concepto, fin y cauce que se les marca en la vida económica, que se reduce a la obtención de una renta, sin que puedan significar participación política en otras sociedades. En el Proyecto de 1952 se arbitran determinados estímulos fiscales para fomentar la formación de estas sociedades canalizadoras del ahorro privado y que se exponen sucesivamente: exención de los impuestos sobre emisión y negociación de valores mobiliarios, exención de tributación por las tarifas segunda y tercera de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria.

BALLESTEROS, Pío: *Las Sociedades de inversión y la reforma de las leyes civiles.*—Revista de Der. Pri. (Madrid). Núm. 430, enero 1953; páginas 22-28.

CORTI VIDELA, Alberto: *Sociedad de responsabilidad limitada. Prórroga automática de su término.*—Revista del Notariado (Buenos Aires). Año LIV, núm. 604, julio-agosto 1952; págs. 288-305.

DARFO BARRAGÁN, Rubén: *Constitución de Sociedades anónimas con poderes otorgados en instrumentos privados.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 68, 4 octubre 1952; págs. 1-5.

FERRO ASTRAY, José A.: *Problemas relacionados con el régimen jurídico de las Empresas extranjeras y sus sucursales.*—Sociedades Anónimas (Montevideo). Año VII, núm. 74, julio 1952; págs. 291 a 322.

FIORENTINO, Adriano: *Su lo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 2, junio 1952; págs. 368-407.

GAY DE MONTELLA, R.: *La figura del Comisario de los obligacionistas frente a la Sociedad Anónima.*—Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona). Número 1, enero-febrero 1953; págs. 9 a 15.

HERNANDO DE LARRAMENDI, Ignacio: *Asociaciones de Compañías en el seguro británico.*—Rev. de Der. Mercantil (Madrid). Vol. XIII, núm. 37, enero-febrero 1952; págs. 65-69.

MINERVINI, Gustavo: *La fattispecie estintiva della società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, núm. 4, diciembre 1952; páginas 1009 a 1041.

MOSSA, Lorenzo: *Essenza della Società a responsabilità limitata.*—Nuova Riv. Dir. Com., Dir. dell'Economia, Dir. Sociale (Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 2-14.

MOSSA, Lorenzo: *Diritto comparato e società a responsabilità limitata del codice civile.*—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8, 1952; págs. 101 a 110.

NAVAS, J.: *Problemáticas de la nueva Ley de Sociedades Anónimas.*—Revista Der. Priv. (Madrid). Año XXXVII, núm. 430, enero 1953; páginas 28-33.

PAVONE, Antonio: *Il controllo giudiziario degli atti sociali annullabili.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, número 2, junio 1952; págs. 343-368.

RIPERT, Georges: *Natura giuridica e struttura della società anonima.*—Nuova Rivista di Dir. Com., Dir. dell'Economia, Dir. Sociale (Pisa). 1952; págs. 1-2.

SAPENA, Joaquín: *El derecho al dividendo ante el cambio de usufructuario en la Ley de Sociedades Anónimas.*—Rev. Der. Priv. (Madrid). Año XXXVI, núm. 429, diciembre 1952; págs. 995-1005.

SOLA CAÑIZARES, F. de: *La nueva Ley de Sociedades Anónimas de 1951.—La Ley* (Buenos Aires). 16 diciembre 1952; págs. 1 a 4.

SOLA CAÑIZARES, Felipe: *Las formas jurídicas de las Empresas*.—Revista de Derecho Mercantil (Madrid). Volumen XIII, núm. 39, mayo-junio, 1952; págs. 293 a 348.

El retraso del Derecho positivo con respecto a la evolución social y económica se manifiesta claramente en la falta de adaptación a la realidad de las formas jurídicas de las empresas. Es necesario un estatuto legal de base unitaria que reglamente las distintas formas, tendiendo a limitar la responsabilidad de la empresa individual como forma normal del ejercicio del comercio, y diferenciando las empresas formadas por la reunión de varias personas según el criterio denominado "dimensional": volumen o importancia de la empresa. La forma de sociedad contractual debe limitarse para las de pequeña importancia con las reglas imperativas indispensables para garantía de los socios y de los terceros. La gran empresa debe sustraerse al criterio contractual y concebirse como "institución por acciones" que no cohíba la iniciativa privada, pero que establezca unas rígidas normas imperativas en interés de accionistas, terceros y de la generalidad del país.

3. Obligaciones y contratos.

FLORES MICHEO, Rafael: *La aceptación de un domicilio para el pago entraña aceptación para el protesto*.—Revista Jurídica de Cataluña Año LI, vol. LXIX, noviembre-diciembre 1952; págs. 563-567.

GAY DE MONTELLÁ, R.: *La teoría de la "cesión del contrato" en las transferencias de las Carteras de Seguros*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, núm. 29, mayo-junio 1952; págs. 405 a 422.

HERNANDO DE LARRAMENDI, I.: *El seguro Español en 1950 y 1951*.—Revista de Derecho Mercantil (Madrid). Volumen XIII, núm. 39, mayo-junio 1952; págs. 367 a 378.

JAEGGI, Peter: *Sentenze cambiarie del Tribunale Federale Svizzero*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padova-Pisa). Volumen V, fascículo 5-8, 1952; págs. 113 a 115.

JARAMILLO, Juan Genaro: *El cheque sin fondos*.—Boletín de la Sección de investigaciones de Derecho Comparado (Quito-Ecuador). Año II, número 2, diciembre 1952; págs. 5 a 50.

LAZCANO, Carlos Alberto: *Aspectos internacionales del crédito documentado*.—La Ley (Buenos Aires). Tomo 64, 23 octubre 1951; págs. 1-3.

MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: *Más sobre los transportes por carretera.*—Revista de Der. Mercantil (Madrid). Vol. XIII, núm. 37, enero-febrero 1952; págs. 73-84.

ORIONE, Francisco: *La Duplicata.*—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, núm. 29, mayo-junio 1952; págs. 565 a 578.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F. M.: *Algunos aspectos de orden mercantil de la ordenación de los transportes por carretera.*—Revista de Derecho Mercantil (Madrid). Volumen XIII, núm. 39, mayo-junio 1952; páginas 379 a 392.

VELASCO ALONSO, A.: *La teoría sobre novación de valores mobiliarios.*—Revista de Der. Mercantil (Madrid). Vol. XIII, núm. 37, enero-febrero 1952; págs. 7-39.

WALDEMAR FERREIRA: *La Duplicata (El original título de crédito del Derecho Comercial Brasileño).*—Sociedades Anónimas (Montevideo). Año VII, núm. 75, agosto 1952; págs. 339 a 349.

4. Derecho marítimo.

WÜSTENDÖRFER, Hans: *Risultati e limiti dell'unificazione del Dir. Commerciale maritimo.*—Nuov. Riv. Dir. Com., Dir. dell'Econom., Dir. Sociale (Pisa). Vol. V, fascículo 1-4, 1952; págs. 21-30.

IV. DERECHO NOTARIAL

AUGSTEIN: *Hat der Reichskraftwagentarif (R. K. T.) gesetzeskraft und gilt er auch für den Speditionsvertrag?*—Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg). Jahrgang. Heft 1. Januar 1953; págs. 10-12.

ASCARELLI, Tuilio: *Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione.*—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, número 4, diciembre 1952; págs. 1146 a 1153.

BENGOLEA ZAPATA, Jorge: *El conocimiento directo. Bases para una reforma legislativa.*—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, núm. 29, mayo-junio 1952; págs. 347 a 360.

BESSON, André: *El fondo de garantía-automóvil en Francia.*—La Ley (Buenos Aires). 4 diciembre 1952; págs. 1 a 3.

BORZONI, Aldo H.: *Breve historia del Notariado*.—Revista del Notariado (Buenos Aires). Año LIV, núm. 604, julio-agosto 1952; págs. 273-288.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco: *Fe de conocimiento*.—Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires). Año 4, núm. 15, julio-septiembre 1952; págs. 191 a 214.

TRÍAS DE BES Y GIRÓ, Federico: *Valor internacional del documento notarial*.—Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires). Año 4, número 15, julio-septiembre 1952; págs. 215 a 238.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto: *Preocupaciones y directivas fundamentales del Derecho procesal contemporáneo*.—Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Año V, núm. 18, enero-abril 1952; págs. 9-34.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El Consulado de la Lonja de Valencia y las Ordenanzas de 1952*.—Arbor (Madrid). Número 87, marzo 1953; páginas 325 a 331.

TABOADA ROCA, Manuel: *El procesalista Herbella de Puga. Vida y obras de este gran jurisconsulto*.—Foro Gallego. Año 10. núm. 83, 2^a época, septiembre-octubre 1952; págs. 455 a 490.

2. Parte general.

CAMPOS HERNÁNDEZ, Manuel: *La cláusula compromisoria y el arrendamiento rústico. Competencia*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1952; págs. 393 a 398.

COLOMBO, Leonardo A.: *Cuestiones civiles resueltas por los jueces del crimen*.—La Ley (Buenos Aires). 31 diciembre 1952; págs. 1 a 3.

COSTA MACHADO VILLELA, Alvaro da: *Observações sobre a execução das sentenças estrangeiras*.—Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa). Número 32, setembro 1952; págs. 31 a 66.

DELGADO, Pedro Germán: *Reglas que deben observar los Jueces para regularizar y controlar la concesión de apelaciones y acelerar, en consecuencia, la administración de Justicia*.—Revista Jurídica del Perú (Lima). Año III, núm. III, septiembre-diciembre 1952; págs. 149 a 167.

DÍAZ, C.: *Confesión judicial del demandado voluntariamente rebelde*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 8, julio-agosto-septiembre 1952; págs. 371 a 382.

DOS REIS, Alberto: *Factos de que o julgador pode utilizarse. Onus da prova*.—Revista de Legislação e de Jurisprudencia (Coimbra). Año 85, número 2.992, fevereiro 1953; págs. 289-293.

ENRIQUE AMAYA, N.: *Condiciones previas para el ejercicio de la Abogacía*. Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Año XV, julio-diciembre, núms. 3-4; págs. 272-299.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El momento de producción de la litispendencia según la legislación y la jurisprudencia actuales*.—Revista General de Derecho (Valencia). Año IX, núm. 99, diciembre 1952; págs. 614-625.

FANELLI, R.: *Data dell'udienza di comparazione e nullità della citazione*.—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Año 67, núm. 2, abril-junio 1952; páginas 150 a 153.

FERNÁNDEZ SERRANO, A.: *El secreto profesional*.—Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires). Año 4, núm. 14, abril-junio 1952; páginas 177 a 144.

IRIBAS, Juan: *El Ministerio Fiscal no es "parte"*.—Revista de Derecho Procesal. Año VIII, núm. 2, abril-junio 1952; págs. 187 a 196.

KLITSCHE DE LA GRANCE, Adolfo: *Essere o non essere delle sentenze*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VI, número 4, diciembre 1952; págs. 1034 a 1049.

MOLINA, Raúl A.: *El primer arancel de gastos de justicia del Río de la Plata*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, núm. 29, mayo-junio 1952; págs. 511 a 519.

MUÑOZ GONZÁLEZ, Manuel: *El juez y los principios de procedimiento*.—Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid). Año VI, número 216, 25 diciembre 1952; págs. 3 a 9.

PENSADO TOMÉ, Antonio: *Un problema de competencia en la Justicia municipal: las faltas de imprenta y lesiones por imprudencia*.—Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid). Año VII, núm. 220, 5 febrero 1953; págs. 3 a 6.

RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano: *Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, número 3, julio-agosto-septiembre 1952; págs. 399 a 406.

SOTO NIETO, Francisco: *Nombramiento de profesionales para el beneficiario del privilegio de pobreza*.—Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid). Año VII, núm. 219, 25 enero 1953; páginas 3-12.

VEGA BENAYAS, Carlos: *La presunción—necesaria—de justicia del fallido como base de la condena expresa en costas*.—Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1952; páginas 383 a 392.

VILLAVICENCIO, Víctor: *De las asignaciones forzosas*.—Revista de Derecho (Concepción-Chile). Año XX, número, 79, enero-marzo 1952, páginas 3 a 28; núm. 80, abril-junio 1952, págs. 223 a 242.

3. Procedimientos especiales.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Para una crítica constructiva del proceso provocatorio hipotecario*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año C, núm. 6, diciembre 1952; págs. 679 a 709.

CALVO BLANCO, Julián: *El juicio de peligrosidad*.—Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Año V, núm. 18, enero-abril 1952; páginas 43-54.

CIRILLO, R.: *Sulla autorizzazione del sequestro nella fase di decisione del processo*.—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Año 67, núm. 2, abril-junio 1952; págs. 144 a 147.

CIRROITOLA, G.: *Campo e limiti di applicazioni dell'a. 512 c. p. c.*—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Año 67, núm. 2, abril-junio 1952; páginas 153 a 157.

CRUZ PRESA, Federico: *Cuestión que puede surgir durante la tramitación de un recurso de casación por error en la apreciación de la prueba o por quebrantamiento de forma con ocasión de la rebeldía de alguno de los procesados*.—Revista de Derecho Procesal. Año VIII, núm. 2, abril-junio 1952; página 267 a 272.

DIEGO, Carmelo de: *Interpretación del recurso de queja ante el Tribunal Supremo*.—Revista de Derecho Procesal. Año VIII, núm. 2, abril-junio 1952; págs. 255 a 266.

FORMIGGINI, Aldo: *Diritti personali e poteri processuali del fallito*.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Anno VI, número 4, diciembre 1952; págs. 1156 a 1169.

NADELMANN, Kurt H.: *El convenio preventivo de quiebra en los Estados Unidos y en el Canadá.*—Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Año V, núm. 14, mayo-agosto 1952; págs. 33 a 44.

OCHOA MEJÍA, José: *Procedimiento laboral colombiano.*—Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia. Colombia). Volumen XIV, núm. 40 noviembre 1952; págs. 77 a 84.

ROSSETTI, C.: *Il fallimento del terzo proprietario durante la procedura esecutiva immobiliare.*—Diritto e Giurisprudenza (Napoli). Anno 67, (Serie III. Anno VIII). Luglio-settembre 1952, núm. 3; págs. 241-247.

SPIZUOCO, Renato: *L'art. 498 C. p. c. e la procedura speciale circa gli autoveicoli.*—Diritto e Giurisprudenza (Napoli) Anno 67 (Serie III. Anno VIII), núm. 3. Luglio-settembre 1952; págs. 252-256.

RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA.

RESOLUCION DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1952

Legado de cosa específica propia del testador

Concretada la cuestión discutida a si es inscribible la escritura de aceptación y adjudicación de un legado de cosa inmueble específica propia del testador, otorgada sólo por el legatario, el cual manifiesta que poseía la finca desde el fallecimiento del causante, y habiéndose pronunciado negativamente el Registrador y el auto presidencial, la Dirección General ratifica ambos criterios, en virtud de la siguiente doctrina.

A) *Según el art. 882 del Código civil, el legatario de cosa específica y determinada propia del testador adquiere la propiedad de la misma desde el fallecimiento de éste, si bien "no puede ocuparla por su propia autoridad" si no fué expresamente autorizado por el causante, debiendo pedir la entrega al heredero o albacea facultado para ello, puesto que así lo ordena el art. 885 del mismo Código, y dado que la posesión civilísima atribuida a los herederos por el art. 440 no se reconoce al legatario.*

B) *Esta orientación es aceptada por la Ley Hipotecaria al conceder al legatario anotación preventiva de su derecho para impedir la posible enajenación de la finca a un tercero.*

OBSERVACIÓN.—Vid. sentencias de 26 octubre 1928, 6 noviembre 1934 y 3 junio 1947, y resoluciones de 4 febrero 1880, 7 septiembre 1881, 3 noviembre 1887, 12 octubre 1906, 30 diciembre 1916 y 19 mayo 1947.

JURISPRUDENCIA

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

La analogía y la doctrina legal en la sociedad de responsabilidad limitada

Recientemente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 1952 (1), se ha pronunciado de nuevo sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada, con el fin de determinar las normas que la regulan. En un estudio precedente (2) señalamos ya el significado que, a nuestro juicio, tiene la doctrina jurisprudencial en el tema que nos ocupa, así como los límites dentro de los que inexorablemente debe moverse, y sería repetirnos aplicar a la presente sentencia las consideraciones allí indicadas; si, no obstante, nos ocupamos de ella es para exponer con mayor detenimiento dos cuestiones que, dada la extensión de los temas tratados en aquel estudio, fueron someramente analizadas. Son: A) Significado de la analogía en nuestro Ordenamiento jurídico, y B) Posición mantenida en las Resoluciones de la D. G. R. N. acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada, y consiguientes criterios para la aplicación analógica de normas dictadas para otros tipos sociales (3).

A) Como es sabido, en los Ordenamientos jurídicos positivistas y legalistas (4), la analogía supone un medio creador del Derecho que permite, a juicio de sus defensores, resolver toda cuestión no regulada, bien por aplicación a la misma del criterio seguido por una Ley que contempla supuesto análogo (*analogía legis*) o de los criterios que pueden inducirse de todo Derecho, dentro del cual la solución ha de ser buscada (*analogía iuris*) (5); se trata de evitar de este modo el tener que recurrir al enojoso procedimiento de la consulta al principio, por una parte, y, por otra, al Derecho natural, y negando, en consecuencia, que existan lagunas en el Derecho positivo (6). Con razón se ha se-

(1) Recogida en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. V, fasc. III, págs. 1143-1144. El especial significado de esta sentencia reside en el peligro de que, por su coincidencia sustancial con la de 13 de febrero de 1948 en lo relativo a la naturaleza y régimen general de la sociedad de responsabilidad limitada, se estime que ha creado doctrina legal acerca de estos puntos.

(2) *Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. V, fasc. II, págs. 607-651.

(3) Esta nota tiene por lo tanto valor de complemento de nuestro trabajo citado, y debe ser entendida dentro del marco que las razones en él expuestas le prestan.

(4) Que no admiten el Derecho Natural (positivistas) ni tampoco normas jurídicas extraestatales (legalistas), con lo que se niega valor, por ej., a los principios generales del Derecho de tipo tradicional. El doble carácter positivista y legalista no tiene, como es obvio, que acumularse necesariamente en un Derecho positivo determinado, que puede carecer de alguna de estas notas, aún admitiendo la otra.

(5) Para una exposición detallada, cf. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte general*, t. I. Libro Preliminar, 2.^a ed., Madrid, 1940, pág. 479.

(6) F. DE CASTRO, op. cit., págs. 475 y 479.

finalado que este procedimiento, así entendido, está *a priori* condenado al fracaso porque ni la Ley (7) ni los principios inducidos del sistema total de un Derecho positivo (8) pueden tener virtualidad normativa respecto de un supuesto no expresamente contemplado, resultando, como paradójica consecuencia, que los defensores de esta posición exclusivista del legislador son los primeros que han de suplantarle en su intento de defenderlo.

En nuestro Ordenamiento jurídico, la admisión de la analogía tiene un significado muy diferente. Supone la aplicación de los principios generales del Derecho para regular un supuesto no tenido en cuenta por la Ley ni por la costumbre, aplicación hecha según las directrices que el legislador ha señalado, dentro del límite en que puede hacerlo (9). La admisión de la analogía es una cuestión de Derecho positivo (10). En el Ordenamiento jurídico español, la admisión del procedimiento analógico tiene el significado de un modo de interpretación (utilizando este término en sentido estricto) de las normas jurídicas, precisamente de los principios generales del Derecho, y su admisión y ámbito de aplicación se articulan a nuestro juicio de la siguiente forma: todo Ordenamiento jurídico positivo tiene, como característica esencial de legitimidad, que reconocer al Derecho natural y armonizarse con él mismo; este reconocimiento lleva en sí como consecuencia que no puede dejar de regularse jurídicamente un supuesto al que el Derecho natural impone directa o indirectamente regulación (por aplicación directa de sus principios o dentro del ámbito dejado a la determinación del legislador positivo), siempre que las circunstancias históricas concretas no hagan dicha regulación inconveniente o imposible (11). La necesidad de regular los supuestos análogos a otros ya regulados no supone, sin embargo, la admisión del procedimiento analógico si no concurren otras circunstancias: en efecto, el legislador, cumpliendo la obligación que el Derecho natural le impone, puede reservar para sí la aplicación del principio general positivizándolo, es decir, convirtiéndolo en Ley, en cuyo caso es obvio que no existe procedimiento analógico en el sentido en que lo hemos definido con anterioridad; igualmente puede aceptar la aplicación directa del principio de Derecho natural y encomendar al juzgador que haya de resolver acerca de la regulación del supuesto, la aplicación del mismo según su interpretación perso-

(7) F. DE CASTRO, op. cit., pág. 480 e ibid. nota 2 pr.

(8) F. DE CASTRO, op. cit., págs. 479, 408-409, 413-414.

(9) Ha sido aspiración esencial de nuestro intento seguir el camino trazado por F. DE CASTRO en su obra citada, y, a nuestro juicio, lo aquí expuesto no constituye otra cosa que una *explicatio* de las ideas allí sustentadas, que aceptamos plenamente; pero no queremos comprometer con esta nota la bondad de dichas teorías, y el lector debe decidir por su cuenta si hemos conseguido nuestro propósito o nos hemos extraviado, por el contrario, de la senda seguida.

(10) F. DE CASTRO, op. cit., pág. 481.

(11) De aquí la importancia que presenta la exclusión de la analogía en el Derecho Penal, solución que contraria al Derecho Natural y que se ha infiltrado y mantenido al amparo de una consideración política no menos nefasta, como protección del individuo frente al poder sancionador del Estado.

Mantendremos en el texto el ejemplo de los principios generales del Derecho Natural, por ser el más expresivo. Observaremos, sin embargo, que lo mismo ocurre, por ej., con referencia a los principios generales del Derecho de tipo tradicional, que el legislador no puede soslayar sin incurrir en vicio de ilegitimidad, por ser ello contra el Derecho Natural (Cf. SANTO TOMÁS DE ACTINO, S. TH., 1.^a, 2.^a, q. XCV, n. 3).

nal, caso en el que tampoco puede considerarse que exista analogía. Por el contrario, cuando el legislador admite la aplicación directa de los principios generales del Derecho, pero recaba para si la interpretación de los mismos, nos encontramos ante la admisión del procedimiento analógico.

En el Ordenamiento jurídico español se admiten los principios generales del Derecho con eficacia normativa directa en el caso de insuficiencia de la Ley y de la costumbre (art. 6.º C. c.), pero su aplicación por el juzgador no puede hacerse según el criterio de éste, porque en el Derecho español los organismos judiciales están sometidos a la Ley y son servidores de ella (12), por lo que la adecuación de los principios generales del Derecho debe ser realizada conforme al criterio del legislador, es decir, de modo análogo a como el legislador los aplica, lo que supone, en esencia, que la interpretación de los principios generales del Derecho está, en nuestro Ordenamiento jurídico, reservada al poder soberano y a él sólo corresponde (12 bis). Por lo expuesto, creemos que en nuestro Derecho la admisión de la analogía constituye doctrina legal, derivada, por una parte, de las normas que imponen la aplicación directa de los principios generales del Derecho como recurso último ante el problema de fallar inexcusadamente en un supuesto no regulado por la Ley ni por la costumbre, y, por otra, de las que subordinan al juzgador a la Ley (norma emanada directamente del poder soberano) (13).

Expuestos ya el concepto y la naturaleza de la aplicación de la analogía, veamos ahora cómo se verifica la aplicación analógica. Cuando el juzgador se encuentra ante un supuesto (14) no regulado legalmente y al que debe aplicar los principios generales del Derecho, las cuestiones que se plantean son: a) búsqueda del principio aplicable, y b) determinación de la eficacia normativa del principio respecto al supuesto. Para encontrar el principio aplicable puede servirse de la ley y de la costumbre (guardando su posición jerárquica), y probar si son aplicables al supuesto los principios que informan la ley y la costumbre reguladoras de casos semejantes. Este procedimiento nos puede conducir hasta el principio buscado, o bien puede ser inútil; es necesario hace-

(12) F. DE CASTRO, op. cit., págs. 501, 509-510, 511.

(12 bis) Aunque sometido a los principios generales del Derecho, bien de Derecho Natural o de Derecho positivo (e incluso creador de los mismos: principios generales de tipo político), el legislador es el que—en el límite en que dichos principios le permiten—tiene sobre si la carga y a quien corresponde determinar la interpretación de los mismos; en este ámbito, la interpretación por él propuesta es siempre la decisiva, aunque no se trate de un supuesto de analogía en sentido estricto (es decir, que concurra la circunstancia de faltar ley o costumbre aplicable).

(13) Esta solución se deriva en último término de la concepción de Derecho equitativo (F. DE CASTRO, op. cit., pág. 481. Sobre la equidad, ib., págs. 425-427), y teniendo en cuenta además los principios fundamentales del Ordenamiento positivo español. Hay que acotar, además, que es doctrina legal tanto la que decide acerca de la utilización, en general, de la analogía como método de integración en el Derecho español, como la que da el criterio para cada caso concreto de aplicación del procedimiento analógico.

(14) Aquí, por comodidad en la exposición, nos referimos siempre a un supuesto simple, que deba ser regulado conforme a un sólo principio, y que sea semejante en todas sus características, salvo, naturalmente, en una, a otro supuesto ya regulado legalmente; lo más frecuente es, sin embargo, que se trate de un supuesto complejo, en el que la semejanza se produzca respecto a varios supuestos legales, y que deba ser regulado por varios principios confluyentes. En lo esencial, la cuestión no varía. Cf. sobre este punto las consideraciones hechas en nuestro citado trabajo, págs. 645 ss.

notar que, en el mejor de los casos, la Ley o la costumbre nos dejan ante el principio aplicable, y aquí termina su labor; es el mismo principio el que determinará su aplicabilidad y, en su caso, si el supuesto debe ser jurídicamente regulado (15). La búsqueda del principio, según el procedimiento indicado, tiene un valor secundario y meramente auxiliar. Lo que importa, una vez hallado, es decidir acerca de la manera de aplicarlo, es decir, probar si es, y cómo es, aplicable al supuesto. Se ha señalado ya que es el mismo principio el que debe decidir este punto; sin embargo, deben ser tenidas nuevamente en cuenta la ley y la costumbre, aquí con el significado esencial de saber cómo el legislador ha entendido y aplicado el principio general, o ha permitido (costumbre) que se entienda y aplique (16), ya que el legislador tiene un poder legítimo, si bien sometido a límites, en el ámbito del cual le corresponde decidir cómo han de tener valor normativo los principios generales (17), y aun su aceptación; el criterio del legislador en este punto, el modo como en el Ordenamiento jurídico tengan vigencia los principios generales del Derecho, es el que el juzgador debe seguir al aplicarlos, con objeto de no contradecir a la Ley (18). Es el criterio del legislador el que decide sobre la extensión de la

(15) Cf. F. DE CASTRO, op. cit., págs. 480-481. El hecho de que sea el principio el que regula el supuesto hace que en ocasiones el resultado que de dicha regulación se obtiene sea diferente (por ej., dicho principio fué aplicado siempre con carácter coactivo por el legislador, y en el nuevo supuesto procede aplicarlo con carácter dispositivo). Esto depende del grado en que deba ser admitido el ejemplo que proporciona la regulación legal, pero puede ocurrir que la característica jurídica diferente del caso planteado exija, a tenor del principio aplicable, una solución diferente. Aún en este supuesto la función de la analogía se puede apreciar; así, por ej., en el caso planteado, la Ley puede habernos indicado ya que el principio general debe ser aceptado (cuando estuviera en el ámbito de poder del legislador la posibilidad de rechazarlo).

(16) Téngase en cuenta que si bien el legislador está sometido en su actuación a los principios generales, por su parte tiene también la función de aplicarlos a la realidad concreta, y proceder así a la aplicación o inaplicación de los mismos, dentro de ciertos límites, según la prudencia aconseje y el grado de perfección de la comunidad que rige consienta. Y no se olvide, por otra parte, que cuando actúa *per determinationem* (con relación a los principios de Derecho Natural), la elección de un camino entre los varios posibles es función privativa del que tiene a su cuidado la comunidad política.

(17) Pudiera pensarse al leer el texto que como los principios generales en su función de auxiliares de la interpretación pueden determinar el cambio de sentido de las normas, nos encontraríamos, en el caso de ocurrir tal hipótesis, en un círculo vicioso, pues las normas determinarían cómo han de ser aplicados los principios, es decir, cómo han de tener valor normativo, y a su vez los principios generales determinarían el valor normativo de la Ley y de la costumbre. Observaremos por ello que aquí no existe antinomia, pues en los límites en que el legislador puede decidir acerca de la eficacia normativa de los principios generales, la aceptación (al no cambiar la Ley) por el legislador actual del cambio que dichos principios han impuesto supone adhesión a la nueva forma de ser positivados los mismos.

(18) No parece que pueda ser defendida la diferenciación entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*. La analogía es siempre con relación al Derecho, aunque en un supuesto concreto pueda quedar reducida a analogía *legis*. La adaptación de los principios generales del Derecho es obra del Ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, y no debe pensarse que la existencia de una norma que regule un supuesto análogo al que se trata de regular nos muestre una solución mejor. De todas maneras, la importancia de la analogía de los supuestos carece casi en absoluto de valor. En el caso de que se trate de aplicar un principio que no se halle recogido por normas que regulen supuestos análogos al que se presenta para ser reglado, no por ello dejará de aplicarse el procedimiento analógico, si de otras normas que regulen diferentes supuestos resulta cierta la estimación en que el legislador tiene el principio general. Lo que en este caso ocurrirá es que

aplicación por analogía (19), y por ello las normas legales o la costumbre (que para ser norma jurídica ha de tener, como uno de sus requisitos, aprobación del poder soberano) deciden, por ej., si el procedimiento analógico ha de ser ejercitado dentro de determinados límites (caso de ser recogido el principio por una ley especial, y solamente por ella), o bien negar la procedencia del procedimiento analógico (caso de leyes fiscales, privilegios, normas de Derecho excepcional, etc.), cuando la aceptación del principio haya sido excepcionalmente admitida o la norma sea solamente testimonio de un principio general que excepcionalmente no se acoge en el supuesto legalmente regulado.

De lo dicho se deduce que la aplicación analógica, en cuanto doctrina legal, está vinculada de manera inmediata a la propia Ley, y no puede la doctrina jurisprudencial decidir libremente acerca de ella (20). Aplicando esta idea a la sociedad de responsabilidad limitada, hemos de concluir que la doctrina jurisprudencial relativa a la misma y tendente a la determinación de las normas aplicables por analogía a esta forma social sólo será doctrina legal cuando derive de la propia Ley a través de las funciones que, según hemos visto, desempeña ésta en el proceso de la analogía. Esta consideración nos obliga a negar carácter de doctrina legal a la doctrina jurisprudencial en los siguientes aspectos: 1.º En lo referente a la naturaleza, personalista o capitalista, de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que, al no existir una suficiente reglamentación coactiva de la misma, no hay Ley de la que derivar criterio alguno para la aplicación de los principios generales. Aparte de que, por la misma razón, se trata más bien de una cuestión de hecho. Y los hechos son como son, independientemente de toda doctrina legal; ésta podrá calificarlos de lícitos o ilícitos, y resolver sobre las normas que se les aplican. Pero no puede modificar su misma esencia fáctica (21). 2.º En cuanto su alcance excede del que exactamente resulte de la Ley, es decir, del criterio que ésto nos ofrece para la aplicación e interpretación de los principios generales del Derecho. Por ello, no es doctrina legal la aplicación analógica de normas dictadas para sociedades personalistas en cuanto se intente verificarla con carácter general, es decir, incluso respecto de sociedades no personalistas de hecho; ya que las normas mencionadas no nos permiten inducir otros principios que los relativos a supuestos análogos al que sirve de base a las mismas, es decir, al de-

no será posible la función a) de la Ley, cosa que carece de importancia, como hemos señalado, y que no incide en la esencia de la analogía. Piénsese, por otra parte, que la analogía de dos supuestos es siempre (hasta que se han regulado ya ambos, uno por la Ley, otro por los principios generales) una cuestión problemática, pues no sabemos si la consideración del elemento del supuesto que establece la diferencia entre ambos permitirá la analogía de dichos supuestos considerados como conjuntos. Sabemos solamente acerca de la calificación jurídica de ese elemento que es tal que impide la aplicación de la Ley. La importancia de la cuestión de analogía de los supuestos es menor de lo que parece, a pesar de la terminología que tradicionalmente se viene utilizando.

(19) Cf. F. DE CASTRO, op. cit., págs. 482-483.

(20) Sobre doctrina legal y doctrina jurisprudencial, nos remitimos a F. DE CASTRO, op. citado, págs. 502 ss.

(21) No se olvide que lo que la Jurisprudencia dice no es que en virtud de la aplicación de determinadas normas la sociedad de responsabilidad limitada haya de ser personalista, si no que es personalista.

terminante de su *ratio iuris*, ni nos dan criterio para la aplicación de más principios que esos mismos (22).

B) Aunque al margen del problema de la doctrina legal, nos proponemos ahora examinar el verdadero sentido de las Resoluciones de la D. G. R. N. en torno al problema que nos ocupa. El mayor interés de este examen radica en la necesidad de señalar cómo la Dirección no es en modo alguno adicta a la tesis consagrada por la Sentencia de 19 de junio de 1952. La gran autoridad del centro directivo puede manifestarse en que su influencia doctrinal conduce a la consolidación de un estado común de opinión, a ser reflejada o, al menos, tenida en cuenta en la Jurisprudencia del T. S., y, en su día, a recibir consagración legislativa. De aquí que no parezca ocioso indicar el preciso y exacto sentido de su doctrina, y la discrepancia existente entre ella y la que puede ya estimarse vigente en la Jurisprudencia.

En nuestra literatura jurídica se afirma, casi sin contradicción, que la doctrina de la Dirección ha sufrido la siguiente evolución: se inicia con una tendencia a la asimilación de la sociedad de responsabilidad limitada a las sociedades personalistas (Res. 14 julio 1933, 16 abril 1942 y 9 marzo 1943), vira luego en sentido inverso (Res. 11 agosto 1943) y concluye considerándola como figura intermedia entre ambos términos de la clasificación utilizada (a partir de la Res. 15 enero 1945), doctrina esta última que se estima aún vigente. Si esta posición fuera cierta, carecería de gran importancia la discrepancia con la Jurisprudencia en cuanto ésta habla de sociedad personalista, y la Dirección de sociedad mixta o intermedia. Lo esencial sería la consideración unitaria y abstracta, ajena a todo casuismo, y la consiguiente aplicación en bloque de las normas dictadas para otro tipo social. Por el contrario, entendemos que la discrepancia es más profunda, y que, considerada en su conjunto, la doctrina de la Dirección puede ser adscrita a la más sana tendencia casuística. Para demostrarlo, estudiaremos sucesivamente cada una de las tres etapas aludidas:

a) Etapa personalista: En todas las Resoluciones que la integran se destaca una intensa consideración de los supuestos de hecho en cuestión. La de 14 julio 1933, que exige el consentimiento de los demás socios, o de la mayoría de ellos, para la transmisión de cuotas sociales, se apoya fundamentalmente en una aplicación analógica de los preceptos estatutarios relativos a otros actos de trascendencia social análoga. Claro está que tal aplicación puede hacerse porque se parte de la idea de que la transmisión de participaciones tiene una especial trascendencia para la vida social, hecho éste que no se razona, sin duda por tenerse en cuenta la realidad del supuesto, en que las personas de los socios tenían efectivamente gran importancia. La Res. 16 abril 1942 dice expresamente: «Nuestro C. de c. exige que en la escritura de constitución de la sociedad colectiva se consigne la duración de la Compañía, y a ese tipo responde la de responsabilidad limitada objeto de la escritura pendiente del recurso». Estas palabras nos relevan de toda aclaración acerca de su criterio casuístico. Finalmente, la Res. de 9 marzo 1943, si bien parece obtener la solución al caso de razonamientos de índole general, destaca, no obstante, las

(22) Acerca de los requisitos de la semejanza entre los supuestos de hecho, cf. nuestro mencionado estudio, págs. 642 ss.

circunstancias del mismo, claramente personalistas (23); se debe, en consecuencia, pensar que han sido tenidas en cuenta al resolver el recurso.

Es cierto que en las Res. de 1933 y 1943 se utilizan otras argumentaciones más generalizadoras. Pero, si bien en la segunda se llega a indudables excesos en tan sentido, no así en la primera, que se mantiene en un plano de notable prudencia. En efecto, se dice: «...las sociedades de responsabilidad limitada, que coinciden en sus principios con las sociedades por acciones, en cuanto a ellas se limita la responsabilidad de los socios a una cantidad previamente determinada, y de otra parte con las sociedades de tipo personal, en cuanto fueron creadas para satisfacer necesidades de la pequeña industria, sin subordinarse a la anónima...», es decir, se alude al parentesco con las sociedades de tipo personalista sobre la base de la finalidad económica inicial de la limitada, lo cual es en gran parte exacto. Por otra parte, el criterio restrictivo en cuanto a la transmisibilidad de participaciones se nos presenta como mera tendencia o directriz que impide fomentar la circulación en el mercado, no como un principio rígido (24). Se habla finalmente de la mutua confianza y la relación familiar como algo «que muchas veces une a los elementos que las forman», es decir, no se dogmatiza, sino que se describe un hecho frecuente, no necesario.

La Res. de 9 marzo 1943 incurre, por el contrario, en la criticada dogmatización generalizadora. Dice esta Res.: «Constituidos los dos grandes grupos de sociedades por las de personas y las de capitales, tanto si se estima la de responsabilidad limitada como variante de la sociedad por acciones con organización más simplificada y flexible, criterio que domina en las legislaciones germánicas, como si se adscribe a las sociedades de tipo personalista, según se regula en las leyes de los países latinos y se acentúa en el art. 108 de nuestro R. R. M...». La alusión a las Legislaciones germánicas y latinas es totalmente arbitraria, y sobre todo no sirve para nuestro Derecho, por la sencilla razón de no haber en él una Legislación reguladora de la sociedad de responsabilidad limitada; el argumento derivado del art. 108 R. R. M. resulta a su vez totalmente desvirtuado por la posterior doctrina de la propia Dirección sobre la razón social. Por otra parte, al afirmar la Res. que «no gozan de mucho favor entre los juristas las sociedades mercantiles de tipo personalista constituidas entre los cónyuges...», parece presuponer el carácter necesariamente personalista de la limitada.

Pero esta Resolución supone, y es lo que queremos destacar, un caso aislado en la doctrina de la Dirección, que con posterioridad retornó, como veremos, al criterio casuístico.

b) Etapa capitalista: Está constituida, como sabemos, por la única Resolución de 11 agosto 1943, en la que se dice: «Para reputar válidamente constituida una sociedad de responsabilidad limitada, mientras no desparezca la laguna existente en nuestras leyes, no sólo es indispensable que conste en escritura pública, sino que, además, para que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil, es necesario, por el carácter de sociedades de capitales que las limitadas comparten con las anónimas, y por que puede identificarse el régimen

(23) Hablaremos de sociedades personalistas y capitalistas en el sentido de mayor o menor importancia del *intitulus personarum*, con las limitadas consecuencias que esto tiene.

(24) Al permitir el pacto contrario a tal criterio, se admite expresamente la posibilidad de una configuración no personalista de la limitada.

de responsabilidad de ambas, que aquéllas aparezcan con base patrimonial firme...». Como conclusión, se estima no incríble una escritura de constitución de sociedad limitada en que, no desembolsándose de momento el capital, se reservaba a los administradores de la sociedad la facultad de determinar las fechas y formas de desembolso de los dividendos pasivos. La pretendida aplicación analógica de normas o principios de la sociedad anónima parece exacta en su fundamento, puesto que se basa en un dato constante y necesario de toda sociedad limitada, como la limitación de responsabilidad análoga a la de la anónima y la necesidad de una base patrimonial firme. Pero es inexacta en sus consecuencias, pues ninguna norma, ni antes ni después de la Ley de 17 de julio de 1951, impide en la sociedad anónima que se reserve a algún órgano social la determinación de las fechas de desembolso de los dividendos pasivos (25). Lo que hay que destacar es que esta resolución no supone una aproximación a la anónima del tipo de la pretendida aproximación a las sociedades personalistas que hace la Sentencia de 19 de junio de 1952, sino una simple utilización de los puntos en que necesariamente, y por definición, la limitada ha de coincidir con la anónima.

Al hablar la Resolución comentada de la sociedad limitada como sociedad de capitales, se quiere, sin duda, pese a lo propio y extraño de la expresión, ya utilizada, como vimos, por la Resolución de 9 marzo 1943, no ya asimilarla a la anónima dentro de una clasificación de tipo rígido, sino poner de relieve la importancia que al capital otorga el hecho de la limitación de responsabilidad. Y esta importancia es la que sirve de base a la solución ofrecida, que para nada necesita de una más acentuada asimilación a la anónima.

c) Etapa mixta o intermedia: La ocasión para el nuevo giro de la doctrina de la Dirección fué el reiterado planteamiento de recursos en torno al problema de si se exige o no en la sociedad de responsabilidad limitada una razón social (Res. 15 enero 1945, 12 diciembre 1945, 10 mayo 1946 y 3 junio 1948). Luego se utiliza la misma doctrina para resolver cuestiones diferentes (Res. 21 marzo 1947, en torno a un problema de prórroga de sociedad de duración limitada, 2 agosto 1950, a propósito de la proporcionalidad del derecho de voto, 30 marzo 1951, sobre un caso de destitución de un gerente estatuario, y 9 noviembre 1951, sobre la posibilidad de no incluir los Estatutos en la escritura fundacional). En términos generales, la doctrina es la siguiente: la sociedad de responsabilidad limitada constituye una figura intermedia, bien entre la sociedad colectiva, la anónima y las cuentas en participación (Res. 15 enero 1945 y 10 mayo 1946), bien simplemente entre la sociedad colectiva y la anónima (Res. 21 marzo 1947, 2 agosto 1950, 30 marzo y 9 noviembre 1951), bien entre las personalistas y las capitalistas (Res. 3 junio 1948). Como se ve, sólo en una de las Resoluciones se utiliza la clasificación personalistas-capitalistas, hablándose en las demás de colectivas y anónimas, lo que es más exacto. Por otra parte, desde la Res. 21 marzo 1947 se

(25) No obstante, el art. 3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada (publicado en el *Boletín de las Cortes Españolas*, núm. 415, de 29 de diciembre de 1952) llega más lejos que la Res. que comentamos, ya que, siguiendo la doctrina de la Sentencia de 4 de febrero de 1950, establece que «desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado» (se refiere al capital social), exigencia cuya justificación no parece muy clara, sobre todo en cuanto supone una desviación del régimen, menos riguroso, establecido para la sociedad anónima.

abandona toda alusión a las cuentas en participación, alusión que realmente parecía poco oportuna.

La finalidad principal de la nueva doctrina es evitar una excesiva asimilación a la sociedad colectiva: tal sentido tienen las Resoluciones sobre el problema de la razón social; además las Resoluciones de 10 mayo 1946 y 21 marzo 1947 insisten expresamente en que no cabe someter totalmente la sociedad limitada a los preceptos reguladores de las sociedades de responsabilidad ilimitada.

Se destaca por otra parte la posibilidad' de que la sociedad limitada cumpla finalidades económicas diferentes de las que suelen considerarse típicas de las sociedades llamadas personalistas. Así, la Resolución de 3 junio 1948 habla de que la antigua oposición entre legislaciones latinas y germánicas se borra en el C. c. italiano de 1942, que se aproxima a los modelos anglosajones y requiere una denominación, lo cual quiere decir que estas sociedades también desempeñan la función de las anónimas de pequeño capital y no están vinculadas necesariamente a grupos familiares o de reducido número de socios. Y la de 30 marzo 1951 añade que «por restricciones legales para la constitución de compañías anónimas, cumplen en ocasiones las sociedades de responsabilidad limitada los fines de aquellas con menor capital, resuelven complejas situaciones hereditarias o simplemente reducen la responsabilidad que tienen los socios en las colectivas, por lo que, a falta de reglamentación en el Derecho Mercantil español, no cabe aplicarles siempre las disposiciones que con carácter de *ius cogens* impone el Código a las colectivas y comanditarias, porque con ello desaparecería o se modificaría la nueva figura jurídica creada por las necesidades del comercio y regida por la libertad de pactos reconocida en el art. 121 del Código criterio con el que coincide el Derecho extranjero y las opiniones de autorizados mercantilistas, que afirman como ley general de estas sociedades el contrato social libremente estipulado» (26). Esta exacta consideración sobre la variedad de finalidades y estructuras de la sociedad limitada, consideración cuyo mayor defecto es arrancar en principio de la posición de un Derecho extranjero (27), trae como lógica consecuencia la necesidad de seguir un criterio casuístico en el tratamiento jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, y muy especialmente en la ineludible aplicación analógica de normas dictadas para otros tipos sociales. Como resumen de esta conclusión se puede citar la doctrina de la Resolución de 2 agosto 1950, según la cual «estas sociedades son intermedias entre las colectivas y las anónimas, y según predominen en ellas las características de las primeras o de las segundas les serán aplicables por analogía las normas dictadas para una u otra clase de sociedades...». Se trata sin duda de un criterio casuístico excesivamente basto, ya que lo decisivo no es que la sociedad en cuestión se aproxime globalmente a otro tipo social.

(26) Ya la Res. 15 enero 1945 dijo: «... no obstante el carácter familiar o de estrecha vinculación personal que en ocasiones pueden revestir». Hay que hacer notar que al aludir la Res. 30 marzo 1951 a la libertad de contrato social como norma de estas sociedades, debe entenderse que quiere hablar de la posibilidad de libre configuración de la sociedad en lo lícito, no de que no existan límites coactivos.

(27) La Res. 30 marzo 1951 habla también de que en las legislaciones más recientes desaparecen los límites precisos que permitían dividirlas en dos tendencias, latina y germanica, y asimilarias en las primeras a las sociedades personalistas y en las segundas a las de capitales. También aluden al Derecho extranjero las Res. 10 mayo 1946 y 21 marzo 1947.

sino que se den los requisitos específicos que para la aplicación analógica señala la más autorizada doctrina: es decir, la identidad sustancial del supuesto de hecho con el determinante de la *ratio iuris* de la norma que se trate de aplicar. Pero lo que interesa destacar es que la Dirección General no se ha dejado llevar, tampoco en esta fase, por la sugestiva tendencia dogmatizadora de un gran sector de la doctrina, que, de espaldas a la realidad, asigna a la sociedad de responsabilidad limitada una etiqueta inmutable y por ello artificiosa (sea atribuyéndola el carácter de personalista, sea el de capitalista o mixta), y obtiene de aquí las consecuencias naturales en cuanto al régimen jurídico de la sociedad. Por el contrario, la Dirección General atiende predominantemente a los datos del supuesto concreto, y ésto, no para la inclusión de éste en la ya desprestigiada clasificación de sociedades en personalistas y capitalistas, sino como base para la aplicación analógica de normas relativas a otro tipo social determinado.

Jerónimo LOPEZ LOPEZ
Doctor en Derecho

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ.
Notario

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Cesión de crédito litigioso: Aplicación del Artículo 1.535 del Código Civil

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1952

ANTECEDENTES.—Como en los considerandos de la sentencia comentada se recogen los suficientes, basta aquí centrar el problema objeto de la litis en el hecho de que en incidente surgido durante la tramitación de un juicio declarativo de mayor cuantía, la demandada en el indicado procedimiento suplicó se tuvieran por bien hechas las consignaciones referentes al valor del crédito interés y costas, ejercitando el derecho a que se refiere el art. 1.535 del Código civil y que en consecuencia se declarase extinguido el crédito litigioso. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial estimó la demanda incidental en todas sus partes, declarando extinguido el crédito o derechos objeto de la cesión previo reembolso al cessionario. Se interpuso recurso de súplica contra dicho fallo, fundamentándolo en que el art. 1.535 del Código civil se refiere a la cesión de un crédito, mientras que por el contrato de cesión, objeto del incidente, se cedieron una totalidad de derechos y obligaciones, lo que haría inaplicable el art. 1.535. La propia Sala de lo Civil dictó sentencia confirmatoria de su anterior.

El cessionario del crédito, interpuso recurso de casación por infracción de ley en base a tres motivos de los cuales el Tribunal Supremo tuvo en cuenta el segundo, fundándolo en el número uno del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil «por incurrir la sentencia de instancia en interpretación errónea y aplicación indebida del art. 1.535 del Código civil».

El Tribunal Supremo dió lugar al recurso de casación y dictó segunda sentencia en base a los siguientes:

CONSIDERANDO.—Que como antecedentes indispensables para que quede bien centrada la cuestión jurídica planteada en este litigio han de hacer resaltar los dos hechos siguientes indiscutidos por ambas partes litigantes: Primero: Que mediante contrato privado fechado en Madrid a 6 de abril de 1945, doña M. del R. A. y de P. mayor de edad y soltera, dueña de la finca llamada «Valle de los molinos de Arribas» sita en el término municipal de Y., provincia de T., con los linderos que se describen y con una cabida declarada de 2.014 hectáreas, superficie que sirve de base para llevar a efecto el contrato, la vendió a los señores don M. y don F. P. en el precio de 1.000.000 de pesetas, del que los compradores entregaron en el acto a la vendedora 100.000 pesetas, como parte anticipada de precio convenido, sirviendo de recibo el mismo contrato, y aplazado el pago del resto de la cantidad pactada, o sea 900.000 pesetas, para el día 15 de octubre de aquél mismo año 1945 o antes si así conviniese a los compradores en cuyo acto se les otorgaría por la vendedora la correspondiente escritura pública con la que quedaría hecha de pleno derecho la posesión de la finca, estableciéndose en la cláusula 5.^a las oportunas prevenciones para caso de incumplimiento del contrato por cada una de las partes otorgantes del mismo, y segundo: que con fecha 13 de septiembre del propio año 1945, esto es, un mes antes de la

fecha tope establecida para que los compradores de la finca señores P., consumasen sus obligaciones contractuales con la entrega de las 900.000 pesetas, resto aplazado del precio de la compraventa, interpelaron judicialmente estos compradores a la vendedora formulando demanda de juicio declarativo de mayor cuantía con la súplica de que la vendedora los otorgase el título o escritura pública de la finca a que se refiere el contrato privado de 6 de abril anterior con la total extensión de las 2.014 hectáreas, y si no pudiese entregarse esa extensión, por resultar la finca con menor cabida, se subsane ese defecto en el título y se modifique el precio de la compraventa celebrada en la proporción a la extensión real que en definitiva y previa medición pericial arroje la finca fijándose la cuantía en ejecución de sentencia, demanda a la que se opuso la vendedora por estimar ser la declarada la cabida de la finca, y que resolvió el Juez de primera instancia número 4 de los de M. por su Sentencia de 5 de diciembre de 1946, en la que considerando efectuada la venta de la finca como cuerpo cierto desestimó la demanda formulada por los compradores señores P., sobre modificación del precio de venta de la repetida finca rústica «Valle de los Molinos de Arriba» absolviendo de tal pretensión a la demandada, sentencia que fué apelada por los compradores señores P., y en tal trámite se verificó la cesión de los derechos de éstos al señor C., hoy litigante, dándose lugar a la cuestión incidental origen del presente recurso.

CONSIDERANDO.—Que del examen de los hechos que anteceden se deduce claramente la extensión y alcance de los vínculos jurídicos que quedaron establecidos al otorgarse el contrato de compraventa que integra el documento privado de 6 de abril de 1945 y que no son otros que los normales en un contrato de compraventa de finca rústica perfeccionado por concurrir en él los requisitos del art. 1.261 en relación con el 1.450, ambos del Código civil y comenzada su consumación mediante la entrega anticipada de parte del precio convenido, quedando en síntesis vigente el derecho de la vendedora a que se le entregue la cantidad pactada como precio de la venta dentro del plazo estipulado y su obligación de otorgar la escritura pública correspondiente y hacer entrega de la finca vendida, y por parte de los compradores su obligación de entregar la cantidad pactada y el derecho de que se les otorgue la escritura pública con la correspondiente posesión de la finca, derechos y deberes correlativos unos de otros y que revelan la igualdad de posiciones jurídicas entre ambos contratantes, que la contienda judicial entablada ante el Juzgado número 4 de los de M. no albergó tampoco, porque si las pretensiones de los demandantes tendían a modificar su obligación de entrega del precio en relación con la determinación exacta de la cabida de la finca que se estimaba por ellos ser menor de la declarada en el contrato, la decisión del Juzgado desestimando tal pretensión dejó a ambos contratantes investidos de los mismos derechos y obligaciones recíprocos que ostentaban al acabar de firmar el tan repetido documento privado de compraventa de 6 de abril de 1945, posiciones contractuales que solamente mediante una extensión desmesurada del concepto pueden calificarse como de acreedoras y deudoras porque su misma nota de reciprocidad las hace cambiar de signo según el lado desde el que se las considere, lo que excluye la idea de fijeza en sus términos de la relación crediticia simple.

CONSIDERANDO.—Que establecida como queda dicho la posición jurídica de ambas partes contratantes después de producida la resolución judicial de 5 de diciembre de 1946 e interpuesta apelación contra ésta por los compradores demandantes en aquel pleito, tuvo lugar la cesión mediante precio de los derechos y obligaciones de éstos consignada en la escritura pública de 27 de junio de 1947 en virtud de la cual el cesionario señor C. sustituyó a los cedentes en los derechos y obligaciones manantes del negocio jurídico de la compraventa de la finca rústica consabida y al mismo tiempo en el ejercicio de las acciones que para hacer efectivos aquellos derechos se habían ejercitado en el litigio pendiente entre ambas partes, y, dejando a parte la consideración de si esta cesión hubiera requerido para su eficacia el consentimiento o por lo menos el conocimiento de la otra parte contratante vendedora, toda vez que en virtud

de la conducta procesal de ésta al interpelar judicialmente al cessionario ha quedado reconocida la personalidad de éste en el pleito, la vendedora demandada por estimar el caso comprendido en las prescripciones del art. 1.535 del Código civil promovió la cuestión incidental que ha dado origen al presente recurso, para enjuiciar el cual solamente hay que examinar la cuestión estrictamente jurídica de si dados los antecedentes de hecho consignados se dan las condiciones requeridas para aplicar al caso la norma legal aludida.

CONSIDERANDO.—Que si se estima con detención el citado art. 1.535 del Código civil se advierte que por su colocación al final del Capítulo 7.^o que con la rúbrica de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales forma parte del Título cuarto del libro cuarto de la ley sustantiva civil, contempla el caso peculiar de la transmisión o cesión a título oneroso de un crédito litigioso, y aunque sin duda por su general acepción, el concepto jurídico de la palabra crédito no ha tenido ocasión de ser interpretado por la jurisprudencia y ni aun los tratadistas ni comentadores del Código han parado mientes precisamente en él pues la doctrina jurídica se ha limitado por lo general a examinar la extensión y alcance del adjutivo litigioso, los precedentes históricos del precepto y la figura «sui generis» del retracto que el dicho precepto integra con la relevante afirmación de algún sector de la doctrina (Cataluña) de que los arts. 1.535 y 1.536 del Código civil, si bien establecen para la venta de créditos litigiosos sanciones parecidas a las de la Ley Anastasiana no extienden sus disposiciones a otros contratos ni a otros derechos procede, con fines únicamente de unidad a efectos del estudio de este recurso, y desde luego sin propósito de establecer una definición jurídica de la palabra crédito, que iría contra la norma y crédito general de nuestra legislación positiva que elude la expresión de definiciones señalar un concepto simple y vulgar del vocablo crédito para que pueda ser explicado el contenido del aludido art. 1.535 de la Ley sustantiva civil, y a este efecto puede servir de acepción léxicográfica de la repetida palabra que es *derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa*.

CONSIDERANDO.—Que con base en el concepto de la palabra crédito que queda expresado, es difícil explicar cómo ha de realizarse lo preventido en el precepto del Código civil que se está analizando, esto es, que cuando la persona que ha de recibir la cosa (acreedor) reclama de quien ha de entregarla (deudor), mediante interpellación judicial en que ha de decidirse sobre la existencia de la obligación y el «quantum» de su importe, es decir, que por ser dudoso ha de resolverse mediante la sentencia (condición para calificar al crédito de litigioso a que se refiere la jurisprudencia de esta Sala en sus resoluciones de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904) y durante la tramitación del pleito, el acreedor vende su derecho a otra persona, que se subroga en aquel derecho, pero no en obligación alguna en este trance cuando el deudor puede utilizar la especie de retracto que el repetido precepto tiene establecido, pero sin que este privilegio pueda ser utilizado por quien no ostente la cualidad de deudor en la relación jurídica a la que se pretende poner fin.

CONSIDERANDO.—Que a la vista de los razonamientos que anteceden y poniéndolos frente al caso que contempla el presente recurso, resulta ineludible la afirmación de que no puede tener aplicación la norma contenida en el repetido art. 1.535 del Código civil al negocio jurídico que ha sido la base de la cuestión incidental originaria del recurso, porque en primer lugar, entre la vendedora de la finca rústica y los compradores de ella existía un vínculo jurídico integrado por derechos y obligaciones alternativamente reciprocos que irían extinguéndose a medida que se efectuase la consumación de la compraventa concertada en absoluto diferentes a la simple relación crediticia de acreedor y deudor; además, el litigio que los compradores promovieron no fué encaminado a solicitar lisa y llanamente la entrega de la cosa por la vendedora con determinación de cuánta había de ser la cosa entregada (que es la verdadera reclamación del crédito por el acreedor) sino que era lo contrario, porque se

pretendía que se declarase la cantidad que ellos (los compradores) habían de entregar a la vendedora resultas de divergencias suscitadas entre los contratantes sobre la cabida de la finca, pero siempre dentro del desarrollo del contrato de compraventa concertada, y en último término, porque aun aceptando, por concesión polémica, la tesis de la demandante en la cuestión incidental que se discute, de existencia de acreedores y deudores, los realmente deudores son los compradores que adeudaban a la vendedora el resto del precio concertado de la venta, y al ceder éstos sus derechos y acciones, el cesionario adquirió también la condición de deudor, y siendo esto así, no es la verdadera acreedora, a quien ninguna cantidad se reclamaba y que tampoco tenía obligación anterior de entregar, la que puede utilizar el derecho de retracto contenido en el artículo 1.535 del Código civil, ya que al hacerlo no extinguía deuda suya que ie había sido reclamada, sino que lo que efectivamente pretendía conseguir era rescindir un contrato de compraventa perfecto aunque no consumado, sin que concurriesen las prevenciones que se establece en los arts. 1.290 y siguientes del Código civil, ni aun las estipulaciones pactadas en la cláusula 5.^a del contrato de compraventa de 6 de abril de 1945 celebrado entre ambas partes, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora y declarar aplicable al caso la prescripción del citado art. 1.535 del Código civil ha incurrido en el vicio de interpretación errónea y aplicación indebida de dicho precepto que se acusa en el motivo segundo del recurso, que por tanto debe ser estimado.

CONSIDERANDO.—Que aceptado el motivo segundo del recurso, es innecesario entrar en el examen de los restantes motivos primero y tercero del mismo.

COMENTARIO

El razonamiento decisivo para la Sala es el de que en el art. 1.535 del Código civil, el vocablo *crédito* significa «derecho que uno tiene a recibir de otro una cosa» y que éste sólo se puede referir a la «simple relación crediticia de acreedor y deudor» (4.^o Consid.); la que, por tanto, no podrá originar del contrato de compraventa, ya que éste crea «un vínculo jurídico integrado por derechos y obligaciones alternativamente recíprocas que irían extinguiéndose a medida que se efectuara la consumación de la compraventa concertada» (sesto Consid.) y, porque, además, «solamente mediante una extensión desmesurada del concepto pueden calificarse (compradores y vendedores) como de acreedores y deudora porque su misma nota de reciprocidad las hace cambiar de signo según el lado desde el que se las considere, lo que excluye la idea de fijeza en sus términos propia de la relación crediticia simple» (2.^o Considerando). De este modo, se restringe al máximo el alcance del art. 1.535, pues así queda excluido de su ámbito todo derecho nacido de un contrato bilateral (1).

El juzgador dice haber buscado un «concepto simple y vulgar del vocablo crédito». Ciento que el sentido por él propuesto se encuentra en el uso vulgar y hasta alguna vez, quizás, en algún texto jurídico; pero no es menos cierto que en el uso corriente se utiliza también con esa otra extensión «desmesura-

(1) Se dice también, pero parece que, como después se agrega, «por concesión polémica», que además, el litigio que los compradores promovieron no fué encaminado a solicitar la y llanamente la entrega de la cosa por la vendedora».

da» (2), y que es ella la que se emplea normal y generalmente en el lenguaje del Derecho.

En efecto, en el Digesto ya se dijo que era acreedor aquel a quien se debe algo «ex quacumque actione vel persecutione» (50, 16, 10), y desde entonces el sentido genérico de la palabra crédito ha sido el utilizado por las leyes y los juristas. Entenderla en el sentido «simple» propugnado en la Sentencia sería enfrentarse con la secular tradición jurídica y con el uso del mismo Código civil. Cuando se regula la concurrencia y prelación de créditos, se entiende como «créditos» a los resultantes de los contratos bilaterales y como tales ingresan en la masa del concurso o de la quiebra (3). En el Derecho de obligaciones, se considera deudor a quien puede exigir una cosa determinada (artículos 1.096, 1.107, 1.165, 1.167, etc.), y acreedor, a quien debe entregarla (arts. 1.104, 1.107, 1.165, 1.166, etc.), resulte ello de un contrato unilateral o bilateral; igualmente se considera poseedor de un crédito (art. 1.164) a quien aparece como acreedor o derechohabiente, conforme a un contrato bilateral.

Bastará lo dicho para convencernos de que no es posible, en nuestro Derecho, reducir el término crédito (y los correlativos deuda, acreedor y deudor) al resultante de la «relación crediticia simple». Cabe aún preguntar: ¿se usa excepcionalmente con este sentido en el art. 1.535? Un único apoyo cabe imaginar para la respuesta afirmativa. El capítulo VII (lib. IV, tit. 4º) lleva el epígrafe «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales» y en el artículo 1.535 se dice «un crédito litigioso», sin mencionarse a los «demás derechos incorporales». Lo que podría entenderse como eliminando del contenido del artículo a estos otros derechos incorporales. Pero, con razón, nadie ha utilizado este argumento, porque el texto de los artículos anteriores al 1.535 muestra que se ha omitido la última frase para evitar un alargamiento innecesario de los párrafos y porque sólo en el primer artículo del capítulo (art. 1.526) se utiliza la fórmula más extensa de «cesión de un crédito, derecho o acción». Y lo cierto es que no recordamos un solo autor, antiguo o moderno, español o extranjero, que haya pretendido limitar el alcance de la cesión de créditos litigiosos a esos llamados «créditos simples» y que niegue su aplicación a los derechos nacidos de contratos bilaterales (4).

(2) Así se habla de los créditos que integran una cuenta corriente; se considera crédito legítimo el derecho exigible derivado de un contrato y las palabras deuda y deudor se refieren a la obligación y al obligado por cualquier clase de contrato.

(3) En la antigua L. E. C. había una referencia a créditos procedentes de contratos (art. 592, 3º).

(4) Es muy significativo que en el mismo recurso se niegue (frente a la sentencia de instancia) haber dicho que sea sólo aplicable el art. 1.535 «cuando se vende o cede un solo crédito y no a derechos». Pero (añade) esto es inexacto, porque lo que ha manifestado el recurrente con el testimonio de los ilustres tratadistas señores Sánchez Román, Bonet y Castán, es que los arts. 1.526 a 1.536 sólo hablan de la transmisión de los créditos y demás derechos incorporales (de la cesión de facultades de acreedor) (Motivo 3º). Palabras en las que se manifiesta la doctrina común y a nuestro juicio, exacta.

El razonamiento base del recurso es otro. Se dice, que puede aislarse una doble corriente de derechos y obligaciones a favor y cargo de cada parte, en los contratos bilaterales o reciprocos, en que ambas sean acreedoras y deudoras, pero por distintos conceptos. De lo que se deduce que, en el caso de autos, no había habido cesión de crédito litigioso, pues lo cedido es el crédito a la entrega de la cosa vendida y en litigio entraba sólo la deuda.

La verdad es que no se adivina cómo sea posible referir el art. 1.535 a esos créditos derivados de la «simple relación crediticia» y excluir de su ámbito a los créditos o derechos nacidos de cualquier otra causa. El art. 1.536 lo aclara de tal modo, que no parece posible siquiera la duda. Dice que se exceptúan de lo dispuesto en el art. 1.535 la cesión o ventas hechas: 1.º A un coheredero o conduño del derecho cedido. 2.º A un acreedor en pago de su crédito. 3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda. Se entiende, pues —conforme al art. 1.535 y que por eso se exceptúa en el art. 1.536—, como crédito cedido (a efectos del art. 1.535) la cesión del derecho a una herencia, de la titularidad dominical en un derecho y del derecho impuesto y que sujeta a una finca. Esto es, que el art. 1.535 se aplica no sólo a los créditos, sino a todos los derechos cedibles (art. 1.112) que estén en litigio.

Completa su razonamiento la sentencia con la afirmación de que aun aceptando «por concesión polémica» la «existencia de acreedores y deudores, los realmente deudores eran los compradores que adeudaban a la compradora el resto del precio concertado de la venta y al ceder éstos sus defectos y acciones el cessionario adquirió también la condición de deudor». Este párrafo resulta en sí contradictorio y además es contrario a la realidad jurídica. Se dice que los compradores ceden *derechos y acciones*, de lo que no se infiere —como sería lógico— la transmisión de la condición de derechohabiente y acreedor, sino que se afirma que el cessionario no deviene acreedor ni adquiere un crédito, sino que se hace deudor de la vendedora. ¿Cómo se explica esto?

El cedente (compradores) no pudo ceder más que lo que el derecho le permite, es decir, los derechos adquiridos en virtud de una ajena obligación (artículo 1.112), un crédito, derecho o acción (art. 1.526), o sea, lo que el cedente podrá exigir: la entrega de la cosa vendida. La cesión no pudo tener mayor efecto. No es posible que el cedente y el cessionario puedan por la cesión (al ceder) transmitir una deuda, imponerle un nuevo deudor a la vendedora. La cesión no origina asunción de la deuda (5). La sustitución de la persona del deudor supone la novación (art. 1.203, 2.º) y esta novación no cabe hacerla sin consentimiento del acreedor —aquí la vendedora— (art. 1.205), consentimiento que ha de manifestarse de forma concluyente, de modo cierto e indudable (6). La importancia práctica de la cuestión es evidente. Piénsese en el caso de insolvencia del cessionario. Si el cessionario ha sido hecho deudor respecto al vendedor («cessus»), el cedente quedará liberado en todo caso, incluso en el de insolvencia del cessionario. La situación jurídica, conforme a nuestro Derecho, es bien distinta (7). La cesión no cambia la relación de deuda entre compradores y vendedora; la vendedora podrá dirigirse contra los compradores cedentes mientras no sea pagada. El cessionario podrá pagar —y deberá pagar, porque se obligó a ello respecto al cedente— y este pago será liberatorio para

(5) S. T. 8. 11 abril 1944, 23 febrero 1946.
 (6) S. T. 8. 22 junio 1911, 8 junio 1929, 27 mayo 1931.

(7) Debe advertirse, de nuevo, que esta misma doctrina es la del recurso. En él se insiste en la cesión del crédito (a la entrega de la finca) por los compradores al cessionario y que este crédito cedido o vendido es independiente de la deuda de los compradores.

el cedente (art. 1.158). La vendedora podría dirigirse también contra el cesionario, en cuanto en el contrato de cesión se contenga la estipulación en su favor de que el cesionario le pague, eficaz mientras no sea revocada (artículo 1.257) (8).

La argumentación de la sentencia no es, por los motivos indicados, convincente. Si quedase alguna duda razonable sobre el alcance del texto legal habría sido necesario interpretarlo extensivamente, por analogía, refiriéndolo a «la cesión de bienes y derechos en litigio», pues así lo supone la íntima relación del art. 1.535 con el art. 1.459. No se ofrece ninguna especial razón que justifique la preferencia por la interpretación restrictiva del término «crédito litigioso». Pero se advierte en el 5º considerando que se califica de «privilegio» a la «especie de retracto» que establece el art. 1.535. ¿Significa esto que se haya aceptado el criterio del recurrente, que atribuye carácter de «excepciones» a dicho precepto? No lo sabemos. Mas se trata de una cuestión fundamental y que no puede esquivarse al estudiar el alcance de los arts. 1.459 y 1.535.

El art. 1.535 se deriva de la llamada ley anastasiana (C. 4. 35, 22), pero con más axiología podría decirse que es resultado y reflejo de la general enemiga y repugnancia del Derecho romano respecto a los «compradores de pleitos» (*redemptores litium*) y que se manifiesta no sólo en las decisiones de los Emperadores Anastasio y Justiniano (C. 4. 35, 23), sino en las prohibiciones de enajenación de cosas litigiosas, de la adquisición de cosas y derechos en litigio por abogados, procuradores y personas poderosas, y en la prohibición de la «quota litis» (9). Tendencia que se mantiene en la doctrina moderna.

No ha de ocultarse que existe una importante corriente enemiga del llamado retracto de crédito litigioso (10). Ya al discutirse el proyectado Código civil francés en el Consejo de Estado, Lecuée dijo que le parecía exorbitante la facultad concedida (proponía un plazo para su ejercicio), y añadió que podía ocurrir que un hombre opulento para favorecer a un pariente pobre le comprase sus derechos litigiosos (11). Y, su más dura crítica la ha hecho Laurent. Dice que se trata de «una verdadera expropiación», que como tal no debe consentirse más que por causa de utilidad pública y que, además, hay derecho a quejarse de ser privado de una propiedad «aunque sólo sea de una posibilidad de beneficio, porque especular es un Derecho» (12). Homs también lo

(8) En la sentencia se dice: «aparte de si esta cesión hubiera requerido para su eficacia el consentimiento o por lo menos el conocimiento de la otra parte contratante vendedora, toda vez que en virtud de la conducta procesal de ésta al interpelar judicialmente al cesionario, ha quedado reconocida la personalidad procesal de éste en el pleito»; frase en la que se confunden instituciones jurídicas diferentes, la cesión de crédito (para cuya eficacia respecto al cedido se requiere el conocimiento), la asunción de deuda (para la que se requiere el consentimiento del acreedor) y la personalidad procesal.

(9) HOMS, *La ley anastasiana y su aplicación en Cataluña*, R. J. C. 7 (1901), págs. 290-291.

(10) No hay subrogación (como se requiere en el retracto), ya que al adquirirse el crédito del que se es deudor se extingue por confusión; ni rescisión, porque es ineficaz la cesión y el derecho codido se extingue. Nace la cesión (por ser su objeto el derecho litigioso) arente de firmeza y queda «ex lege» pendiente de la voluntad del deudor extinguir el crédito litigioso mediante reembolso al cesionario.

(11) *Procès-Verbaux du Conseil d'Etat*, 1808, III, pág. 433.

(12) *Principes de Droit civil*, 1878, XXIV, § 581, pág. 574, 575.

considera como un precepto legal que va en «detrimento del derecho de la propiedad y de la libertad de contratación» (13).¹³

La doctrina común, por el contrario, defiende tal regla y ello por dos tipos de razones. Uno, el carácter «odioso» que socialmente tiene el «comprador de procesos» (14). Su proceder es inmoral, dice Tronchet, aun en el caso citado por Lecuée; pues si el opulento quisiera ayudar al litigante pobre le prestaría sin más el dinero; al imponerle una cesión es que busca obtener un beneficio. El consejero Pellet dice que los cesionarios de créditos litigiosos estaban mal vistos; que en el sur de Francia este abuso de la cesión se había convertido en oficio, explotando los compradores de pleitos a uno y a otro de los litigantes, y que tan agudo se hizo este mal, que originó en Vivarais (1782) una insurrección, que requirió la intervención de la fuerza armada (15). Al presentarse el «Code civil» al Tribunal se dirá que la disposición se dirigía «contra estos hombres ávidos de los bienes ajenos, que compran acciones o procesos para vejar al tercero o enriquecerse a sus expensas» (16). Otra razón se tiene también en cuenta. Se piensa no sólo poner un freno a la «avaricia de los compradores de derechos litigiosos», sino también en «detener los procesos» en lograr el bien de la paz» (17). Idea que en España García Goyena recoge diciendo que su «objeto fué cortar los pleitos» (18). De aquí el carácter acentuadamente moral del precepto. Reconocido por todos desde Justiniano (19) hasta hoy (20), incluso por los partidarios de la supresión. Laurent dice: «Creemos que hay un prejuicio de caridad cristiana» (21) y Homs añade que la ley anastiana y las disposiciones similares «ofrecen un fondo ético innegable» (22).

La paz, el fin de los procesos, el favor del débil se han estimado preferibles a la libertad de especulación y recogiéndose el sentimiento de reprobación moral del pueblo, se concede un medio para que el deudor rescate su crédito de manos de ese tipo, siempre sospechoso, del comprador de pleitos. Además, ha podido considerarse incompatible con la dignidad de la Administración de Justicia, el que se permita el aprovecharse de un proceso hasta convertirlo en objeto de agio.

En las legislaciones se han seguido diversos procedimientos para sancionar la venta de créditos litigiosos. Uno más drástico, el de la prohibición o ineficacia de la cesión, y otro más flexible, distinguiendo casos y dejando algunos sin pro-

(13) Loc. cit., pág. 547.

(14) POTIER, *Traité du contrat de vente*, § 597, *Oeuvres*, 1818, IV, pág. 344.

(15) Procés-Verbaux, loc. cit., pág. 434.

(16) *Exposé des motifs*, hecho por PORTALIS (núm. 70). *Code civil, suivi de l'exposé des motifs*, & 1820, VI, pág. 45.

(17) POTIER, Loc. cit., §§ 590, 597, págs. 230, 344.

(18) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, III, pág. 435.

(19) *Tam humanitatis quam benivolentia plena*, dice Justiniano que se dictó la ley anastiana, C. 4, 35, 23.

(20) COLIN Y CAPITANI, *Curso elemental de Derecho civil*, ed. 1925, IV, págs. 196-197; JOSSEGRAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1933, II, § 814, págs. 440-441; PLANOL, RIBERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, II, § 1650, pág. 603; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 1899, IV, pág. 732; CASTÍN, *Derecho civil español común y foral*, 1941, III, páginas 88; MUCIUS SCAMOGLIA, *Código civil*, ed. 1906, XXXIII, pág. 964; MARINERA, *Comentarios al Código civil español*, X, pág. 373-374 (indeciso frente a la opinión de Laurent).

(21) Loc. cit., pág. 574.

(22) Loc. cit., pág. 546. Su enemiga a la ley anastiana es, dice, porque ese fondo ético no ha podido ser traducido exactamente en una regla jurídica absoluta.

hibir, pero entregando al deudor cedido la posibilidad de rescatar su deuda de manos del cesionario. Este es el sistema que, como propio de los Códigos franceses (23) sigue nuestro Código civil; pero, con la especialidad recogida del Proyecto de 1851 (art. 1.381), de no prohibir en general a los abogados y procuradores la compra o cesión de bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal en cuya jurisdicción o territorio ejerzan sus funciones, sino sólo cuando se trate de bienes o derechos que fuesen objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio (art. 1.459). De este modo, la compra de pleitos por abogados y procuradores, en general, quedará regulada por el artículo 1.535. Este hecho refuerza nuestra creencia de que este precepto no tiene carácter excepcional, sino que responde a un criterio general, merecedor del máximo respeto. Laurent mismo condena sin reservas la cesión de los créditos litigiosos a procuradores y abogados, pues aquí «el interés de la justicia, la honorabilidad de todos los que concurren a distribuirla predomina sobre el interés pecuniario», «su ministerio honorable debe quedar puro de todo tráfico sórdido y de toda vil especulación sobre la posición de los pobres pleítistas» (24). Ello explica que en el Código italiano de 1942, que ha superimido—no sin resistencia y crítica—el llamado retracto litigioso, se haya mantenido e intensificado el rigor de la prohibición de la cesión de créditos litigiosos a los abogados y procuradores, entre otras personas (art. 1.261), y la razón de esta prohibición está, se dice: «en la dignidad y respeto de que debe estar rodeada la administración de justicia, y, así, en el intento de sustraer tal relación de altísimo interés público de toda posibilidad de contaminación por motivo de intereses» (25).

Considera también la sentencia que al ejercitarse el art. 1.535 C. c., en el caso de autos, «lo que efectivamente pretendía conseguir (la vendedora) era rescindir un contrato de compraventa perfecto aunque no consumado, sin que concurriesen las prevenciones que se establecen en los arts. 1.290 y siguientes del Código civil» (Consid. 6.º). En esta frase se confunden el efecto inmediato y el mediato, significado jurídico y resultado económico. Si al amparo del artículo 1.535 se ejerce la facultad de extinguir un crédito litigioso cedido, ello no se opone al mandato legal y será simple consecuencia natural del mismo, que

(23) Arts. 1.597, 1.699 C. c. francés; arts. 1.458, 1.546 C. c. italiano de 1865. El mismo sistema se sigue en los recientes Códigos civiles de Egipto de 1948 (arts. 469, 471) y de Filipinas de 1949 (arts. 1.991, 1.634).

El Derecho alemán sigue otro sistema: en la Ordenanza de procedimiento civil se dispone que la enajenación (de la cosa) o la cesión (de la acción) no tiene en el proceso ningún influjo. El cesionario no está autorizado, sin la aprobación de la parte contraria en el proceso, a actuar como parte en lugar del cedente (art. 265).

Respecto a la enemiga de la «common law» a la compra de litigios, WINDFIELD, *Textbook on the Law of tort*, 1946, página 606 y sig.

En el Código civil italiano de 1942 se ha considerado suficiente la prohibición de la cesión de crédito a las personas a quienes se prohibía la compra en el C. c. de 1865.

(24) Loe. cit., §§ 56, 62, página 66, 72.

(25) PELLEGRINI, en *Codice civile. Obbligazioni*, Commentario dirigido por D'AMILIO y FINZI, 1948, I, pág. 185; RUGGIERO, MAROI, *Istituzioni di Diritto privato*, 1950, II, pg. 116.

En las Partidas se consideraba también necesario prohibir la venta de pleitos a los «más poderosos» (3, 2, 30) y a «más fuerte adversarios» (3, 7, 15); y no puede dudarse de que lo es quien tiene por oficio actuar en los tribunales en cuya jurisdicción o territorio está planteado el pleito.

si el derecho cedido fué el de reclamar una cosa vendida, extinguido ese derecho quede ineficaz la compraventa. Además, el mecanismo y resultado jurídico del art. 1.535 y los de la rescisión son por completo distintos. La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto de contrato, con sus frutos (art. 1.295); conforme al art. 1.535, el deudor tiene derecho a extinguir el crédito cedido reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fué satisfecho.

F. DE C.

III. SENTENCIAS

1. Sala primera (1)

A cargo de Javier CABANAS, Manuel GONZALEZ, Antonio IPIENS, Jerónimo LOPEZ, Manuel PEÑA, José J. PÉREZ BULTO, José A. PRIETO y Jaime SÁNCHEZ-BLANCO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA ANALOGÍA EN LA LAU: DERRIBO PARCIAL DE UN INMUEBLE CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: Véase S. 2 abril 1952 (III, 15).

2. DOMICILIO: *El domicilio de una persona es el lugar donde está vinculado, teniendo casa abierta, familia y bienes, soportando las cargas municipales y ejerciendo los derechos como vecino.* [Sentencia 23 abril 1952]

A. Con objeto de determinar la competencia en un juicio voluntario de testamentaría, se discutió cuál era el domicilio del testador, que había fallecido en un lugar (donde sostenía, desgraciadamente, relaciones adulteras) diferente de aquel donde tenía su casa abierta, en la que residían su esposa e hija, y realizaba el fallecido todos los actos que se mencionan.

B. OBSERVACIONES: Continúa esta sentencia, en lo esencial, el criterio mantenido siempre por el T. S. Cf. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. II, pág. 457. (J. L.)

3. DOMICILIO DE MUJER CASADA: V. S. 29 diciembre 1952 (D. Pr., I, 15).

4. AUSENCIA DECLARADA: V. S. 12 noviembre 1952 (III, 8).

5. CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: PRESUNCIÓN DEL ART. 1.277 C. C.: LETRA DE CAMBIO DEGRADADA A LA CONDICIÓN DE RECONOCIMIENTO CIVIL DE DEUDA: V. S. 1 mayo 1952 (D. m., 3).

6. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No constituye enriquecimiento tortífero la adjudicación al acreedor en pago de su crédito de fincas de valor muy superior al de aquél, si las fincas fueron adjudicadas en un procedimiento judicial en el que se observaron las prescripciones legales.* [Sentencia 4 junio 1952.]

7. NEGOCIO JURÍDICO: FORMA: ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA EN VIRTUD DEL ART. 1.279 C. C.: V. S. 4 marzo 1952 (III, 10).

(1) La sentencia inserta en el fascículo anterior de este ANUARIO (V-4), en Derecho Procesal, I, 2 apareció, por error, sin fecha. Se trata de la sentencia de 25-3-1952.

8. PRUEBA POR DOCUMENTOS PÚBLICOS: CASO EN QUE FALTEN MATRIZ Y COPIA: *Los arts. 1.220 y 1.221 C. c. no excluyen la posibilidad de que a falta de copias y de matriz o protocolo para expedirlas, pueda ser suplida la existencia del acto jurídico en ella contenida con otros elementos suficientemente probatorios.* [Sentencia 25 marzo 1952.]

9. DOCUMENTOS PRIVADOS: *Sólo es aplicable el art. 1.227 del C. c. cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha que en él se consigna.* [Sentencia 2 diciembre 1952.]

A. Se trataba de un contrato de comisión mercantil en el que se había pactado que las mercancías que por cuenta del comitente vendiese el comisionista, estarían, mientras se encontraran en poder de éste, a título de despósito, cintinuando de la propiedad de aquél. Embargados en juicio ejecutivo seguido contra el comisionista, bienes que, a juicio del comitente, se encontraban en aquel caso, interpuso demanda de tercería de dominio, a la que se opusieron ejecutante y ejecutado, desestimándose en primera instancia, sentencia que fué revocada en segunda instancia, recurriendo contra ella en casación el ejecutante, invocando, entre otros motivos (vid. D. Pr.), la infracción del art. 1.227 del C. c., pues el documento privado de contrato de comisión no puede perjudicarle.

El T. S. declara *no haber lugar al recurso*, pues "es reiterada la jurisprudencia de este Supremo Tribunal en la que se declara que la preventión establecida en el art. 1.227 del C. c., en virtud de la cual la fecha de un documento privado no se cuenta respecto a terceros, sino desde la fecha en que hubiese sido incorporado e inscrito en un Registro público, o desde el día en que se entregó a un funcionario público por razón de su oficio, sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha que en él se consigna, y como en el caso debatido el Tribunal sentenciador, para formar su juicio respecto a la existencia y fecha del contrato de comisión mercantil mediante entre el demandante y el demandado, ha tenido en cuenta otros varios medios de prueba, no puede estimarse infringido el expresado artículo (Considerando 2.).

B. OBSERVACIONES: La cuestión estriba en si el art. 1.227 establece un precepto imperativo, de forma que únicamente pueda tenerse por cierta, respecto de terceros, la fecha del documento privado, cuando concurren algunos de los supuestos que en el mismo se establecen, criterio sustentado por las SS. de 13 diciembre 1911 y 18 mayo 1927, o si, por el contrario, sólo contiene una presunción que cede a la prueba en contrario, criterio que mantiene la S. 16 abril 1910.

En realidad nada se opone a que deba tenerse por cierta la fecha, respecto de tercero, no sólo cuando éste la reconoce o no la niega (S. 6 febrero 1923), sino también cuando resulte comprobada por otros medios de prueba. Por ello es acertada la doctrina de esta Sentencia, mantenida también en las de 9 julio 1904 y 22 febrero 1917, restringiendo el alcance del art. 1.227 al caso en que sólo por un documento privado se pretenda justificar determinado hecho. J. J. P.)

10. VALOR DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL: *Dicha prueba no es, según ha declarado la jurisprudencia en ningún caso excepcional ni su-*

perior a las demás clases de prueba establecidas en la Ley. [Sentencia. 17 junio 1952.]

11. LA PRESCRIPCIÓN EN LA LAU: ACCIÓN PARA RESOLVER EL ARRENDAMIENTO: V. Sentencia 26 mayo 1952 (III, 16).

II. Derechos reales.

1. DELIMITACIÓN VERTICAL DE LA PROPIEDAD: *La línea divisoria de dos casas contiguas no ha de ser necesariamente perpendicular al solar y coincidir con la que le separa por el piso principal. La penetración de determinadas porciones de piso de una casa en la contigua, ya existente en vida de la propietaria de ambas, no implica la existencia de signo aparente de servidumbre del artículo 541 C. c. [Sentencia 26 junio 1952.]*

La propietaria de dos casas contiguas lega una de ellas a un sobrino, que la vende a tercera personas (los demandantes); otra casa es vendida por los albaceas testamentarios, después de realizar ciertas obras de separación de los pisos principales, a otro señor, cuyos herederos son los demandados. Los actores fundan su demanda en la creencia de que algunos de los pisos de su propiedad han sido disminuidos al realizar aquellas obras, por haberse agregado parte de ellos a la casa colindante, y, en consecuencia, ejercitan la acción reivindicatoria solicitando se condene a los demandados, que se reintegre a la casa de que son dueños las porciones que dicen segregadas, de manera que la línea divisoria quede perpendicular al solar, coincidiendo con la que separa los pisos principales de ambos edificios. El Juzgado estima íntegramente la demanda, pero la Audiencia revoca la sentencia apelada, absolviendo a los demandados, por apreciar del conjunto de la prueba que las penetraciones de los pisos de una casa en la contigua existían ya en vida de la última propietaria de ambas, lo que demuestra la existencia de una servidumbre de las llamadas de signo aparente —prevista por el artículo 541 C. c.— que deben soportar los demandantes. Estos interponen recurso de casación por infracción de ley, especialmente por infracción de los artículos 348, 530 y 541 C. c. El T. S. no da lugar al recurso en virtud de los siguientes razonamientos:

En la sentencia de la Audiencia se han examinado con el mayor detenimiento los elementos de prueba que ofrece el juicio, y razonando el valor probatorio de cada uno llega a la conclusión de que son antiguos y de la misma estructura y espesor los muros que separan en ambas casas los sótanos, plantas bajas y entresuelo, calculando que estaban edificados más de veinte años antes de la fecha en que se hizo el reconocimiento judicial el año 1945, y que resulta demostrado que al hacer recientemente en la casa propiedad de los demandados las obras necesarias para transformar el desván que existió en el último piso en un ático, se ha manteniendo la antigua línea divisoria, si bien sustituida por un tabique de mayor espesor; es decir, que resulta justificado que de ese modo estaban separadas las casas en vida de la última dueña de las dos, quien en su testamento, otorgado el 13 de mayo de 1929, legó la casa hoy propiedad de los actores sin otra alteración en la finca que dejar la planta principal como estaba antiguamente, sobre cuya planta no hay discusión; y como

consecuencia de todo lo expuesto, el Tribunal a quo absolvió de todas las peticiones en su contra formuladas a los demandados (Considerando 2.º).

En el primer motivo del recurso se alega, en esencia, que en la sentencia impugnada, después de reconocer que las porciones de las casas discutidas son de los actores, a título de que sobre la casa de que son propietarios los actores existe una servidumbre, se les priva de todas las facultades que integran el dominio; y si bien es cierto que en la sentencia con impropiiedad se denomina servidumbre al derecho que tienen los demandados sobre lo discutido, la inexactitud de esa denominación se patentiza por los derechos que les reconoce, que son los correspondientes a los propietarios; demostrando también que les considera dueños de las porciones de que se trata, el que no se acceda en la sentencia a declarar, como tenían pedido los demandantes, que la línea divisoria de las dos casas sea perpendicular al solar y coincida con la que actualmente les separa por el piso principal, por lo que ese error en la denominación del derecho de los demandados no tiene en este juicio trascendencia; procediendo por todo lo dicho desestimar el primer motivo del recurso, en el que se parte del supuesto equivocado de que la propiedad de las porciones discutidas pertenece a los demandantes (Considerando 3.º).

2. ADQUISICIÓN DE MUEBLES POR USUCAPIÓN. *La buena fe unida a la posesión no interrumpida de tres años produce el dominio de las cosas poseídas, con arreglo al art. 1.955-1.º. El art. 1.965 sólo rige entre los coherederos que han poseído los bienes de consumo, pero no cuando algún coheredero los ha tenido en nombre propio como dueño exclusivo de ellos durante el tiempo y con los demás requisitos exigidos para adquirirlos por prescripción.* [Sentencia 23 diciembre 1952]

OBSERVACIONES: Concuerda esta sentencia con otras anteriores de 14 abril 1904, 6 junio 1917, 8 abril 1943 y 8 abril 1945, ya que el art. 1.965 establece la imprescriptibilidad de la acción pero no la del condominio, y por tanto, este artículo para su aplicación presupone necesariamente la existencia y la subsistencia de la situación de comunidad. De ahí que no tenga aplicación este artículo cuando bien alguno de los condóminos, bien algún extraño, ha poseído los bienes de modo exclusivo, pública, pacífica y sin interrupción en concepto de dueño durante el tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción.

3. USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: V. S. 13 marzo 1952 (V, 2).

4. POSESIÓN EN PRECARIO: CONCEPTO: ALEGACIÓN DE TÍTULO QUE LO CONTRADIGA: "Constituyen caracteres propios del precario determinados por la jurisprudencia en sentencias 4 diciembre 1936, 5 julio 1945, 4 noviembre 1947 y 23 marzo 1950, ocupar un local sin tener título eficaz que oponer al ejercicio de las acciones dominicales, bien por no haberlo tenido nunca o por haber perdido su eficacia el que existió" (Considerando 2.º). No basta la alegación de un pretendido título cualquiera sin sufragación para enervar la acción de desahucio. [Sentencias 10 y 27

noviembre 1952.] (Ver, además sentencia 22 marzo 1952 en ANUARIO D. C., V-2, pág. 797.)

5. POSESIÓN EN PRECARIO: *El que ocupa un piso sin que exista probado contrato de arrendamiento, habiéndose extinguido el derecho de usufructo que sobre el mismo tenía su consorte, no tiene más título de disfrute que el de precarista.* [Sentencia 10 noviembre 1952.]

Presentada demanda de desahucio contra una señora que ocupaba un piso anteriormente vendido en nuda propiedad por su consorte difunto, es estimada en ambas instancias. La recurrente alega la infracción del artículo 1.565, núm. 3.^º, de la LEC, por pretender que existía un contrato de arrendamiento verbal, además de considerarse como copropietaria por no haber pagado el actor la totalidad del precio de adquisición. El T. S. no da lugar al recurso en virtud del razonamiento que antecede.

6. POSESIÓN EN PRECARIO: CONDICIÓN DE PRECARISTA: *La tiene el que alega un contrato de subarriendo definitivamente extinguido al finar el arrendamiento a que venía subordinado.* [Sentencia 22 noviembre 1952.]

Ver el supuesto de hecho (D. Pr., II, 8).

7. POSESIÓN CIVILÍSIMA: EN CASO DE ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA: V. S. 13 marzo 1952 (V, 2).

8. SERVIDUMBRES: SIGNO APARENTE: V. S. 26 junio 1952 (supra 1).

9. SERVIDUMBRE DE PASTOS: ACCIÓN CONFESORIA: *No es exigible en la acción confesoria la identificación de la cosa, en los términos que se exige en la reivindicatoria.* [S. 31 octubre 1952.]

A. En primera instancia se dictó sentencia declarando que el Concejo, vecinos y moradores del pueblo de XX tienen derecho a que sus ganados puedan pastar en los lugares o términos del pueblo de NN, encalvados en el llamado Morre le los N. N., condenando a este segundo pueblo, representado por su Junta Administrativa, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse en lo sucesivo de actos que impliquen negación, desconocimiento o perturbación de tales derechos. Esta sentencia fué revocada por la de segunda instancia, recurriendo en cesación el demandante invocando fundamentalmente que no tiene aplicación el art. 348 del C. c. y doctrina a él referente.

El T. S. declara haber lugar al recurso, formulando en el tercer considerando la siguiente doctrina:

"... si bien es precisa la identificación de las cosas objeto de la acción reivindicatoria, ni esto quede exigirse más que en lo que sea indispensable para su individualización y concreción a fin de que se distinga de otra análoga, pero no en sus accidentes, y menos aún puede aplicarse a la acción confesoria de servidumbre porque con la primera se pretende la declaración de un derecho de dominio y al mismo tiempo que se reintegre en él inmediatamente al legítimo propietario, para lo cual tiene

ya que quedar la cosa totalmente diferenciada de las demás, pero en la acción confesoria como sólo se persigue la declaración de un derecho y puede su titular hacerlo materialmente efectivo más o menos tarde, sólo se precisa para la estimación de tal acción que se declare la realidad de ese derecho, bastando que se diga dónde puede hacerse efectivo, con la expresión del monte o lugar, dejando para más adelante que las partes, por los medios legales, concreten ese lugar, con su extensión y límites, como pudiera hacerse con una servidumbre de paso o de luces."

B. OBSERVACIONES.—a) Dudosa la doctrina que parece deducirse (en el primer considerando se dice "la acción ejercitada es la confesoria de servidumbre y como tal de naturaleza declarativa"), de que mientras la reivindicatoria es acción de condigna, la confesoria es declarativa, puesto que esta última puede tener por fin no sólo la constatación del derecho, sino la condena a una prestación (a parte la indemnización de daños y perjuicios, recogida por algunos autores en el concepto de la confesoria, el "non facere" y aun el "facere" en las servidumbres "in faciendo").

b) El requisito de la identificación de la cosa objeto de la reivindicatoria pertenece, en realidad, a la legitimación (que el demandado sea poseedor de la misma cosa que pertenece en propiedad al actor), y no hay motivo para no exigir el mismo requisito, así entendido, en la confesoria (que el demandado sea propietario de la misma finca sobre la que tiene derecho de servidumbre el actor), y, claro está, que el requisito queda cumplido una vez acreditada la existencia de la servidumbre sobre el fundo sirviente aun cuando no se determine la extensión y límites en que ha de ejercitarse.

c) Claro que es cierto que en el caso planteado se ejercitó la confesoria como meramente declarativa y que, además, quedó demostrada la identidad de la finca (J. J. P.).

10. HIPOTECA: COMPROAVENTA DE FINCA HIPOTECADA: V. S. 14 marzo 1952 (III, 7).

III. Derecho de obligaciones.

1. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: CÓMO PUEDE EJERCITARSE: *No cabe ejercitarse la facultad de opción que concede el artículo 1.124 pidiendo solamente la indemnización de daños y perjuicios, sin pedir expresamente la resolución o el cumplimiento del contrato.*

LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: CUÁNDO PUEDE EJERCITARSE: *No es aplicable el art. 1.124 cuando, con un manifiesto consentimiento de las partes, se demora la fecha de la exigibilidad de una de las obligaciones y la reciproca aparece cumplida sólo parcialmente.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA DE SU EXISTENCIA: *Para que haya lugar a la indemnización de daños y perjuicios, la existencia de éstos ha de ser efectivamente probada y reconocida, ya que el solo incumplimiento de las obligaciones no es, en todos los casos, causa generadora de daños y perjuicios. [Sentencia 8 julio 1952.]*

A. El demandante, director de "cine", y la Empresa demandada, productora de películas, otorgaron en 20 de julio de 1944 un contrato por el cual se comprometía aquél a redactar el guión técnico para una película, así como a dirigir su realización y la Empresa, por su parte, se obligaba a poner los medios para la impresión de dicha película y a abonar al demandante 70.000 pesetas. Las partes establecieron, además, a) que en una nueva convención, que debería tener lugar del 20 al 30 de agosto, se determinaría la forma y el tiempo de pago de la indicada cantidad, y b) que la realización de la película comenzaría en la segunda quincena de octubre. Sin embargo, pasó el 30 de agosto y también la segunda quincena de octubre sin que se hiciera ninguna de las dos cosas, quedando consentido por ambas partes aquel abandono de fechas. El demandante reclamaba el pago de las 70.000 pesetas, como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. En primera instancia se desestimó la demanda. En segunda instancia se declaró resuelto el contrato y se condenó a la Sociedad demandada al pago de 70.000 pesetas en el concepto señalado.

El recurso, entablado por la Empresa demandada, se basaba fundamentalmente: 1.º En la incongruencia resultante de haberse pedido sólo la indemnización de daños y perjuicios y declararse en la sentencia la resolución, no pedida, del contrato. 2.º En la infracción del art. 1.124, en primer lugar, porque las obligaciones recíprocas derivadas del contrato eran, por parte del demandante, redactar el guión y dirigir la realización de la película, y, por parte de la demandada, abonar por dichos trabajos, que no llegaron a realizarse por completo, la suma convenida, y, en segundo lugar, porque no se había probado la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba.

El T. S. da lugar al recurso, apoyándose en las consideraciones siguientes: "... el art. 1.124 del C. c., para sancionar el incumplimiento de las obligaciones en las recíprocas, contiene en su segundo párrafo una opción ineludible para el que lo utiliza, que es, o bien solicitar la resolución de la obligación contraída o exigir su cumplimiento forzoso, a más de la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, facultad cuyo ejercicio sólo compete al interesado, que debe saber lo que es atinente a su derecho y, por tanto, ha de pedir expresamente una u otra cosa, según crea convenirle..." (Considerando 2.º).

"En la interpretación del art. 1.124 del C. c. viene la jurisprudencia de esta Sala señalando las condiciones necesarias para la aplicación de su contenido, que, aparte alguna otra, puede concretarse en las siguientes: a) la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego; b) la exigibilidad de las mismas; c) que el reclamante haya cumplido lo que a él incumbía, y, por último, d) una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor; y en el caso presente... se demoró, con un manifiesto consentimiento de las partes, la fecha de su exigibilidad, como consecuencia de que la demandada no se negó expresamente al cumplimiento de su obligación de comenzar la realización de la película, sino que retardaba su ejecución, en virtud de ciertas razones tanto técnicas como económicas, que el actor no desconocía, aunque no compartiera la opinión de la fuerza obstativa de las mismas, y si a esto se añade que el demandante aparece como cumplidor a medias, porque... el guión no fué entregado a la Sociedad, en cuyo caso esaría acreditado el cumplimiento completo de su primera obligación y justificada la reclamación

a la demandada del que estimase ser su valor, sino que lo reservó en su poder y posteriormente lo ha cedido a otra productora, habrá que reconocer, como resumen de lo expuesto, que fundada la acción que el demandante ejercita en lo que dicho artículo 1.124 prescribe, no aparece que se hayan dado las condiciones que la interpretada norma exige para que pueda tener correcta aplicación..." (Considerando 3.º).

"... La indemnización de daños y perjuicios..., para ser atendida, ha de ser efectivamente probada y reconocida su existencia, según reiterada doctrina jurisprudencial, que también enseña que el solo cumplimiento de las obligaciones no es, en todos los casos, causa generadora de los daños y perjuicios que como producidos se aleguen; y en el caso presente, la sentencia recurrida, desentendiéndose de las afirmaciones y fundamento de la resolución del Juzgado de que no había sido probada la realidad de los daños y perjuicios cuya reparación se pretendía, funda su criterio en que sólo por la comparación de la situación patrimonial del actor reclamante en el momento de firmarse el contrato y la que hubiera sido al terminar normalmente el desarrollo y cumplimiento del mismo, se le ha ocasionado la pérdida de setenta mil pesetas..., olvidando que, por haberse reservado el actor en su poder... el guión técnico..., no puede alegarse que su valor... hubiera salido del patrimonio del actor, y, por tanto, no puede reclamarse como daño producido, y, por lo que respecta a la cantidad en que pudiera ser tasada la labor de la realización de la película consabida como tal realización no se efectuó, no puede calcularse el factor tiempo durante el cual el demandado hubiera estado absorbido por la tarea directora y, por tanto, tampoco se ha podido determinar, como hubiera sido necesario, el perjuicio que el actor habría experimentado por su situación prohibitoria de otras ocupaciones remuneradoras, y al condenar a la demandada sin base en la realidad de la existencia de los daños y perjuicios alegados, se da lugar a un injustificado enriquecimiento torticero, puesto que el actor va a percibir unas cantidades por un guión técnico que no cedió y por una labor de dirección que no efectuó y que después ha obtenido cediendo el mismo guión y efectuando igual trabajo con otra empresa de producción cinematográfica..." (Considerando 4.º).

B. OBSERVACIONES: Se confirma la ya reiterada doctrina jurisprudencial, tanto en lo que se refiere a las condiciones de ejercicio del art. 1.124 (SS. 24 octubre 1899, 14 febrero y 29 septiembre 1912, 13 mayo 1930, 5 enero 1935, 24 octubre 1941, 16 junio 1952, etc.), como en lo relativo a la necesidad de probar los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones (SS. 9 enero 1897, 17 marzo 1910, 17 febrero 1921, etc.).

2. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: IRRETRACTIVIDAD DE LA OPCIÓN: Véase S. 23 diciembre 1952 (D. m., 19).

3. MORA: INTERÉS DE DEMORA: LIQUIDEZ DE LA DEUDA: Véase S. 19 diciembre 1951 (*infra* 22).

4. CONSIGNACIÓN: *Con arreglo al art. 1.177, 2º, C. c., es ineficaz la consignación que no se ajusta a las normas que regulan el pago.* [Sentencia 8 junio 1952.]

Se trataba de una consignación realizada por una cantidad inferior el importe del crédito, dándose además la circunstancia de que por haberse consignado la mencionada cantidad pocos días antes de terminarse la guerra, en zona roja, aplicando la Ley de 7-XII-1939, resultaba consignada una cantidad muy inferior a la realmente debida.

El art. 1.177 establece que para que se pueda entender bien hecho el pago de una deuda; y lo mismo la consignación de su importe, ha de ser satisfecho éste íntegramente, de acuerdo con los arts. 1.157 y 1.176. De ahí que la consignación no sea un acto exento de formalidades, sino, por el contrario, como indica la Sentencia de 20 diciembre 1943, "sometido a reglas severas, sin cuyo cumplimiento no será eficaz, por lo que la Ley, al mismo tiempo que favorece la situación del deudor, concediéndole este remedio para librarse del compromiso adquirido, necesita cuidar de los derechos del acreedor, a fin de que por este procedimiento no se le pueda defraudar".

En el caso en cuestión, siguiendo el Tribunal Supremo su reiterada doctrina, establecida, entre otras muchas, en las Sentencias de 12 marzo 1946, 29 abril 1946, 15 junio 1946 y 9 enero 1950, considera que dada la notoria inflación monetaria existente en la zona marxista en los últimos meses de la guerra civil, las cantidades que se consignaron no coinciden con las realmente debidas.

5. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN CASACIÓN: *Es constante jurisprudencia que debe estarse a la interpretación de la sentencia recurrida, salvo que se demostrara su equivocación.* [Sentencia 21 mayo 1952.]

6. PROMESA DE COMPRA Y DE VENTA: SOMETIDAS A TÉRMINOS FINAL: EFECTOS DEL TRANSCURSO DEL PLAZO: *Aunque no se consigne concretamente que el transcurso del plazo sea causa de caducidad, es una consecuencia natural e ineludible de todos los precontratos en los que expresamente se fija un plazo para la celebración del contrato prometido, pues no puede estar indefinidamente sometida la voluntad de un contratante a la del otro.* [Sentencia 21 mayo 1952.]

A. Se trataba de una promesa de compra y de venta, en la que cada una de las partes estipulantes podía pedir durante un plazo de quince días la vigencia del contrato de compraventa. Transcurrido el plazo, lo pretendió una de las partes que, vencida en apelación, interpuso recurso de casación, y el T. S. declara *no haber lugar* al mismo, en virtud de la doctrina expuesta (que transcribimos íntegramente).

B. OBSERVACIONES: Naturalmente, no puede pretenderse, entendiéndose la citada doctrina a *sensu contrario*, que en los supuestos en los que no se señale término final queden las partes indefinidamente vinculadas. Véase F. Castro, *La promesa de contrato*, en ANUARIO, III-IV (páginas 1133-1186), pág. 1176, y allí cit. (J. L.).

7. COMPROVANTA DE FINCA HIPOTECADA CON RETENCIÓN DE PARTE DEL PRECIO: FIJACIÓN DE ÉSTE A EFECTOS DE DETERMINAR LA COMISIÓN DEL AGEN-

TE: *El pacto de retención no envuelve disminución del precio, no siendo lícito sustraer del importe del mismo, a efectos de fijar la cantidad que debe satisfacerse al corredor, la parte destinada al pago de una deuda contraída anteriormente por el vendedor.*

CORRETAJE: VALOR DE LOS REGLAMENTOS DE LOS COLEGIOS DE CORREDORES:
El solicitar la intervención del corredor implica la sumisión a tales normas en cuanto a la cuantía de la comisión. [Sentencia 14 marzo 1952.]

A. En casación se discutía fundamentalmente si la comisión del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, en caso de compraventa de finca hipotecada, se calcula sobre el precio total o sólo sobre el que ha de percibir el vendedor, descontada la parte que retiene el comprador "para atender a la cancelación de la hipoteca"; así como el valor que dentro del contrato de comisión tienen los Reglamentos corporativos de los Agentes.

El T. S., al desestimar el recurso del comitente, declara "Con arreglo a los términos del contrato de compraventa origen del presente litigio, el precio señalado es el de 1.425.000 pesetas, cantidad que el comprador se obligó a satisfacer; sin que pueda entenderse que significa una disminución en el precio la circunstancia de que, según lo pactado, una parte de aquella cantidad—o sean 616.953,45 pesetas—se destine al pago de determinadas deudas contraídas anteriormente por el vendedor con garantía de la finca objeto del contrato, y para hacer efectivas las cuales se convino que el comprador retuviese la cantidad últimamente citada; y no puede estimarse que tal pacto envuelva una disminución del precio, porque, de una parte, el concepto de precio no es sinónimo del de lucro o ganancia obtenido en la operación de venta, y, de otra, porque al satisfacer el comprador las repetidas 616.953,45 pesetas al acreedor del vendedor procede por cuenta de éste, haciendo una inversión de dicha parte del precio; de donde se sigue con relación al caso actual que si, según el Reglamento de los Agentes de Contratación de fincas urbanas de esta capital, corresponde al Agente mediador en concepto de derechos un 2 por 100 del precio de la finca en cuya venta intervino, no es lícito sustraer del importe de dicho precio, a efectos de fijar la cantidad que debe satisfacerse al Agente la parte destinada al pago de una deuda contraída anteriormente por el vendedor" (Considerando 1.º). "Aprobado por la autoridad correspondiente el Reglamento de los Agentes de Contratación de fincas urbanas de Madrid, no puede menos de entenderse que quien solicita los servicios de alguno de los colegiados para llegar a la venta del inmueble que le pertenece, queda obligado a satisfacer los derechos establecidos en el citado Reglamento, al que implícitamente se somete el vendedor por el hecho de solicitar la intervención del Agente, salvo pacto en contrario" (Considerando 2.º).

B. OBSERVACIONES: El T. S. no entra en esta sentencia, por ser innecesario, en el problema fundamental que plantea el pacto de retención en la compraventa de finca hipotecada: el de si envuelve una asunción tácita de deuda o bien una simple asunción de cumplimiento o liberación (toma interna de deuda, asunción sin trascendencia respecto del acreedor), o, finalmente, una mera medida de garantía. Vid., sobre el problema,

Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, IV, págs. 140 ss.; Sanz, *La compraventa de finca hipotecada*, en Conferencias del C. N. de Barcelona, curso de 1944, págs. 104 ss., y González Rodríguez, *El precio en la compraventa*, en *Bocetos jurídicos*, A. A. M. N., III, págs. 44 ss. de la ed. sep.; y Sentencias de 22 noviembre 1943 y 12 abril 1945. Resuelve, en cambio, la ahora reseñada el problema ulterior de si la cuantía retenida funciona o no como parte del precio de la venta. La solución dada es afirmativa, con lo que sigue la doctrina de la citada de 12 de abril de 1945, que afirmó que la retención es una sustitución de la entrega del precio por una promesa de liberación o asunción interna de deuda; en igual sentido opinan los autores antes citados, salvo Sanz, pasa el cual, en el caso en que la retención opere como simple medio de garantía, no equivale al precio, sino que existe un aplazamiento de éste. En cambio, la concepción de la retención como verdadera asunción o como asunción de cumplimiento es indiferente, pues en ambos casos, según se suele entender, el pacto funciona como parte del precio. (M. G.)

8. RETRACTO CONVENCIONAL: PLURALIDAD DE RETRAYENTES: *No hay inconveniente en el ejercicio del derecho de retracto en una venta a carta de gracia, por los retrayentes dentro del plazo pactado, aunque haya dos de ellos, declarados en situación de ausencia legal, siempre que sea ejercitado por todos los restantes y por la madre de los primeros como representante legal de los mismos.* [Sentencia 12 noviembre 1952.]

En 24 de marzo de 1931 la actora, obrando en nombre propio y como representante legal de sus siete hijos menores de edad, vendió a carta de gracia al demandado una determinada finca en un determinado precio, pudiendo recuperar la finca los vendedores en el plazo de dieciocho años, a partir de la fecha de la escritura. Antes del vencimiento de dicho plazo quisieron usar de esta facultad los vendedores, y ante la negativa del comprador se interpuso el correspondiente juicio declarativo de mayor cuantía.

El comprador alegaba que se negaba a la retroventa pedida, por no ejercitarse el derecho de retracto convencional por todos los vendedores, ya que la madre carecía de la representación de sus dos hijos ausentes, por no haber cumplido los requisitos que exige el art. 188 del Código civil, *rechazando* el Tribunal Supremo dicha alegación en los Considerandos primero y segundo por entender que cuando los ausentes carecen de bienes inventariables (y el ejercicio del derecho de retracto no puede incluirse dentro de este concepto), "no cabe exigir a su representante legal el cumplimiento de una obligación que en la existencia de aquéllas tiene su causa" (Considerando 2º). Igualmente *rechaza* la alegación del demandado de la falta de autorización judicial por parte de la representante legal para ejercitar tal derecho en nombre de sus hijos ausentes, que previene el art. 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en concordancia con el art. 185 del Código civil, "ya que ésta sólo se requiere para la realización de actos de transmisión y gravamen de los bienes de los declarados en situación de ausencia, y no lo son los que tienen por objeto adquirirlos en su beneficio" (Considerando 2º).

Y por tanto, al no existir falta de representación de los ausentes por su madre, se ejerce el derecho de retracto por la pluralidad de los retrayentes, y *no cabe estimar* las alegaciones del comprador basadas en

la invalidez de la acción de retracto, por no haber sido ejercitada conjuntamente por todos los vendedores en cuyo nombre se hizo la venta de la finca a carta de gracia, y se infringen, por tanto, los artículos 1.514 y 1.515 C. c., ya que la acción es ejercitada conjuntamente por todos.

9. RETRACTO DE COMUNEROS: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No procede el retracto si el que lo intenta ha perdido la condición de comunero por la adjudicación de su cuota en procedimiento ejecutivo a favor del otro condeño.*

VALOR DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA A EFECTOS DEL RETRACTO: *La presunción legitimadora a favor del titular inscrito —retrayente— queda desvirtuada cuando en el procedimiento del artículo 41 de la L. H. fué aquél vencido por su contradictor.* [Sentencia 23 diciembre 1952.]

A. Don M. S. E., heredero único, aceptante a beneficio de inventario y administrador judicial de la herencia en cuyo inventario se ha incluido la tercera parte indivisa de una finca, ejercita como tal administrador la acción de retracto contra los compradores de dicha finca; con anterioridad a la demanda ocurrieron los siguientes hechos: 1.º En procedimiento ejecutivo seguido por otro comunero, don G. D. G., contra M. S. E., se adjudica a aquél la citada tercera parte —que figura inscrita a nombre del causante—, procediendo posteriormente G. D. G. a vender la totalidad de la finca a varios compradores (demandados) que no inscriben. 2.º Por resolución firme y a instancia de G. D. G. la tercera parte indivisa es excluida del inventario de la herencia. 3.º El administrador, don M. S. E., intenta obtener la posesión judicial por el procedimiento del artículo 41 de la L. H., siendo vencido en la demanda de contradicción. El Juzgado y la Audiencia deniegan el retracto.

Motivos del recurso, al amparo de los núms. 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC, por interpretación errónea de los artículos 1.524 y párrafo 2.º del 1.026 del C. c.; violación de los artículos 392., 1.522 C. c. y 1.º, párrafo 3., y 38 de la L. H.; error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

El T. S. *desestima el recurso en virtud de los siguientes razonamientos:*

“Que el demandante y recurrente en cuanto fué privado de la tercera parte de la finca que sostiene pertenecerle por virtud de un auto de adjudicación de la misma al acreedor ejecutante recaído en procedimiento seguido contra él por el vendedor de la misma, carece de la condición de comunero en que pretende ampararse, por lo menos mientras no se obtenga la anulación de dicha adjudicación en el juicio correspondiente, no en el especial de retracto, y por eso, al estimarlo así, la Sala sentenciadora, lejos de incurrir en la infracción de los artículos 392 y 1.522 del C. c., como se pretende, se atemperó a lo dispuesto en los mismos, ya que dicho demandante no ostenta la cualidad de comunero con respecto a las fincas que intenta retraer.”

“Que por el hecho de que la aludida tercera parte de finca figure todavía inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del padre (?) del recurrente y de que a pesar de eso la Sala haya desestimado la de-

manda no se produce tampoco la infracción del artículo 35 ni del 38 de la L. H., citada en los motivos 3.^o y 4.^o, en este último suponiendo un error de hecho y de derecho cometido en la sentencia, de todo punto inadmisible, puesto que la Sala no niega la realidad de que la finca en cuestión aparece inscrita a nombre del padre del ejecutado, sino que razona sobre el valor de dicha inscripción en el caso de autos, y sostiene que no es lícito al actor ejercitar la acción de retracto contra el vendedor y comprador de la finca, pues la presunción de verdad de que goza la inscripción registral admite la prueba en contrario y la controversia sobre su realidad, y precisamente en el caso de autos se pretendió por el hoy recurrente obtener la posesión judicial al amparo de dicha presunción y fué desestimada por resolución firme la pretensión aducida, ello a parte de que el recurrente, que fué demandado en el procedimiento ejecutivo como consecuencia del cual fué desposeído de la tercera parte de finca en cuestión, no es el tercero de la L. H. y no puede, por lo tanto, ser amparado por la rigidez de sus preceptos en favor de tercero."

"Que tampoco es posible desconocer que el recurrente ejercita su acción o pretende ejercitárla como administrador de una herencia aceptada por él a beneficio de inventario y en el que pretendió fuera incluida la finca objeto actualmente del retracto; pero es lo cierto que precisamente la finca en cuestión incluida primeramente en el inventario a petición del hoy recurrente fué excluida por resolución también firme del inventario, y por ello mal puede el administrador de dicha herencia pretender entablar una demanda de retracto sobre la finca que ha sido excluida de la masa hereditaria sin perjuicio de su derecho a acudir al juicio declarativo, por lo que también procede la desestimación del recurso sin que sea necesario ocuparse de si la demanda de retracto se interpuso o no fuera del término de nueve días marcado por el C. c., porque se estima su radical falta de viabilidad."

B. OBSERVACIONES: Alega el recurrente, con razón, que la adjudicación de la tercera parte indivisa de la finca a favor de G. D. G. en procedimiento ejecutivo fué un tanto irregular, ya que éste se siguió contra M. S. E. por deudas del mismo "antes" de haber aceptado la herencia y obtenido el cargo de administrador, y no obstante se embargaron bienes, los de una herencia yacente, que no pertenecían todavía al ejecutado ni estaban inscritos a su nombre. No creemos aplicable a este supuesto el párrafo 2.^o de la regla 1.^a del artículo 166 R. H. en cuanto que permite la anotación de embargo del derecho hereditario por deudas propias "del heredero", ya que esta anotación presupone la aceptación de la herencia por el heredero embargado; la vocación hereditaria provocada por la delación sucesoria no aceptada ("Jus delaticinis") no es susceptible de embargo; en este sentido las Resoluciones de 1 junio 1943 y 30 marzo 1944 ponen obstáculos a la anotación de embargo del derecho hereditario "cuando las deudas sean de un heredero presunto y no se justifique el llamamiento del mismo". La sentencia que comentamos, sin prejuzgar la legalidad del citado procedimiento de ejecución, viene a decir acertadamente, en su primer considerando, que no es el juicio de retracto el cauce procesal adecuado para impugnar una adjudicación realizada en juicio ejecutivo, si bien deja a salvo la posibilidad de obtener su anulación en el juicio correspondiente (juicio declarativo); cbte-

nida esa anulación es cuando podría haber prosperado la acción de retracto, porque, como dice la sentencia de 7 febrero 1944, la pérdida de la cualidad de comunero no extingue el derecho a retraer si con posterioridad se obtiene la anulación del acto que privó de aquella condición. (J. C.)

10. ARRENDAMIENTOS POR SEIS O MÁS AÑOS: FACULTAD DE EXIGIR LA ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA: *La facultad que confieren los arts. 1.279 y 1.280, núm. 2.^o, C. c. a los que celebran contratos de arrendamiento por seis o más años para compelirse al otorgamiento de la correspondiente escritura pública no exige una estipulación especial en que así lo convengan los contratantes, sino que es un derecho que asiste a ambas partes, independientemente de que el arrendador tuviera o no intención, al celebrar el contrato, de que pudiera perjudicar a tercero.* [Sentencia 4 marzo 1952.]

11. ARRENDAMIENTO URBANO: RÉTRACTO: CÓMPUTO DEL PLAZO DEL ARTÍCULO 67 LAU: *En el cómputo no hay que excluir los días inhábiles.* [Sentencia 12 mayo 1952.]

"Esta Sala tiene declarado, por sus SS. 24 marzo 1893 y 8 abril 1920, que el término de nueve días señalado por el art. 1.524 C. c. ... no es un término judicial comprendido en los arts. 303 y 304 LEC., porque no tiene su punto de partida en una actuación procesal..., sino un término de prescripción, y es claro que lo mismo sería si fuese un término de caducidad que, conforme al art. 1.089 C. c., ha de contarse a partir desde el día en que la acción pudo ejercitarse" (Considerando 2.^o), y "siendo esto así, es indudable, conforme a dicha jurisprudencia, que del expresado término, como de todos los demás en que expresamente no se consigna lo contrario, no hay que excluir los días inhábiles y, por lo tanto, deben ser computados por días naturales" (Considerando 3.^o), y además, "si bien es verdad que al experimentar determinadas reformas la LAU vigente, en 21 abril 1949, se dió a su art. 50 una redacción conforme a la cual el arrendador que no hubiese ejercitado su derecho de tanteo o de retracto dentro de los treinta días hábiles señalados en los artículos anteriores... podrá reclamar del arrendatario la participación en el precio que con él convenga, o en su defecto legal..." otorgando "a aquél la facultad de que en los plazos indicados no se tuvieran en cuenta los días feriados, ello no autoriza para estimar que la doctrina a que se ha hecho referencia haya quedado codificada en términos generales para todos los plazos señalados en la LAU para el ejercicio de las acciones que reconoce a arrendadores y arrendatarios, ni cabe invocar el artículo 13 LAU, porque no se da la duda a que el mismo alude, ni puede sostenerse que se trate de un punto no resuelto en la citada ley, que, al no hablar de días inhábiles más que en los casos a que hace referencia el citado art. 67, claramente da a entender que hay que atenerse a las normas generales del Derecho civil, puesto que se trata de un término no procesal, ya que no tiene como punto de partida la práctica de una diligencia judicial" (Considerando 4.^o).

12. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO TRANSITORIO: TANTEO Y RETRACTO DEL DUEÑO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si el hecho de que habían de nacer tales derechos acaeció antes de la vigencia de la nueva Ley, que por primera vez los reconoció, no procede reconocer su existencia por falta de precepto jurídico en que fundarla.* [Sentencia 4 abril 1952.]

13. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: CAUSAS DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: 2^a, ART. 76: REQUISITOS: *La notificación preceptuada en el apartado b) del art. 102 LAU debe ser precedida por la señalada en el apartado a) de dicho artículo.* [Sentencia 14 junio 1952.]

Se adujo la excepción a la prórroga preceptuada en el art. 76, 2^a, LAU, y se hicieron las notificaciones señaladas en el art. 102 de la citada ley, si bien la del párrafo b) se verificó antes que la del párrafo a). El demandado interpuso recurso de injusticia notoria, entre otros, por el motivo de haberse infringido el art. 102 citado. El T. S. declaró *haber lugar* al recurso, por dicho motivo, en virtud de la doctrina expuesta.

14. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA SEGUNDA DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: COSA JUZGADA: V. S. 27 mayo 1952 (D. Pr., I, 48).

15. DERIBO DE LOCALES CONSTRUIDOS EN UNA TERRAZA Y EDIFICACIÓN DE NUEVOS PISOS EN EL INMUEBLE: APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 107 DE LA LAU: *El derribo de las habitaciones construidas en la terraza de un inmueble, realizado para permitir la construcción de nuevos pisos en éste, da derecho al arrendatario de aquéllas, por aplicación analógica del artículo 107 de la LAU, a ocupar nuevos locales en sustitución de los primitivamente arrendados.* [Sentencia 2 abril 1952.]

El T. S. (considerando 4º) afirmó, desestimando el recurso, que las habitaciones construidas en una terraza no son "edificaciones provisionales", a las que pueda aplicarse el art. 114 de la LAU, y que aunque no sea totalmente derribado el inmueble, si lo son dichas habitaciones procede aplicar por analogía, de acuerdo con el art. 13 de la LAU, el art. 107 de dicho cuerpo legal.

16. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: POR TRASPASO ILEGAL: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Como se trata de una acción que no tiene ningún plazo especial de prescripción según la LAU, ha de estarse al general.* [Incidencialmente, en Sentencia 26 mayo 1952.]

OBSERVACIONES: Tratándose de cesión de vivienda, la acción del arrendador caduca a los seis meses (arts. 36 y 39 de la LAU). Compárese asimismo el art. 48 de la LAU, que reconoce al arrendador el mero derecho de retracto, ejercitable en el plazo de *un mes*, en ciertos casos de traspaso ilegal, concurriendo entonces, según el T. S., con la posibilidad de pedir la resolución del arrendamiento (véase S. de 1 julio 1952) (J. A. P.).

17. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: ARRENDATARIO "LEGALMENTE ESTABLECIDO": EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: *Arrendatario de local de negocio "legalmente establecido", a efectos del*

art. 45, a), de la LAU, es la persona que teniendo con arreglo al C. de c. capacidad legal para el ejercicio habitual de la actividad mercantil, desenvuelve ésta en un local que la LAU conceptúa como local de negocio. El incumplimiento de las disposiciones administrativas que regulan el funcionamiento de una industria de hostelería puede dar lugar a las oportunas sanciones gubernativas, pero no es obstáculo a que el arrendatario del local en que se ejerce se halle "legalmente establecido" en el mismo, ya que no puede afectar al nacimiento y extinción de los derechos civiles.

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: El arrendador que reconoció la existencia en el local arrendado de una industria de hostelería hasta el punto de fundarse en ella para solicitar el incremento de renta establecido en la LAU para los locales de negocio, no puede, sin ir contra sus propios actos, desconocer el derecho que deriva del mismo hecho —existencia de la expresada industria— que le sirvió de base para reclamar del arrendatario el aumento de renta mencionado. [Sentencia 1 julio 1952.]

Desestimando la sentencia recurrida, el T. S. decide que no obsta a que el arrendatario de un local de negocio se halle "legalmente establecido", a efectos de traspasar el local (art. 45, a), de la LAU), la circunstancia de que no hubiese recabado para la industria de hostelería que ejercía las oportunas autorizaciones de las Direcciones Generales de Seguridad y de Turismo y del Ayuntamiento de Madrid, y de que no satisfaciera la contribución correspondiente.

18. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: FALTA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDADOR: DERECHO DE ÉSTE A RESOLVER EL ARRENDAMIENTO Y DERECHO DE RETRACTO: La falta de notificación fehaciente del traspaso permite al arrendador optar entre el derecho de retracto que le concede el art. 48 de la LAU y la resolución del arrendamiento conforme al artículo 149, 3, de este cuerpo legal, sin que pueda el arrendatario pretender que se dé efectividad al derecho de retracto, en lugar de el de resolución ejercitado por el arrendador. [Sentencia 1 julio 1952.]

19. NULIDAD DE PRÉSTAMO USURARIO: DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES: CARÁCTER DE ESTA OBLIGACIÓN: La obligación de devolución de los prestamistas es simplemente mancomunada. [Sentencia 10 junio 1952.]

20. CORRETAJE: VALOR DE LOS REGLAMENTOS DE LOS COLEGIOS DE AGENTES: V. S. 14 marzo 1952 (supra 7).

21. SOCIEDAD CIVIL: SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD JURÍDICA EN VIRTUD DEL ART. 1.669 C. C.: SOCIO INDUSTRIAL: Aunque tal Sociedad se rija por las normas de la comunidad de bienes, en ella cada socio conserva la propiedad de sus aportaciones, pudiendo retirarlas al disolverse la Sociedad, no pudiendo, por consiguiente, el socio industrial retirar aportación alguna. [Sentencia 24 marzo 1952.]

A. La Sala declara probada la existencia de una Sociedad civil entre actor y demandado, a la que el primero concurría como socio industrial por no haberse probado que hubiera hecho aportación alguna. Se estimó la demanda, condenando al demandado a la liquidación de las ganancias. El actor recurrió alegando que, por ser aplicable el artículo 1.669 C. c., existía una comunidad de bienes y debían partirse por mitad los elementos patrimoniales de la Sociedad.

El T. S. *desestima* el recurso y declara: "No es lícito que, tomando pie únicamente de la afirmación expuesta en el primer considerando de la sentencia recurrida, de que los vínculos jurídicos que unieron a ambos otorgantes fueron los de un contrato de Sociedad, se deduzca la presunción de que los pactos de ésta fueron secretos entre los socios, desentendiéndose de lo consignado en el considerando siguiente, que califica dicha Sociedad y establece la cualidad de socio industrial que por deducción de la prueba habría de aplicarse al actor, por lo cual, fueran secretos o no lo fueran los pactos entre los socios, para afirmar lo cual no hay elemento alguno ni siquiera indiciario en el pleito, esta circunstancia no contradice la expresada cualidad de socio industrial que la Sala sentenciadora ha atribuido al actor, afirmación que ha de quedar subsistente por no haber sido combatida y que justifica la aplicación al caso de los arts. 1.689 C. c. y 140 C. de c., que el Tribunal "a quo" hizo debidamente, sin incurrir en la infracción de que se le acusa. Pero es que también en otro aspecto la tesis de la recurrente es ineficaz para conseguir el efecto que se propone, porque, aun admitiendo en este caso la figura de una Sociedad con pactos secretos, a cuya liquidación, según el art. 1.669 C. c., son aplicables las normas que regulan la comunidad de bienes, tiene enseñado la jurisprudencia, interpretando aquel precepto legal, que en esta clase de Sociedades los socios conservan la propiedad de sus aportaciones, y como en el presente litigio se halla acreditado que el demandado tenía establecida con anterioridad su industria, y precisamente instalada en casa propia y que ésta fué su aportación a la Sociedad, y, en cambio, no ha podido justificarse aportación de clase alguna del actor, al disolverse la Sociedad el demandado retiraría su aportación y el actor no podía retirar bien alguno, puesto que no lo había aportado" (Considerando 1.º).

B. OBSERVACIONES: El caso contemplado en esta sentencia, en el que, al parecer, el recurrente, apoyándose en una interpretación a todas luces insostenible del art. 1.669 C. c. pretendía llegar a un resultado claramente injusto, es una muestra más de la imposibilidad de dar un sentido demasiado amplio al párrafo último de dicho precepto; a nuestro juicio, sólo puede querer decir que, al desaparecer la personalidad jurídica, sale a primer término, incluso en el aspecto externo, el transfondo de comunidad de bienes que existe en toda Sociedad, si bien sigue cualificada por la existencia y el contenido del contrato social, que en modo alguno queda ineficaz; es decir, aquellos aspectos en los que la idea de personalidad impone una determinada solución, tal idea viene suplantada por la de comunidad; pero, claro es, sólo en el limitado ámbito en que, en las Sociedades civiles, juega el concepto de personalidad; y sin olvidar nunca que lo primario es la existencia de una situación contractual de Sociedad. Esta interpretación puede encontrar además un fuerte apoyo en el párrafo 2.º del art. 392 C. c.

De lo dicho puede deducirse que, aun en las Sociedades regidas por el art. 1.669 C. c., tiene aplicación el art. 1.708, en cuanto niega al socio industrial todo derecho a una cuota de liquidación respecto de los bienes aportados; en efecto, la norma mencionada no viene determinada por la personalidad de la Sociedad, y no hay por qué prescindir de su aplicación por el hecho de que tal personalidad no exista. La consecuencia es que, en caso de haber un solo socio que aporte bienes, rigiendo el artículo 1.669, no se produce comunidad alguna a pesar de lo que dice tal precepto, lo cual es una nueva muestra de la limitada efectividad del mismo.

La anterior argumentación parece más convincente que la empleada por el T. S., ya que la jurisprudencia anterior que sostiene que los socios conservan la propiedad de sus aportaciones (por ej., la sentencia 22 diciembre 1926) se refiere, sin duda, no a que cada socio conserve la propiedad exclusiva de lo que aportó (como sería necesario para negar al socio industrial toda participación en las aportaciones de los demás), sino a que, en estas Sociedades sin personalidad, las cosas aportadas no pertenezcan a la Sociedad como persona jurídica, lo que sería imposible, sino a los propios socios, pero en régimen de comunidad, como se deduce del supuesto de hecho de la citada sentencia de 1926. (M. G.)

22. SOCIEDAD CIVIL: INTERESES LEGALES POR LAS SUMAS DEBIDAS EN VIRTUD DE LA LIQUIDACIÓN DE LA MISMA: *No se aplica el art. 1.682 C. c. si ninguno de los socios se obligó previamente a aportar sumas determinadas, limitándose a facilitar las necesarias en cada momento, sin que tampoco los socios tomen para sí cantidad alguna del acervo social.*

SOCIEDAD CIVIL: LIQUIDACIÓN: APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PARTICIÓN DE HERENCIA.

MORA: INTERÉS DE DEMORA: LIQUIDEZ DE LA DEUDA: *Los intereses de demora no se deben cuando la cantidad que se reclama es ilíquida ni cuando la determinación de la cantidad pedida depende del juicio que deba precisarla.* [Sentencia 19 diciembre 1951.]

A. Los hechos que se consideran probados son: que actor y demandado convinieron verbalmente una Sociedad civil a la que fueron aportando indistintamente diversas cantidades, resultando en definitiva que el actor había aportado 111.496 pesetas y el demandado 90.518. Dísuelta la Sociedad, el actor reclamó la diferencia, condenándose en segunda instancia al demandado al pago de 20.978 en que consistía, más el interés legal desde la interposición de la demanda. El T. S. *casa la sentencia*, condenando, en la segunda sentencia, al demandado al pago de 10.489 pesetas, diferencia entre su aportación y la mitad del total de aportaciones de los socios, sin más intereses que los que se devenguen desde la firmeza de la sentencia. Al efecto, declara:

"Por ser de aplicación, conforme a lo prevenido en el art. 1.708 C. c., las reglas relativas a la partición de las herencias, a la que se ha de practicar entre los socios para dividir el caudal social, y en ausencia en el presente caso de todo pacto que hubiera establecido cualquier proporcionalidad entre los mismos, y por ser dos únicamente los socios, habrá de estarse a verificar el reparto por partes iguales, abonando el socio que haya aportado menor cantidad la suma pertinente al otro socio para que tenga lugar la igualdad, por lo cual, siendo el capital social la suma de 202.014 pesetas, la mitad que corresponde percibir del mismo

a cada socio será la cantidad de 101.007 pesetas, suma por la cual resulta acreedor cada uno de los participes de la masa social, y como el demandado, por su menor aportación a la misma (90.518 ptas.), resulta deudor por 10.489 pesetas, esta debe ser la cantidad que habrá de abonar al actor para resarcirle del exceso de su mayor aportación (111.518 pesetas) y quedar así satisfecha la igualdad de sus respectivas cuotas" (Considerando 2º).

"Si se tiene en cuenta la forma en que realizaba sus actividades la Sociedad civil formada por ambos litigantes, se advierte que no pueden darse los supuestos que dicho precepto legal (art. 1.682 C. c.) contempla, porque ninguno de los dos socios se obligó previamente a aportar sumas determinadas a la Sociedad, sino que al realizar cada operación, uno u otro de los socios facilitaba las cantidades dinerarias necesarias para ello, ni tampoco se halla probado en el pleito que ninguno de los socios tomase para sí cantidad alguna del acervo social, y por tanto, ni por la mora en el primer supuesto ni por su utilidad particular en el segundo serían debidos intereses, con lo cual notoriamente resulta la indebida aplicación del citado art. 1.682 C. c. que ha hecho la Sala sentenciadora, y si bien en la demanda se pidió por el actor el pago del saldo resultante a su favor en la liquidación que habría de practicarse y los intereses legales del mismo desde la presentación de la demanda, esta petición revela que tampoco puede tener aplicación al caso lo previsto en los arts. 1.100, 1.101 y 1.108 C. c., porque la cantidad debida habría de ser determinada en la liquidación que se habría de practicar y, por tanto, no era líquida en el momento de formularse la demanda, y es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que enseña que los intereses de demora no se deben cuando la cantidad que se reclama es ilíquida ni cuando la determinación de la cantidad pedida dependa del juicio que deba precisarla" (Considerando 3º).

B. OBSERVACIONES.—1. La doctrina de la sentencia en lo relativo a la inaplicabilidad del art. 1.682 C. c. en el caso de que ninguno de los socios se obligase previamente a realizar determinadas aportaciones, parece de una evidencia suficiente para eximir de todo comentario. No obstante, parece advertirse cierta contradicción en la propia sentencia. La segunda sentencia del T. S., siguiendo en esto a la de instancia, califica el contrato litigioso como un contrato verbal de Sociedad civil con aportaciones *mutuas e iguales* de los dos socios. Esto parece suponer que los socios, si bien no se habían obligado a aportar bienes en cuantía determinada, sí se habían obligado, al menos, a aportarlos por igual, lo cual parece indicar que apenas uno de los socios hubiera realizado aportaciones por valor superior a las del otro, nacia para éste la obligación de resarcirle hasta quedar igualados, o de aportar bienes con igual fin. Y con esta base, ya parece más dudosa la inaplicabilidad del art. 1.682, cuando lo que se debe aportar sea una suma de dinero. Si, por el contrario, entendemos que no existía esa obligación de aportar por igual, lo que parece dudoso es la necesidad de la partición por mitad de que habla el T. S. en el considerando 2º, puesto que entonces la división debería hacerse en proporción a las aportaciones efectivamente verificadas, que serían el módulo de las participaciones sociales de ambos socios.

Es decir, si había obligación de aportar por mitad, apenas un socio quedaba en descubierto debería enjugarlo, lo que creemos que es sufi-

ciente para aplicar el art. 1.682; y si no había tal obligación, lo que no cabe admitir es la partición por mitad.

2. En lo relativo a la liquidez de la deuda como requisito de devengación de intereses de demora, el T. S. sigue la reiterada jurisprudencia en el mismo sentido (SS. 23 junio 1906, 13 junio 1910, 22 noviembre 1927, 4 octubre 1930, 21 febrero 1948 y 4 mayo 1950). Tiene también interés recordar que la sentencia 5 junio 1885 había declarado que cuando el litigio versa sobre liquidación de una Sociedad, no es líquida la cantidad que se reclama hasta que recae ejecutoria. Hay que hacer constar que la iliquidez de la deuda es fundamento suficiente para denegar la producción de intereses, aunque se estime aplicable en principio el artículo 1.682 C. c. (M. G.)

23. CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: *Las responsabilidades de los arts. 22 C. penal y 1.903 C. c. no tienen el carácter de solidarias, sino el de subsidiarias, y no puede condenarse al responsable subsidiario si ha sido absuelto el principal por sentencia firme.* [Sentencia 11 diciembre 1952.]

IV. Derecho de Familia.

1. FILIACIÓN LEGÍTIMA: ACCIONES DE RECLAMACIÓN Y DE DESCONOCIMIENTO DE LEGITIMIDAD: PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA: *No habiéndose ejercitado en la instancia del juicio la acción de reclamación ni la de desconocimiento de legitimidad, la prueba de la filiación practicada no tiene por finalidad fundar una declaración judicial de estado, sino que queda reducida a una mera cuestión de hecho, como presupuesto de la acción ejercitada sobre preferente derecho a la herencia.*

La filiación de los hijos legítimos se prueba cumplidamente por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil o en su defecto por la posesión constante de estado de hijo legítimo. [Sentencia 24 noviembre 1952.]

A. En una partición de herencia se adjudicaron al hijo José determinados bienes de los que se hizo cargo, como administrador y por ausencia previamente declarada del titular, su hermano Manuel. Fallecido Manuel, los demandados solicitan y obtienen a su favor la declaración de herederos abintestato. Unos años después del fallecimiento de José (en Buenos Aires) en estado de viudo, su hijo Leopoldo vende a la esposa del demandante todos los bienes, derechos y acciones que en la herencia de su padre pudieran corresponderle. El demandante solicita se le tenga por subrogado en el lugar del heredero y se ordene a los herederos de Manuel la entrega de los bienes por éste administrados, con rendición de cuen^{as} y entrega de frutos percibidos. Los demandados oponen que José falleció soltero y no viudo y niegan la exactitud de los documentos aportados en la demanda para probar la filiación de Leopoldo, entre ellos la certificación del acta de nacimiento (extendida en Montevideo). El Juzgado y la Audiencia admiten la demanda. Los demandados recurren en casación al amparo del número 1.^o del art. 1.692 de la Ley Procesal, alegando: 1.^o, que la acción para reclamar la legitimidad (del artículo 118 C. c.) es personalísima, no pudiendo ser provocada como en el caso de autos por el comprador de la herencia, y 2.^o, que la partida de nacimiento no es suficiente prueba de filiación cuando se suscita contienda ante los Tribunales y que ante la impugnación de dicha partida la única prueba concluyente de legiti-

midad es el matrimonio de los padres, por lo que señalan la interpretación errónea y aplicación indebida del art. 327 del C. c. en relación con el 115 del mismo cuerpo legal. E. T. S. no da lugar al recurso en virtud de las siguientes razones:

Que de las dos clases de acciones que derivan fundamentalmente de la filiación legítima, a saber, la de desconocimiento o impugnación del estado de hijo que de hecho se tiene o se cree tener por alguien, y la de reclamación o reivindicación del estado de hijo que de hecho no se tiene, ninguna de ellas se ha ejercitado en este pleito, encaminado sustancialmente a la declaración de que el cesionario de los derechos hereditarios de quien ostenta la cualidad de hijo legítimo o natural del causante de la herencia tiene derecho a ésta con preferencia a parientes colaterales que obtuvieron la declaración judicial de herederos abientes-tato, y para dilucidar este problema fué preciso practicar prueba a fin de acreditar que el cedente de los derechos hereditarios era hijo legítimo o, por lo menos, hijo natural del causante de la herencia, en atención a que los demandados negaron tal cualidad de hijo, el pleito no ha tenido por finalidad directa la declaración de filiación legítima, puesto que nada se solicitó ni nada declaró en este sentido el fallo de instancia, quedando reducido el tema de filiación a mera cuestión de hecho como presupuesto o antecedente de la acción ejercitada sobre preferente derecho a la herencia...

El segundo y último motivo del recurso impugna la apreciación de prueba por el juzgador de instancia, que estimó debidamente justificado el carácter de hijo legítimo que asiste a quien cedió sus derechos hereditarios al demandante, y entiende el recurrente que no hay en autos tal justificación o probanza, porque no se ha traído al pleito la certificación del matrimonio de los padres del cedente de sus derechos a herencia de aquéllos, único medio de prueba cierto de la filiación legítima; pero... no es aceptable la tesis del recurrente porque a tenor de lo dispuesto en los artículos 115 y 116 en relación con el 327 del C. c., la filiación de los hijos legítimos se prueba, entre otros medios, por el acta de nacimiento extendida en el Registro Civil o, en su defecto, por la posesión constante del estado de hijo legítimo, medios ambos de probanza utilizados en el pleito y apreciados correctamente por la Sala sentenciadora... suficiente en casos como el de autos, en que, según declara la sentencia recurrida, surgieron dificultades para indagar el lugar en que se celebró la unión matrimonial y obtener la correspondiente certificación del Registro, sin que existan datos para creer que el matrimonio no se celebró.

B. OBSERVACIONES: a) La acción de petición de herencia.—Está legitimado para ejercitar esta acción el heredero, sea testamentario o legítimo, y también el adquirente intervivos del derecho de heredero—como en el caso presente—. (Vid. las anotaciones de Lacruz en *Derecho sucesorio*, de Binder, Madrid, 1953, pág. 278.) El adquirente del heredero ha de justificar su adjudicación con el correspondiente título y la condición de heredero de su transmitente a base de los hechos en que éste apoye su llamamiento hereditario, esto es, la muerte del causante unido a la circunstancia de haberle instituido por su heredero o de resultar serlo abintestato (vid. Roca en anotaciones a Kipp en *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1953, pág. 278).

siones, vol. I, pág. 378). En el caso de autos, negada por la demandada la filiación del heredero como hecho determinante de su derecho a la herencia, la prueba de la filiación practicada en la instancia no tenía por finalidad fundar una declaración judicial de estado de legitimidad —como alegó erróneamente el recurrente al señalar la infracción del artículo 118—, sino que, como acertadamente razona la sentencia, queda limitada a mera cuestión de hecho como presupuestos o antecedente de la acción ejercitada sobre preferente derecho a la herencia.

b) Valor de las actas del Registro Civil.—Frente al título de adquisición de un estado civil, el título de legitimación tiene por finalidad que determinadas circunstancias externas basten para que se puedan ejercitar las facultades de estado sin necesidad de comprobar la existencia del título de adquisición. El estado civil tiene dos títulos de legitimación, uno normal y preferido: la inscripción en el Registro Civil; otro, subsidiario o complementario: la posesión de estado (F. de Castro, *Derecho Civil de España*, parte general, II-1, págs. 78 y ss.). Las actas del Registro Civil constituyen la prueba única exclusiva del estado civil mientras no se plantee contienda judicial (art. 327 C. c.); como título de legitimación, no sólo producen un desplazamiento de la carga de la prueba, no son sólo una prueba preconstituida, sino que únicamente en el caso de controversia ante los tribunales se permite que pueda aducirse prueba en contrario; la inscripción puede ser impugnada, pero el procedimiento ha de ser adecuado a las cuestiones sobre el estado civil; no se puede desconocer el valor de la inscripción negando los hechos que ella afirma mediante un procedimiento distinto (vid. F. de Castro, *op. cit.*, págs. 571 y ss.). El proceso que da origen a esta sentencia no versa sobre el estado civil, sino sobre reclamación de herencia; la prueba de la filiación legítima o natural no es más que el presupuesto de esta petición, y siendo aquélla negada por el recurrente, el T. S. hace perfecta aplicación de la doctrina expuesta al considerar que el acta de nacimiento y la posesión de estado son títulos que legitiman suficientemente al hijo para disponer de los derechos derivados de tal estado.

c) Aplicación del derecho extranjero.—En el supuesto de esta sentencia el causante falleció en el extranjero (Buenos Aires) después de haber sido declarado ausente en España; por otra parte, la certificación del acta del nacimiento de su hijo fué extendida en Montevideo; sin embargo, no se aprecia en sus antecedentes ni se alega en el pleito la condición de extranjeros que aquéllos pudieran tener y que determinaría por aplicación del artículo 9.º C. c. el estatuto personal del extranjero en la materia discutida sobre medios de prueba de la filiación; por la misma razón quedarían sujetos a la regla *locus regit actum* el valor y eficacia de las actas de un Registro Civil extranjero. En cuanto al problema de aplicación del derecho extranjero que dejamos apuntado, la doctrina española y la jurisprudencia lo considera como *quaestio facti*, lo que requiere su alegación y prueba por los interesados que pueden incluso renunciar a él en favor de la *lex fori* (véase F. de Castro, *op. cit.*, parte general, I, pág. 138 y pág. 532, y Castán, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, pág. 210, así como la sentencia que cita de 19 diciembre 1935). (J. C.)

V. Derecho de Sucesiones.

1. ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA: POSESIÓN CIVILÍSIMA: Véase S. 13 marzo 1952 (*infra* 2).

2. COMUNIDAD HEREDITARIA: ACTUACIÓN DE LOS HEREDEROS EN INTERÉS COMÚN: Si bien es cierto que sólo la partición da derecho al heredero

para accionar sobre los bienes que le han sido adjudicados, no lo es menos que aunque esté proindiviso la herencia puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al difunto.

ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA: POSESIÓN CIVILÍSIMA: *La sola interposición de una demanda, como la de desahucio, que sólo por la cualidad de heredero cabría efectuar, determina la tácita aceptación de la herencia, y con ella la adquisición de la posesión en virtud del art. 440 C. c.*

USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: POSESIÓN EN CONCEPCIO DE DUEÑO: *Supone una inconsecuencia el que, reconocido por el mismo recurrente haberse probado en autos la imperfección de su título de donatario, se pretenda fundar en esta cualidad precisamente la posesión de los bienes en concepto de dueño.* [Sentencia 13 marzo 1952.]

A. Demandado de desahucio por precario, el ocupante de unas tierras alegó: que los actores no tenían la posesión por alegar un título hereditario, no habiendo, sin embargo, aceptado la herencia ni hecho la partición; que había adquirido las fincas por donación verbal consolidada por usucapión extraordinaria, y que alegando el propio demandado un título de dominio, la cuestión excedía del ámbito del juicio de desahucio.

El T. S., *desestimando el recurso interpuesto por el demandado*, declara: "Si bien es cierto, como afirma el recurrente, corroborando su aserto con múltiples resoluciones de esta Sala, que solamente la partición da derecho al heredero para accionar sobre los bienes que le han sido adjudicados, no es menos cierto, y también lo confirma la Jurisprudencia, que por virtud del art. 661 C. c. los herederos, por el solo hecho de la muerte, suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones y que aunque esté proindiviso la herencia, puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común de las acciones que correspondían al difunto, que es lo ocurrido en el caso presente, en el que no un heredero aislado, sino todos conjuntamente han accionado para traer a la masa hereditaria los bienes que estimaban pertenecer al difunto, y en este supuesto no es necesaria la partición para ostentar y ejercitar aquel derecho, como tampoco fué necesaria partición alguna para la plena adquisición de la herencia de su padre por el causante de los actores, por ser éste único y universal heredero de aquél, desvirtuándose asimismo la objeción que hace el recurrente cuando denuncia la errónea interpretación del artículo 440 C. c., sobre transmisión de la posesión de los bienes hereditarios, de no constar haber sido adida la herencia, ni por los actores ni por su causante, toda vez que en cuanto al causante, heredero único, lo que no consta es la renuncia, por lo que a tenor del art. 1.106 C. c., de no haber aceptado la herencia pasaría su derecho a sus herederos, y por lo que respecta a los actores, la sola interposición de la demanda, que únicamente por su cualidad de herederos podían efectuar, determina, por disposición del art. 999 C. c., en su párrafo 3.º, la tácita aceptación de la herencia, con lo cual quedan cumplidas las prescripciones del artículo ci-

tado 440, y, por consiguiente, al no perder el abuelo de los actores la posesión civil de los bienes debatidos que formaban parte de su patrimonio, como consta en autos, al entregar al demandado la tenencia material de los mismos para su explotación y disfrute, fué transmisiéndose en virtud de los preceptos legales citados dicha posesión *cum animo romini*, a sus herederos inmediatos y mediatos, y los actores, por tanto, ostentan la referida posesión que a tenor del art. 1.564 C. c. les otorga legitimidad para promover el desahucio" (Considerando 1.º). "Demostrada en el pleito la inexistencia de la condición de donatario en el demandado por no estar fundada más que en la alegación del mismo sin prueba alguna que la respalde, y además porque aunque fuera cierta la alegación estaría afectada dicha donación del vicio de invalidez por faltarle el requisito formal que exige el art. 633 C. c., busca el recurrente su última defensa en la prescripción adquisitiva..., pero dejando aparte la inconsecuencia que supone el que reconocido por el mismo recurrente haberse probado en autos la imperfección del título de donatario alegado se pretenda fundar en esta cualidad precisamente la posesión de los bienes en concepto de dueño, olvida sin duda al formular su razonamiento el recurrente que, como deducción de la apreciación de la prueba, se afirma en la sentencia recurrida que el demandado no poseyó en concepto de dueño y que los actores, después del fallecimiento de su abuelo, que entregó los bienes, y cuando el demandado trabajaba las fincas cuyo desahucio se discute, se portaron como dueños de ellos, ejercitando facultades comprendidas dentro de las que se reservan exclusivamente al propietario, y estas afirmaciones de hecho, por no haber sido impugnadas en la forma y por el cauce procesal debido, han de quedar subsistentes y desvirtúan la argumentación de este motivo del recurso, porque si el demandado no poseyó en concepto de dueño y el plazo de la tenencia de los bienes se vió interrumpido por los actos de dominio de los propietarios de aquéllos, no pudieron darse las condiciones que para la prescripción adquisitiva de muebles (*sic*) requiere el art. 1.959 C. c." (Considerando 2.º).

B. OBSERVACIONES: 1. En lo referente al ejercicio de acciones por un coheredero en interés común, sigue esta sentencia la línea de reiterada Jurisprudencia anterior (SS., entre otras, de 18 diciembre 1933, 12 noviembre 1947 y 26 junio 1948).

2. Resulta un tanto extraño que el T. S. considere una inconsecuencia el hecho de que, a efectos de la usucapión extraordinaria se trate de fundar la posesión en concepto de dueño en un título que el propio recurrente estima imperfecto. En efecto, dada la intrascendencia del factor título en este tipo de usucapión, la posesión podrá apoyarse en un título, perfecto o imperfecto, o no apoyarse en título alguno. Si el título es nulo, como en el caso presente, la situación se equipará a la posesión sin título, pero ello es inoperante en el terreno de la usucapión extraordinaria. (M. G.)

3. CONTADOR PARTIDOR: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCESO SOBRE NULIDAD DE LA PARTICIÓN: El contador partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia, no tiene el concepto de interesado, stricto sensu, en la partición, ni, por lo tanto, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición que ha realizado.

NULIDAD DE UNA PARTICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CIERTOS HEREDEROS: *En materia de ineeficacia radical o inexistencia de negocios jurídicos, no es preciso alegar ni concretar otra causa que la de haber sido realizados sin la concurrencia del requisito esencial del consentimiento que la Ley exige para su validez.*

NULIDAD DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR, POR NO CONSENTIR LOS HEREDEROS DEL CÓNYUGE DEL CAUSANTE LA PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: *Constituyendo la liquidación de la sociedad conyugal premisa obligada para poder fijar el caudal relieto del causante, resulta indudable que la nulidad de la liquidación de la repetida sociedad trasciende y torna ineeficaz también la partición de la herencia.* [Sentencia 20 octubre 1952.]

A. Fallecidos dos cónyuges, el esposo abintestato y la esposa bajo testamento, el contador partidor designado por ésta practicó la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de las herencias de ambos firmando el cuaderno y el acta de protocolización sólo tres de los cinco hijos y herederos del matrimonio. Los otros dos impugnaron las operaciones, triunfando en ambas instancias. Los demandados alegaron en el recurso: no haberse demandado al contador; no haber expresado los actores la causa de su oposición; y que en todo caso sería nula la liquidación de la sociedad conyugal, pero no la partición de la esposa testadora. El Tribunal Supremo desestima el recurso, declarando:

“... Si bien es cierto que para obtener la declaración de nulidad de un negocio jurídico es indispensable que estén presentes en el pleito todos los interesados, no lo es menos que el contador partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia, como la terminó el designado en el caso de autos mediante la formalización del cuaderno particional, ya protocolizado, no se le puede asignar el concepto de interesado, *stricto sensu*, en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, todos presentes en el pleito, en su calidad de sucesores en los derechos y obligaciones del causante—art. 661 C. c.—ni, por lo tanto, y en términos generales, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición que ha realizado—sentencias por analogía de 4 de julio de 1892, 6 de diciembre de 1895, 24 de abril de 1907—, salvo supuestos excepcionales que no se dan en este litigio, como los contemplados en sentencias de 6 de noviembre de 1918 y 18 de abril de 1928, en que al contador se le pedía indemnización de daños y perjuicios por su actuación maliciosa, o aquellos otros en que por ser a la vez albacea administrador de la herencia le correspondía representarla en juicio” (Considerando 2.º). “Para decretar la nulidad del cuaderno particional comprensivo de la liquidación de la sociedad de gananciales y división de las herencias de los cónyuges, se afirma en la sentencia recurrida, como cuestión de hecho no impugnada en casación por vía procesal adecuada, que los coherederos de ambos cónyuges, demandantes en este pleito, no intervinieron en la liquidación y división referida, ni prestaron su asentimiento al cuaderno particional de las herencias de los dos cónyuges y liquidación de la sociedad de gananciales, formado por el comisario que designó la viuda, contando solamente con la previa autorización y aprobación posterior de los coherederos demandantes.”

dados, y claro es que sobre esta base de hecho se impone la declaración de nulidad de la actuación del comisario que se atribuyó facultades que ni la ley ni la autonomía de la voluntad le habían otorgado para liquidar la sociedad de gananciales y dividir la herencia del esposo que había premuerto a su esposa abintestato, sin que para declarar la nulidad de los actos realizados por el comisario con notoria extralimitación de facultades sea preciso, en materia de ineeficacia radical o inexistencia de negocios jurídicos, alegar ni concretar otra causa que la de haber sido realizados sin la concurrencia del requisito esencial del consentimiento que la Ley exige para su validez, ni la declaración de hechos probados, antes aludida, permite estimar que los demandantes autorizasen de modo tácito la actuación del comisario" (Considerando 3.º). "La Sala de instancia no desconoce ni infringe la doctrina jurisprudencial ni las normas legales invocadas en el recurso, a tenor de las cuales el contador ostenta la representación del causante de la herencia y su actuación vincula a los herederos en tanto no resulte lesionada su legítima; pero como el comisario no se limitó a dividir la herencia de la esposa, sino que liquidó ilegalmente la sociedad de gananciales, y esta liquidación constituye premisa obligada para poder fijar el caudal relicito de la testadora, integrado por sus bienes privativos y la mitad de las ganancias, resulta indudable que la nulidad de la liquidación de la repetida sociedad trasciende y torna ineeficaz también la partición de la herencia de dicha causante, realizada sin la previa e inexcusable determinación de lo que podría constituir el as hereditario de la misma, por lo que tampoco es procedente excluir de la nulidad declarada la partición de los bienes que en su día resulten privativos de la esposa, hoy desconocidos por la razón expuesta" (Considerando 4.º).

B. OBSERVACIONES.—1. Es interesante la doctrina según la cual el comisario no es, una vez cumplida su misión, interesado en la partición. No se debe olvidar, no obstante que lo que viene a decir el T. S. es que no es necesario que la demanda de nulidad de la partición se dirija contra el comisario, lo cual no implica necesariamente que éste no pueda considerarse como interesado a efectos, por ejemplo, de defender en otros aspectos o en casos distintos la validez de la partición que ha verificado, incluso de intervenir como demandado si la demanda de nulidad se dirige contra él. Concretamente, la Res. 30 abril 1906 estimó legitimado al comisario para interponer recurso gubernativo contra la negativa del Registrador a inscribir la partición.

2. La exigencia de la intervención del cónyuge supérstite o sus herederos en la liquidación de la sociedad conyugal como operación previa a la partición es algo plenamente lógico y reiteradamente sostenido por la Dirección General de los Registros (Res. 14 marzo 1903, 26 febrero, 25 mayo y 5 octubre 1906, 29 enero 1908, etc.). Pero tiene cierto interés la declaración de que la partición subsiguiente es plenamente ineeficaz si no ha mediado tal intervención. No se puede, por tanto, mantener la validez de la partición en cuanto a los bienes privativos del causante, si bien con la necesidad de adicionarla una vez verificada una liquidación válida de la sociedad conyugal. La solución es lógica, ya que la previa liquidación de tal sociedad es una base esencial de la partición. (M. G.).

4. PARTICIÓN DE LA HERENCIA: RESCISIÓN POR LESIÓN: ART. 1.077 C. C.: *El derecho de optar que concede el citado precepto puede ser ejercitado en el curso del proceso encaminado a demostrar la existencia de lesión.* [Sentencia 23 junio 1952.]

5. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: V. S. 24 noviembre 1952 (IV, 1).

6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y TESTAMENIOS: A QUIÉN CORRESPONDE EN CASO DE SUSCITARSE CONTIENDA JUDICIAL: *Constituye, según una jurisprudencia reiteradísima, atribución a la Sala sentenciadora de instancia, contra la que no puede prosperar el criterio de los recurrentes, ni requerirse su revisión por el T. S., en casos distintos de aquellos en que haya sido manifiestamente adoptada con falta de lógica o error patentizado.*

ROGACIÓN DE LOS TESTIGOS DEL TESTAMENTO: EFECTOS (NAVARRA): PRESUNCIÓN DE ROGACIÓN: *No determina la nulidad del testamento la falta de su constancia cierta, cuando la indudable asistencia de los testigos permite inferir lógicamente que para ello fueron convocados.* [Sentencia 1 marzo 1952.]

"En cuanto a la falta de rogación de los testigos, además de que el Notario autorizante del testamento da en él fe de haberse cumplido el requisito que se dice omitido, no es el mismo, como con acierto estima la Sala sentenciadora y declaró ya este T. S. en sentencia 1 diciembre 1898, tan esencial que la falta de su constancia cierta haya de determinar la nulidad del testamento, cuando la indudable asistencia de los testigos al acto del otorgamiento permite inferir lógicamente que para ello fueron convocados" (Considerando 1.º).

7. TESTAMENTO SACRAMENTAL: *Se declara la inhabilidad de la mujer para poder ser testigo en tal clase de testamento, y, por tanto, la nulidad del mismo cuando se dé tal circunstancia.* [Sentencia 20 diciembre 1952.]

El testamento sacramental consiste en aquel privilegio por el que todo vecino de Barcelona capaz de testar puede otorgar testamento u otra clase de última voluntad, manifestándolo de palabra o por escrito delante de testigos idóneos, los cuales, dentro de seis meses de estar en Barcelona, han de declarar bajo juramento la última voluntad recibida, delante del altar de San Félix (hoy de la Santa Cruz), en la iglesia de los santos Justo y Pastor, previa citación de los interesados y con asistencia de Juez y Secretario (Borrell. Derecho civil vigente en Cataluña, tomo IV, pág. 38). Su origen, según Pella y Forgas, "Código civil de Cataluña", tomo III, pág. 147 y ss., se encuentra en el testamento militar romano, que tras algunas vicisitudes fué recogido por los godos (no hay que olvidar que éstos fueron soldados legionarios de Roma, que se establecieron a título de alojamiento en las provincias del Imperio, y como tales legionarios usaban de las prerrogativas militares y, entre ellas, la del testamento militar). Fué recogido por el Fuero Juzgo (Ley 11

Recesvinto, libro 2, título 5). Tras de la dominación árabe, volvió a aplicarse en Barcelona por el privilegio concedido por Ludovico Pío. Por último, lo recoge el capítulo 48 del *Recognoverunt Proceres*.

En el caso de la sentencia que nos ocupa, el problema se centra sobre la validez o nulidad de un testamento de esta clase otorgado por un ciudadano de Barcelona, en donde uno de los testigos es una mujer. La cuestión no hubiera tenido ninguna trascendencia en Tortosa, donde también se conoce tal clase de testamento, pues allí se exige que los testigos sean varones. En Barcelona la cuestión no está tan clara para los tratadistas, y así, Fontanella, "Decissiones 580, núm. 1 y ss.", cita casos en que fueron admitidas mujeres; Vives se limitaba a recomendar que los testigos fuesen varones; Pella y Forgas, en su obra antes citada, se limita a recoger la sentencia de 15 de marzo de 1912 que declara la incapacidad de las mujeres para ser testigos en tales testamentos; Corbellá, Broca y Amell y Borrell y Soler mantienen silencio sobre esta cuestión.

El recurrente sostenía la validez del testamento fundándose en que el capítulo 48 del *Recognoverunt Proceres* sólo exigía la presencia de un número plural de testigos, sin distinguir si éstos debían ser sólo varones, o si podían ser varones y hembras, aparte de que tal testamento, por su origen en el Fueno Juzgo, en el que gozaban de "idoneidad" los siervos, o sea, aquellos seres que no podían serlo en los testamentos ordinarios, y en los que no se prevenía que fuesen varones, era un argumento más a favor de la idoneidad de la mujer para poder ser testigo. Y, por último, alegaba la doctrina de los autores en Cataluña, que, en general, no era contraria a tal idoneidad. Declarada la validez del testamento en primera instancia, fué revocada esta decisión por la Audiencia, que decretó su nulidad, y el Tribunal Supremo *confirma* la decisión de la última proclamando la nulidad del testamento.

Establece la sentencia en su Considerando 3.^º "que la opinión de los tratadistas, por respetable que sea, no es por sí sola suficiente para constituir doctrina legal, por precisarse para que esto ocurra que sea aceptada por la jurisprudencia, no siendo, además, unánime en este caso la opinión de los tratadistas de estimar que los referidos testigos pueden indistintamente ser varones o hembras".

Y en cuanto al nudo central de la cuestión, de que el capítulo 48 del *Recognoverunt Proceres* no distingue si los testigos han de ser varones o hembras, no es de aplicar el principio "donde la ley no distingue no es lícito distinguir", que cita como infringido el recurrente, "ya que por tratarse de un testamento privilegiado especialísimo, la interpretación que se dé a sus normas no puede ser extensiva, y deben considerarse únicamente como requisitos especiales y distintos de los demás que regulen el modo de otorgarse los testamentos ordinarios, aquellos que de un modo claro e indudable sean diferentes, por lo que al no expresarse en esa forma que las mujeres pueden ser testigos en estos testamentos no debe admitirse que en ese punto estos testamentos sacramentales son distintos de los regidos por las leyes romanas y canónicas, en las que tñáinimemente se niega a las mujeres capacidad para ser testigos en ellos" (Considerando 4.^º).

Confirma esta sentencia la doctrina sentada en la de 15 de marzo de 1912, en donde estableció que "las mujeres se hallan incapacitadas para actuar como testigos en los testamentos sacramentales, sin duda

para evitar que con su intervención se hiciesen más peligrosos asuntos de esta naturaleza que tanto afectan a los sagrados intereses de las familias". (A. I.)

DERECHO MERCANTIL

1. EJERCICIO DEL COMERCIO: HABITUALIDAD: *El darse de alta en la contribución industrial no implica el establecimiento real y efectivo de un comercio o industria, pues el ejercicio de estas actividades exige la realización de actos mercantiles con la habitualidad a que se refiere el art. 1.^o del C. de c.* [Sentencia 23 abril 1952.]

En la sentencia reseñada se trataba del ejercicio del comercio a los efectos del desahucio de un arrendatario de local de negocio por necesitarlo el actor para su propia actividad comercial.

OBSERVACIONES: Es de destacar cómo el T. S. conecta el ejercicio del comercio requerido por el art. 90, b), LAU a las condiciones exigidas por el art. 1.^o C. de c. para la adquisición de la cualidad de comerciante.

2. MARCAS DE COMERCIO: INSCRIPCIÓN: *Conforme al sentido del artículo 118 de la Ley de Propiedad Industrial, la creación e inscripción de marcas de comercio presupone siempre que el objeto de las mismas pueda ser producido o expedido libremente con una finalidad económica.*

Es nula la inscripción de una marca que tiene por objeto una publicación que por su finalidad compete en régimen de exclusiva a una Compañía explotadora de un servicio público. [Sentencia 3 noviembre 1952.]

El demandado por la C. T. N. E., había inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial la marca "Anuario Mercantil Telefónico". La Audiencia declaró la nulidad de la marca registrada.

El T. S., confirmando la sentencia de instancia, declara *no haber lugar al recurso porque la registración de marcas "presupone siempre que el objeto de las mismas pueda ser producido o expedido libremente con finalidad económica, lo que no ocurre con las Listas de Abonados de la C. T. N. E., con cuya publicación no se busca un lucro, sino el hacer posible el servicio público que le está encomendado..."* (Considerando 3.).

3. LETRA DE CAMBIO: INFLUENCIA DE LAS RELACIONES CASUALES: *En el régimen normal de la letra de cambio, el aceptante asume la obligación de pagarla con abstracción de la "causa debendi" si quien la hace valer es un tercer poseedor, pero si es el librador quien reclama el pago, la letra no se independiza del contrato subyacente que le dió vida.*

LETRA DE CAMBIO: APLICACIÓN DEL ART. 1.277 C. C.: *En el caso de que por defectos de la letra u omisiones posteriores la letra quede reducida a la condición de documento meramente civil, rige respecto de ella el art. 1.277 C. c. y, por tanto, el acreedor no ha de probar la existencia de causa.*

LETRA DE CAMBIO: ACEPTACIÓN EN BLANCO: *Si bien el C. de c. no prohíbe la aceptación en blanco y sólo exige que el texto cambiario esté completo al tiempo de ser utilizado en juicio, es indudable que para hacer valer la obligación dimanante de la letra frente al aceptante y a instancia del librador, es preciso que haya sido completada de acuerdo con el pacto precedente que motivó la aceptación o que con posterioridad haya prestado su asentimiento el firmante.* [Sentencia 1 mayo 1952.]

A. La letra objeto del litigio había sido librada por el actor y aparecía aceptada por el demandado, no siendo posible su eficacia como tal letra por diversos defectos que se recogen en los Considerandos. Según el actor, la letra se había emitido como consecuencia de una liquidación de cuentas entre las partes; según el demandado, había sido aceptada en blanco para su eventual utilización por el actor a consecuencia de las relaciones comerciales que mediaban entre ambos, como lo probaba el que reciprocamente el demandado poseía otras letras aceptadas en blanco por el actor. La Audiencia desestimó la demanda. El T. S. acoje uno de los motivos del recurso, basado en el art. 1.277 C. c., pero mantiene el fallo de instancia por otros fundamentos, en base de todo ello a los siguientes razonamientos:

"En régimen normal de la letra de cambio, el aceptante asume la obligación de pagarla a su vencimiento, con abstracción de la causa debida si la letra adquiere rango de instrumento de crédito al ser puesta en circulación y actúa a impulso de un tercer poseedor de la misma frente a quien la aceptó; mas si la relación jurídica entra en juego a instancia del librador que reclama el pago al aceptante, la letra de cambio no se independiza del contrato subyacente que le dió vida y del que es mero instrumento de ejecución, revistiendo en tal supuesto los caracteres de un negocio causal que en tanto obliga en cuanto sean ineficaces las excepciones cambiarias que pueda oponer el aceptante por vicios que invaliden el consentimiento que aparezca prestado, o por falta de causa, referida al incumplimiento de la contraprestación del librador que no le ha provisto de fondos, ni es acreedor de él por razón del contrato antecedente de la letra, ni fué autorizado para la expedición de la misma, pues así se infiere de la interpretación armónica y jurisprudencial de los arts. 456, 457 y 458, alusivos a la relación entre librador y aceptante. 430 y 523 C. de c., con referencia éstos a los demás interesados en la circulación de la letra" (Considerando 1º). "Este régimen normal de la letra quiebra en gran parte al contemplar casos como el discutido en el presente litigio, que fué promovido por el librador en reclamación de pago contra los herederos del aceptante de una letra de cambio que ni fué extendida en el papel timbrado correspondiente a su fecha, ni ha sido negociada por entrega al tomador, ni fué protestada por falta de pago según resulta indiscutido, y ante esta situación de facto la letra decae como documento mercantil por inobservancia del art. 7º de la Ley del Timbre y del 469 C. de c., sin posible aplicación en el caso debatido del art. 450 de dicho Código, que asigna valoración de pagaré a la letra defectuosa, pero no a favor del librador, sino a su cargo; por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 151 de la Ley del Timbre, la letra

deficiente se transforma en documento estrictamente civil, revelador de negocio causal, según afirma la sentencia recurrida y se reconoce en el presente recurso, y será preciso ver si el Derecho común ampara o no la reclamación del demandante" (Considerando 2.º). "Ante la oposición de los demandados al pago pedido, alegando sustancialmente que la letra carecía de la causa que el actor invocó, refiriéndola a deuda resultante de la liquidación de una cuenta particular habida entre librador y aceptante, la Sala sentenciadora estimó, como uno de los fundamentos jurídicos del pronunciamiento absolutorio de la demanda, que incumbía al demandante —acreedor— la prueba de la existencia de causa —no demostrada en el pleito—, y frente a esta posición del Tribunal *a quo* denuncia correctamente el primer motivo del recurso la infracción del art. 1.277 C. c., porque, efectivamente, es lógico presumir que quien suscribe un documento de reconocimiento de deuda admite la existencia de ésta y libera al acreedor de la carga de la prueba, que es precisamente lo que estatuye el citado precepto legal para el caso de que la causa no se expresa en el contrato, imponiendo al deudor la prueba en contrario de la presunción de que existe y es lícita, sin que ante una norma tan terminante sea eficaz la cita de la sentencia de 22 de junio de 1942, que por haber recaído en pleito sobre usura y a virtud de la libertad de apreciación concedida a los Tribunales por el art. 2º de la Ley de 1908, la doctrina que reitera constituye una excepción a la regla del art. 1.277 y esta excepción no se da en los presentes autos, puesto que no versan sobre contratación usuraria" (Considerando 3.º). "Aunque el expresado fundamento jurídico de la sentencia recurrida pugna con lo preceptuado en el art. 1.277 C. c., la Sala de instancia invoca otra argumentación con la tesis de que no ha existido la liquidación de cuenta particular en la que el actor sitúa la deuda reflejada en la cambial, y al efecto señala múltiples irregularidades en la formación y desenvolvimiento de la letra, afirmando especialmente que en ella sólo es auténtica la aceptación, para deducir que ha sido firmada en blanco por el librado..." (Considerando 4.º). "Si bien el C. de c. no prohíbe la aceptación en blanco de una letra y sólo exige que el texto cambiario esté completo al tiempo de ser utilizada en juicio, según prescribe el art. 444, es indudable que para hacer valer la obligación dimanante de la letra frente al aceptante y a instancia del librador se precisa que haya sido completada de acuerdo con el pacto precedente que motivó la aceptación o que con posterioridad haya prestado su asentimiento al firmante, y como no hay en autos elementos de juicio alguno que permita apreciar la existencia de la liquidación de la cuenta particular sobre la que se acciona, ni el consentimiento posterior respecto a la cantidad cifrada como importe de la letra que ha sido aceptada con la aludida finalidad previsora, y no como derivación de la cuenta particular, es visto que el Tribunal de instancia no ha incurrido en ningún error jurídico al absolver a los demandados por tal motivo y en virtud de la prueba por ellos aportada de letras en blanco, lo que constituye fundamento suficiente para mantener el fallo recurrido, no obstante la falta de consistencia legal del

fundamento antes aludido y ahora rechazado, y sin perjuicio del derecho que asista a los litigantes para provocar la liquidación de todas las cuentas entre ellos habidas y el pago del saldo resultante" (Considerando 6º).

B. OBSERVACIONES.—1. En cuanto al problema del carácter causal o abstracto de la letra de cambio, se sigue la misma doctrina de las SS. de 26 febrero 1944, 1 marzo 1944, 7 febrero 1947 y 16 marzo 1951.

2. Tiene, en cambio, trascendencia innovatoria la doctrina que la sentencia sienta en cuanto a la aceptación en blanco, contraria a la que parece desprenderse de la de 8 de mayo de 1920, criticada por Garrigues (Curso de Derecho Mercantil, I, pág. 612). En aquélla se decía que la letra en blanco, además de contrariar el art. 444 C. de c., suponía un pacto que si bien no estaba prohibido por la Ley, tampoco estaba autorizado. La argumentación de Garrigues se basaba en la distinción entre letra incompleta y letra en blanco, y asimismo en el hecho de que el art. 465 C. de c. autoriza el endoso en blanco. La sentencia que ahora nos ocupa sigue la posición del citado mercantilista al decir que el Código sólo exige que el texto cambiario esté completo al tiempo de ser utilizado en juicio, pero no al ser aceptada la letra. Es decir, se prohíbe la letra incompleta, no la letra en blanco.

En cuanto al ulterior problema de la relación entre la letra en blanco y el pacto con arreglo al cual habría de rellenarse, la sentencia se limita a exigir que la letra se complete de acuerdo con dicho pacto para que surta efecto entre librador y aceptante. Sería aventurado deducir a sensu contrario que el tercero tenedor de la letra quedaría, según la doctrina del T. S., inmune frente a las excepciones que el aceptante pudiera oponerle derivadas de desacuerdo entre la letra y el pacto referido. No obstante, a primera vista, ésta parece la posición del T. S., si bien sin virtualidad alguna, como es natural, en lo relativo a creación de doctrina legal. Tal inmunidad del tercero es la tesis consagrada por la Ley Uniforme de Ginebra (art. 10) y defendida entre nosotros por Garrigues (loc. cit., pág. 613). (M. G.)

4. COMPROVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA: *La cláusula contractual que establece que la mercancía será puesta franco destino en la estación G., que los portes serán a cargo y cuenta del vendedor y que la estación de destino será G. si no se dice lo contrario, evidencia que el vendedor contraió la obligación de poner a disposición del comprador la mercancía en la estación de destino señalada, siendo éste el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega, lo que se corrobora por otra cláusula que dispone que el representante del vendedor ha de estar presente a la llegada a destino para el despacitaje de la mercancía.* [Sentencia 27 octubre 1952.]

OBSERVACIONES: En Derecho mercantil el riesgo de la cosa vendida se desplaza al comprador con la entrega o puesta a disposición; de aquí que en las ventas de plaza a plaza, en las que el vendedor tiene la obligación de remitir los efectos al comprador, no hay puesta a disposición hasta que éstas lleguen al punto de destino, por lo cual los riesgos del transporte les soporta el vendedor; pero en la práctica mercantil (sancionada por la jurisprudencia) las cláusulas relativas a los gastos de transporte ejercen cierto influjo modificador sobre las reglas generales del riesgo y del lugar de entrega de la cosa debida; en el primer aspecto los usos de comercio sancionan la regla de que quien tenga a su cargo los portes sufre los riesgos del mismo; en las cláusulas franco bordo o

o sobre vagón (fob) el vendedor soporta el riesgo hasta que las mercancías son puestas a bordo o sobre vagón; en cambio, en las cláusulas "franco destino" el vendedor sufre el riesgo hasta que lleguen al punto de destinación (véase Garrigues: *Curso*, t. II, págs. 147 y 154). De forma análoga, si bien las cláusulas sobre gastos de transporte no modifican por sí solas el lugar donde deba realizarse la entrega, llevan consigo la presunción de realizarse ésta donde termine el transporte asumido por el vendedor. La jurisprudencia tiene declarado que la mercancía facturada a porte debido se presume que viaja a cuenta y riesgo del comprador y que se efectúa su entrega en el lugar de embarque; en sentido opuesto, la cláusula "franco destino" implica que la entrega se realiza al llegar los efectos al destino fijado. (J. C.)

5. COMPROVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Habiendo un principio de prueba por escrito de la realidad del contrato, se estima hecha la entrega en el establecimiento mercantil del vendedor.* [Sentencia 28 junio 1952.]

Igualmente si el comprador admite que la mercancía se remitió de cuenta y riesgo del comprador. [Sentencia 4 junio 1952.]

No es obstáculo que el comprador pretenda dejar de cuenta la mercancía ni que se discuta, en cuanto al riesgo, cuál de los litigantes ha de pagar el importe del seguro. [Sentencia 15 noviembre 1952.]

Tampoco el hecho de que se giren letras para facilitar el pago (Sentencia 4 junio 1952), *si no existe documento del cual pueda inferirse que la voluntad de las partes haya sido establecer tal modo de pago como cláusula o condición obligatoria del contrato a los efectos de determinar el lugar del pago.* [Sentencia 30 junio 1952.]

OBSERVACIONES: Es reiterada la jurisprudencia que establece que el giro de letras sólo tiende a facilitar el pago y carece de trascendencia en cuanto a la competencia. No obstante, el T. S. ha admitido también que puede afectarla si la voluntad de las partes ha atribuido otra finalidad al giro. (Vid. en esta línea de doctrina, ahora reiterada en la sentencia de 30 junio 1952, las de 29 septiembre 1939, 22 septiembre 1947, 9 mayo 1949, 25 enero 1950 y 20 marzo 1952, entre otras.)

6. COMPROVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *A falta de otros datos, se presume que se entregó la mercancía donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, aplicando el art. 1.500 C. c. por disposición del artículo 50 C. de c.* [Sentencia 23 octubre 1952.]

7. COMPROVENTA MERCANTIL: PRESUNCIÓN SOBRE EL LUGAR DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA: PAGO DEL PRECIO: *Constituye presunción jurisprudencial que, a falta de prueba en contrario, la entrega de la mercancía se efectuó en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento mercantil, y por ello en dicho lugar debe efectuarse el pago.* [Sentencia 1 julio 1952.]

8. COMPROVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *Las mercancías vendidas se entienden entregadas en el establecimiento mercantil del*

vendedor, según presunción jurisprudencial y salvo prueba en contrario. [Sentencias 14 octubre y 13 noviembre 1952.]

9. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA: Cuando se envía la mercancía a porte debido, el lugar de entrega es aquel en que se ha efectuado la facturación de la misma, y en él debe ser pagado el precio, según doctrina jurisprudencial muy reiterada [Sentencias 10 y 14 octubre 1952.]

10. COMPRAVENTA MERCANTIL: PRESUNCIÓN DE ENTREGA: La presunción de que en las ventas de género se supone la entrega en el establecimiento del vendedor queda sin efecto cuando hay una prueba de entrega contraria a aquélla. [Sentencia 18 diciembre 1952.]

En este sentido ver S. 1 julio 1952, V, 4.

11. COMPRAVENTA MERCANTIL: CONTRA ENTREGA DE DOCUMENTOS: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: El lugar de cumplimiento de un contrato de compraventa contra entrega de documentos, es aquel donde el comprador abrió una cuenta corriente a favor del vendedor y donde los documentos le fueron entregados. [Sentencia 24 julio 1952.]

12. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: EMISIÓN DE LETRAS DE CAMBIO: Las letras de cambio giradas para el cobro del precio de lo vendido constituye una nueva facilidad de pago.

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: PAGO DEL PRECIO: No constando nada en contra, el lugar del cumplimiento de pagar el precio es el mismo que aquel en que la mercancía fué facturada, según constante doctrina jurisprudencial. [Sentencia 14 octubre 1952.]

13. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: EMISIÓN DE LETRAS DE CAMBIO: El giro de letras de cambio solamente supone una nueva facilidad para el pago.

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: ENVÍO DE MERCANCÍAS POR CUENTA Y RIESGO DEL COMPRADOR: Cuando las mercancías son enviadas por cuenta y riesgo del comprador, constante jurisprudencia tiene declarado que el lugar de entrega es aquel donde tiene el vendedor su domicilio. [Sentencia 25 junio 1952.]

14. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: El lugar en que debe cumplirse la obligación es el del domicilio del vendedor cuando la mercancía se ha remitido a población distinta por cuenta y riesgo del comprador.

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE PAGO: Corresponde al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, aunque se haya estipulado que el pago se haría "por giro a quince días vista", sin hacerse la menor

alusión al lugar de pago, porque esos giros no pueden tener más alcance que el general de facilitar el pago del precio y su recibo. [Sentencia 5 diciembre 1952.] (Véase D. Proc., I, 8.)

Dice el T. S.: "... la parte demandada pretende que el juicio se trámite en el Juzgado correspondiente a su domicilio, por haberse convenido que el pago se realizara por medio de letras de cambio y ser ésta la doctrina sostenida en las sentencias de este Tribunal de 26 de septiembre de 1939, 11 de enero de 1946 y 13 de julio de 1948; no siendo dichas sentencias aplicables al presente juicio, porque en la primera de ellas el pago se hizo, es cierto, por medio de letras de cambio en el domicilio del demandado, pero contra entrega de los documentos necesarios para que pudiera realizar la mercancía, es decir, que se realizó el pago en el mismo lugar y simultáneamente a poner a su disposición lo que era objeto de la compraventa; la segunda sentencia se refiere a un juicio ejecutivo en el que sólo se ejercitaba, como es lógico, la acción cambiaria, y en la tercera se tuvo en cuenta que los litigantes habían convenido expresamente que el pago del precio de la mercancía se efectuara mediante letras de cambio en el domicilio del comprador, diciéndose en el contrato con referencia a los giros que se haría "el pago a treinta días fecha facturación por letra aceptada por los compradores"; y es, por el contrario, de aplicación la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1947, en cuyos fundamentos terminante y claramente se expresa: que "el caso de que las letras de cambio, por estar convenido en el contrato este medio de pago, designan el lugar de éste, es una excepción a otra norma más general de jurisprudencia, que únicamente ve en tales letras una facilidad de pago, y es evidente que a tal excepción, por serlo, no puede presumirse ni darse una interpretación extensiva derivándola arbitrariamente de una mera concesión de plazo" y "que si se admite que las letras de cambio tienen eficacia para designar el lugar del pago cuando el empleo de ellas está incluido en el contrato, precisamente por estarlo, es indudable que este extremo ha de ser apreciado con las normas interpretativas de los contratos basadas en la voluntad e intención de las partes, de lo que se infiere que no puede establecer sobre estos una regla objetiva, independiente de la voluntad de las partes, porque el giro que forme parte del contrato será designación del lugar de pago o será sólo facilidad de pago, según lo que las partes hayan querido que sea", y como en el presente juicio en el citado boletín de pedido sólo se consignó que el pago se haría por giro a quince días vista", sin que en ninguna otra estipulación se hiciera la menor referencia al lugar del pago, no puede darse más alcance a esos giros que el que generalmente tienen de facilitar a comprador y vendedor el pago del precio y su recibo, respectivamente, en sus propios domicilios, por lo que debe resolverse esta competencia, como antes se indica, en favor del Juzgado del domicilio del vendedor." (Considerando 2º)

15. COMPROVANTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *La doctrina del T. S., según la cual se presume que en las ventas mercantiles las mercancías se entregan en el establecimiento del vendedor, no es aplicable a los casos en los que hay un principio de prueba acreditativo de que es otro el lugar en que fué entregada.* [Sentencia 28 octubre 1952.]

16. COMPROVANTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA: *La presunción jurisprudencial de que la cosa se ha entregado en el lugar donde tiene el vendedor su establecimiento mercantil, es una presunción juris tantum.*

que puede ser desvirtuada por hechos contrarios, como en el caso de que la mercancía se haya remitido al lugar del establecimiento del comprador consignada a nombre de tercera persona. [Sentencia 13 enero 1953.]

OBSERVACIONES: Se argumenta que el hecho de que haya sido remitida la mercancía al lugar en que radicaba el establecimiento del comprador, a nombre de un tercero, "excluye la posibilidad o, por lo menos, la presunción de que fuera entregada al comprador en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, puesto que antes de llegar al punto de destino no pudo entrar en la posesión del comprador ni se puso a su disposición" (Considerando 3.º), argumento lógico, pues sólo el consignatario podía disponer de la mercancía mientras estaba consignada a su nombre.

17. **COMRAVENIA MERCANTIL: LUGAR DE PAGO:** *El pago de la mitad del prebijo que ahora se reclama deberá efectuarse en el mismo lugar en que se pagó la primera mitad a satisfacción de los otros otorgantes del contrato.* [Sentencia 24 noviembre 1952.]

OBSERVACIONES: Se confirma la doctrina sentada en reiterada jurisprudencia, según la cual, al no estar pactado el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa, dicho lugar será aquel en el que comenzó a cumplirse, ya que mediante este hecho quedó tácitamente determinado por los interesados.

18. **COMRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA:** *En los contratos mercantiles de compraventa a que se refiere esta competencia debe considerarse como lugar de entrega el domicilio del vendedor, tanto porque las mercancías se remitieron desde el lugar en que radicaba el establecimiento mercantil del mismo por cuenta del comprador y a porte debido, como por aplicación de la presunción jurisprudencial, según la cual en las compraventas mercantiles se estima entregada la cosa, salvo prueba en contrario, en el lugar en que está sito el establecimiento mercantil del vendedor.* [Sentencia 12 diciembre 1952.]

19. **CONTRATO DE SEGURO: INCUMPLIMIENTO: OBLIGACIÓN ALTERNATIVA DE INDEMNIZAR:** *Habiendo optado la Compañía aseguradora por reparar el daño, no puede posteriormente desvirtuar aquella opción manifestando su voluntad de pagar su importe.* [Sentencia 23 diciembre 1952.] (Véase D. Pr., III, 23.)

A. En un seguro de automóvil la Compañía aseguradora se reservaba en la póliza la facultad alternativa a su elección, de liquidar el daño pagando su importe o efectuar la reparación necesaria; ocurrido el daño, la Compañía realizó actos que implicaban haber optado por el último término—reparar—, pero manifestando posteriormente su voluntad de acogerse al primero—indemnizar—. El asegurado solicita que se condene a la Compañía a la reparación del vehículo, más la indemnización de perjuicios por el tiempo en que ha estado privado de su utilización. Admitida la demanda en ambas instancias, la Compañía demandada formula recurso de casación al amparo de los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 1.692 de la LEC por los siguientes

Motivos: 1.º Infracción del artículo 285 del C. de c. y aplicación indebida de los artículos 1.132, 1.255 y 1.256 C. c.

2.^o Error de derecho con infracción de los artículos 1.225, 1.232, 1.233 y 1.248 C. c. y 659 LEC.

3.^o Infracción de los artículos 1.100, 1.103 y 1.104 C. c.

4.^o Incongruencia.

El T. S. no da lugar al recurso, en virtud de los siguientes razonamientos: "Considerando que en el 1.^o y 3.^o (motivos) se hace por la parte recurrente supuesto de la cuestión, sosteniendo que tiene derecho a optar por satisfacer el importe de la reparación de los daños sufridos por el automóvil en el accidente o repararlo por su cuenta, y que ha decidido por esto último (?), y como esta afirmación es opuesta a la que la Audiencia estima probado, carecen de eficacia los razonamientos que partiendo de ese erróneo supuesto se hacen en los indicados motivos" (Considerando 3.^o).

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA: *No cabe desvirtuar la cláusula de sumisión expresa consignada en un contrato, alegando la extinción del contrato en el que aquélla fué estipulada, y mucho menos cuando la parte contraria niega que el contrato se haya extinguido.* [Sentencia 16 diciembre 1952.]

2. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN TÁCITA: *Implica sumisión tácita, con arreglo al párrafo 2.^o del art. 58 LEC, el hecho de comparecer el demandado ante un Juzgado determinado, en el que siguió todo el pleito, contestando la demanda, formulando dúplica, proponiendo prueba, pidiendo prórroga y apelando de la sentencia dictada, sin que nada signifique contra esa sumisión el que anteriormente hubiera promovido cuestión de competencia por inhibitoria ante otro Juzgado diferente, porque una vez hecha la sumisión tácita, nada puede desvirtuarla.* [Sentencia 13 enero 1953.]

3. COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIÓN DE COMPETENCIA: *No cabe resolver la competencia en favor de un Juzgado que no sea contendiente, aunque se pruebe que el contrato fué cumplido en su demarcación jurisdiccional.* [Sentencia 28 octubre 1952.]

4. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *No puede determinarse la competencia por el lugar de la obligación cuando ésta es negada por el demandado y el actor no presenta ningún principio de prueba por escrito, por lo que debe regir el lugar del domicilio del demandado, conforme a la regla 1.^o del artículo 62 LEC.* [Sentencia 31 diciembre 1952.]

Sigue la doctrina de la sentencia de 25 septiembre 1950. ANUARIO, IV, 1, 360.

5. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *No supone renuncia del fuero propio por parte del consignatario de determinadas mercancías, el hecho de que aparezca la carta de porte suscrita entre el estipulante (persona distinta del consignatario) y la empresa transportista con cláusula en la que se someten las cuestiones derivadas de dicho transporte a la competencia del fuero de la última, máxime cuando dicha cláusula aparece en el reverso, y no en el anverso de la carta de porte, que es el que aparece suscrito por el cargador, ya que el consignatario no intervino en la perfección del contrato.* [Sentencia 29 diciembre 1952.]

6. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Según doctrina jurisprudencial muy reiterada, los hechos aducidos en la demanda y no negados categóricamente por el demandado deben tenerse por ciertos a efectos de resolver la cuestión de competencia.*

COMPETENCIA: PRESTACIÓN DE SERVICIOS: *El lugar de prestación de los servicios decide el fuero en el supuesto de reclamación del pago de los mismos.* [Sentencia 29 septiembre 1952.]

OBSERVACIONES: Responde esta sentencia al criterio actualmente mantenido por el T. S., criterio que, como se sabe, ha sido cambiante. Cf. Prieto Castro: *Tratado*, I-1, pág. 500. (J. L.)

7. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Los hechos alegados en la demanda y no negados por el demandado constituyen un principio de prueba a efectos de determinar la competencia, según Sentencias del T. S. de 4 octubre 1946, 21 septiembre 1950 y 27 septiembre 1952.* [Sentencia 23 octubre 1952.]

8. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *No lo es la nota de pedido si se halla procesado el agente mediador, en concepto de responsable criminalmente de la falsificación de la firma del comprador.* [Sentencia 31 octubre 1952.]

9. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Constituyen un principio de prueba para resolver la competencia el boletín de pedido y el escrito firmado por el Jefe de estación de origen, de cuyos documentos, que fueron presentados con la demanda sin que los impugnase la parte contraria, que se fundó en lo estipulado en dicho boletín para promover la competencia, resulta que la mercancía se remitió a población distinta por cuenta y riesgo del comprador.* [Sentencia 5 diciembre 1952.] (Véase D. m., 14.)

10. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *A la carta dirigida a terceras personas por el agente comercial que intervino en los contratos celebrados entre los litigantes, fechada una semana después de presentada la demanda, no puede dársele más valor que el que las manifestaciones que contiene merecerían, si las hubiera hecho su firmante*

como testigo en los autos sin intervención de la parte contraria, es decir, ninguna a los efectos de resolver la competencia, como tiene declarado, respecto a la prueba testifical, reiterada jurisprudencia.

COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: Constituye un principio de prueba para decidir la competencia los documentos aportados con la demanda que no hayan sido impugnados por el demandado.

COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: De las facturas remitidas al comprador al efectuarse cada uno de los tres envíos a los que afecta la reclamación, y de las tres letras de cambio libradas para hacer efectivo su importe, que se le giraron al mismo simultáneamente a la facturación de las mercancías, se desprende que tales mercancías no se le mandaban en depósito, pues en tal caso no se habría exigido su importe hasta que constara que las habían vendido por cuenta del remitente, infiriéndose, por el contrario, de esos documentos que entre los litigantes mediaban contratos de compraventa. [Sentencia 12 diciembre 1952.]

11. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: Constituyen un principio de prueba, al efecto de resolver la competencia, los documentos existentes en autos no contradichos eficazmente por la parte contraria, que se limita a negar la existencia del contrato, de cuyos documentos se desprende que los géneros que se dicen vendidos fueron enviados a porte debido desde el establecimiento del demandante al establecimiento del demandado. [Sentencia 6 diciembre 1952.]

12. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: Por los documentos aportados por el demandante se aprecia claramente que éste remitió, a portes debidos, desde su establecimiento mercantil, un bocoy de vino a la consignación del demandado, el cual lo retiró en la estación de destino, hecho éste revelador, a efectos de resolver la competencia, de que existe la compraventa mercantil. [Sentencia 16 diciembre 1952.]

13. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA, A EFECTOS DE DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO: A dichos fines de competencia se estima como domicilio el que resulta de los documentos aportados al pleito, cuya legitimidad no se niega. [Sentencia 21 marzo 1952.]

14. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: No constituye principio de prueba la afirmación hecha por el demandante, sin acompañar ningún documento del que directa o indirectamente pueda deducirse su exactitud y que fué negada por el demandado. [Sentencia 6 diciembre 1952.]

15. COMPETENCIA TERRITORIAL: DEPÓSITO DE MUJER CASADA: DOMICILIO DE LA ESPOSA: Conforme al párrafo 2º de la regla 20 del artículo 63 de la LEC, en los depósitos de personas cuando no hubiere autos anteriores, será, pues, competente el del domicilio de la que ha de ser depo-

sitada, sin que sea aplicable en el caso presente, para determinar ese domicilio, el artículo 64 de dicha Ley, cuando la mujer habita con carácter de permanencia en un sitio distinto al de su consorte, sin oposición, antes bien, con el consentimiento de éste. [Sentencia 29 diciembre 1952.]

OBSERVACIONES: Esta sentencia, siguiendo jurisprudencia reiterada, determina la competencia por el criterio del domicilio real de la esposa distinto del marido y consentido por él; pero lo cierto es que en el caso presente el Juzgado que promovió la inhibitoria la mantuvo alegando que no se daba el requisito del consentimiento expreso o tácito del esposo, pues éste, con anterioridad a la solicitud de depósito, había pretendido de modo efectivo y jurídico ante el propio Juzgado que su esposa e hijos fueran traídos a su potestad. Es por ello extraño que el T. S. mantenga en este caso el criterio del domicilio real, sobre todo si se compara con sentencia de 7 octubre 1949 (véase ANUARIO, III-3, pág. 870) y sentencia de 25 abril 1952 (ver ANUARIO, V-4, pág. 1517). (J. C.)

16. COMPETENCIA TERRITORIAL: FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *No apareciendo principios de prueba suficientes, a efectos de decidir la cuestión de competencia, para determinar la existencia del contrato de compraventa cuyo pago del precio se reclama, determina el fuero el domicilio del demandado, por aplicación del artículo 62, regla 1.^a LEC.* [Sentencias 10 junio, 31 octubre y 2 diciembre 1952.]

17. COMPETENCIA TERRITORIAL: FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *Negada la existencia del contrato del que se derivaría la acción personal en virtud de la cual se demanda, debe decidirse la competencia según el fuero del domicilio del demandado. [Sentencia 20 mayo 1952.]*

18. COMPETENCIA TERRITORIAL: FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *Celebrada una compraventa por conferencia telefónica y no resultando probado que se fijara lugar de cumplimiento, es competente para conocer de la reclamación del precio el juez del domicilio del demandado, conforme al artículo 62, 1.^a, LEC, y 1.171, 3.^a, C. c., ya que no puede fijarse ni el lugar de cumplimiento de la obligación ni el lugar del contrato.*

La presunción admitida por la jurisprudencia de considerar en las remesas a porte debido que la entrega se ha realizado en la estación de embarque no puede aplicarse cuando no se presenta un principio de prueba que lo justifique. Tampoco es aplicable el párrafo 2.^o del artículo 1.171 cuando no se trate de cosa específicamente determinada. [Sentencia 29 noviembre 1952.]

19. COMPETENCIA TERRITORIAL: REPERCUSIÓN DEL ARBITRIO DE PLUSVALÍA: *La reclamación de los compradores contra el vendedor para repercutir este arbitrio es acción personal y se ejerce como derivada del contrato de compraventa, por lo que el Juez competente para conocer del contrato lo es también de las cuestiones que de él se deriven como de su causa o tengan relación directa con él. [Sentencia 29 diciembre 1952.]*

20. COMPETENCIA TERRITORIAL: CONTRATO DE OBRA: DEVOLUCIÓN DE UN OBJETO REPARADO: *Tanto si la acción ejercitada para lograr la devolución del objeto, una vez reparado, se califica de acción personal encaminada al cumplimiento parcial del contrato de arrendamiento de obra, como si se considera ejercitada una acción revindicatoria de cosa mueble, debe atribuirse la preferencia para conocer de la demanda al juez de B., porque en dicha ciudad tiene su domicilio el demandado, en ella se encuentra la cosa reclamada y allí mismo habría de ejecutarse la reparación concertada.* [Sentencia 18 octubre 1952.]

21. COMPETENCIA TERRITORIAL: DEUDA GARANTIZADA POR FIADOR SOLIDARIO: PRESUNCIÓN DE FRAUDE: *En las obligaciones de garantía la competencia se determina según la que proceda para la obligación principal.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

Cuando el demandado deudor principal niega la existencia del contrato de fianza, que no fué acompañado a la demanda, y también conocer al titulado fiador, resulta sospechosa la intervención de éste en el proceso, por lo que a efectos de competencia y sin prejuzgar la resolución que en definitiva y con más elementos de juicio sea procedente, no es de estimar la solidaridad de los dos demandados. [Sentencia 6 junio 1952.]

A. Esencialmente, los supuestos de hecho de ambas sentencias son idénticos: con desconocimiento del deudor principal, una persona (en ambos casos vecina de un mismo determinado pueblo) no conocida por él se constituye, poco antes de ser presentada la demanda, fiador solidario, comunicándosele por carta al acreedor. Este, basándose en el párrafo 2.^o, regla 1.^a, artículo 62 LEC, elige para la presentación de la demanda el Juzgado del domicilio del fiador (en ambos casos muy cercano al domicilio del demandante, circunstancia que, por el contrario, no concurre respecto al domicilio del deudor principal).

B. OBSERVACIONES: En los dos supuestos se sospecha fundadamente el fraude (en la primera de las sentencias citadas lo señala el juez de primera instancia que conoció el asunto en apelación); la solución correcta parece la indicada en la primera de las resoluciones expuestas, porque en la otra, al hacer referencia al presunto fraude, parece darse a entender que si éste no existiera debería decidirse la cuestión a tenor de lo precepiñado en la regla 1.^a, párrafo 2.^o, artículo 62 LEC, siendo así que en el supuesto es aplicable, por el contrario, el artículo 63, número 3.^o LEC, como norma dictada para un caso más especial (Comárese Guasp: *Comentario a la LEC*, I, págs. 370-372.) (J. L.)

22. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA: *Es competente para conocer de la acción que reclama la entrega de la cosa, el Juzgado del lugar en que deba cumplirse esta obligación, conforme al artículo 62, 1.^a, LEC, sin que pueda aplicarse la norma jurisprudencial que presume hecha la entrega de la cosa vendida en el lugar del establecimiento del vendedor, que supone siempre que la cosa se ha entregado y sólo trata de fijar el lugar del pago aplicando el artículo 1.500 C. c.* [Sentencia 27 octubre 1952.]

23. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: ENTREGA POR REPRESENTANTE: *A falta de sumisión expresa o tácita y de conformidad con la regla 1.^a del artículo 62 de la LEC, en relación con el párrafo 2.^o del artículo 1.500 del C. c., el Juez competente para conocer del cobro del precio es el del lugar de entrega, aunque ésta se haya realizado por el representante del vendedor.* [Sentencia 18 diciembre 1952.]

24. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: *No habiendo duda sobre la naturaleza mercantil de la compraventa, es Juzgado competente el del domicilio del vendedor.* [Sentencia 20 enero 1953.]

25. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUSPENSIÓN DE PAGOS: CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS: *Por conexión debe conocer del asunto aquel Juzgado que declaró la suspensión, aprobó los acuerdos de la Junta de acreedores e hizo expresa reserva del derecho del actor a reclamar en el juicio declarativo correspondiente.* [Sentencia 3 abril 1952.]

26. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUSPENSIÓN DE PAGO: CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS: *En la calificación de un crédito y determinación del derecho de abstención de su titular a la Junta de acreedores, es competente el Juez que conozca del expediente de suspensión de pagos, dada la conexión íntima de ambos procedimientos.* [Sentencia 10 octubre 1952.]

27. COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIONES DERIVADAS DE UN PROCESO ANTERIOR: *Reclamado el pago de unas labores agrícolas que tienen su raíz en una anterior situación arrendaticia terminada con el desahucio del arrendatario —actual demandante—, es competente para conocer de aquella reclamación el que lo fué del pleito anterior del que el presente se deriva.*

FUERO DE LAS ACCIONES PARA PAGO DE TRABAJOS U OBRAS: *Es competente el Juez del lugar en que se realizaron, a tenor de la regla 1.^a del artículo 62 LEC y reiterado criterio jurisprudencial.* [Sentencia 14 junio 1952.]

28. LEGITIMACIÓN PROCESAL: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL CONTADOR PARTIDOR EN LOS PROCESOS SOBRE NULIDAD DE LA PARTICIÓN: V. S. 20 octubre 1952 (D. c., V, 3).

29. EXCEPCIONES DILATORIAS: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: REQUISITOS: *El indiscutible derecho de oponer al contestar a la demanda la excepción de incompetencia de jurisdicción, exige como requisito indispensable que quien la formula no haya acatado o reconocido antes la competencia de la jurisdicción que después impugna, y es de estimar que la acata el que le ha sometido previamente el conocimiento de una excepción dilatoria.* [Sentencia 21 junio 1952.]

30. EXCEPCIONES DILATORIAS: PROPOSICIÓN: *No pueden proponerse en el escrito de dúplica.* [Sentencia 3 junio 1952.]

En dicho escrito cabe, "conforme al párrafo 2.º, art. 548 LEC, modificar o adicionar, con finalidad aclaratoria, las excepciones formuladas en la contestación", pero no se pueden "proponer con eficacia otras no mencionadas antes, con la consiguiente alteración de los términos del litigio y notoria indefensión de los actores" (Considerando 2.º).

31. LITIS PENDENCIA: *Existe cuando al ser formulada la demanda sobre reclamación del importe de una letra de cambio, los demandados habían solicitado de la Comisión de Reclamaciones Bancarias que se declarase la nulidad de dicha letra.* [Sentencia 1 diciembre 1952.]

32. RECONVENCIÓN: NECESIDAD DE SU FORMULACIÓN EXPRESA: *Si bien para tener por formulada reconvención no es forzoso que se use determinado formulismo procesal respecto a los hechos y alegaciones en Derecho en que se funde, es, sin embargo, necesario que se plantea por la parte demandada una cuestión nueva y que se solicite respecto a ella determinado pronunciamiento, no limitándose a pedir la absolución de la demanda.* [Sentencia 4 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: V. en análogo sentido las SS. 30 abril 1934, 23 diciembre 1935 y 2 julio 1946.

33. ACUMULACIÓN DE AUTOS: *No puede acordarse la acumulación de los juicios declarativos que se hallen ya en período de ejecución de sentencia, cuando ésta pueda afectar a bienes sujetos a concurso o quiebra, porque la ley atiende preferentemente, en tales casos, al estado de los autos que se trate de acumular.* [Sentencia 27 enero 1953.]

Así venía declarado en Sentencias 28 marzo 1888, 31 octubre 1891; 30 enero 1905.

34. LA DEMANDA: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS: JUICIO DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO POR TRASPASO: *El artículo 504 de la LEC no impone la necesidad de probar en todo caso la causa del derecho alegado mediante documento o documentos acompañados a la demanda; en particular, previéndose la resolución del arrendamiento por traspaso, no es necesario presentar un documento en que conste la existencia de éste.* [Sentencia 26 mayo 1952.]

El deber establecido en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de presentar con la demanda inicial de un juicio declarativo, el documento o documentos en que la parte interesada funda su derecho, no se extiende hasta constituir la necesidad de probar en todo caso el hecho, causa o título del derecho alegado, mediante documento o documentos acompañados a la demanda, porque ni todos los hechos pueden probarse por tal medio, y por eso la Ley admite y regula otros igualmente eficaces al efecto; ni todos los hechos susceptibles de ello se hacen constar en documento; ni aun habiéndose hecho así, el documento es siempre

conocido o está a la disposición del interesado en las consecuencias del hecho consignado en el documento extendido; y por estas razones, la Ley, en el mismo precepto legal citado, y este Tribunal, en sentencia de 26 de junio de 1914, por ejemplo, admiten excepciones a la disposición general" (Considerando 1.º).

"El derecho a la resolución del arrendamiento por traspaso ilegal del local de negocio arrendado, derecho concedido al arrendador por el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tiene como causa o título el hecho del traspaso, que puede o no haberse hecho constar en documento cuya existencia, caso de haberse extendido, trataría, naturalmente, de ocultarse al arrendador, a cuya disposición, aun concediendo su existencia, no puede estar, sino excepcionalmente, por no haber intervenido en él, por lo que tal documento está claramente exceptuado de los que deben presentarse con la demanda" (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: La sentencia de 26 junio 1914, citada en el Considerando 1.º resolvió en sentido idéntico al actual un caso en el que se pedía el cumplimiento de un contrato verbal.

35. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Consiste en la adecuación de conceptos entre lo pedido por el litigante en el suplico de la demanda o reconvención y lo otorgado por la resolución judicial en su fallo, prescindiendo de la coincidencia de las palabras, y no existe cuando el juzgador modifica la causa de pedir o rebasa la extensión de lo pedido.* [Sentencia 8 julio 1952.] (V. D. c., III.)

Dice el T. S.: "...como el actor en el suplico de su demanda pidió solamente la condena de la demandada a la indemnización de daños y perjuicios, sin aludir a la resolución o al cumplimiento del contrato, y la Sala de instancia, supliendo una voluntad no expresada, acuerda la resolución del contrato..., es indudable la infracción del artículo 359 de la Ley Procesal civil que se denuncia en el primer motivo del recurso, que por ello ha de ser estimado" (Considerando 2.º).

36. CONGRUENCIA: *Es congruente el fallo que se ajusta a lo pedido en la demanda.* [Sentencia 29 octubre 1951.]

37. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Es congruente la sentencia que en el supuesto del artículo 1.077 C. c. condena al pago en metálico, cuando resulta probado que el obligado a hacerlo había optado en el curso del proceso por la indemnización del daño.* [Sentencia 23 junio 1952.]

38. VICIOS DE LA SENTENCIA: INCONGRUENCIA: *Incurriría en ella la sentencia que resolviera acerca de una excepción dilatoria no propuesta oportunamente.* [Sentencia 3 junio 1952.]

39. VICIOS DE LA SENTENCIA: INCONGRUENCIA: *No puede apreciarse cuando lo tenido por incongruente es la relación entre una simple manifestación de la demanda y un considerando.* [Sentencia 12 febrero 1952.]

40. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *El juzgador, en virtud del principio de congruencia, no puede resolver ni condenar por acción diferente de la que se ejercita, ni por derecho distinto del que se hace valer.* [Sentencia 21 mayo 1952.]

41. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Es congruente la sentencia que, en un supuesto de simulación relativa, se limita a declarar absolutamente nulo el contrato simulado.* [Sentencia 29 marzo 1952.]

Se había tratado de encubrir unas declaraciones bajo la apariencia de contratos de compraventa, con objeto de prescindir de los derechos de un legitimario; éste solicitó que dichas compraventas fuesen declaradas absolutamente nulas, petición que fué estimada, sin hacerse en la sentencia pronunciamiento alguno sobre la validez o nulidad de las donaciones. La parte vencida interpuso recurso de casación, tachando a la sentencia de incongruente, porque—a su juicio—decidía también la nulidad de las donaciones en cuestión, que el recurrente estimaba válidas, por no perjudicar la legítima. El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, en virtud de la doctrina expuesta.

42. COSA JUZGADA FORMAL: APELACIÓN PARCIAL: *Si sólo apeló uno de los demandados, y precisamente contra la parte del fallo que le afectaba, el pronunciamiento relativo al otro demandado ha quedado firme.* [Sentencia 11 diciembre 1952.]

43. SENTENCIA DESTRUÍDA EN ZONA ROJA Y NO RECONSTRUÍDA A TIEMPO: *La Ley de 23 de febrero de 1940 no sanciona con la pérdida de derechos a quien no inste la reconstrucción de la sentencia destruida, ni impide que se prescinda de su régimen especial, promoviendo nuevo pleito a base de probanza suficiente de la sentencia firme recaída en pleito anterior.* [Sentencia 25 marzo 1952.]

El actor ejercitaba la *actio judicati* derivada de una sentencia destruida en zona roja. El recurso del demandado se basaba en no haberse probado legalmente el contenido de la sentencia y en no haberse instado a tiempo la reconstrucción.

El T. S. desestima el recurso, declarando: "La Ley de 23 de febrero de 1940 estableció un procedimiento para reconstruir las actuaciones judiciales desaparecidas o sustancialmente mutiladas en territorio marxista durante la guerra civil, exigiendo a tal fin instancia de parte y reservando a la demandante el derecho de promover nuevamente la acción con arreglo al artículo 10 de la Ley de 8 de mayo de 1939, en el caso de que el Juez o Tribunal declarase la imposibilidad de reconstituir lo desaparecido o mutilado, pero ni impuso la obligación de instar dicho procedimiento ni decretó sanción de pérdida del derecho que pudiera asistir a quien no instase la reconstitución, siendo más lógico pensar que, dados los términos de la Ley de 1940, y habida cuenta de la interpretación restrictiva que corresponde a su carácter circunstancial o de

excepción, pudo prescindir del régimen especial de reconstitución para promover nuevo pleito a base de probanza suficiente de la sentencia firme recaída en pleito anterior y desaparecida, que es precisamente lo ocurrido en el caso de autos, en que se ejercita la acción derivada de lo ya juzgado con renuncia del privilegio de directa ejecución que pudiera instarse una vez reconstituídas las actuaciones destruidas" (Considerando 4º).

44. COSA JUZGADA: *Existe desde que concurren, tanto las identidades objetivas no afectadas por la alteración caprichosa de la causa pretendida, como la identidad subjetiva, no desvirtuada por la posición procesal de demandante y demandado en ambos pleitos.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

A. Interpuesta demanda por don X. X. contra don Y. Y. en reclamación de cantidad que éste le adeudaba a título de préstamo, se opuso el demandado, invocando la cosa juzgada y alegando que con anterioridad éste había deducido demanda contra el actual actor en solicitud de que se le condenara al pago del saldo que resultara de la liquidación de cuentas con ocasión de un contrato de compraventa de aceituna de molino, habiéndose dictado sentencia de conformidad con sus pretensiones, tratando el actor de reproducir lo resuelto en el anterior pleito. Recaída sentencia por la que se estimó la excepción de cosa juzgada, y confirmada que fué en la segunda instancia, se recurre por infracción del artículo 1.252 del C. c.

El T. S. declara *no haber lugar al recurso* por el razonamiento recogido en el epígrafe (Considerando 1º), y además porque "el pronunciamiento absolutorio contra el que se recurre habría de ser mantenido por aplicación del principio *actore non prona reus est absolvens*, ya que la sentencia recurrida declara que el actor no ha justificado la existencia del préstamo que invoca como título de pedir" (Considerando 2º).

OBSERVACIONES: Dudoso que entre ambos pleitos existiese la identidad de causas que exige el C. c. Más correcto hubiera sido, como apunta el segundo Considerando, desestimar la demanda por no haber probado el actor los hechos constitutivos de la misma, pues de haberlos probado—de la misma sentencia se deduce—no hubiera podido prospesar la excepción de cosa juzgada, ya que la cuestión del pretendido préstamo no fué discutida en el primer pleito, que versó sobre liquidación de cuentas en una compraventa. (J. J. P.)

45. COSA JUZGADA: *No existe cuando entre ambos pleitos no hay identidad de demandados, sin que les unan vínculos de solidaridad y son también diversas las causas de pedir.* [Sentencia 19 diciembre 1952.]

El propietario de un inmueble formuló demanda de desahucio contra el inquilino, que fué desestimada por haber éste ya desalojado la vivienda, diciéndose en la sentencia que el arrendatario había cedido el goce o uso a tercero cuya posición era determinante de efectos jurídicos especialmente regulados en la LAU. Ejercitada, posteriormente, por el propietario demanda de desahucio por precario contra el tercero, actual ocupante, se opuso éste alegando ser cesionario y no precarista e invo-

cando la cosa juzgada. Recaida sentencia estimatoria, confirmada en apelación, se interpuso recurso fundado, aparte otros motivos (v. D. Pr.), en el núm. 2 del art. 1.692.

El T. S. declara *no haber lugar al recurso* por las razones recogidas en el epígrafe.

46. COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE CAUSA: INFLUENCIA DE LA "EDITICACIONIS": ADICIÓN DE NUEVAS PETICIONES: COMPARACIÓN ENTRE AMBOS PROCESOS: HECHOS PROBADOS EN LITIGIO ANTERIOR: *La causa equivale a fundamento o razón de pedir. No obsta que a la acción se dé distinto nombre o que en el primer juicio se alegara como excepción, ni que en el segundo se añada un nuevo pedimento. La comparación se ha de hacer entre lo resuelto en el primer pleito y lo pedido en el segundo. No cabe promover nuevo proceso para acreditar un hecho por cuya no justificación se dictó en otro sentencia absolutoria.* [Sentencia 4 abril 1952.]

En el proceso anterior se resolvió no haber lugar al desahucio de un local de negocio por subarriendo o traspaso no consentido, por estimerse, contra la tesis del actor, que el local se había adquirido por traspaso. En el actual se solicitó, ya promulgada la vigente LAU, el desahucio por traspaso no consentido, sin derecho del arrendatario a indemnización, subsidiariamente el desahucio con indemnización, y, también subsidiariamente, el reconocimiento al actor de los derechos de tanto y retracto al amparo de la Ley vigente. El Juzgado estimó la excepción de cosa juzgada. La Audiencia revocó la anterior sentencia, estimando la pretensión principal.

El T. S. *casa la sentencia* y *confirma la* del Juzgado, en base a los siguientes razonamientos: "Una reiterada jurisprudencia ha venido fijando el razonado alcance del art. 1.252 C. c., en lo que se refiere a las cuestiones planteadas en el presente recurso, declarando: a) Que la causa equivale a fundamento o razón de pedir, siendo la acción la mera modalidad procesal que es necesario ejercitarse para que aquélla tenga efectividad en juicio; b) Que si son idénticas las cosas y las causas, no obstante la eficacia de la cosa juzgada que a la acción se le dé distinto nombre, o que el primer juicio se haya alegado como excepción, puesto que en ambos la acción y la excepción tiene igual objeto. c) Que no desaparece la identidad básica de la presunción, que en el segundo juicio se haga un pedimento distinto no discutido en el primero, puesto que, con respecto a los otros, la excepción tiene la misma fuerza que la Ley. ch) Que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél, interpretada, si es preciso, por los hechos y fundamentos que sirvieron de apoyo a la petición y a la sentencia, y, finalmente, que no es lícito promover un nuevo litigio, intentando acreditar un hecho por cuya falta de justificación se pronunció ya sentencia absolutoria" (Considerando 1º). "De conformidad con la anterior doctrina, es obvio que la Sala sentenciadora ha incidido en injusticia notoria, porque si bien admite y rec-

noce que en el pleito a que puso fin la sentencia de 22 de junio de 1946 litigaron las mismas personas, con igual carácter e idéntica finalidad, o sea la recuperación posesoria del local arrendado, por carecer el arrendatario del derecho a la prórroga del arriendo, desde el instante mismo en que, sin consentimiento de la propietaria, aportó aquél a Sociedad; desestima la excepción por considerar que en el juicio actual las acciones ejercitadas son distintas, puesto que en éste se ha discutido si hubo o no traspaso, si es procedente o no la indemnización, y si, de estar facultado el arrendatario para traspasar, corresponde a la actora en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, pero, al argumentar así, no advierte la Sala la patente contradicción en que incurre, por cuanto en el propio Considerando, en que se hacen tales apreciaciones, se asevera explícitamente que esos extremos del debate fueron planteados también, por vía de excepción, al contestarse la demanda del primer juicio, y resuelto de manera implícita en el fallo, al desestimarse la acción de desahucio por no haber probado la actora su derecho a oponerse al traspaso, optando, a su tiempo, por indemnizar al demandado con cantidad igual a la por éste satisfecha cuando, a su vez, le fué traspasado el establecimiento" (Considerando 2º).

47. COSA JUZGADA MATERIAL: ALTERACIÓN CAPRICHOSA DE LA "CAUSA PETENDI": INVERSIÓN DE LA POSICIÓN PROCESAL DE LAS PARTES: *No afecta a la identidad objetiva la alteración caprichosa de la "causa petendi" ni a la subjetiva de distinta posición procesal de demandante y demandado en ambos pleitos.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

En el primer proceso, el actor reclamó la liquidación de cuentas a consecuencia de una compraventa; el demandado alegó una entrega de 30.000 pesetas a cuenta del precio, que se estimó no probada. En el segundo, el entonces demandado reclamó 30.000 pesetas en concepto de devolución de préstamo. En ambas instancias se estimó la excepción de cosa juzgada.

El T. S. desestima el recurso declarando: "A primera vista y en el examen superficial de la podido y resuelto en pleito anterior y lo solicitado en el actual, pudiera apreciarse la falta de identidad objetiva —"eadem res, eadem causa"—, que impediría la estimación de cosa juzgada, ya que en el primer pleito de menor cuantía pidió el ahora demandado que se practicase la liquidación de cuentas dimanantes de la aceituna vendida por él al comprador, entonces demandado, y éste, como demandante, solicita en el presente juicio de mayor cuantía que quien fué actor en el juicio primero le pague 30.000 pesetas por razón de préstamo que le hizo; pero un estudio más a fondo de lo que ha sido objeto de enjuiciamiento en ambos pleitos lleva claramente a la conclusión de que el demandante en estos autos ejerce la misma relación jurídica que ya hizo valer en el juicio anterior, al interesar en el mismo que se le abonase en la liquidación de la compraventa de aceituna la cantidad de 30.000 pesetas ya entregadas a cuenta del precio, y esta suma es la misma que ahora reclama por título aparentemente distinto,

pero en realidad por el mismo concepto, toda vez que, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación adecuada en el recurso, todas las cantidades entregadas por el comprador al vendedor lo fueron a cuenta del precio de la aceituna vendida y no a título de préstamo, y han podido ser tomadas en consideración al ejecutar la sentencia anterior, que mandó liquidar el precio de la aceituna, y que fuese abonado al vendedor, previa deducción de lo que éste hubiera recibido a cuenta, por lo que es de apreciar, como acertadamente lo aprecia la Sala sentenciadora, que concurren tanto las identidades objetivas de la cosa juzgada, no afectadas por la alteración caprichosa de la *causa petendi*, como la identidad subjetiva, no desvirtuada por la distinta posición procesal de demandante y demandado en ambos pleitos" (Considerando 1.º).

48. COSA JUZGADA: ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA SEGUNDA DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: *No hay identidad en las causas de pedir entre dos procesos en que se solicita la resolución de los contratos de arrendamientos de una casa por proyectar la demolición de la misma si en el primero se amparó la demanda en el Decreto de 29 de diciembre de 1931, y en el segundo en la vigente LAU.* [Sentencia 27 mayo 1952.]

El actor solicitó la resolución al amparo del Decreto de 1931; suspendido el proceso, se reanudó acomodándolo a las normas procesales de la Ley vigente. Desestimada la demanda, el actor la reprodujo ajustándose a los requisitos de fondo de dicha Ley. Se estimó la demanda en ambas instancias; el T. S. rechaza el recurso de casación, declarando:

"Para que la excepción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario, conforme al art. 1.252 C. c., que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, y en el caso presente tal identidad no existe, porque si bien es cierto que en el juicio seguido entre las mismas partes, que terminó por la sentencia de 5 de agosto de 1947, una de las causas invocadas por el actor para la resolución del contrato de arrendamiento fué su propósito de derribar el inmueble para construir otro en el mismo terreno, que eran las condiciones que para el ejercicio de la acción exigía el apartado e) del art. 5.º del D. de 29 de diciembre de 1931, la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque reconoce que el proyecto del arrendador de derribar la finca es causa de resolución del contrato de arrendamiento—art. 76, causa 2.º y 149, causa 10—, exige para el ejercicio de la acción condiciones que en la anterior legislación de alquileres no existían, y son las que se especifican en el artículo 102 de aquella Ley, lo que hace que no exista la perfecta identidad entre las causas de pedir en uno y otro juicio, sin que contra lo expuesto pueda alegarse la circunstancia de que el Juez de 1.ª Instancia en la aludida sentencia, que quedó firme, desestimara la acción por no haberse cumplido por el demandante los requisitos prevenidos por el citado art. 102 de la Ley de Arrendamientos, porque la invocación de tal

precepto legal era completamente improcedente, así por lo prevenido en la disposición transitoria 13 de dicha Ley, que niega efecto retroactivo a las causas de resolución y suspensión de los contratos comprendidos en la misma, como por lo declarado en la reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la cual iniciado un procedimiento bajo el imperio de la anterior legislación de alquileres, formulada la acción y alegadas las excepciones conforme a ella no pueden ser aplicables las normas de carácter sustantivo de la nueva legislación, por lo mismo que sus disposiciones no pudieron tenerse en cuenta ni ser objeto de discusión por las partes durante la sustanciación del juicio, aunque éste, por hallarse pendiente su tramitación a la publicación de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos se adaptara a sus normas procesales, por lo dispuesto en la 16 de las disposiciones transitorias" (Considerando 1.º).

49. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS. MOMENTO PARA SOLICITARLO: *De conformidad con los arts. 13 y 15, núms. 2 y 5 LEC, tienen la condición legal de pobres los que viven de un jornal o salario eventual que no excede del doble del jornal de un obrero en la localidad de su residencia y los que tengan todos sus bienes embargados; pudiendo disfrutar de este beneficio de acuerdo con el art. 25 LEC los que no hayan sido defendidos como pobres en la primera instancia si justifican que con posterioridad a ella han venido a este estado de pobreza.* [Sentencia 2 julio 1952.]

50. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS. POBREZA SOBREVENIDA: PRUEBAS ART. 24 LEC: *Es necesario demostrar los hechos que hayan conducido a tal estado de tal modo que no quede la menor duda de la realidad de las afirmaciones, lo que no ocurre cuando se omiten por completo los medios de prueba que pudieran justificarlos.* [Sentencia 26 abril 1952.]

51. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS. DERECHOS PROPIOS: CONDÓMINO: *No puede concederse a un condómino cuando pretende litigar no sólo por sí, sino también por otros condóminos no acreditados pobres.* [Sentencia 12 febrero 1952.]

"... El actor no se limita a ejercitar sus derechos propios, sino que pide también expresamente para... el otro condómino..., con lo que no ejerce sólo derechos propios que puedan trascender al interés de otros, como dicen las Ss. de 13 enero 1906, 4 octubre 1941 y 10 abril 1947, sino que hace concretamente para "el otro condómino" peticiones determinadas, sobre las que tendrían que resolver especialmente los tribunales, examinando para ello el derecho del otro condómino además del derecho del actor y recurrente, "y con esa situación es evidente que no se ha infringido el... art. 20 [LEC] al denegar el beneficio de pobreza para litigar juntamente con los derechos propios los del otro que no solicita ni prueba tal situación legal de pobreza" (Considerando 2.º).

52. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS. EMBARGO: NÚM. 5, ART. 15 LEC: *Dado que el citado número no requiere que se acredite el extremo*

de que las rentas de los bienes embargados hayan sido también trabajadas, podrá exigirse que no se acremente o se deduzca lo contrario, pero no sucediendo así, no hay fundamento para establecer una distinción que en la ley no se encuentra, bastando, normalmente, acreditar el embargo de los bienes si se presume, y mucho más si se prueba, que en ellos van incluidas las rentas.

BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS. SALARIO EVENTUAL: NÚM. 1, ART. 15 LEC: *Tratándose de un jornal o salario eventuales, basta que lo sean, sin que la ley exija requisito alguno respecto a su cuantía. [Sentencia 21 diciembre 1952]*

53. BENEFICIO DE POBREZA: PROCEDIMIENTO. REQUISITOS DE LA DEMANDA: ART. 28 LEC. PRUEBA: *Las circunstancias de los cinco primeros números del art. 28 LEC no han de ser necesariamente acreditadas al presentar la demanda, sino que basta que sean expresadas, quedando para período de prueba su oportuna justificación.*

PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: *Los arts. 503 ss. LEC no son aplicables a la demanda de pobreza, a la que sólo se aplican los artículos 28 y 524 LEC, y aun en el supuesto de que se consideraran aplicables, no podría atenderse el carácter preclusivo de los elementos de prueba a los documentos cuya aportación tiene por objeto desvirtuar la oposición rebatiendo las alegaciones de la otra parte al contestar a la demanda, ya que dichas alegaciones no podían ser conocidas desde el principio. [Sentencia 17 abril 1952.]*

A. Pidiendo la concesión del beneficio de pobreza, se presentó solicitud que cumplía los requisitos señalados en los arts. 28 y 524 LEC. La otra parte se opuso a la concesión del beneficio, alegando numerosos extremos, para rebatir los cuales la actora propuso en período de prueba la documental pública, que fué rechazada, en consideración a que por no haber sido presentados los documentos con la solicitud no había lugar a incorporarlos a los autos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 503 y siguientes de aplicación de la LEC. Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, el T. S. declara *haber lugar al mismo*, en virtud de la doctrina expuesta y de las consideraciones siguientes:

"Estando taxativamente señalados en los arts. 25 y 524 "de la LEC" los requisitos que han de reunir las demandas de pobreza, no pueden tenerse por aplicables los que sirven de fundamento... al fallo... que se refieren a los juicios declarativos, y así hay que apreciarlo teniendo en cuenta que, según el párr. 1º del citado art. 28, la demanda se formulará conforme a lo prevenido en el art. 524, y además se expresarán las circunstancias que en dicho art. 28 se enumeren, con lo que hay que entender que los requisitos exigidos por los dichos dos artículos integren todas las condiciones exigibles para tales demandas, pues si hubiera sido otro el pensamiento del legislador, así como se refirió al artículo 524, se hubiera referido también a los que el Juzgado cita, lo que no ha hecho..." (Considerando 1º)

B. OBSERVACIONES: 1. En cuanto a la proposición de la prueba documental en el beneficio de pobreza, la doctrina supone que se aplican los artículos 503, 504 y 515 LEC, por lo que la doctrina de la sentencia resulta innovadora. (Cf. Guasp, "Comentarios a la LEC", I, pág. 219). 2. De lo que no cabe duda es de que los documentos que han de presentarse con la demanda son los que pretendan demostrar el contenido de la pretensión, no así los que sirvan para desvirtuar la oposición de la parte contraria; reiteradamente lo ha declarado así el T. S. Guasp: "La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía" R. D. Proc. núm. 1, año I, págs. 59-99, cita (en pág. 74, nota) las Sentencias de 11 de mayo 1897, 29 octubre 1914, 3 febrero 1919, 25 octubre 1930 y 6 junio 1942. (J. L.)

II. Procesos en especial.

1. PROCESO VERBAL. PRUEBA DOCUMENTAL: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS: *No tienen que presentarse con la demanda todos los documentos en esta clase de juicios, según Ss. T. S. 18 abril 1905, 31 diciembre 1934 y 25 septiembre 1951, entre otras.* [Sentencia 10 octubre 1952.]

2. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONTRADICCIÓN CON LA SENTENCIA EJECUTADA. CASACIÓN: Véase S. 10 junio 1952 (III, 5).

3. INTERPRETACIÓN DE SENTENCIA. EJECUCIÓN: *Para estimar si es pertinente lo proveído en ejecución, es necesario tener en cuenta la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia firme.* [Sentencia 31 marzo 1952.]

4. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE LA L. H.: REQUISITOS ESENCIALES PARA SUSTANCIALOS *El acta notarial justificativa de haberse requerido de pago al deudor, con diez días de anticipación, cuando menos, al que se refiere el núm. 3º de la regla 3.º del art. 131 LH, no es requisito esencial e insustituible, cuya falta implique la nulidad de las actuaciones, si en defecto de aquélla el Juez ordena que se haga el requerimiento en la forma legal y con los requisitos pertinentes.*

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE LA L. H.: INDEMNIZACIÓN POR MALICIA DEL ACREDOR EN LA EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS: *Para que haya lugar a la indemnización establecida en el último párrafo de la regla 2.º del artículo 131 LH, se requiere la prueba de la existencia y realidad de los daños y perjuicios y de la malicia con que haya obrado el acreedor.* [Sentencia 4 junio 1952.] (Véase D. c., I, 6.)

5. PROCESO DE RETRACTO: OBJETO DE ESTE PROCEDIMIENTO: *No es el juicio de retracto el cauce adecuado para impugnar una adjudicación realizada en juicio ejecutivo.* [Sentencia 23 diciembre 1952.] (Véase D. c., III, 9.)

6. PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: Ver sentencias de 10 y 27 noviembre 1952 (D. c., II, 4).

7. PROCESO VERBAL DE DESAHUCIO POR PRECARIO: EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSOS: *No puede considerarse nulo un emplazamiento defectuoso que produjo su natural efecto, no fué causa de indefensión del demandado, y sus defectos podían haber sido fácilmente subsanados a petición del mismo.* [Sentencia 8 mayo 1952.]

El demandado había sido emplazado sin que se le entregara copia de la demanda y documentos que la acompañaban. Interpuso recurso de casación fundado en el número 1.º, artículo 1.693 LEC, sosteniendo la nulidad del emplazamiento efectuado por haberse incumplido lo dispuesto en el artículo 1.572, párrafo 3.º LEC.

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

No puede estimarse nulo el emplazamiento en cuestión "porque no todos los defectos procesales tienen efecto anulatorio, y no cabe confundir la falta de emplazamiento con un emplazamiento existente, que produjo su natural efecto al comparecer el demandado en el juicio verbal para el que fué emplazado" (Considerando 2.º), y además en el supuesto de autos "el demandado conocía, a lo menos por fundada presunción, cuál era la pretensión de la actora y su fundamento", y "no sufrieron las garantías procesales del recurrente ni padeció indefensión" (Considerando 3.º). Cita la sentencia la doctrina de otra del Tribunal Supremo 27 febrero 1933, "según la cual el referido número 1.º, artículo 1.693 LEC se refiere a quien por ignorar la existencia del litigio en curso, en razón a no haber sido citado ni emplazado para comparecer en el mismo, carece de los medios adecuados para la defensa de sus derechos pero no afecta a quien fué emplazado personalmente, aunque en la diligencia no se hiciese constar, bien por *cívido* o bien porque no se entregase, ya que esta falta puede fácilmente subsanarse a petición del emplazado" (Considerando 3.º).

8. PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: COMPLEJIDAD DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS: *Si bien quedan excluidas de su ámbito las relaciones jurídicas que por su complejidad no permiten discernir claramente los elementos de juicio que han de concurrir en el ejercicio de tal acción, no reviste en el caso de autos complejidad alguna la oposición al desahucio que se basa en un contrato de subarriendo definitivamente extinguido al finar el arrendamiento a que venía subordinado y a cuyas vicisitudes necesariamente había de quedar sujeto también.* [Sentencia 22 noviembre 1952.]

Se trataba de un contrato de arrendamiento de un solar con ciertas edificaciones habiendo el arrendatario subarrendado parte de aquél a un tercero (demandado). Extinguido el arrendamiento por convenio escrito entre arrendadora y arrendatario, celebró la primera un nuevo contrato de arriendo de todo el solar con distinta persona. La dueña arrendadora presenta demanda de desahucio por precario contra la que fué subarrendataria, que es estimada en ambas instancias. La demandada formula recurso de casación al amparo del número 1.º, artículo 1.692 LEC, alegando la infracción del artículo 1.565, 3.º, de la Ley Procesal, aduciendo no tener la condición de precaria frente a la dueña demandante, sino

en todo caso frente al nuevo arrendatario y calificando las relaciones entre las tres partes de complejas, lo que impedía acudir para resolverlas al procedimiento sumario de desahucio. El T. S. no da lugar al recurso, basándose en las consideraciones que anteceden.

9. PROCESO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS: *Pueden los Tribunales en este procedimiento sumario conocer de las cuestiones que no necesitan amplio debate. [Sentencia 10 noviembre 1952.]*

"Si bien es cierto que no es propio del juicio de desahucio resolver sobre cuestiones de preferencia o colisión entre los títulos de dominio que alegan las partes, también lo es que en múltiples sentencias—entre ellas las de 5 enero 1934, 4 mayo 1950 y 22 marzo 1952—ha venido a establecer esta Sala la doctrina de que pueden los Tribunales en este procedimiento sumario conocer de las cuestiones que se plantean en oposición al desahucio cuando no necesitan amplio debate, como ocurre en el caso presente en que la condición de copropietaria que alega la demandada la funda solamente en que el actor no había pagado la totalidad del precio de adquisición de la nuda propiedad y en contra de ello existe una escritura pública suscrita por ella misma y los demás herederos del padre y marido, respectivamente, del actor y la demandada en que reconocen ese pago..." (Considerando 3.).

Ver en el mismo sentido sentencias 18 y 22 marzo 1952 en A. D. C., V, 2, págs. 796 y 797.

10. PROCESO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS: *Pueden discutirse en él las cuestiones que afectan al título invocado por el actor para obtener la tutela jurídica recuperativa—legitimación activa—y las que atañen a la situación del demandado como incursión en la causa de lanzamiento invocada—legitimación pasiva—, es decir, aquellas que vinculadas inseparablemente a las condiciones del procedimiento son supuesto indeclinable del pronunciamiento de la sentencia. [Sentencia 13 marzo 1952.]*

Según el T. S., "Atendida la naturaleza del juicio de desahucio con sus notas características de ser sumario y especial en su tramitación, viene la doctrina jurisprudencial reiteradamente estableciendo que de modo normal el desahucio, bien por precario o por causa derivada de contrato, no procede cuando la litis versa sobre algo más que la sencilla apreciación de la resolución del contrato o cesación de la situación de hecho del demandado y la restitución de la posesión, es decir, cuando aparece patente una complejidad de las relaciones jurídicas en juego que presentan como dudosa la situación jurídica del demandado respecto de los bienes objeto del desahucio y su condición de precarista; mas para evitar que por reiteradas y cada vez más amplias interpretaciones extensivas de este principio quedase vacío de contenido el juicio de desahucio ha cuidado también la Jurisprudencia de fijar con determinación el ámbito de este procedimiento estableciendo en la sentencia

de 21 de junio de 1945, entre otras, que pueden discutirse en él las cuestiones que afecten al título invocado por el actor para obtener la tutela jurídica recuperativa—legitimación activa—y las que atañen a la situación del demandado como incursio de la cuasa de lanzamiento invocada—legitimación pasiva—, es decir, aquellas que vinculadas inseparablemente a las condiciones del procedimiento son supuesto indeclinable del pronunciamiento de la sentencia, y para salir al paso del proceder abusivo de aquellos demandados, principalmente precaristas, que con el propósito de suscitar la idea de complejidad de relaciones jurídicas antes aludida, que hacen desviar el juicio sumario de desahucio al ordinario declarativo, invocando la existencia de cualquier título necesario que ampare su derecho, es conocida la doctrina de esta Sala, que enseña que no basta la alegación por el precarista de un título cualquiera de posesión para enervar la acción entablada por el que con el dueño tiene la posesión real del inmueble de que se trata, sino que, negada por el demandado la condición de precarista que se le atribuye, habrá de examinarse si, supuestas las condiciones externas del título alegado, aparece reunir las indispensables para impedir el desahucio pretendido porque hubiera de discutirse en procedimiento más amplio la preferencia de los títulos esgrimidos por ambos litigantes, y haciendo aplicación de los principios doctrinales expuestos al caso que motiva este recurso, se advierte claramente que lo discutido en el pleito fué únicamente lo relativo a la legitimación activa de los actores y a la pasiva del demandado, con el examen de los títulos meramente invocados por éste en su amparo, de donación o prescripción, que al resultar injustificados en sus condiciones formales dieron lugar a su desestimación por el juzgador y produjeron la sentencia condenatoria recurrida" (Considerando 3.º).

B. OBSERVACIONES: Vid. especialmente, en el mismo sentido, las sentencias 27 diciembre 1947, 21 febrero 1949 y 12 mayo 1949.

11. PROCESO DE DESAHUCIO: PRUEBA DEL TÍTULO DEL ACTOR: Si bien es cierto que en los juicios de desahucio, por su limitada finalidad, que se concreta a resolver sobre el derecho del actor a que desaloje los inmuebles de que se trate el demandado que los ocupa, no se pueden plantear cuestiones que exijan una declaración previa que justifique que el demandante tiene la posesión real de las fincas discutidas a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le confiera derecho para disfrutarlas, esto no implica que no puedan presentar, y si es impugnado probar la legitimidad del título que les concede ese derecho, pues de lo contrario bastaría la sola oposición de los demandados, negando el derecho del demandante, para que no prosperara su acción. [Sentencia 21 octubre 1952.]

12. PROCEDIMIENTO EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: EJERCICIO DE ACCIONES FUNDADAS SIMULTÁNEAMENTE EN LA LEGISLACIÓN COMÚN Y EN LA ESPECIAL: Ejercitándose por el arrendatario de un local de negocio un de-

recho amparado tanto en las normas civiles ordinarias como en las especiales, el procedimiento a seguir es el de los incidentes, conforme al artículo 166 de la LAU. [Sentencia 2 abril 1952.]

Un arrendatario de local de negocio tuvo que abandonar los locales que ocupaba en la terraza de un inmueble, para permitir la edificación de nuevos pisos de éste. Terminada la construcción, acudió a los Tribunales pidiendo, entre otras cosas, que se reconociera su derecho a ocupar en la casa unos locales de superficie análoga a los que tuvo que dejar. Fundaba su petición en lo expresamente estipulado en el contrato de arrendamiento, y además en los artículos 106 y 107 de la LAU. Con base en éstos, los Tribunales de instancia reconocieron su derecho a ocupar unos locales cuya superficie no fuera inferior a las tres cuartas partes de la de los primeros primeramente arrendados.

El propietario recurre por injusticia notoria. Su argumentación es la siguiente: El procedimiento seguido ha sido el de los incidentes, conforme al artículo 166 de la LAU, pero lo que el arrendatario pedía era ocupar unos locales de superficie análoga a la de los que abandonó, fundándose para ello en lo establecido en el contrato, al que había da darse eficacia de acuerdo con las reglas del C. c. Como el arrendatario no se fundaba en derechos reconocidos en la LAU, era de aplicación el artículo 181 de ésta, que sometía el procedimiento a las reglas procesales ordinarias: en el caso, las del juicio ordinario de mayor cuantía.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso. Según él, la petición se amparada al mismo tiempo en las normas comunes y en las de la LAU, "por lo que en tal supuesto de la coexistencia de normas debe prevalecer la especial y seguirse el procedimiento en ella determinado" (Considerando 1º).

13. PROCESO DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: APPELACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS *E l artículo 1.566 de la LEC exige que la consignación de rentas, sin la cual no cabe admitir el recurso, sea acreditada precisamente en el momento de interponerle y no en cualquier tiempo.* [Sentencia 17 junio 1952.]

14. AMIGABLES COMONEDORES: *Las cuestiones mercantiles están comprendidas en los asuntos de índole civil a que alude el número 3.º del artículo 16-1 de la LEC, y pueden someterse al juicio de amigables componedores.* [Sentencia 27 enero 1953.]

III. Recursos.

1. PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: INADMISIÓN DE LA PROPUESTA EN EL ACTO DE LA VISTA: CARÁCTER DISCRECIONAL DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. [Sentencia 10 octubre 1952.]

El T. S. deniega el recurso interpuesto por quebrantamiento de forma, en base a las siguientes consideraciones: "El concepto de pretensiones incidentales que, a tenor del artículo 334 LEC, pueden ser planteadas por los litigantes en el acto de la vista del pleito en segunda

instancia, no es extensivo a la solicitud de que en virtud del principio dispositivo, sea requerido uno de los demandados a fin de que presentara en autos determinado documento, pues el período de proposición de prueba en segunda instancia queda definitivamente agotado en la fase procesal de instrucción, regulada en los artículos 856, 860 y 862 de la Ley, sin otra excepción que la prevista en el 863 en relación con el 506, de tal suerte que rebasado el trámite de instrucción y en su caso el de citación para sentencia, la petición en el acto posterior de vista pública de que se practiquen pruebas sólo puede tener la virtualidad de llamada de atención del Tribunal a los efectos del artículo 840, para que, en función ya del principio inquisitivo, pueda ser llevada a efecto, como diligencia para mejor proveer, la prueba insinuada en la vista por los defensores de las partes, prueba que es de la exclusiva y discrecional apreciación de procedencia por la Sala, sin que contra lo resuelto por ella en este respecto se dé el recurso de casación, según reiterada doctrina jurisprudencial" (Considerando 1.º). "A mayor abundamiento, lo pedido en el acto de la vista es mera reproducción de lo solicitado por el recurrente en el trámite anterior al instruirse de los autos, y como quiera que tal petición fué entonces denegada y contra aquella resolución no se interpuso el recurso ordinario de súplica, autorizado por el artículo 867, lo decidido en dicho trámite quedó consentido y sin posibilidad, por tanto, de traer a casación el mismo tema, por prohibirlo terminantemente el artículo 1.696 de la Ley interpretado por sentencias de 31 de octubre de 1912 y 10 de enero de 1913, entre otras" (Considerando 2.º).

2. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: RESOLUCIONES NO DEFINITIVAS: *No lo es la dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 362 LEC, acordando suspender el fallo hasta que se dicte ejecutoria en la causa criminal que determinará si los hechos obrantes en autos constituyen delito, porque no pone término al pleito en que se ha dictado, y por ello no es susceptible de recurso de casación.* [Auto 17 septiembre 1952.]

3. CASACIÓN: RESOLUCIONES NO DEFINITIVAS: *Lo son las que desestiman la excepción dilatoria de litis pendencia.* [Auto 15 noviembre 1952.]

4. CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *Contra las resoluciones de las Audiencias decidiendo cuestiones de competencia territorial sólo procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma.*

CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *No son recurribles en casación las resoluciones recaídas sobre una cuestión de competencia planteada en trámite de procedimiento que permite sea reproducida y sometida de nuevo a la consideración del juzgador de instancia, por carecer del carácter de definitivas.* [Auto 7 enero 1953.]

5. CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El auto que impone como solidaria una obligación que ni la Ley ni la sentencia a ejecutar estiman como tal, es susceptible de casación. El re-*

curso de casación se limita a comparar el auto con la sentencia que debe ejecutar, y no se puede decidir en él acerca de la procedencia de otras cuestiones [Sentencia 10 junio 1952.]

6. CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: AMIGABLES COMPONEDORES: *No ha lugar al recurso contra el laudo cuando se funda en infracción de preceptos legales, pues este punto está sustraído al control de la casación. [Sentencia 27 enero 1953.]*

Misma doctrina: Sentencias 18 enero 1905 y 25 marzo 1913.

7. CASACIÓN: RESOLUCIONES NO RECURRIBLES DICTADAS EN ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NO DEFINITIVAS: *Según reiterada doctrina (contenidas, entre otros, en autos de 27 abril 1948, 23 septiembre 1949 y 1 julio 1950, interpretando los artículos 1.690, 4.^o, 1.694, 3.^o y 1.822 LEC), no se da el recurso de casación por infracción de ley contra las resoluciones dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria si no tienen el carácter de definitivas. [Auto 1 mayo 1952.]*

Una mujer casada, a cuyo depósito se había procedido, asignándole una determinada cantidad mensual en concepto de alimentos, solicitó que se procediese por vía de apremio contra los bienes del marido para hacer efectiva una de las mensualidades; acordado por el juez, el marido interpuso recurso de reposición contra la providencia, que fué desestimado, y en apelación se confirmó el auto recurrido; interpuesto recurso de casación al amparo de los números 1.^o y 7.^o, artículo 1.692 LEC, el T. S. declara *no haber lugar* a la admisión de mismo, en virtud de la doctrina expuesta.

8. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: PROCEDENCIA: *No se da contra los razonamientos de los que, con acierto o sin él haya derivado el sentenciador su fallo, sino por haber infringido éste la ley o doctrina legal. [Sentencia 3 junio 1952.]*

9. CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden proponerse en casación porque siendo la base procesal del recurso el fallo de instancia, no es posible ampliar aquél a problemas no controvertidos ni, consiguientemente, decididos en la sentencia impugnada. [Sentencias 3 y 23 junio, 22 y 24 noviembre 1952.]*

10. CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: RAZONAMIENTOS HIPOTÉTICOS: *Es doctrina reiterada que en casación son inadmisibles los razonamientos hipotéticos, puesto que sólo debe operarse sobre las realidades de hecho o de derecho consignadas en la resolución que se pretende combatir. [Sentencia 17 junio 1952.]*

11. CASACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: *Las apreciaciones del recurrente, cuando son opuestas a lo que la Audiencia estima probado no pueden servir de base a los razonamientos que partiendo de ese erróneo supuesto, se hacen en los motivos (Considerando 3.^o). [Sentencia 23 diciembre 1952.] (D. m. 19.)*

12. CASACIÓN: FUNCIÓN DE LA CASACIÓN: *La jurisdicción de la Sala 1.º del T. S. está limitada al examen de los fundamentos en que se basan los recursos, y, consiguientemente, a casar y anular las decisiones impugnadas, si están incuras en las infracciones que en ella se aducen.* [Sentencia 29 octubre 1952.]

13. CASACIÓN: VALOR EN ÉL DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS: *Si bien en diversas resoluciones de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T. S. se sienta la doctrina de que las decisiones de tal jurisdicción sólo alcanzan a quienes ante ella recurrieron, sin que puedan producir efectos legales respecto a los que consintieron los acuerdos de la Administración en cualquiera de sus grados, tal doctrina no afecta al fallo que se funda en los efectos civiles de una resolución de tal índole, efectos cuyo conocimiento está reservado a la Sala 1.ª, aparte de que las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo no pueden ejercer influencia ni ser eficaces a los efectos de la casación legal.* [Sentencia 29 octubre 1951.]

14. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, ART. 1.692 LEC: *No procede el recurso de casación por infracción de ley cuando las normas que se suponen infringidas son meramente procesales, y, por lo tanto, en el supuesto de que no se citen además normas de carácter sustantivo es inadmisible el recurso, por carecer de la cita de los preceptos infringidos.* [Auto 28 junio 1952.]

15. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, ART. 1.692. LEC: *Las normas meramente procesales (en el supuesto, los artículos 577 y 554 LEC), cuando se consideran infringidas no pueden servir para la casación en el fondo.* [Sentencia 17 junio 1952.]

CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, ART. 1.692 LEC: *El número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil es una vía inadecuada para combatir en casación la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia* [Auto 7 enero 1953.] (Infra 49.)

16. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, ART. 1.692 LEC: *La valoración jurídica de los hechos procesales tiene su cauce adecuado en el número 1.º y no en el 7.º del artículo 1.692.* [Sentencia 1 diciembre 1952.]

OBSERVACIONES: El distinto tratamiento o procesal de la apreciación de la prueba del hecho y la calificación jurídica del mismo viene siendo señalado, de antiguo, por el T. S. Se comprueba, dice Plaza (Derecho Procesal, vol. II, 1943, pág. 827), una tendencia inequívoca a establecer en lo posible una línea divisoria que separa las cuestiones de hecho y de derecho y aun a marcar el cauce procesal adecuado para que puedan llevarse a casación (v. SS. 4 enero 1916, 2 junio 1890, 26 mayo 1920 y las citadas por dicho tratadista).

17. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1, 1.692 LEC: *Constituye defecto de forma procesal señalar la infracción de determinado artículo "y siguientes" sin concretar cuáles y cuántos sean éstos y motivo de su infracción.* [Sentencia 10 noviembre 1952.]

18. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1, ART. 1.692 LEC: *Dicho recurso solamente procede contra el fallo de la sentencia recurrida.* [Sentencia 22 febrero 1952.]

Se trataba de que un derecho derivado inconcusamente de un contrato se suponía también derivado de varios preceptos legales, según el criterio de la sentencia recurrida, lo que no era exacto. Se recurrió al amparo del núm. 1, art. 1.692, por aplicación indebida de dichos preceptos. El T. S. declaró *no haber lugar* al recurso, en virtud de la doctrina expuesta.

19. CASACIÓN: NÚM. 1.^º, ART. 1.692 LEC: *Dicho recurso sólo se da contra el fallo de la sentencia recurrida, y no procede someter al T. S. los argumentos y cuestiones deducidos en el pleito y resueltos, con acierto o sin él, sino solamente aquéllos que puedan demostrar la infracción de ley cometida en el fallo.* [Sentencia 1 marzo 1952.]

20. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.^º, ART. 1.692 LEC: *No puede estimarse el motivo cuando el recurrente se abstiene de poner en relación con el caso de autos las leyes y doctrina que supone infringidas, y no razona sobre las pretendidas infracciones, sin que, por otra parte, quepa en el intento de demostrarlas, aplicar al supuesto concreto que el recurrente considera apreciaciones de hecho que el juzgador estimó para supuestos diferentes.* [Sentencia 30 junio 1952.]

21. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚMS. 2.^º Y 3.^º, ART. 1.692 LEC: *El artículo 359 LEC es de orden material, y no meramente adjetivo, y, consiguientemente, si al articular un recurso alguno de sus motivos se basa en la incongruencia de fallo, no basta para su admisión, ampararlo en los núms. 2.^º y 3.^º del art. 1.692 de dicha Ley, sino que es indispensable citar la norma referida, siendo su omisión suficiente para desestimarlo.* [Sentencia 29 octubre 1951.]

22. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 2, ART. 1.692 LEC: *No es incongruente la sentencia que no especifica con claridad los bienes que han de dejarse libres de embargo, en juicio de tercería, y sobre cuáles ha de continuar el procedimiento de apremio, defecto que, de existir, no constituiría incongruencia del fallo en relación con las pretensiones de los litigantes, sino que lo haría adolecer de oscuridad o ambigüedad, cuyo remedio está en solicitar aclaración de la sentencia conforme al art. 263 de la LEC.* [Sentencia 2 diciembre 1952.]

23. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 2.^º, 1.692 LEC: *"No existe incongruencia en las sentencias cuando empleando términos distintos a los usados en las rúplicas de los escritos de demanda y contestación se condena a*

absuelve de todas las pretensiones en ellas formuladas..." (Considerando 4º). [Sentencia 23 diciembre 1952.] (V. D. M. 19.)

24. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 4º, ART. 1.692 LEC: *El art. 1.692, número 4º, LEC se refiere a contradicciones entre disposiciones contenidas en el mismo fallo, no a las existentes entre el fallo y los considerandos.* [Sentencia 11 diciembre 1952.]

25. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 6º, ART. 1.692 LEC: *Es cuestión de fondo y, por tanto, no está comprendida en el núm. 6º del art. 1.693, sino en el mismo número del 1.692.*

OBSERVACIONES: La razón del distinto tratamiento está en que la incompetencia por razón del territorio, como establecida por una norma que no es prohibitiva, es subsanable y susceptible de ratificación por el aquietamiento de los interesados; y la de jurisdicción es determinante de una nulidad radical y obliga a considerar defectuosa, cuando se da, la actividad jurisdiccional (Plaza, D. Procesal, vol. II, 1943, pág. 830). Ver, entre otras muchas, sentencias 26 agosto 1902, 16 junio 1910, 2 y 7 abril 1943.

26. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 6º, ART. 1.692 LEC: *Estando "in judice" ante la Comisión de Reclamaciones Bancarias la pretensión de nulidad de una letra de cambio, a la misma Comisión corresponde decidir sobre su incompetencia jurisdiccional, de acuerdo con el art. 19, párrafo 2º, de la Ley de 12 de diciembre de 1952, no habiendo incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción la Sala que se abstuvo de pronunciarse respecto de la incompetencia de la Comisión aludida.* [Sentencia 1 diciembre 1952.]

27. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7, ART. 1.692 LEC: *Los problemas de apreciación de prueba no pueden ser impugnados en casación al amparo del núm. 1º, 1.692 LEC, sino que han de seguir el cauce marcado por el núm. 7 del mismo texto legal.* [Sentencias 12 mayo, 4 octubre y 24 noviembre 1952.]

28. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7, ART. 1.692 LEC: *La vía del núm. 1º del art. 1.692 LEC no es la adecuada para invocar la infracción de preceptos relativos a la valoración de las pruebas, como los arts. 1.218 y 1.232 C. c.* [Sentencia 29 octubre 1951.]

29. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7º, ART. 1.692 LEC: *El error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba no puede ser alegado al amparo del núm. 1º, art. 1.692 LEC.* [Sentencia 21 junio 1952.]

En el contrato entre las partes se había consignado que se sometían al juicio de amigables componedores. Haciendo caso omiso de tal estipulación, acudió una de ellas al proceso ordinario; la otra propuso excepción dilatoria de litispendencia, que fué desestimada, y, al contestar a la demanda, la de incompetencia de jurisdicción, fundándose en la esti-

pulación citada. Vencida en ambas instancias, interpuso recurso de casación por infracción de ley, y el T. S. declaró no haber lugar al mismo, en virtud de la doctrina expuesta.

30. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, 1.692 LEC: *Procede la inadmisión del recurso en cuanto a este motivo porque el recurrente no hace cita concreta de ningún documento o acto que sea merecedor del concepto de auténtico para la casación, ni de precepto alguno relativo a la valoración de la prueba que haya sido violado por el Tribunal "a quo" al apreciarla.* [Sentencias 22 febrero, 1 marzo y 23 octubre 1952, y Auto 7 enero 1953.]

31. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, 1.692 LEC: *Es inadmisible el recurso porque no se señala el acto o documento auténticos reveladores de la equivocación evidente del juzgador, que se denuncia, limitándose el recurrente a comentar la declaración de dos testigos, que fué valorada con la exclusiva libre facultad que la Ley otorga a la Sala sentenciadora, pretendiendo sustituir con su personal criterio el del Juzgador, debiendo tenerse en cuenta que el contenido de la prueba testimonial no puede ser considerado, según reiterada jurisprudencia, como acto auténtico.* [Auto 31 diciembre 1952.]

32. CASACIÓN: NÚM. 7.^o, ART. 1.692 LEC: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Es preciso, para estimar tal motivo, acreditar la evidente equivocación del juzgador. Las pólizas del seguro no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación.* [Sentencia 24 marzo 1952.]

33. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, ART. 1.692 LEC: CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La calidad de documentos auténticos para producir la casación sólo concurre en los que en sí mismos contienen la demostración del error.* [Sentencia 30 junio 1952.]

34. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, ART. 1.692 LEC: *Constituye reiterada doctrina, que no es lícito en casación desarticular la prueba cuando ésta, ha sido valorada en conjunto, y, tomando uno solo de sus elementos, discurrir acerca de él, no ya combatiendo la forma en que el juzgador actuó sobre dicho punto, sino pretendiendo sustituir su criterio por el del propio recurrente.* [Sentencia 17 junio 1952.]

35. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^o, ART. 1.692 LEC: *Si bien no procede, por regla general, el recurso de casación contra la apreciación de los hechos que la Sala sentenciadora haga en vista del conjunto de las pruebas practicadas, nunca puede darse a dicha doctrina el alcance de impedir que el T. S. ejerza su jurisdicción y rectifique el criterio del juzgador cuando es contrario al pre establecido por la Ley, ya que este Tribunal tiene el deber de examinar la realidad de los medios de prueba para hacerse cargo de que la misma se apreció en conjunto.* [Sentencia 23 abril 1952.]

En el caso contemplado, se hace aplicación de la citada doctrina, casando la sentencia de instancia en la que, al amparo de una pretendida apreciación conjunta de la prueba, quedaba claramente desvirtuada la confesión del actor acerca de hechos personales (el ejercicio del comercio con la suficiente antelación para ejercitarse el desahucio por necesitar el local).

36. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^º, ART. 1.692 LEC: *El error no puede quedar demostrado por las apreciaciones que se hagan en diferente asunto litigioso para resolver cuestiones distintas de las que constituyen materia objeto del juicio.* [Sentencia 19 diciembre 1952.]

37. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^º, ART. 1.692 LEC: ERROR DE DERECHO: Constituye doctrina jurisprudencial que el error de derecho debe ser alegado citando normas que versen sobre la valoración de la prueba. [Sentencia 17 junio 1952.]

38. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7, ART. 1.692 LEC: *No puede haber error de derecho en la valoración de la prueba cuando los artículos que se dicen infringidos no establecen ninguna norma de valoración.* [Sentencia 10 noviembre 1952.]

39. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 2.^º, ART. 1.693 LEC: *Cuando la personalidad ha sido reconocida en el juicio sólo puede impugnarse, en casación, en recurso por quebrantamiento de forma e invocando el núm. 2.^º del art. 1.693 de la LEC, y no procede cuando se funda el recurso en infracción de ley y amparo del núm. 1.^º del art. 1.692.* [Sentencia 2 diciembre 1952.]

OBSERVACIONES: Desde antiguo viene distinguiendo el T. S. la falta de personalidad de la falta de acción (SS. 28 septiembre 1863, 9 julio 1870, 6 marzo 1889, 29 septiembre 1890). La primera da lugar a recurso por quebrantamiento de forma; la segunda, al de infracción de ley (SS. 13 julio 1900, 24 marzo 1908, 7 julio 1930, 5 julio 1928).

40. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 5.^º, ART. 1.693 LEC: *Es preciso que la falta de prueba haya podido producir indefensión a la parte, y que no sea imputable a su voluntad.* [Sentencia 19 diciembre 1952.]

OBSERVACIONES: La misma doctrina, reiteradísima, en SS. 17 marzo 1894, 7 julio 1903, 11 julio 1899, 30 enero 1924, 16 febrero 1935.

En este caso, no obstante examinarse el motivo, se trataba no de denegación de una diligencia de prueba, sino de falta de recibimiento en la segunda instancia. (J. J. P.)

41. CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 8.^º, ART. 1.693 LEC: *El límite mínimo establecido en la LEC para las sentencias en las Audiencias es el del artículo 348, que requiere no un número determinado de Magistrados, sino que se dicten por tres votos conformes.* [Sentencia 12 diciembre 1952.]

En el mismo sentido S. 22 mayo 1912.

42. CASACIÓN: MOTIVOS: ART. 1.695 LEC: *El art. 1.695 LEC prohíbe dar lugar al recurso por causas que no sean las indicadas en dicho precepto.* [Sentencia 10 junio 1952.]

43. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: INTERPOSICIÓN: FORMA: PODER QUE ACREDITE LA REPRESENTACIÓN DEL PROCURADOR: REQUISITOS: *Cuando se trate de un poder notarial necesita bastanteo.* [Auto 30 junio 1952.]

44. CASACIÓN: INADMISIÓN: NÚM. 1.^º, ART. 1.720 LEC: *Para estimar cumplido el requisito que impone el art. 1.720, párr. 1.^º, LEC no basta, según la jurisprudencia, citar en conjunto indeterminado varios números del art. 1.692, sino que es necesario precisar en cuál de ellos se funda cada uno de los motivos del recurso, lo que no puede hacer este Tribunal supliendo la omisión del recurrente.* [Auto 24 junio 1952.]

45. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: CAUSAS DE INADMISIÓN: EN LA FASE DE DECISIÓN: *Lo son por desestimación.* [Sentencia 22 febrero 1952.]

46. CASACIÓN: INADMISIÓN: *Es motivo de inadmisión y, consiguientemente, de desestimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma, el no haber pedido la subsanación de la falta en las dos instancias, cuando se cometió en la primera.* [Sentencia 29 octubre 1952.]

47. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: INADMISIÓN: CITAS DE CONJUNTO: *Procede la desestimación del motivo cuando, entablado el recurso al amparo del núm. 1.^º, art. 1.692 LEC, por infracción de doctrina legal, no se cita ninguna sentencia cuya doctrina haya sido infringida.* [Sentencia 4 octubre 1952.]

OBSERVACIONES: En el motivo se decía solamente que la sentencia recurrida había cometido "infracción de reiterada jurisprudencia del T. S.", sin precisar cuál era la doctrina infringida y en qué sentencias se hallaba contenida.

48. CASACIÓN: INADMISIÓN: *Es preciso, en la interposición del recurso, citar con precisión y claridad las disposiciones o doctrinas legales que se crean infringidas y el concepto en que se entiende que lo han sido, sin que baste citar artículos del C. c. y algunas sentencias, con indicación de que unos han sido interpretados con error y otros no han sido aplicados.* [Sentencia 23 octubre 1952.]

49. CASACIÓN: INADMISIÓN: *Procede la inadmisión del recurso, en lo que al motivo 1.^º, art. 1.692 LEC, se refiere, porque el recurrente no precisa el concepto en que, a su entender, haya violado el fallo recurrido las disposiciones y doctrina que cita.* [Autos 2 octubre 1952 y 7 enero 1953.]

50. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE PRECEPTO O DOCTRINA LEGAL: NORMAS PROCESALES: *La infracción de preceptos procesales*

[en el supuesto, art. 504 LEC] no puede dar lugar a un recurso de fondo, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia resolviendo recursos de casación, doctrina que es aplicable a los de injusticia notoria. [Sentencia 31 mayo 1952.]

51. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: No puede la parte sustituir por su propio criterio el más autorizado de la Sala. [Sentencia 31 mayo 1952.]

52. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE LOS HECHOS: CITA DEL NÚM. CORRESPONDIENTE DEL ART. 173 LAU: No puede válidamente impugnarse la apreciación de la prueba hecha por el juzgador, sino acreditando el manifiesto error por la documental o pericial que obre en los autos conforme a lo estatuido en la causa 4.^a del art. 173 LAU, siendo preceptiva además la cita de tal número del referido artículo. [Sentencia 2 febrero 1952.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GIMENO GAMARRA, Rafael: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria.*

MAZEAUD, Leon: *Los contratos sobre el cuerpo humano.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La concentración parcelaria.*

3. VIDA JURÍDICA

TALLON, Denis: *Dos recientes cuestiones de responsabilidad civil ante el Tribunal francés de casación: el caso del "LAMORICIERE" y el asunto BRANLY.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.